

Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras

O objetivo de Robert Alexy com sua teoria sobre direitos fundamentais não é alcançar exatamente uma homogeneização de cada ordem jurídica fundamental. Seu objetivo, na verdade, é o de descobrir as estruturas dogmáticas e revelar os princípios e valores que se escondem atrás das codificações e da jurisprudência. Isto porque, em qualquer lugar que existam direitos fundamentais, colocam-se problemas semelhantes como, por exemplo, as diferenças estruturais entre os direitos sociais e os políticos.

Neste caso, ele indaga: quem seria o titular desses direitos fundamentais? Poderiam ser restringidos? Qual deve ser a intensidade do controle da corte constitucional sobre o legislador?[1]

A teoria de Alexy procura dar resposta a essas indagações com pretensão de cientificidade. Para isso, defende que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, nessa condição, eles eventualmente colidem, sendo assim necessária uma solução ponderada em favor de um deles. [2] Para tanto, considera os princípios como um mundo de dever ser ideal, isto é, não diz como as coisas são, mas como se as deve pensar, com o objetivo de evitar contradições.

Este entendimento assume papel decisivo em sua teoria já que os princípios são conceituados por ele como "mandados de otimização", sendo que mandados (proibições e permissões) fazem parte da deontologia, ou seja, fazem parte do que é obrigatório. Desde logo se vê, portanto, que os princípios são tratados já como uma categoria deontológica, e não axiológica ou antropológica. [3]

Diante disso, podemos considerar que regras e princípios são normas, uma vez que ambos dizem o que *deve ser*. Os princípios, como as regras, são fundamentos para os casos concretos, mas com aplicações distintas.

Assim, a distinção apontada pelo autor é a que se refere às regras como normas que podem ser cumpridas ou não, e aos princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas.

Nesta mesma linha de raciocínio, as colisões de direitos fundamentais devem ser consideradas como uma colisão de princípios, sendo que o processo para a solução de ambas as colisões é a ponderação. [4]

Com efeito, quem empreende a ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz ponderação sejam dotadas de estrutura de princípios. Totalmente diversa a dimensão do problema no plano das regras, onde o que se faz é a subsunção, visto que contém determinações no contexto fático e juridicamente possível, sendo aplicáveis ou não.

Ocorre que o autor não diz que os direitos fundamentais não contêm regra, isto é, que não contêm definições precisas e definitivas. Afirma apenas que os direitos fundamentais enquanto balisadores de definições precisas e definitivas possuem estrutura de regras, como também

acentua que o nível de regras precede ao nível dos princípios, devido ao seu alto nível de generalidade.

Então, enquanto as regras pertencem ao mundo do juridicamente existente e do peremptoriamente válido, os princípios estão no indefinido mundo do possível ou do concomitantemente possível. No conflito de regras, uma elimina a outra, por questão de invalidade. Na colisão entre princípios, um apenas afasta o outro no momento da resolução do embate, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores do que as do outro.

Alexy, em sua obra *Teoria de los Derechos Fundamentales*, apresenta a Lei de Colisão para solucionar a colisão de princípios utilizando um julgado do tribunal constitucional, que diz respeito à não realização da audiência oral tendo em vista a saúde delicada do acusado que sofre risco de infarto. Neste caso, há uma colisão entre o princípio da aplicação do direito penal (P1 - que obriga a audiência oral) com o princípio de proteção do direito à vida e integridade do acusado (P2 - que proíbe a audiência oral).

A partir de então é que Robert Alexy passa a adentrar em sua teoria, apoiando-se, essencialmente, no postulado da proporcionalidade. A grande vantagem desse caminho escolhido é poder impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva.

Logo, do mandado contido nos enunciados das normas de direitos fundamentais se deduz o caráter de princípio[5] dos direitos fundamentais, e desse caráter se deduz a máxima da proporcionalidade, como critério de solução de eventual colisão entre princípios de direitos fundamentais.

Passemos, então, a aplicar a máxima da proporcionalidade.

Postulado da proporcionalidade

A máxima da proporcionalidade é verificada pelos critérios da adequação do meio utilizado para a persecução do fim, necessidade desse meio utilizado e a aplicação estrito senso da proporcionalidade, isto é, da ponderação. Assim, quando se estiver diante de uma colisão entre direitos fundamentais, primeiramente, para solucioná-la utiliza-se da adequação do meio, posteriormente, utiliza-se a necessidade desse meio, e em seguida, se ainda não solucionada a colisão, a ponderação.

Adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado

Significa utilizar-se do meio mais adequado para a persecução do fim desejado. Adequado no sentido de que seria o meio que conseguisse promover o fim almejado, não infringindo tanto o outro princípio como outros meios poderiam vir a infringir. [6]

Mais claro se torna o entendimento diante do exemplo citado pelo prático Robert Alexy: o legislador introduz uma norma N para melhorar a segurança nacional (P1 = princípio do bem coletivo), mas ela não é adequada para promover este princípio, e ainda, infringe a liberdade de expressão (P2 =

princípio da liberdade de expressão). Aqui, existiria a possibilidade de declarar inválida a norma N, pois ela não seria adequada para otimizar o princípio P1.[7]

Necessidade desse meio utilizado

Significa que não há outro meio menos restritivo com um custo menor. Ou seja, de acordo com Alexy, o meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo. De tal modo que *el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo*. Desse modo, a colisão se resolve em favor do princípio de meio menos gravoso.

Ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito

Na ponderação, deve-se ter em conta a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental. Essas manifestações fazem referência a uma regra constitutiva para as ponderações do Tribunal Constitucional Alemão que pode ser formulada da seguinte maneira: *Quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores são de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*. [8]

A bem da verdade é que Alexy, através dessa máxima [9], procurava explicar racionalmente o grau de importância das consequências jurídicas de ambos os princípios em colisão. Em outras palavras, na eventualidade de o embate não ter sido solucionado pelos critérios anteriores, coloca as consequências jurídicas dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto.

Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos:

- 1 Definir a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios;
- 2 Definir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto;
- 3 Realizar a ponderação em sentido específico, i.e., se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

Percebe-se que, de acordo com o demonstrado, a precedência depende das consequências jurídicas dos princípios, sendo, pois, um pressuposto fático do princípio precedente, ou por outra, que os princípios não têm relação absoluta de precedência e não são quantificáveis. Logo, a dimensão do peso é apenas uma metáfora, já que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa. [10]

A primeira tarefa da Teoria dos Direitos Fundamentais enquanto disciplina jurídica é uma interpretação dos direitos fundamentais constitucionais. Todavia as regras de interpretação jurídica se esbarram rapidamente em determinados limites, devido às colisões de direitos fundamentais. Estas, por sua vez, podem ocorrer de duas formas: uma ampla, entre um princípio de direito fundamental individual e outras normas de interesse coletivo, e outra estrita, apenas entre princí-

pios de direitos fundamentais.

Primeiramente, as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito surgem sempre que o exercício ou realização do direito fundamental de um titular do direito produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular. Pode-se tratar de direitos de caráter idêntico, como ocorre na hipotese se desferirem tiros sobre um seqüestrador com o objetivo de proteger a vida do refém, ou de direitos de caráter diversos, como ocorre entre a liberdade de imprensa e de opinião e os direitos fundamentais à honra e à vida privada dos atingidos pela manifestação da opinião.

Já as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo ocorrem entre direitos fundamentais individuais e interesses fundamentais coletivos, sendo que não há uma relação de precedência incondicionada. Como exemplo, o famoso caso *LeBach* julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, onde quatro soldados do grupo de guarda de um depósito do Exército haviam sido assassinados, e armas haviam sido subtraídas, na cidade de *LeBach*, e, após vários anos cumprindo pena, um dos condenados pelo crime estava para sair da prisão quando o Programa de Televisão alemão (ZDF) anunciou a projeção de um documento intitulado "o assassinato dos soldados de *LeBach*".

O preso pretendeu uma ordem proibitiva de exibição do documentário, arguindo que seu direito individual à personalidade seria ferido, prejudicando sua ressocialização. O Tribunal Constitucional decidiu que, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, o princípio da proteção da personalidade, de índole individual, obteve melhor ponderação do que o princípio da liberdade de informação, de índole coletiva.

Ressalte-se que o autor em estudo alerta que os chamados bens coletivos não irão se apresentar apenas como adversários dos direitos individuais. Eles também podem significar o pressuposto ou meio de realização desses direitos. O que há na verdade é um caráter ambivalente do bem coletivo, quando temos, por exemplo, o fato de que as indústrias de tabaco devem informar os danos do cigarro à saúde, que é uma restrição à liberdade do exercício profissional, extraímos um valor coletivo da defesa da população contra os perigos à saúde, e um valor individual de proteção da vida e saúde do indivíduo.

Hipótese curiosa é a da possibilidade de embate entre regras e princípios e, caso possível, qual seria a precedência entre eles. De acordo com Alexy, este embate é possível, sendo que ambas as normas devem estar sujeitas à Constituição. Assim, tendo as regras menos generalidade e mais grau de certeza do que os princípios, elas têm prioridade em um eventual embate.

Em conclusão, diz Alexy que: *"Por lo tanto, entre los dos niveles no existe una relación estricta de precedencia. Más bien, vale la regla de precedencia según la cual el nivel de las reglas precede al de los principios, a menos que las razones para determinaciones diferentes a las tomadas en el nivel de las reglas sean tan fuertes que también desplacen al principio de la sujeción al texto de la Constitución"*. [11]

Vejamos como Robert Alexy explica, através de suas fórmulas, a questão do peso para que haja a



aplica-se o da ponderação:

$$G_{pi, jC} = \frac{I_{Pi}C}{W_{jC}}$$

WPjC

Onde,

G = o peso final I = o grau de intensidade da intervenção no outro direito fundamental W = a importância do direito fundamental justificador da intervenção C = a circunstância fática e jurídica Pi = um direito fundamental Pj = outro direito fundamental

Sendo que, os pesos atribuídos às variáveis são os seguintes:

$$2^{\hat{A}^0} = 1 \text{ considerado peso leve}$$

$$2^{\hat{A}^1} = 2 \text{ considerado peso médio}$$

$$2^{\hat{A}^2} = 4 \text{ considerado peso grave}$$

Então, considerando que dois princípios estão em conflito:

Se o resultado for maior que 1 o direito fundamental Pi precede Pj conforme a ordem em G_{pi, jC}.

Se menor, inverte-se a ordem em G_{pi, jC} para G_{pj, iC}, o que quer dizer que o direito precedente será Pj e não Pi.

Supondo que:

I = o grau de intensidade da intervenção no direito fundamental

W = a importância do direito fundamental justificador dessa intervenção.

C = a circunstância de ofender alguém o chamando de assassino[12]

Pi = direito fundamental que protege a liberdade de expressão

Pj = direito fundamental que protege a honra do indivíduo

$$G_{pi, jC} = \frac{I_{Pi}C}{W_{jC}} = \frac{1}{4} = 0,25$$

WPjC 4

Isso significa que a intensidade da intervenção ao direito de liberdade de expressão, neste caso, foi leve ($2^{\hat{A}^0}$) e a importância da intervenção no direito à honra foi grave ($2^{\hat{A}^2}$), resultando a um

montante final menor que 1, por isso, inverte-se a ordem em G_{pi} , jC , onde quem irá preceder \tilde{C} p_j , que \tilde{C} o direito \tilde{A} honra do indivíduo.

Pra confirmar esse cálculo, invertem-se os fatores:

I \tilde{C} o grau de intensidade da intervenção no direito fundamental

W \tilde{C} a importância do direito fundamental justificador dessa intervenção.

C \tilde{C} a circunstância de ofender alguém o chamando de palhaço

P_i = direito fundamental que protege a liberdade de expressão

P_j = direito fundamental que protege a honra do indivíduo

G_{pj} , $iC = \frac{IP_jC}{4} = 4 = 4,0$

$W_{piC} 1$

Ressalte-se que o objetivo de Robert Alexy com sua fórmula foi a de possibilitar a aplicação da máxima da ponderação com uma maior cientificidade, sendo justamente este o grande mérito do autor que, além de oferecer um novo caminho para a solução de colisões entre direitos fundamentais, desenvolveu um método a ser observado, conseguindo assim maior racionalidade em sua teoria.

Contudo, não se pode olvidar que o cálculo não passa de uma metáfora de peso, isto é, basta saber em que nível se reporta o direito fundamental, se leve, médio ou grave, para se saber o resultado final. Fato que deixa claro que ele não conseguiu se desvincular da forma sensitiva para se chegar ao peso da intervenção e importância dos direitos fundamentais.

Neste sentido, indaga-se: um mesmo bem tutelado poderia ter mais de um peso? Por exemplo, seria o mesmo peso dado ao se chamar de bêbado:

• O ex-presidente Boris Ieltsin, que é notoriamente alcoólatra;

• O presidente George Bush, que é ex-alcoólatra assumido;

• O presidente Lula da Silva, que bebe socialmente;

Não obstante, há de se convir que nem sempre uma decisão possui o grau de certeza com a qual gostaríamos que tivesse. Diversas vezes nos encontramos em um dilema, buscando decidir em face de informações incompletas ou de incertezas jurídicas.

O fato é que apesar de ser uma teoria essencialmente sensitiva não invalida o raciocínio, pois mesmo metafórico permite nossa compreensão.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001;

Ø Colisãõ e Ponderaçãõ Como Problema Fundamental da Dogmãtica dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Traduçãõ de Gilmar Ferreira Mendes;

Epãlogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales. *Revista Espaãola de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 66, set/dez 2002;

Derecho y Razã³n Prãctica. 1ª ed. MÃ©xico: Fontamara. 2002.

[1] ALEXY, Robert. *Colisãõ e Ponderaçãõ Como Problema Fundamental da Dogmãtica dos Direitos Fundamentais*. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Traduçãõ de Gilmar Ferreira Mendes p.1

[2] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.112

[3] As categorias da deontolÃ³gica sãõ os mandados de proibiãõ, permissãõ e obrigaãõ. Por isso dizem o que deve ser. Em contrapartida, a axiologia Ã© ligada ao valor, ou seja, o que Ã© bom, seguro, econÃ³mico, democrãtico, liberal, prãprio do Estado de Direito. Por Ãºltimo, a antropologia se refere aos interesses, necessidades, decisãõ e aãõ. Partindo dessas definiãões, Alexy relata que Ã© possÃvel constatar facilmente a diferenãça entre o conceito de principio e valor: Os princÃpios sãõ mandados de um determinado tipo, Ã© dizer, mandados de otimizãõ. Mandados pertencem ao Ã¢mbito deontolÃ³gico. Ao invÃs, os valores devem ser incluÃdos ao nÃvel axiolÃ³gico.

[4] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.112: *Los princÃpios son mandatos de optimizaciã³n con respecto a las posibilidades jurãdicas y facticas. La mãxima de la proporcionalidad em sentido estricto, es decir, el mandato de ponderaciã³n, se sigue de la relativizaciã³n con respecto a lãs posibilidades jurãdicas*.

[5] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.54. Muito embora, *no todo enunciado normativo es um enunciado deãntico, pero todo enunciado normatico puede ser transformado em um enunciado deãntico*.

[6] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.115, ver nota de rodapã© nãº 88, que relata que a essa deduãõ da mãxima da proporcionalidade apresentada se aproxima E. Grabitz, *Der Grundsatz der Verhãltnismãssigkeit in der Rechtsprechung dãs Bundesverfassungsgericht*, p. 586: *Si se concibe positivamente al principio subyacente a los derechos de libertad como la mayor oportunidad posible de despliegue de la personalidad otorgada al individuo por la Constituciã³n*,



entonces toda regulaci3n exagerada anula la posibilidad de maximizaci3n de oportunidades y es por ello constitucionalmente ilegítima?•.

[7] ALEXY, Robert. *Derecho y Raz3n Pr3ctica*. 1ªed. México: Fontamara. 2002, p.36.

[8]ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.160

[9] Id., Ibid. p.160.

[9] Id., Ibid. p.112, nota de rodapé nº 84. *La máxima de proporcionalidad suele ser llamada principio de proporcionalidad. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aqui exposto. La adecuaci3n, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfaccion tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las trásm máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas?*•. Dessa forma, a proporcionalidade é um critério de decis3o entre princípios colidentes, assim, não entra em colis3o com nenhum princípio.

[10] A rela3o de precedencia (condicionada) diz respeito às condiç3es sob as quais um princípio precede ao outro numa colis3o resolvida no caso concreto. É concreta e relativa, porque só é utilizada no caso concreto. Não tem caráter absoluto, e, assim, não garante sempre o mesmo resultado.

[11] ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.134.

[12] Interessante dizer que ao explicar a utiliza3o da fórmula Robert Alexy utiliza em seus exemplos o fato de chamar alguém de assassino nato e aleijado. Talvez, por um erro de tradu3o, considerou assassino nato de natureza menos gravosa do que a de condiç3o de aleijado. Independentemente do por qu3, esta é mais uma prova de que é extremamente sensitiva a opera3o de atribuir peso aos princípios.