



**A RELAÇÃO TENSIONAL ENTRE O DIREITO À CULTURA E O DIREITO AO SOSSEGO E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO: estudo do caso “Arraial Pertinho de Você”**

THE TENSIONAL RELATIONSHIP BETWEEN THE RIGHT TO CULTURE AND THE RIGHT TO TRANQUILITY AND A BALANCED ENVIRONMENT: a case study of “Arraial Pertinho de Você”

**Márcia Haydée Porto de Carvalho\*<sup>1</sup>**  
**Cláudio Santos Barros\*\*<sup>2</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Regras e princípios: a teoria dos princípios de Alexy e a distinção elaborada por Dworkin; 3 A colisão de princípios e a máxima da proporcionalidade; 4 Estudo do caso “Arraial Pertinho de Você” sob o prisma da lei de colisão; 5 Considerações Finais; Referências.

**CONTENTS:** 1 Introduction; 2 Rules and Principles: Alexy's Theory of Principles and Dworkin's Distinction; 3 The Collision of Principles and the Maxim of Proportionality; 4 Case Study of “Arraial Pertinho de Você” from the Perspective of Collision Law; 5 Final Considerations; References.

**RESUMO**

O presente trabalho tem como temática o estudo do caso “Arraial Pertinho de Você”, verificado em São Luís/MA e caracterizado por uma relação de tensão existente entre princípios de envergadura constitucional: de um lado o direito à cultura e, de outro, o direito ao sossego e ao meio ambiente equilibrado. Nesse sentido, trata a pesquisa de uma demanda ajuizada pelos moradores do entorno do local do festejo, cujo objeto consiste em uma pretensão formulada contra a poluição sonora e outros ilícitos acarretados pela realização do evento. Nesses termos, o objetivo principal deste trabalho é analisar o caso em questão, com ênfase na decisão prolatada nos autos da ação, buscando construir pontes de aproximação e de contextualização que permitam demonstrar a correlação entre os aspectos práticos do caso concreto e a decisão judicial, e entre estes e os aportes teóricos de Alexy e Dworkin. Para tanto, utiliza-se o método de procedimento descritivo, com discussão bibliográfica do tema, permeada com dados obtidos do processo judicial, possibilitando o desenvolvimento de uma adequada pesquisa exploratória. Ao final, de acordo com os resultados encontrados, foi possível

<sup>1</sup> \* Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora Associada III do Departamento de Direito da UFMA, onde leciona na graduação e na pós-graduação. Promotora de Justiça no Maranhão. Endereço postal: Rua do Sol, 117, Centro, São Luís/MA, CEP 65020-590. E-mail: marciahaydee@uol.com.br.

<sup>2</sup> \*\* Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Delegado de Polícia Civil no Estado do Maranhão. Cidade: São Luís – MA/Brasil. Formado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Endereço postal: Rua do Sol, 117, Centro, São Luís/MA, CEP 65020-590. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-5730-9056>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5871352075860917>. E-mail: claudiobarros1028@gmail.com.





concluir que o caso concreto tem por fundamento uma efetiva colisão entre princípios constitucionais que lhe é subjacente; colisão esta que pode ser entendida e, sobretudo, solucionada, com o emprego da teoria dos princípios, do princípio da proporcionalidade e da lei de colisão, apresentados ao longo do artigo.

**Palavras-chave:** Teoria dos Princípios; colisão de princípios; princípio da proporcionalidade; estudo de caso; Arraial Pertinho de Você.

## ABSTRACT

*The present work focuses on the study of the "Arraial Pertinho de Você" case, observed in São Luís and characterized by a tension between constitutional principles: on one side, the right to culture, and on the other, the right to peace and a balanced environment. In this sense, the research deals with a lawsuit filed by the residents around the festival site, whose object consists of a claim against noise pollution and other illicit activities caused by the event. Thus, the main objective of this work is to analyze the case in question, with an emphasis on the decision rendered in the case files, seeking to build bridges of approximation and contextualization that allow demonstrating the correlation between the practical aspects of the concrete case and the judicial decision, and between these and the theoretical contributions of Alexy and Dworkin. To this end, the descriptive procedure method is used, with a bibliographical discussion of the theme, interspersed with data obtained from the judicial process, enabling the development of adequate exploratory research. In conclusion, according to the results found, it was possible to conclude that the concrete case is based on an effective collision between underlying constitutional principles; this collision can be understood, and above all solved, with the application of the theory of principles, the principle of proportionality, and the law of collision, as presented throughout the article.*

**Keywords:** *Theory of Principles; collision of principles; principle of proportionality; case study; Arraial Pertinho de Você.*

## 1 INTRODUÇÃO

A máxima ou princípio (ou regra, conforme se desenvolverá no curso dos trabalhos) da proporcionalidade, foi gestada na Alemanha, após o fim da Segunda Guerra Mundial e, tanto naquele país como no Brasil, o instituto foi paulatinamente desenvolvido na jurisprudência, precipuamente, com o objetivo de solucionar os difíceis casos que envolvem questões constitucionais (Hess, 2017, p. 24).

Nesse sentido e com vistas a uma adequada exposição de um arcabouço teórico dos direitos fundamentais, dotado de rigor científico e metodológico, e que seja adequada a uma tessitura justa e democrática, revela-se conveniente uma aproximação das ideias de Robert Alexy e Ronald Dworkin.





Com efeito, tais ideias passam a ser elaboradas a partir da objeção apresentada por Dworkin ao positivismo de Hart, para quem os sistemas jurídicos são compostos apenas de regras (Sacramento, 2019, p. 3). Dworkin, então, formula a distinção entre regras e princípios, de cuja exposição são esclarecidos os contornos de ambos. Por outro lado, Alexy desenvolve tais conceitos para fundamentar a sua lei de colisão (Alexy, 2015, p. 94-99), empregada para solucionar a colisão entre princípios em determinado caso concreto.

Nesse toar e sob as lentes dessa estrutura teórica, apresenta-se o caso do “Arraial Pertinho de Você”, verificado na cidade de São Luís, capital do Estado do Maranhão, com ênfase na decisão prolatada nos autos da ação popular ajuizada pelos moradores do entorno do festejo, os quais pleiteavam a suspensão da realização do evento.

Os vizinhos da festividade levaram o caso a julgamento, apontando como fundamentos dos pedidos formulados, os barulhos excessivos em decorrência dos shows e de fogos de artifícios, além da obstrução das vias públicas e aumento da violência no bairro com o cometimento de furtos e roubos.

O estudo desse caso justifica-se, em sua relevância, pela pertinência com o tema em comento. Destarte, trata-se a toda evidência de uma colisão de princípios; de um lado, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, de outro, a garantia do pleno exercício dos direitos culturais.

Para a realização da pesquisa, emprega-se o método de procedimento descritivo, com discussão bibliográfica do tema, que será complementada por dados extraídos do processo judicial, possibilitando o desenvolvimento de uma investigação exploratória adequada.

Nesses termos, a pesquisa será desenvolvida em três capítulos. No primeiro, serão apresentados os fundamentos da teoria dos princípios de Alexy e a distinção entre regras e princípios de Dworkin, bem como uma caracterização de ambos os institutos (regras e princípios). Na seção seguinte serão discutidos os aspectos conceituais da colisão de princípios e os meios de sua solução pela máxima da proporcionalidade, que é orientada pelas suas máximas parciais, nessa ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por fim, no último capítulo do desenvolvimento, será feito um estudo do caso “Arraial Pertinho de Você”, a partir da perspectiva conceitual apresentada.





## 2 REGRAS E PRINCÍPIOS: A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ALEXY E A DISTINÇÃO ELABORADA POR DWORKIN

Alexy (2015, p. 85) elabora uma análise da estrutura do direito fundamental. Para esse desiderato, elege o que considera ser a mais importante das diferenciações teórico-estruturais, que é a distinção entre regras e princípios.

Pedron, Ommati e Santos (2018, p. 2) destacam que a distinção entre regras e princípios apresentada por Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, embora pareça ter se popularizado na doutrina jurídica brasileira, não se trata de uma ideia original do autor.

Ressalte-se, no entanto, que essa não é uma observação que Alexy deixa de reconhecer. O autor (2015, p. 86-87) aduz que a distinção entre regras e princípios não é nova, porém, apesar da longevidade do tema, e de sua utilização frequente, grassa a seu respeito “falta de clareza e polêmica”, fato que lhe serve de justificativa para enfrentar essa questão.

Em sua obra, Alexy posiciona a questão da diferenciação entre regras e princípios no centro do tema do direito fundamental. Com efeito, para expressar a importância de se diferenciar, de forma precisa e de acordo com um critério seguro, princípios e regras, Alexy caracteriza tal distinção como “a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais”, “uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”, “umas das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (2015, p. 85) e como a “base de ambas as construções” (2014, p. 173).

Antes de adentrar na diferenciação que Alexy traça entre regras e princípios, cumpre, pela relevância, fazer um contraponto com o que Dworkin entende ser a distinção entre os institutos. Com efeito, mesmo Alexy (2014, p. 193-198) faz longa referência às considerações de Dworkin sobre a matéria, então faz-se conveniente apresentar os contornos dessa distinção.

Dworkin elaborou sua teoria com o objetivo inicial de objetar o positivismo hartiano, segundo o qual os sistemas jurídicos são compostos apenas de regras. Nesse toar, Dworkin sustenta que os sistemas são compostos de regras, mas também de princípios. No desenvolvimento de sua teoria, defende a distinção entre ambos (entre regras e princípios), em função das diferentes capacidades regulativas (Sacramento, 2019, p. 3).





Dworkin reconhece que regras e princípios são diferentes e que a distinção entre ambos os institutos seria de natureza lógica. O ponto de contato entre ambos reside no fato de que, tanto princípios quanto regras, apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas.

A diferença, ainda segundo Dworkin, estaria na natureza da orientação que regras e princípios oferecem.

Assim, as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*), de modo que “ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (Dworkin, 2002, p. 39).

Nesse toar, Dworkin, para ilustrar o caso de uma exceção imposta a uma regra, elabora uma analogia com o jogo de beisebol em que o rebatedor que errar três bolas (três *strikes*) está fora (*out*) do jogo. A exceção seria a regra segundo a qual o rebatedor não é eliminado se o pegador deixar a bola cair após o terceiro erro do rebatedor. O autor traz essas regras do esporte para o âmbito do direito e refere à regra que impõe a assinatura de três testemunhas para a validade de um testamento<sup>3</sup>. Afirma Dworkin, então, que também essa regra, a exemplo do que ocorre com a regra do beisebol, pode ter exceções e, caso as tenha, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerá-las. Assim, quanto mais exceções forem enumeradas, mais completo será o enunciado da regra.

Por outro lado, assim não sucederia com os princípios, mesmo com aqueles que mais se assemelham a regras. Os princípios, diferentemente das regras, não geram consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dworkin, nessa perspectiva, fornece o exemplo do princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza e o contrapõe com três exemplos práticos em que, naturalmente, alguém poderá obter vantagens, de modo legal. Na usucapião, em que o possuidor, que sabe que ocupa terra de outrem sem autorização, e termina por adquirir a sua propriedade; do sujeito que abandona seu trabalho, rompendo um contrato, assumindo

---

<sup>3</sup> Uma analogia próxima com a regra do beisebol é a legislação *Three Strikes (you are out)*, vigente em alguns estados norte-americanos. O nome da lei é uma referência à regra citada do beisebol, em que o jogador é eliminado após o terceiro erro cometido ao tentar rebater a bola. A legislação prevê penas de prisão mais longas, mesmo perpétuas, para aqueles indivíduos que reincidem no cometimento de três ou mais crimes que sejam, pelo menos a princípio, graves ou violentos. Para uma melhor compreensão e uma análise crítica da legislação do *Three Strikes*, cf. Dirks e Linnemann (2014).



um emprego que lhe pague melhor; e de um homem que se evade sob fiança, realiza investimentos e é autorizado a manter seus lucros, mesmo que tenha que retornar ao cárcere (Dworkin, 2002, p. 40).

Esses contraexemplos não podem ser encarados como exceções, como ocorre no caso das regras, porque não são nem teoricamente enumeráveis.

Dessa forma, ao contrário das regras, os princípios atendem a uma exigência de justiça, equidade ou outra condição de moralidade e teriam uma dimensão de peso, que se mostra relevante quando os princípios se inter cruzam, ocasião em que aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Diferentemente, ocorre com as regras, visto que “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”. O conflito entre regras pode ser regulado através de outras regras, que darão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero (Dworkin, 2002, p. 36; p. 42-43).

Para Alexy, Dworkin deixa de adotar uma distinção em graus. Os critérios de Dworkin seriam, então, comparativos e não estritamente classificatórios, que consideram regras e princípios estruturas lógicas completamente diversas. Vale dizer, “se um padrão pode ser uma regra ou um princípio, então ele sempre é ou uma regra ou um princípio” (Alexy, 2014, p. 194).

Com isso, Dworkin rejeita o critério da generalidade, que segundo Alexy (2015, p. 87), é o critério utilizado com maior frequência e de acordo com o qual princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

A distinção que Alexy faz entre princípios e regras se afasta daquela de Dworkin em pontos fundamentais. Destarte, Alexy desenvolve as ideias de Dworkin, introduzindo a ideia de que os princípios consistem em mandamentos de otimização, fazendo uso da teoria dos princípios como base de uma teoria dogmática no âmbito dos direitos fundamentais (Sacramento, 2019, p. 4).

Inicialmente, Alexy (2015, p. 87) aduz que tanto regras como princípios devem ser reunidos sob o conceito de norma, porque ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição; tanto princípios como regras dizem o que deve ser.

Estabelecido esse ponto de semelhança, a distinção é traçada pelo autor nos termos a seguir expostos.

As regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, constituindo, assim comandos definitivos.





A forma de sua aplicação é a subsunção (Alexy 2014, p. 173). Se uma regra for considerada válida, o comando é no sentido de se fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida, exceto no caso em que o intérprete e aplicador do direito introduz uma cláusula de exceção.

Por seu turno, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados. A medida de sua satisfação (diferentemente do que acontece com as regras) vai depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (Alexy, 2014, p. 173).

Com efeito, Alexy (2014, p. 173) esclarece que os princípios contêm um comando *prima facie*, visto que as suas possibilidades jurídicas são determinadas por regras e por princípios opostos. Assim, “a determinação da medida comandada de cumprimento de um princípio em relação às exigências de um princípio oposto é a ponderação. Por essa razão a ponderação é a forma de aplicação específica do princípio”.

### **3 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE**

Conforme se antecipou na seção anterior, as regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva e sua forma de aplicação é a subsunção. Desse modo, são denominadas comando definitivos: ou a regra é válida, e seu comando satisfeito, ou não é válida, e neste caso o seu comando deixa de ser satisfeito e em nada contribui para a decisão. Além disso, o conflito entre regras pode ser solucionado por meio da introdução de uma cláusula de exceção, como no exemplo da proibição de se sair da sala de aula antes que o sinal toque, que é excepcionada pela regra que impõe o dever de se sair dela caso soe o alarme de incêndio (Alexy, 2014, p. 200 e 2015, p. 93).

O outro meio de se eliminar o conflito é se uma das regras for declarada inválida, por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*.

As regras são aplicadas por meio da fórmula da subsunção, que se traduz em um esquema de deduções a partir do qual se busca determinar qual regra deve ser aplicada ao caso concreto. Essa operação revela-se suficiente para os casos fáceis. Para a solução de casos difíceis (hard cases), no





entanto, necessária se faz a aplicação do princípio da proporcionalidade, em um contexto de colisão entre princípios (Hess, 2017, p. 5)

Assim, as contradições identificadas entre regras devem ser solucionadas de forma diversa de quando a colisão se dá entre princípios, que é o objeto principal da presente seção. Se dois princípios colidem, o que pode ocorrer quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido, um deles deve ceder. Disso não sucede que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele venha a ser introduzida uma cláusula de exceção. Por um lado, os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade. Por outro lado, os conflitos entre princípios se dão na dimensão do peso<sup>4</sup>, visto que somente princípios válidos podem colidir (Alexy, 2015, p. 92-94).

Nessa perspectiva, Alexy (2015, p. 106-109) esclarece haver uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Vale dizer, a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios.

Segundo Silva (2002, p. 34), há duas deficiências que se verificam dentre os autores que, no sentido de Alexy, resolvem se dedicar ao tema. A primeira é a de que as máximas parciais são descritas tão só superficialmente, de modo que a análise das sub-regras não tem sido feita de maneira a torná-las compreensíveis e aplicáveis na prática jurisprudencial. Frequentemente, é fornecido apenas um conceito sintético de cada uma das máximas parciais, sem que se analise a relação entre elas.

Daí decorre a segunda deficiência apontada por Silva (p. 34 e ss.), que consiste na falta de clareza com relação à ordem em que as sub-regras devem ser analisadas. Destarte, a análise da adequação deve preceder a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em

---

<sup>4</sup> Neste ponto, Alexy alude às considerações de Dworkin sobre a dimensão do peso, que podem ser encontradas no livro já referenciado. Destarte, aduz Dworkin (2002, p. 42): “Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.”





sentido estrito. Ainda, deve ser observada uma relação de subsidiariedade entre as máximas parciais. Vale dizer, a aplicação do princípio (ou regra, como adiante se exporá) da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas máximas parciais.

Assim, a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação. A análise da proporcionalidade em sentido estrito só será imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com a análise das sub-regras antecedentes, ou seja, do exame da adequação e da necessidade.

Assim, as máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, enquanto a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas (Alexy, 2015, p. 118).

Por conseguinte, o mesmo se aplica no âmbito da otimização. O objeto das duas primeiras máximas parciais (da adequação e da necessidade) é a otimização em relação às possibilidades fáticas. Ao contrário, a otimização da terceira máxima parcial, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, trata-se da otimização em relação às possibilidades jurídicas (Alexy, 2014, p. 179).

Nesse ponto, cumpre apontar duas considerações feitas por Silva (2002, p. 24-26; p. 36-37) acerca da recepção da teoria elaborada por Alexy no Brasil.

A primeira delas diz respeito à terminologia adotada quando se refere à proporcionalidade, nos termos do raciocínio gestado por Alexy. Amplamente aceito, sem maiores controvérsias terminológicas, é a denominação “princípio da proporcionalidade”.

No entanto, a terminologia parece equivocada, especialmente quando se tem em mente a contraposição levada a efeito por Alexy entre princípios e regras.

Silva (2002, p. 25-26) refere que mesmo Alexy esclareceu que o princípio da proporcionalidade não é um princípio no sentido descrito em sua própria obra. Com efeito, Alexy (2014, p. 117), explicita na nota nº 84, que a proporcionalidade deve ser classificada como regra, vez que o seu modo de aplicação é por meio da subsunção e porque não sucede que as máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) tenham ou não precedência a depender de uma eventual colisão com outro princípio. Para se garantir a fidelidade com o texto que consta do livro, transcrevemos abaixo o inteiro teor da nota de rodapé em questão:



A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada "princípio da proporcionalidade". Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. Cf., nesse sentido, Gorg Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Tübingen: Mohr, 1983, p. 11, que faz menção a um "enunciado jurídico passível de subsunção".

Em que pesem tais observações, Silva (2002, p. 26) reconhece que o termo “princípio”, considerada a prática jurídica brasileira, pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, a exigência da proporcionalidade. Por isso, não se pode esperar que o termo “princípio”, em razão de sua plurivocidade, venha a ser utilizado somente enquanto contraposição a regra jurídica. Do mesmo modo, seria inamissível se querer que expressões como, por exemplo, "princípio da anterioridade" ou "princípio da legalidade" sejam abandonadas, pois, qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso, quando diante de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo "princípio".

Dessa forma, arremata o autor asseverando que, mais importante do que a infrutífera e o que considera ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo "princípio" é esclarecer que o vocábulo, na expressão "princípio da proporcionalidade", não tem o mesmo significado de "princípio" na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy.

A segunda consideração de Silva versa acerca do conceito difundido, no Brasil, no que se refere à máxima parcial da adequação. A concepção mais corrente é a de que um meio será adequado se for apto a alcançar o resultado pretendido. Silva (2002, p. 36-37), no entanto, afirma que esse conceito de adequação não é o mais correto, vez que não corresponde ao que Alexy quis dizer em sua obra.

Aduz o autor que esse conceito da máxima parcial da adequação decorre de um erro de tradução, cometido por Mendes, ao traduzir uma sentença exarada pelo Tribunal Constitucional alemão – BVerfGE 30, 292 (316), da seguinte maneira: "os meios utilizados pelo legislador devem



ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado”<sup>5</sup>.

Segundo Silva, a expressão em alemão *fördern*, que Mendes traduziu para o português “alcançar”, seria melhor traduzida como fomentar, promover.

A diferença tem efeitos na própria compreensão do instituto da máxima parcial da adequação, já que adequado, de acordo com a outra tradução dada a *födern* (fomentar, promover), passa a ser compreendido não somente como o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também “o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado” (Silva, 2002, p. 36). Infere-se, portanto que o conceito é, de tal maneira, alargado porque uma medida do Estado será adequada uma vez que venha a fomentar determinado objetivo, mesmo que não seja idônea a alcançá-lo.

Sob o prisma da máxima parcial da necessidade, a proporcionalidade consiste no exame que visa a escolha do melhor meio para que seja o fim almejado obtido, ou seja, o meio menos gravoso (Alexy, 2015, p. 119).

Nessa análise, o ato que limite um direito fundamental será necessário se a realização do objetivo pretendido não possa ser alcançada (ou fomentada, caso se adote a tradução proposta por Silva), com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.

Essa fórmula corresponde à fórmula de otimização proposta por Vilfredo Pareto e é, por isso, conhecida como eficiência (ou otimalidade) de Pareto (Silva, 2002, p. 38), conforme se infere da nota 222 de Alexy (2015, p. 170-171).

Silva (2002, p. 38) revela a seguinte conjectura. Apresenta a hipótese em que o Estado, para promover o objetivo *O*, venha a adotar a medida *M1*, que limita o direito fundamental *D*. Nesse caso, se houver uma medida *M2* que, tanto quanto *M1*, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo *O*, mas limite o direito fundamental *D* em menor intensidade, então a medida *M1*, utilizada

---

<sup>5</sup> Esse é o trecho que Silva (2002) transcreve da tradução feita por Mendes. Em Mendes (2000), lê-se o inteiro teor da tradução feita, em que se verifica a referência, no trecho traduzido, também à máxima parcial da necessidade: “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”.



pelo Estado, não seria necessária. Finalmente, o autor aponta que a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação corresponde ao método percorrido quando da realização das duas máximas parciais. Enquanto o exame da necessidade consiste em exame imprescindivelmente comparativo, o da adequação corresponde a um exame absoluto.

Assim, a ponderação é objeto da terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. A proporcionalidade em sentido estrito consiste na otimização em relação às possibilidades jurídicas (Alexy, 2014, p. 179).

Nesse sentido, para Alexy (2015, p. 117-118), a máxima da proporcionalidade em sentido estrito corresponde à exigência de sopesamento. A relativização se dá em face das possibilidades jurídicas porque quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio que lhe é antagônico, deve-se chegar a uma decisão por meio de um sopesamento, nos termos da lei de colisão.

#### **4 ESTUDO DO CASO “ARRAIAL PERTINHO DE VOCÊ” SOB O PRISMA DA LEI DE COLISÃO**

Como referido, a lei de colisão é aquela que incide na terceira fase da máxima da proporcionalidade, ou seja, quando do exame da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Por intermédio de sua aplicação, e visando a uma decisão em um caso concreto, é levado a efeito o sopesamento entre princípios válidos, que consistem em normas de direito fundamental, os quais estão em colisão.

Alexy (2015, p. 93-103), em sua obra, se utiliza de dois casos concretos para esclarecer os contornos dos aportes teóricos da máxima da proporcionalidade, visando ao melhor entendimento do instituto.

Com efeito, como assevera Silva (2002, p. 35), no âmbito da aplicação da máxima da proporcionalidade, “essa conexão entre a explicação teórica e a aplicação prática pode ajudar sobremaneira a compreensão geral do problema”.

Os dois casos utilizados por Alexy, no seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, (2015, p. 93-103) são, ambos, julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão: a decisão sobre a incapacidade para participar de audiência processual e a decisão do caso Lebach. Em comum, os dois





casos têm direitos fundamentais em colisão.

No primeiro caso (BVerfGE 51, 324), questionava-se a realização de uma audiência, em um processo penal cujo acusado, por razões de saúde, poderia vir a sofrer um derrame cerebral ou infarto, caso viesse a participar do ato processual. Os princípios colidentes identificados na decisão são, de um lado, a operacionalidade do direito penal e, de outro, a vida e integridade física do réu. Assim, assentou a corte alemã que “se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, 1, da Constituição” (Alemanha, 1979).

O segundo caso utilizado por Alexy, o caso Lebach, versa sobre a emissora de televisão alemã ZDF e a intenção de veicular um documentário sobre um crime em que quatro soldados alemães foram mortos e tiveram as armas, que estavam sob sua custódia, subtraídas. Em grau de reclamação constitucional, discutia-se acerca do direito de um dos autores do crime, que estava prestes a sair da prisão, de obter a proibição da exibição do programa. Os princípios colidentes identificados pela corte foram a proteção da personalidade do condenado e a liberdade de informar por meio de radiodifusão. Na decisão, após consideradas as particularidades do caso (condições ou suportes fáticos, conforme se verá adiante), o tribunal decidiu que a proteção da personalidade tinha precedência face à liberdade de informar, proibindo a veiculação do documentário.

Carvalho (2017, p. 13-60) conduz uma análise sobre a relação de tensão, por vezes, verificada entre o direito à informação e o direito à honra no direito brasileiro, como nos casos em que notícias sobre crimes ou fatos ilícitos são veiculadas nos meios de comunicação, quando as investigações que visam à sua elucidação ainda se encontram no início.

Desse modo, coloca-se o problema, tal como enfrentado no caso Lebach, de se compreenderem os contextos e circunstâncias em que ponderações podem ser feitas entre, de um lado, o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado, e de outro lado, o direito à honra daquelas pessoas a quem as notícias dizem respeito.

Nessa esteira, para se exercitar o direito à informação, em suas três vertentes acima, com a devida preocupação com o direito à honra, “é preciso ponderar os dois direitos em jogo de modo que nenhum deixe de ser respeitado, querendo-se dizer com isso que tanto um direito quanto o outro devem ser obedecidos o máximo possível” (Carvalho, 2017, p. 44).

O caso Arraial Pertinho de Você versa acerca de uma festa de arraial realizada, no bairro





Cohama, em São Luís/MA.

Em maio de 2022, alguns residentes do bairro, antecipando-se à realização do evento, que ocorria, anualmente, ao longo do mês de junho, ingressaram com uma ação popular<sup>6</sup>, em face do organizador do arraial e contra a associação de moradores do bairro, que cederia o espaço de sua sede para a festividade.

Na petição inicial, os moradores alegavam que o local escolhido para a realização do festejo se tratava de área urbana, em avenida extremamente movimentada, densamente povoada, razão pela qual a festividade traria prejuízos imensuráveis aos moradores da adjacência, visto que muitos possuem problemas de saúde, além de grande parte deles serem idosos.

Relataram na exordial que, durante as edições de anos anteriores do Arraial Pertinho de Você, eram emitidos barulhos excessivos em decorrência dos shows e de fogos de artifícios e que, além disso, o extenso horário da programação provocava importunação do sossego noturno, obstrução das vias públicas e aumento da violência no bairro (furtos e roubos).

Sob esse fundamento, requereram tutela de urgência, para a suspensão de quaisquer propagandas, obras e do próprio Arraial Pertinho de Você na Associação Comunitária dos Moradores da Cohama e, no mérito, a confirmação desse pedido no sentido de se determinar a suspensão da realização do arraial naquele local.

Nos autos<sup>7</sup>, ainda não foi prolatada sentença de mérito. Há, no entanto, a apreciação desse requerimento por tutela de urgência elaborado pela parte autora, em decisão que servirá para o propósito do presente trabalho, tendo em vista se tratar de uma evidente colisão entre princípios, os quais foram submetidos a um sopesamento.

Aqui, vale a mesma observação feita por Alexy (2015, p. 95) quando da análise do caso sobre a incapacidade para participar da audiência processual penal. Como costuma fazer, o Tribunal Constitucional Federal alemão utilizou, no julgado, a expressão conflito – *konflikt*, conforme se lê em BVerfGE 51, 324 (345) (Alemanha, 1979), – embora o termo adequado, de acordo com os aportes teóricos formulados por Alexy, seja “colisão”. Destarte, também na decisão prolatada no caso Arraial Pertinho de Você, se emprega a expressão conflito, embora haja claramente, e como se disse, uma

<sup>6</sup> Trata-se do Processo nº 0826323-84.2022.8.10.0001, em trâmite perante a Vara de Interesses Difusos da Comarca de São Luís.

<sup>7</sup> Conforme a última movimentação consultada em pesquisa processual realizada em 22/07/2024.





situação de colisão de princípios, solucionada por meio do sopesamento. Destarte, lê-se da decisão: “constata-se, *a priori*, um conflito entre bens e interesses constitucionalmente protegidos (meio ambiente ecologicamente equilibrado *versus* garantia do pleno exercício dos direitos culturais)” (Maranhão, 2022).

Conforme se referiu na seção anterior, a colisão entre princípios não se resolve com a declaração de invalidade de um dos princípios e sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico, tampouco por meio da introdução de uma cláusula de exceção a um dos princípios. Tais regras aplicam-se aos conflitos entre regras.

Uma vez que se trata de uma colisão entre princípios, a solução deve ser encontrada no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, considerando as circunstâncias do caso concreto.

Assim, segundo Alexy (2015, p. 96), uma vez considerado o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro, embora, como pondera o autor, a questão da precedência pode vir a se modificar, sob outras condições.

Na análise do caso Arraial Pertinho de Você, os objetos do sopesamento serão denominados tal como o foram em Alexy (2015, p. 93-103).

Assim, no referido caso, a decisão reconhece dois princípios antagônicos: a garantia do pleno exercício dos direitos culturais, que será chamado de  $P_1$  e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que será denominado de  $P_2$ . Como símbolo para relação de procedência, será utilizado o sinal **P** e **C** será designado para denominar as condições do caso concreto que fizeram um princípio ter precedência em face do outro.

A condição de precedência (**C**) de  $P_1$  (a garantia do pleno exercício dos direitos culturais) pode ser inferida da decisão e consiste na existência do seguinte suporte fático: o fato de a organização do festejo ter obtido algumas das licenças e autorizações dos órgãos incumbidos, por lei, de exercer o poder de polícia sobre eventos festivos.

No caso, em verdade, a organização e a realização de um evento dessa magnitude devem acontecer mediante a obtenção de licenças/autorizações de diversos órgãos públicos, entre os quais, Corpo de Bombeiros, CREA, Comitê Gestor de Limpeza Urbana, Secretaria Municipal de Meio Ambiente



(SEMMAM), SMTT, Delegacia de Costumes, Vigilância Sanitária, etc. Para tanto, demonstraram os demandados que há Autorização Especial de Eventos da Secretaria Municipal de Urbanismo e Habitação (Blitz Urbana) e Licença do Corpo de Bombeiros, além de protocolo de requerimento da SEMMAM. Sendo assim, vislumbro, nesse momento processual, que não estão evidenciados elementos que comprovem que o empreendimento “Arraial Pertinho de Você” vem sendo organizado ao arpejo da lei a ponto de justificar um excepcional provimento judicial no sentido de proibição de seu funcionamento.

Assim, na decisão que apreciou o requerimento pela tutela de urgência, tem-se que o princípio  $P_1$  (a garantia do pleno exercício dos direitos culturais) tem precedência sobre o princípio  $P_2$  (meio ambiente ecologicamente equilibrado), sob as condições  $C$  (obtenção de licenças e autorizações de órgãos do Poder Público):

$$(P_1 \mathbf{P} P_2) C$$

Também, segundo Alexy (2015, p. 99) e adaptando as suas conclusões para o caso em tela, se do princípio  $P_1$ , sob as condições  $C$ , decorre a consequência jurídica  $R$ , então, vale a seguinte regra que terá  $C$  como suporte fático e  $R$  como consequência jurídica:  $C \rightarrow R$ .

Ainda, no caso concreto, a decisão impôs algumas condições aos organizadores, como de se absterem de soltar fogos de artifício e outros artefatos pirotécnicos que pudessem gerar ruído. Assim também ao Poder Público foram impostas obrigações. A Polícia Militar, por exemplo, ficou incumbida de realizar o patrulhamento no entorno do festejo, “a fim de proporcionar maior segurança na adjacência do evento”.

A imposição dessas obrigações, uma vez que visem à proteção, em alguma medida, do princípio que sofreu a restrição, está de acordo com o postulado de Alexy (2015, p. 95) segundo o qual a caracterização da situação decisória como uma colisão entre princípios é possível e ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida possível, um dos princípios e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida possível, o outro princípio.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS



Ao longo do presente trabalho, realizamos uma exposição do arcabouço teórico de Robert Alexy sobre a sua teoria dos princípios, desenvolvida a partir das ideias de Ronald Dworkin sobre o tema, fazendo uma aproximação dos conceitos elaborados por ambos os autores.

Assim, apresentamos a distinção necessária traçada por Alexy entre regras e princípios, segundo a qual regras são normas, aplicadas por meio da subsunção e que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, constituindo, assim comandos definitivos. Princípios, doutra banda, consubstanciam-se também em normas, mas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, mandamentos de otimização portanto, que podem ser satisfeitos em graus variados, a depender de eventual precedência que possam ter em face de algum outro princípio colidente.

Assim, a máxima da proporcionalidade é orientada pelas máximas parciais (ou sub-regras) da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sendo esta última o mandamento do sopesamento propriamente dito, que decorre logicamente da natureza dos princípios, cujas características foram delineadas quando de sua distinção com as regras.

Por último, no contexto da lei de colisão, abordamos o caso Arraial Pertinho de Você, em que se discute o impacto ambiental de um evento festivo nas residências situadas em seu entorno. Para tanto, utilizamos uma decisão prolatada nos autos da ação popular ajuizada pelos moradores vizinhos, em face da organização do evento, no sentido de se examinar a evidente colisão de princípios posta, entre a garantia do pleno exercício dos direitos culturais e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Buscou-se, assim, colaborar com o debate do sopesamento de direitos fundamentais, tema complexo, mormente em razão da evolução e mutação constante da jurisprudência e das próprias dinâmicas sociais.

## **REFERÊNCIAS**

ALEMANHA, Bundesverfassungsgerichts (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha). BVerfGE 51, 324 (345), 19 de junho de 1979. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv051324.html>. Acesso em: 22 jul. 2024





ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **O público e o privado no direito constitucional brasileiro**. São Luís : EDUFMA, 2017.

DIRKS, Danielle; LINNEMANN, Travis. Three Strikes Law. *In*: GALLAGHER, Charles A.; LIPPARD, Cameron D. (Org.). **Race and racism in the United States: an encyclopedia of the American mosaic**. Santa Barbara: Greenwood, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade na Alemanha e no Brasil – aplicações ao Direito midiático. *In*: **Interpretação Constitucional no Brasil**, São Paulo: EPM, 2017.

MARANHÃO, Ação Popular 0826323-84.2022.8.10.0001. Vara de Interesses Difusos da Comarca de São Luís, 30 de maio de 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**, v. 14, p. 361-372. 2000.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emilio Medauar; SANTOS, Cyntia Cordeiro. “A Crítica da Teoria Hermenêutica de Lenio Streck à Teoria dos Princípios de Robert Alexy.” **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte. Ano 16, n. 24, p. 101-119. Jul./Dez. 2018.

SACRAMENTO, Bruno. A ponderação de regras e alguns problemas da Teoria dos Princípios de Robert Alexy. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 15, n. 2. p. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/VS7NTqHcNG9JtLGqgzBkGWt/?lang=pt>. Acesso em: 19 jul. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável in **Revista dos Tribunais**. Número 798, 2002: 23-50.

