

RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Eduardo Canizella Junior

RESUMO. O presente trabalho objetiva expor o método de aplicação dos princípios jurídicos ao caso concreto, denominada *ponderação*, a partir da exposição da “fórmula do peso” construída por Robert Alexy, estabelecendo de modo preambular a distinção entre duas construções jurídicas, as noções de razoabilidade e a proporcionalidade, frequentemente invocadas quando da aplicação jurisprudencial de princípios que consagram direitos fundamentais.

SUMÁRIO. 1. Introdução – 2. Razoabilidade e proporcionalidade: função comum – 3. Razoabilidade – 4. Proporcionalidade – 5. Ponderação – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É incontestável a relevância e a repercussão prática da adoção desta ou daquela concepção jusfilosófica pelo intérprete, pelo magistrado ou pela Corte Constitucional. Na atual realidade jurídica brasileira, é digna de nota a profusão do ideário *pós-positivista*, em especial da teoria de Robert Alexy, que considera a distinção entre regras e princípios “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”¹. O pós-positivismo constitui o *marco filosófico* do novo direito constitucional, identificado pela alcunha do *neoconstitucionalismo*, assinalado como a superação dos antagonismos que caracterizam o jusnaturalismo e o positivismo jurídico; o primeiro, superado pela história, enquanto o segundo se demonstrara inapto ao abrigo da ética e de valores morais². Argumenta-se, talvez com certo exagero, que apenas a adesão a tal corrente jusfilosófica é capaz de concretizar determinados direitos fundamentais, como forma de manter a coesão e a harmonia da sociedade brasileira³.

As premissas teóricas do neoconstitucionalismo no Brasil, que permeiam todos os demais ramos da dogmática jurídica, são entabuladas a partir do argumento segundo o qual a Constituição Federal de 1988 é *principiológica*, à semelhança das Constituições do pós-

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

² BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007.

³ AGRA, Walber de Moura. **Neoconstitucionalismo e superação do positivismo**. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord.). *Teoria do direito neoconstitucional : superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo : Método, 2008, p. 446.

guerra, consagrando mais princípios do que regras. Os princípios, ao exigir um método diferente de aplicação, a *ponderação*, em vez da subsunção, substituem a noção de justiça geral pela justiça individual, demandando maior participação do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Em feliz síntese, “a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o Poder”⁴.

Dada a patente importância dos princípios na atual realidade jurídica brasileira, é fundamental que o intérprete tenha claras concepções sobre o método pelo qual os princípios jurídicos são aplicados no caso concreto, qual seja, a *ponderação*. Descortinar tal método é o objetivo do presente trabalho, a partir da exposição da “fórmula do peso” construída por Robert Alexy. Para tanto, reputamos importante estabelecer, de modo preambular e brevemente, a distinção entre duas construções jurídicas, as noções de razoabilidade e a proporcionalidade. A uma, porque ambas são frequentemente invocadas quando da aplicação jurisprudencial de princípios que consagram direitos fundamentais; a duas, porque a ponderação corresponde exatamente a uma das três facetas da proporcionalidade, como veremos a seguir.

2. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: função comum

A razoabilidade e a proporcionalidade são construções jurídicas que ostentam uma *função em comum*, e, portanto, guardam considerável proximidade. São conceitos tão próximos que são entendidos como *sinônimos* por grande parte dos teóricos do direito. Luis Roberto Barroso, eminente constitucionalista brasileiro, trata ambos os conceitos indistintamente, compreendendo que os autores de influência germânica preferem a denominação *princípio da proporcionalidade*⁵. A jurisprudência do STF é profícua em julgados que tratam tais conceitos indistintamente quando do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos⁶.

É certo que os conceitos estão intimamente relacionados, e tal função comum é a seguinte: ambas as construções surgiram com o objetivo de controlar atos estatais que

⁴ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo” : entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 3.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224.

⁶ Como, por exemplo, o HC 76.060-4 e a ADI 1407-2, ambos citados por SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, 2002, p. 31-32.

restringam direitos fundamentais, ou, em termos mais específicos, atuam no *controle judicial da constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*.

No entanto, a sinonímia nos parece empobrecedora sob a ótica técnico-jurídica, razão pela qual aprofundaremos as distinções evidenciadas pela teoria do direito entre a razoabilidade e a proporcionalidade, noções que se diferenciam “não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura”⁷.

3. RAZOABILIDADE

3.1. Noções gerais

Na dogmática jurídica, a razoabilidade assume o papel de um parâmetro para avaliar e criticar decisões jurídicas particulares. Funciona, em última análise, como um critério – ou melhor, um feixe de critérios – para decidir de forma correta⁸.

É, no entanto, um dos conceitos mais fluidos da dogmática jurídica em geral, constituindo o que se denomina *noção de conteúdo variável*: sobre ela, de modo geral, há amplo consenso enquanto resta indeterminada, mas sérias controvérsias quando é aplicada em uma situação concreta⁹.

A razoabilidade tem funcionado como um dos principais *standards* para avaliar e criticar as possibilidades de decisão de casos difíceis. Para Luis Roberto Barroso, trata-se de princípio¹⁰. Para Humberto Ávila, por outro lado, trata-se de *postulado normativo aplicativo*, que se situa num plano distinto das regras e princípios: são normas de segundo grau,

⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁸ MACCORMICK, Neil. **On Reasonableness**, in Perelman, Chaïm et Vander Elst, Raymond (orgs.). *Les notions a contenu variable en droit*. Bruxelles, E. Bruylant, 1984, p. 133, *apud* BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico, in *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Bahia: Editora JusPodivm, 2009, p. 207-230.

⁹ *Ibidem*, p. 131.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218. Contudo, importa frisar que o autor não emprega o termo de acordo com a tipologia de Alexy, segundo a qual os princípios são *mandamentos de otimização*, que devem ser aplicados na maior medida possível, dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. Emprega-se o termo, assim, em acepção consagrada no Brasil, compatível com o conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo o qual princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 747-748.

metanormas, que não podem ser violadas em si, mas permitem verificar os casos em que as normas cuja aplicação estruturam são violadas¹¹.

Para Luís Roberto Barroso, a matriz da razoabilidade remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, e, modernamente, às emendas 5ª e 14ª da Constituição norte-americana, sendo a cláusula *due process of law* em sua dimensão substantiva sua grande fonte, servindo o princípio de parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se estes estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico, a justiça¹².

Segundo Willis Santiago Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da *irrazoabilidade*, e sua origem concreta remonta a decisão judicial proferida em 1948, a decisão *Wednesbury*, na qual se formulou a assertiva segundo a qual “se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir”. Trata-se de teste menos intenso do que os exigidos pela regra da proporcionalidade, destinando-se a afastar somente os atos *absurdamente irrazoáveis*¹³.

3.2. Razoabilidade como pretensão de correção

São inúmeros os sentidos do vocábulo “razoabilidade”, desde a noção aristotélica de razoabilidade-equidade, que exige uma adaptação do direito ao caso concreto por ele considerado, até noções mais modernas, de razoabilidade como “dever de congruência” da norma ao suporte empírico e razoabilidade como equivalência entre a medida adotada e o critério que dimensiona¹⁴.

Contudo, para o propósito do presente trabalho, que desaguará na exposição da fórmula do peso de Robert Alexy, parece-nos proveitoso salientar a tese deste autor, segundo a qual existe, em todos os atos institucionais de produção do Direito, uma chamada *pretensão*

¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 136-137.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218-224.

¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito**, p. 283, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, 2002, p. 29.

¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. **A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico**, in *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Bahia: Editora JusPodivm, 2009, p. 207-230.

de correção, consistente em uma pressuposição implícita no ato de decidir¹⁵. Não faria sentido um dispositivo de sentença que dissesse, por exemplo: “condeno o Sr. X a 10 anos de prisão, embora isso não seja o correto”. Dessa forma, a pretensão de correção envolve necessariamente dois aspectos: a) a pretensão de que a decisão está corretamente substanciada no direito positivo, seja qual for seu conteúdo; b) a pretensão de que a decisão é justa e razoável.

Se a razoabilidade faz parte da denominada *pretensão de correção*, assumimos que ela está implícita em todos os contextos de produção/aplicação do Direito. Aceita a pretensão de correção, resolvido está o problema da fundamentação da exigência de razoabilidade em qualquer ordem jurídica¹⁶.

Nesse sentido, há autores que sustentam ser a razoabilidade um instrumento para afastar a aplicação de normas extremamente injustas, como, por exemplo, o Decreto n. 11, baixado pelo regime nazista em 1941, segundo o qual o judeu com residência no exterior perdia sua nacionalidade com a vigência do decreto, e seus bens se tornariam de propriedade do Reich com a perda da nacionalidade. Um caso concreto expressamente citado por Alexy é o de uma mulher judia que migrou para a Suíça em 1939, e, com o fim da guerra, retornou à Alemanha para tentar recuperar depósitos e propriedades. Encontrou óbice no Decreto n. 11, que, apesar de revogado, produziu efeitos na época em que vigorou. A Corte Constitucional alemã considerou os dispositivos nulos, por seu “caráter iníquo, que contradiz as exigências fundamentais de qualquer ordem baseada no Estado de Direito”¹⁷.

Para Alexy, há uma conexão necessária entre direito e moral, defendendo a tese da vinculação do primeiro à segunda. Seu conceito de direito, portanto, compreende: a) validade formal; b) eficácia social; e c) correção substancial¹⁸. Conceitos de direito positivistas se limitam a combinações das letras *a* e *b*, enquanto o jusnaturalismo limita o conceito de direito à letra *c*; o pós-positivismo, por sua vez, busca superar essa dicotomia e as limitações que delas implicam. A partir desse conceito de direito, com conexão necessária entre direito e

¹⁵ ALEXY, Robert. **The special case thesis**, in *Ratio Iuris*, vol. 12, n. 4. Oxford: Blackwell Publishers, 1999, p. 374-384.

¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. **A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea**: em busca de um mapa semântico, in *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Bahia: Editora JusPodivm, 2009, p. 210.

¹⁷ ALEXY, Robert. **A defence of Radbruch’s formula (trad. David Dyzenhaus)**, in Dyzenhaus, David (org). *Recrafting the rule of law*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 18, *apud* BUSTAMANTE, *Op. cit.*, p. 223.

¹⁸ BUSTAMANTE, *Op. Cit.*, p. 224.

moral, é que se pode buscar um mínimo de correção moral como condição para a razoabilidade de qualquer decisão.

Alexy buscou incorporar a correção material ao seu conceito de direito, resgatando a fórmula de justiça elaborada por Gustav Radbruch após o ocaso do nazismo, segundo a qual “*o direito extremamente injusto não é direito*”. Incorporada a fórmula de Radbruch, a razoabilidade pode ser vista como uma ponte que liga as esferas do direito e da moral, harmonizando-os em casos extremos, vez que permanece uma prioridade *prima facie* dos valores certeza e segurança sobre a correção substantiva¹⁹.

4. PROPORCIONALIDADE

4.1. Princípio ou regra?

A despeito da dúvida da categoria jurídica na qual a proporcionalidade está inserida, no Brasil, o termo mais difundido é “princípio da proporcionalidade”²⁰. Contudo, a utilização do termo pode ser errônea, principalmente quando se adota o conceito de princípio em contraposição ao conceito de regra jurídica, com base na teoria difundida por Robert Alexy. Tratam-se das espécies de normas jurídicas, que não se diferenciam pela generalidade e especialidade da norma, mas por sua estrutura e forma de aplicação.

Para Alexy, portanto, de princípio não se trata, vez que os princípios são *mandamentos de otimização* que podem produzir efeitos em várias medidas, e a proporcionalidade é aplicada de forma constante, sem variações. Humberto Bergmann Ávila afirma que Alexy, “*sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência.*”²¹

Pelas lições de Virgílio Afonso da Silva, contudo, Alexy classifica a proporcionalidade expressamente como *regra*, mandamento definitivo, bem como cada um de

¹⁹ BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. **A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea**: em busca de um mapa semântico, in Leituras Complementares de Direito Constitucional. Bahia: Editora JusPodivm, 2009, p. 225.

²⁰ Como em BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218

²¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**, p. 169, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, 2002, p. 26.

seus sub-elementos. Alerta ainda que muitos autores também a tratam como sinônimo de *proibição de excesso*, como instrumento de controle contra o excesso dos poderes estatais. São, contudo, conceitos distintos, vez que cada vez mais ganha importância a proporcionalidade como instrumento contra, também, a omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais²².

Para efeitos do presente trabalho, classificaremos a proporcionalidade como regra, composta por três elementos ou sub-regras, quais sejam, a *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

A regra da proporcionalidade surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão no controle das leis restritivas de direitos fundamentais, e não se limita a simples análise da relação meio-fim.

4.2. Elementos e estrutura

A proporcionalidade exige, para sua correta aplicação, que se obedeça à **ordem pré-definida** de suas sub-regras, que se relacionam de forma subsidiária, de forma que o juiz nem sempre precisará proceder à análise de todas elas para decidir pela proporcionalidade ou desproporcionalidade da medida. Tal análise pode ser resolvida, por exemplo, com simples exame da adequação do ato estatal à promoção dos objetivos pretendidos.

Em termos concretos, a análise da necessidade somente será exigível quando resolvida a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito é imprescindível somente quando superadas as análises da adequação e da necessidade.

4.2.1. Adequação

É *adequado* o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida. Observa-se que a medida é aprovada no teste da adequação ainda que este objetivo não seja completamente realizado.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, 2002, p. 26.

Não é preciso, portanto, que o objetivo possa ser *alcançado* pela medida. Basta que a medida seja capaz de, em tese, fomentá-lo ou promove-lo, reputando-se inadequada somente a medida que em nada contribui para fomentar a realização do objetivo pretendido²³.

4.2.2. Necessidade

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Dessa noção se extrai a diferença entre as sub-regras da adequação e da necessidade: o exame deste é inevitavelmente *comparativo*, enquanto o exame daquela é *absoluto*.

4.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

O exame da proporcionalidade em sentido estrito consiste na realização de um *sopesamento* entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Observa-se que, para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é preciso que implique a não realização de um direito fundamental, ou atinja o seu núcleo essencial. Basta que os motivos que fundamenta a adoção da medida não tenham *peso suficiente* para justificar a restrição ao direito fundamental atingido²⁴.

E é à terceira sub-regra da proporcionalidade que se dá o nome de *ponderação*, procedimento pelo qual o aplicador da norma decidirá qual direito fundamental envolvido em determinada colisão de princípios deverá prevalecer. Desta regra nos ocuparemos com mais vagar

5. PONDERAÇÃO

5.1. Notas introdutórias

²³ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, 2002, p. 36.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, 2002, p. 41.

Nas lições de Alexy, o ponto decisivo da distinção entre regras e princípios é a seguinte: enquanto as regras possuem conteúdo definido e são aplicadas pelo método da subsunção, os princípios são normas que determinam que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e existentes, aplicáveis pelo método da ponderação. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem para além dessa dimensão: na dimensão do peso²⁵.

A ponderação possui três problemas básicos: o de sua estrutura, da racionalidade e da legitimidade. Tais problemas são relacionados, vez que a ponderação será mais legítima quanto maior a racionalidade da operação, ao passo que sua estrutura é decisiva para a racionalidade. A *estrutura* da ponderação é, portanto, seu problema central²⁶.

A aplicação de um princípio depende de seu confronto com os princípios a ele opostos no caso concreto, bem como com os princípios que respaldam as regras opostas²⁷. A ponderação é necessária quando, no caso concreto, existe uma colisão entre princípios, na qual são relevantes duas ou mais disposições jurídicas, *prima facie* igualmente aplicáveis, mas que propõem soluções opostas para o caso.

O exemplo trazido por Carlos Bernal Pulido, em esclarecedor artigo, é o de pais que, em respeito aos mandamentos de sua doutrina religiosa, se negam a levar a filha ao hospital, apesar desta correr perigo de morte. Há, no caso, colisão entre os princípios que estabelecem a liberdade de crença dos pais e o direito à vida e à saúde da filha. Os pais têm, *prima facie*, o direito de não levar a filha ao hospital, enquanto a filha tem, *prima facie*, o direito ao tratamento. A ponderação é a forma de resolver tal incompatibilidade, estabelecendo, ao fim, uma relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão²⁸.

Buscaremos elucidar a seguir os passos a serem seguidos pelo juiz para decidir qual direito fundamental sob a estrutura de princípio deve prevalecer, no caso concreto, aplicando-se a fórmula do peso.

5.2. Variáveis envolvidas

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

²⁶ ALEXY, Robert. **La formula del peso**. In CARBONELL, Migel (coord.). *El principio de proporcionalidade en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 15-16.

²⁷ PULIDO, Carlos Bernal. **Estructura y límites de la ponderación**. In *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 26, p. 226.

²⁸ PULIDO, Op. Cit., p. 226-227.

A lei da ponderação nos informa que *quanto maior o grau de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser o grau de satisfação do outro*. A ponderação buscará a definição do grau de não satisfação/afetação de cada um dos princípios, bem como definir se o grau de satisfação do princípio contrário justifica a afetação do outro. O aplicador das normas deverá, portanto, de início, conferir um ***peso concreto a cada um dos princípios envolvidos***.

Mas não é só. A fórmula do peso de Alexy contém também uma variável deveras curiosa: o ***peso abstrato dos princípios relevantes***²⁹. A variável do peso abstrato se funda no reconhecimento de que, embora os princípios em colisão tenham a mesma hierarquia (ex: direitos fundamentais estabelecidos na CF possuem a mesma hierarquia normativa), em ocasiões um deles pode ter maior importância em abstrato, de acordo com a concepção de valores predominante na sociedade.

O peso abstrato desconsidera as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, embora esteja inserido na fórmula do peso para solucionar uma colisão real. Pode-se reconhecer, por exemplo, que a proteção da vida tem maior peso abstrato do que a proteção da liberdade, porque, para exercer a liberdade, é necessário ter vida. Pode-se considerar que, em abstrato, a liberdade de informação tem maior peso do que a honra e a intimidade, por sua conexão com o princípio democrático, ou, por outro lado, maior peso à honra e intimidade, por sua conexão com a dignidade humana.

Nesse aspecto, parece inevitável questionar: qual a utilidade de se atribuir pesos aos princípios, em abstrato, se a ponderação pressupõe uma colisão de princípios no caso concreto? Não estaria o intérprete computando um mesmo valor, em duplicidade? Seria contraditório atribuir maior peso abstrato a um princípio, escolhendo peso maior a outro quando envolvidas as circunstâncias fáticas?

Para Alexy, o peso do princípio, abstratamente considerado, é também uma variável importante para a determinação de qual dos direitos fundamentais prevalecerá quando da colisão. E ocorre-nos um exemplo, futebolístico, para aclarar as questões acima suscitadas.

Imaginemos que, em vez de estabelecer uma preferência entre princípios, devêssemos realizar escolhas entre seleções de futebol. Para facilitar o raciocínio, consideremos o selecionado de três países: Brasil, Alemanha e França. A colisão entre os princípios equivale a

²⁹ ALEXY, Robert. **La fórmula del peso**. In CARBONELL, Migel (coord.). *El principio de proporcionalidade en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 28-29.

cada confronto entre duas das três seleções, e imaginemos que um analista de futebol deve estabelecer qual dos países, em tese, venceria os demais. Nosso analista deve, portanto, escolher um *favorito* para o embate, sem considerar, contudo, circunstâncias específicas de cada jogo, apostando no vencedor apenas pelo “peso da camisa”. Para estabelecer uma preferência absoluta entre as seleções, ele poderia utilizar como critério seguro a quantidade de títulos mundiais conquistados por cada escrete, o que nos revelaria que, em abstrato, o Brasil (com cinco conquistas) deveria vencer a Alemanha (com três títulos), que, por sua vez, deveria vencer seleção da França (detentora de somente um troféu). Dessa forma, em abstrato, saberíamos que nos confrontos entre Brasil e Alemanha, nosso estudioso do esporte bretão optaria por maior peso ao Brasil, assim como nos embates entre a seleção canarinho e os franceses, que também receberiam menor peso em abstrato quando confrontados com os alemães.

Ocorre que o analista de futebol não incorreria em qualquer contradição ao subverter a ordem acima descrita e decidir apostar em outro vencedor, quando consideradas as peculiaridades de uma partida específica. Isso porque, embora a camisa do Brasil *tenha mais peso abstrato* do que a camisa da França, há circunstâncias apenas aferíveis no caso concreto (ou a cada jogo) que exigem do nosso analista a consideração de outras variáveis para a escolha de um favorito para a vitória. Seria preciso verificar, por exemplo, qual geração de jogadores é a melhor, a francesa ou a brasileira; se há importantes jogadores contundidos ou não convocados; ou se este ou aquele país realiza o específico embate como anfitrião, contando com maciça presença de sua torcida. A escolha do favorito “para o jogo”, portanto, nem sempre coincidirá com a eleição do favorito de “todos os tempos”, embora ambas as escolhas sejam computadas pelo analista quando de sua decisão final.

Aclarada a questão do peso abstrato conferido aos princípios, entrará na equação, ainda, a variável *S*, que se refere à *certeza das apreciações empíricas*. Ela versa sobre a afetação da medida examinada no caso concreto. Tal variável surge do reconhecimento de que as apreciações empíricas pertinentes à afetação dos princípios em colisão podem ter um distinto grau de certeza, *y*; dependendo dele, maior ou menor deverá ser o peso que se reconheça ao respectivo princípio.

No exemplo trazido por Pulido, a variável *S*, ou seja, a certeza de que a afetação do direito a saúde da filha deve ser considerada segura, se existe conhecimento de que esta morreria sem tratamento. Por outro lado, tal afetação será de menor intensidade caso as

consequências sejam menores, ou se os médicos não puderem identificar quais seriam as consequências caso a filha não recebesse tratamento médico³⁰.

5.3. A Fórmula do peso

No item anterior, verificamos que são três as variáveis envolvidas para a solução da colisão entre princípios. A fórmula do peso somente estrutura os passos contidos na lei da ponderação, e busca responder à seguinte pergunta: “*como se relacionam os pesos concretos e abstratos dos princípios em colisão, considerada a certeza das premissas empíricas, para determinar se a importância da satisfação de um dos princípios justifica o sacrifício do outro?*”³¹. A Fórmula tem a seguinte estrutura:

$$GP_{i,jC} = IP_{iC} \cdot GP_{iA} \cdot SP_{iC} / WP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}$$

A fórmula acima descrita considera dois princípios colidentes, P_i e P_j . O numerador contém as três variáveis atinentes ao princípio P_i , enquanto o denominador expressa as variáveis do princípio P_j . O resultado da ponderação será determinado por qual princípio adquiriu maior peso; se o numerador for numericamente maior, decidir-se-á pelo princípio P_i , ao passo que o princípio P_j preponderará caso o denominador for numericamente superior.

Discursivamente, a fórmula do peso nos diz que $GP_{i,jC}$ (peso do princípio P_i em relação ao princípio P_j , no caso concreto) é *igual ao quociente entre o produto de IP_{iC} (peso concreto/afetação do princípio P_i), GP_{iA} (peso abstrato do princípio P_i) e SP_{iC} (certeza das premissas empíricas relativas à afetação do princípio P_i) e o produto de WP_{jC} (afetação/peso concreto do princípio P_j), GP_{jA} (peso abstrato do princípio P_j), e SP_{jC} (certeza das premissas empíricas relativas à afetação do princípio P_j).*

Alexy estabelece uma *escala triádica* para os pesos de cada variável³². As variáveis relativas à afetação dos princípios e ao peso abstrato, numericamente, são classificadas de acordo com os três graus da escala triádica: se o peso por leve = $2^0 = 1$; se o peso for médio =

³⁰ PULIDO, Carlos Bernal. **Estructura y límites de la ponderación.** In *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 26, p. 229.

³¹ PULIDO, Carlos Bernal. **Estructura y límites de la ponderación.** In *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 26, p. 229.

³² ALEXY, Robert. **La fórmula del peso.** In CARBONELL, Migel (coord.). *El principio de proporcionalidade en el Estado Constitucional.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 25.

$2^1 = 2$; se o peso for intenso = $2^2 = 4$. Às variáveis relativas à certeza das premissas fáticas é possível atribuir os seguintes valores: seguro = $2^0 = 1$; plausível = $2^{-1} = 1/2$; não evidentemente falso = $2^{-2} = 1/4$.

Estabelecidas tais premissas, voltemos ao exemplo dos pais religiosos que, por sua crença, se negam a levar a filha ao hospital, embora esta corra perigo de morte. Inexiste regra específica para a solução do caso, e verifica-se, no caso concreto, colisão entre liberdade de crença e direito à vida e à saúde.

Consideremos que P_i corresponde ao direito à vida, enquanto P_j se refere à liberdade de crença. Aplicando-se a fórmula do peso, o resultado da colisão entre princípios pode ser obtido mediante a atribuição dos pesos da escala triádica a cada uma das variáveis envolvidas.

Estabeleceremos uma solução hipotética para o caso, ressaltando que as possibilidades de decisão são praticamente ilimitadas, e a atribuição de pesos variará de acordo com as concepções do juiz ou aplicador das normas. Digamos que o juiz, se defrontado com tal caso, compreendesse que há *grave afetação* do direito à vida ($IPiC = 4$). Por sua concepção, há *intenso* peso atribuído a este direito, vez que, sem ele, em última análise, os demais direitos não são exercidos ($GPIA = 4$). Digamos, ainda, que o juiz considere *segura* a possibilidade de afetação do direito à vida caso seja privilegiado o direito de crença, vez que existe iminente risco de morte ($SPiC = 1$). Por outro lado, poderia tal juiz compreender que o tratamento da criança traria somente uma *média* afetação da liberdade de crença dos pais ($WPjC = 2$). Quanto ao peso abstrato, poderia atribuir peso *médio* à liberdade de crença face ao direito à vida ($GPjA = 2$), e poderia considerar *seguro* que ordenar os pais a levar a filha ao hospital supõe restrição à liberdade de crença ($SPjC = 1$).

No caso concreto, a aplicação da fórmula do peso ao direito da vida e saúde da filha chegaria ao seguinte resultado: $GPI,jC = 4.4.1/2.2.1 = 16/4 = 4$. De forma correlata, o peso da liberdade de crença dos pais seria o seguinte: $GPj,iC = 2.2.1/4.4.1 = 4/16 = 0,25$.

Dessa forma, em nosso exemplo, o aplicador da norma considerou que o direito à vida possui peso *quatro vezes maior* do que a liberdade de crença dos pais, cuja satisfação imporia desmedido sacrifício ao outro princípio em colisão, não justificando a intervenção nos direitos à vida e à saúde da filha. Os direitos à vida e à saúde receberiam precedência condicionada, no caso concreto, resolvendo-se a colisão de princípios, estabelecendo-se que os pais levem a filha ao hospital.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou elucidar a fórmula do peso, de Robert Alexy, utilizada para a solução de colisões entre princípios. Para tanto, estabelecemos preambularmente as noções de razoabilidade e de proporcionalidade, ambas construções teóricas que visam controlar atos estatais que restrinjam direitos fundamentais.

Quanto à fórmula do peso e suas variáveis, é preciso assinalar que *não existe critério objetivo* para determinar o peso que têm os princípios na lei da ponderação. Não haverá, portanto, uniformidade entre juízes quanto a atribuição de pesos, em casos semelhantes, para o grau de afetação dos princípios no caso concreto, seu peso abstrato e a certeza das premissas empíricas relativas à sua afetação.

Isso porque a fórmula não explicita claramente *qual* ponto de vista a partir do qual se deve fazer a gradação das afetações dos princípios. Esta dúvida só pode ser resolvida pelo operador do direito – pelo juiz, sobretudo –, depois de adotar uma postura material e ideológica. A ponderação não é um *processo algorítmico*; mas, por sua objetividade metodológica, confere elevada racionalidade no processo decisório, impõe alto ônus argumentativo ao operador do direito para a atribuição dos pesos, o que, por conseguinte, permite grande controle sobre o conteúdo e fundamentação de suas decisões.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Neoconstitucionalismo e superação do positivismo**. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord.). *Teoria do direito neoconstitucional : superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo : Método, 2008

ALEXY, Robert. **La formula del peso**. In CARBONELL, Migel (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **The special case thesis**, in *Ratio Iuris*, vol. 12, n. 4. Oxford: Blackwell Publishers, 1999, p. 374-384.

ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo” : entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. **A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea**: em busca de um mapa semântico, *in* Leituras Complementares de Direito Constitucional. Bahia: Editora JusPodivm, 2009, p. 207-230.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. **Estructura y limites de la ponderación**. *In Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho n. 26*, p. 226.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, 2002.