

As condições e a estrutura da ponderação de princípios na Teoria Discursiva do Direito

O STF realmente pondera?

ALEXANDRE TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO
JÚLIO AGUIAR DE OLIVEIRA

Resumo: O artigo reconstrói a estrutura e as condições da ponderação conforme a Teoria Discursiva do Direito concebida por Robert Alexy, especialmente em sua Teoria dos Princípios, e verifica se essas condições estão presentes na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF). Ao fim dessa investigação, conclui que a Teoria dos Princípios de Alexy não é de fato aplicada no STF, razão pela qual não pode ser responsabilizada por decisões arbitrárias ou decisões com déficit de fundamentação exaradas por ele.

Palavras-chave: Teoria dos Princípios; condições da ponderação; Robert Alexy.

Conditions and structure of balancing principles according to the discourse theory of law: is there really balancing at STF?

Abstract: This paper reconstructs the structure and the conditions of balancing as they appear in Robert Alexy's Discourse Theory of Law, particularly in his Principles' Theory. It checks whether these conditions are met within the practice of the Brazilian Supreme Court (STF). The conclusion is that Alexy's Principles' Theory cannot be held accountable for problems of legal application in Brazil, for such theory is not in fact applied in STF.

Keywords: Principles' Theory; conditions of balancing; Robert Alexy.

Recebido em 12/8/22
Aprovado em 1/11/22

1 Introdução

Desde a segunda metade do século XX, a ponderação de princípios tem desempenhado papel de destaque na aplicação do Direito na Alemanha. Com base nessa experiência, Robert Alexy desenvolveu uma Teoria dos Princípios que discute e reconstrói teoricamente a prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)). O objeto dessa Teoria é, portanto, a jurisprudência do BVerfG, sobretudo no que diz respeito à aplicação das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. Em virtude de sua capacidade de reconstruir o modelo decisório alemão, a Teoria dos Princípios tem repercutido em vários países, incluindo o Brasil.¹ Em tempos recentes, é comum encontrar, em julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), referências a conceitos, estruturas, fórmulas e autores da Teoria dos Princípios alemã, em cujo centro se encontra a ponderação de princípios.

De acordo com essa teoria, os princípios implicam a ponderação, e a ponderação implica a existência de princípios. Isso significa não só que, havendo princípios (no sentido da Teoria dos Princípios de Alexy), deve haver ponderação – e, acima de tudo, só pode haver ponderação se há princípios. Neste artigo, investigaremos quais são, de acordo com Alexy, as condições necessárias para a ponderação de princípios. Pretendemos demonstrar que, embora algumas dessas condições estejam presentes no Brasil, outras não estão, motivo por que não pode ser aceita a frequente alegação de “aplicação” da ponderação de princípios pelo STF. Na origem dessa incorreta alegação estão presentes, em nosso entendimento, compreensões equivocadas a respeito tanto de como se desenvolve uma teoria quanto da função que ela desempenha. Na Alemanha, a Teoria dos Princípios, sobretudo na forma desenvolvida por Alexy, por um lado, parte de conceitos e estruturas da Filosofia prática e da Ciência do Direito; mas, por outro, baseia-se numa prática decisória institucional – a do BVerfG. É justamente essa ancoragem na realidade institucional da prática judicativa do BVerfG que confere à teoria a capacidade de reconstruir analiticamente a práxis decisória alemã sem, contudo, afastar-se do modo como o BVerfG de fato julga. No Brasil, não há a construção de uma teoria com base num compromisso com a reconstrução da prática judicante do STF, mas a simples importação da teoria alemã. A Teoria

¹ Como exemplo dessa influência global da Teoria dos Princípios pode-se citar o fato de a obra *Teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy, ter sido traduzida em várias línguas, como espanhol (1993; 2ª reimpressão 2001; nova tradução 2007), inglês (2002; 2ª reimpressão 2004; reimpressão em brochura 2010), coreano (2007), português (2008; 2ª edição 2011; 5ª reimpressão 2017), polonês (2010), italiano (2012). Inúmeros artigos de Alexy sobre a Teoria dos Princípios têm sido traduzidos para o inglês, espanhol, português, italiano, coreano, chinês, japonês etc.

dos Princípios é importada não apenas sem o cuidado básico com sua adequação ao contexto local, como também sem a verificação cuidadosa da existência real das condições de aplicação. Dito de outra forma: na Alemanha a teoria é fundada na análise da prática jurisprudencial do BVerfG, ao passo que no Brasil a teoria alicerçada na prática jurisprudencial alemã é “aplicada” pelo STF sem os devidos ajustes e, o que é mais grave, sem observar o conjunto completo de condições essenciais da própria teoria. Desse modo, se na Alemanha a função da Teoria dos Princípios é tornar possível uma compreensão inteligível da prática jurisprudencial e a construção de uma dogmática coerente relativa a direitos fundamentais, no Brasil um simulacro da Teoria dos Princípios tem por função construir uma fundamentação pretensamente racional de uma prática jurisprudencial bem carente de racionalidade.

Não é nova a constatação de que a Teoria dos Princípios tem sido aplicada no Brasil sem o rigor técnico originário.² Moraes (2016, p. 249), por exemplo, afirma que “o que se vê no STF é apenas um simulacro da teoria de Robert Alexy” e que a proporcionalidade é uma espécie de disfarce para a manifestação da discricionariedade do julgador (MORAIS, 2016, p. 250).³ No entanto, embora esteja correto ao qualificar como simulacro a Teoria dos Princípios no contexto de sua aplicação pelo STF, Moraes equivoca-se quando atribui à Teoria dos Princípios, e não a um seu simulacro, a função de disfarce para a manifestação da discricionariedade do julgador (OLIVEIRA, 2016, p. 146, 151-152).

O caminho seguido e o objetivo a ser buscado neste artigo são, porém, diferentes das críticas já realizadas. Pretendemos aqui reconstruir analiticamente a estrutura e as condições da ponderação para, num segundo momento, verificar se, e em que medida, essas condições estão presentes na prática jurisprudencial do STF.

Com a finalidade de cumprir esse objetivo, começaremos com uma explicação geral da Teoria Discursiva do Direito de Robert Alexy, na qual se insere a Teoria dos Princípios (seção 2). Em seguida (seção 3),

² Ver trabalho pioneiro de Silva (2002).

³ Recentemente, Poscher (2020, p. 137) voltou a defender a antiga crítica de que a Teoria dos Princípios de Alexy concederia poder demais aos juízes. Dessa vez, ele a conecta a uma pobre tradição em Direitos Fundamentais de algumas culturas jurídicas, o que ocorreria na Ásia e na América do Sul. Após isso, cita especificamente o Brasil, onde, segundo ele, “os juízes não perdem o seu tempo decifrando a complexa legislação social, confiando antes na ponderação de princípios constitucionais e decidindo casos com base em seus caprichos pessoais” (POSCHER, 2020, p. 137, tradução nossa); no original: “Judges do not waste their time deciphering complex social legislation but rather rely on balancing constitutional principles and deciding cases on the basis of their own personal whims”. Contra o argumento de Poscher de que a teoria de Alexy tem feito um grande estrago no Brasil, pode-se apresentar exatamente a mesma objeção apontada contra a conclusão de Moraes (2016): como no País o que se aplica não é Teoria dos Princípios, mas um simulacro dela, não se pode deduzir que o fato de juízes muitas vezes ultrapassarem os limites de seus poderes decorre da Teoria dos Princípios, já que ela não é de fato aplicada no Brasil.

segundo a Teoria dos Princípios de Alexy, serão apontadas as condições necessárias para a ponderação de princípios. Na seção 4, analisaremos rapidamente se, e em que medida, essas condições estão presentes na prática do STF. E, na conclusão (seção 5), analisaremos alguns efeitos da aplicação da Teoria dos Princípios no Brasil sem que as condições necessárias à sua efetivação estejam presentes.

2 A Teoria dos Princípios de Robert Alexy no contexto de sua Teoria Discursiva do Direito

A Teoria dos Princípios de Alexy insere-se no contexto de sua teoria, um sistema abrangente de conhecimento que engloba tanto o conceito quanto a aplicação do Direito: a Teoria Discursiva do Direito. A fim de se identificarem as condições necessárias para a realização da ponderação de princípios, é preciso compreender a Teoria dos Princípios no contexto da Teoria Discursiva do Direito. Uma compreensão da Teoria dos Princípios fora desse contexto impede a identificação completa das condições necessárias para a ponderação. Por isso, serão identificados a seguir os elementos centrais da Teoria Discursiva do Direito de Alexy.

2.1 Os elementos fundamentais da Teoria Discursiva do Direito de Alexy

A obra de Alexy é consideravelmente vasta, tendo sido elaborada durante mais de quarenta anos. É constituída basicamente por três livros monográficos e mais de 140 artigos, alguns deles reunidos em coletâneas publicadas em alemão e em outras línguas. As três obras monográficas são a *Teoria da argumentação jurídica*, publicada em 1978 (ALEXY, 1996, 2011), a *Teoria dos direitos fundamentais*, em 1985 (ALEXY,

1994b, 2008), e *Conceito e validade do Direito*, em 1992 (ALEXY, 1992a). A cada uma delas corresponde um elemento fundamental de sua Teoria Discursiva do Direito: o primeiro deles é o discurso jurídico, tematizado na *Teoria da argumentação jurídica*; o segundo é a Teoria dos Direitos Fundamentais (destacando-se a Teoria dos Princípios), tematizada na *Teoria dos direitos fundamentais*; e o conceito de *Direito*, tematizado em *Conceito e validade do Direito*.⁴ Esses elementos fundamentais precisam ser explicados.

2.2 A argumentação jurídica ou discurso jurídico

A teoria do discurso jurídico foi desenvolvida por Alexy, sobretudo na *Teoria da argumentação jurídica*, obra em que procura desenvolver uma metodologia de aplicação do Direito que transcenda à subsunção. Como metodologia de aplicação, a subsunção seria insuficiente. Alexy (1996, p. 17, 2011, p. 19) apresenta quatro razões que justificam essa constatação: a vagueza do Direito, a possibilidade de conflitos entre normas, a existência de casos para os quais não pode ser encontrada uma norma jurídica e a necessidade de decisões *contra legem*.

Segundo Alexy, um juízo jurídico que decorre logicamente de um conjunto de normas válidas e proposições empíricas pode ser considerado fundamentável com base nessas normas e nessas proposições empíricas. Todavia, nos casos em que um juízo não decorre logicamente de tal conjunto de normas válidas e de determinadas proposições empíricas, surge a questão sobre como esse juízo pode ser fundamentado. Segundo Alexy (1996, p. 18, 2011, p. 20), esse é o problema fundamental da metodologia jurídica.

Supondo-se que há casos em que a decisão não pode ser logicamente fundamentada nos

⁴ Klatt (2012), por exemplo, fala em três “pilares”.

meios geralmente disponíveis – normas válidas, proposições normativas adicionais, premissas empíricas e regras da metodologia jurídica –, apresenta-se, para aquele que tem o dever de decidir, uma margem de manobra⁵ para escolher a solução (ALEXY, 1996, p. 22, 2011, p. 23). A escolha de uma das opções envolve um juízo de valor, o que, segundo Alexy (1996, p. 23, 2011, p. 23-24), é reconhecido por praticamente todos os autores envolvidos na discussão sobre a metodologia jurídica.

Para criar uma proposta de fundamentação de juízos de valor e de dever, Alexy (1996, p. 31-32, 2011, p. 30-31) sugere partir das discussões modernas sobre a Ética, a Filosofia contemporânea da linguagem e o desenvolvimento da Teoria da Argumentação, para discuti-las de forma crítica e aplicá-las ao Direito. Nessa investigação, a atividade linguística relacionada à correção de afirmações normativas é denominada *discurso prático geral*, e o discurso jurídico é considerado um caso especial desse discurso prático geral (ALEXY, 1996, p. 32, 2011, p. 31).

No âmbito do discurso prático geral, Alexy (1996, p. 234-257, 2011, p. 187-205) apresenta um conjunto de regras e formas de argumentos que, juntos, devem ser capazes de garantir a correção da fundamentação de juízos de valor e de dever. A observância dessas regras do discurso (que não têm como ser analisadas aqui) não garante que o discurso prático geral sempre torne possível um consenso sobre uma questão prática, mas aumenta a possibilidade de que isso aconteça. Quando as regras do discurso tornam possível excluir determinados juízos de valor e de dever – por exemplo, regras impondo o *status* de escravo

a algumas pessoas –, pode-se falar em *necessidade* e *impossibilidade* discursivas. Há casos, contudo, em que duas sentenças normativas incompatíveis podem ser fundamentadas sem violar as regras do discurso. Esses casos são os de *possibilidade discursiva*. Tal limite do discurso prático geral – ou seja, a impossibilidade de ele dar uma solução para todos os casos – fundamenta a necessidade de regras jurídicas e de um discurso jurídico (ALEXY, 1996, p. 256-257, 2011, p. 204-205). De todo modo, no âmbito do discurso prático geral, não se discute se uma ação é juridicamente correta, mas se é correta em termos práticos gerais. A correção jurídica de uma ação é analisada no campo do discurso jurídico.

Para Alexy, a questão sobre o que diferencia a argumentação jurídica da argumentação prática geral é um dos problemas centrais da teoria do discurso. A tese que ele defende é a de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, o que significa que o discurso jurídico é uma forma de discurso prático geral que se desenvolve mediante determinadas condições (ALEXY, 1996, p. 263, 2011, p. 210-211).

A tese do caso especial defende que o discurso jurídico, assim como o discurso prático geral, ocupa-se de questões práticas (levantando, como no discurso prático geral, uma pretensão de correção). Contudo, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, no caso específico do discurso jurídico há condições determinadas pelo vínculo ao Direito válido (ALEXY, 1996, p. 263, 2011, p. 210-211) – isto é, à lei, à ciência do Direito (dogmática) e aos precedentes, bem como a regras processuais no caso da discussão em juízo.

2.3 A Teoria dos Princípios Jurídicos

Alexy começou a desenvolver sua Teoria dos Princípios num artigo publicado em 1979, denominado *Sobre o conceito de princípio jurídico*

⁵No original figura o termo *Spielraum* (ALEXY, 1996, p. 22); na edição em português, *campo de ação* (ALEXY, 2011, p. 23), que será traduzido aqui como *margem de manobra*. Na edição em inglês da *Teoria da argumentação jurídica*, a palavra foi traduzida como *discretion*, que em português corresponde a *discricionariedade* ou *poder discricionário*; ver Alexy (2010, p. 5).

(ALEXY, 1979, 2014f). Contudo, seu texto inicial mais marcante sobre a Teoria dos Princípios é o Capítulo III de *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 1994b, 2008). Como o objetivo desta exposição não é apresentar um desenvolvimento histórico completo da Teoria dos Princípios de Alexy, mas identificar seus principais elementos, limitaremos a abordagem a algumas marcas essenciais da teoria, apresentadas em *Teoria dos direitos fundamentais*.

Para Alexy (1994b, p. 75-76, 2008, p. 90-91), “o ponto decisivo para se distinguir regras de princípios é que princípios são comandos que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas”. Em outros termos: “são comandos de otimização, caracterizados por poderem ser cumpridos em graus diversos”, e pelo fato de o grau desse cumprimento “depender não apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Essas possibilidades jurídicas “são determinadas por princípios e regras colidentes”. Regras, por outro lado, “são normas que podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Quando uma regra é válida, é então comandado fazer exatamente o que ela exige, nem mais e nem menos”. Regras conteriam determinações precisas no âmbito daquilo que é possível sob os pontos de vista fático e jurídico (ALEXY, 1994b, p. 76, 2008, p. 91). Em virtude dessa característica, regras são comandos definitivos (ALEXY, 1994b, p. 88, 2008, p. 104). Por isso, “a distinção entre regras e princípios é qualitativa, e não uma questão de grau”. Isso significaria que “toda norma é uma regra ou um princípio” (ALEXY, 1994b, p. 76-77, 2008, p. 90-91).

Alexy passa, então, a investigar as colisões entre princípios e os conflitos entre regras. Tanto regras conflitantes quanto princípios colidentes levam a juízos concretos de dever ser incompatíveis, mas o modo de solução do conflito

entre regras é diferente do modo de solução da colisão entre princípios (ALEXY, 1994b, p. 77, 2008, p. 91).⁶

Um conflito de regras é resolvido com a inserção de uma cláusula de exceção ou com a declaração da invalidade de uma das regras.⁷ A escolha da regra a ser declarada inválida pode ocorrer de acordo não só com regras como *lex posterior derogat legi prior* e *lex speciali derogat legi generali*, mas também com a importância das regras em conflito (ALEXY, 1994b, p. 78, 2008, p. 92-93). Em todo caso, segundo Alexy (1994b, p. 78, 2008, p. 92-93), o conceito de validade não admite gradações.

Colisões entre princípios não seriam resolvidas com a declaração da invalidade de um deles, nem com a introdução de uma cláusula de exceção. Quando dois princípios colidem, um deles tem que retroceder (*zurücktreten*), porque, entre outras coisas, esses mesmos princípios podem voltar a colidir, ensejando uma solução diferente – isto é, o princípio que tinha cedido em determinadas circunstâncias pode prevalecer em outras. Por essa razão, princípios têm pesos diferentes em casos diferentes. Com base em Ronald Dworkin, afirma Alexy (1994b, p. 79, 2008, p. 94) que conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.

⁶ Alexy ressalta que o termo *conflito* é usado, por alguns autores, como Stanley Paulson, para referir-se tanto a regras quanto a princípios, assim como a expressão *colisão de normas* foi usada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, para referir-se indistintamente a regras e a princípios (ALEXY, 1994b, p. 77, 2008, p. 91; PAULSON, 1980, p. 487-490; DEUTSCHLAND, 1970, v. 26, p. 116-135, 1974, v. 36, p. 342-363).

⁷ Como exemplo de inserção de uma cláusula de exceção numa regra, Alexy menciona o conflito entre a regra que proíbe sair da sala antes de a campainha soar e a regra que comanda sair da sala em caso de alarme de incêndio. Esse conflito entre regras pode ser resolvido com a inserção, na primeira regra, de uma cláusula de exceção permitindo sair da sala de aula caso soe o alarme de incêndio (ALEXY, 1994b, p. 77, 2008, p. 91). Esse exemplo já aparecera em Alexy (1979, p. 71, 2014f, p. 179).

Da ponderação de princípios colidentes surge uma regra que atribui a precedência de um princípio (P_1) sobre outro princípio (P_2) em determinadas condições (C) ($[P_1 P P_2] C$). C é o pressuposto normativo dessa regra, que determina que as consequências de P_1 se aplicam. Segundo Alexy (1994b, p. 84, tradução nossa, 2008, p. 99), com base nisso pode ser formulada a seguinte “lei de colisão”: “Se o princípio P_1 tem precedência sobre o princípio P_2 nas circunstâncias C : ($P_1 P P_2$), e se de P_1 , mediante as circunstâncias C , resulta a consequência jurídica CJ , vale então uma regra que tem C como pressuposto normativo e CJ como consequência jurídica: $C \rightarrow CJ$ ”.

Uma formulação menos técnica dessa lei: “As condições mediante as quais um princípio tem precedência sobre outro constituem o pressuposto de uma regra que enuncia a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 1994b, p. 84, tradução nossa, 2008, p. 99-100). A lei de colisão é um dos pontos fundamentais da teoria dos princípios de Alexy, pois reflete o caráter dos princípios como comandos de otimização, entre os quais não há relações absolutas de precedência. Outro ponto essencial é a lei da ponderação, analisada em seguida.

Para explicar melhor a estrutura da ponderação, Alexy analisa a relação entre a ponderação e a máxima da proporcionalidade. Defende haver uma conexão extremamente próxima entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, de modo que “a teoria dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela” (ALEXY, 1994b, p. 100, tradução nossa, 2008, p. 116).

Antes de investigar esse tópico da Teoria dos Princípios, é preciso enfatizar que Alexy não cria artificialmente a máxima da proporcionalidade. Ela decorre da análise da prática do Tribunal Constitucional Federal alemão, que não só a utiliza como a ela se refere com o termo *máxima da ponderação*. O que Alexy faz em *Teoria dos direitos fundamentais* é reconstruir o modo como o Tribunal utiliza a máxima da proporcionalidade (DEUTSCHLAND, 1968, v. 19, p. 342; ALEXY, 1994b, p. 100, 2008, p. 117).

A máxima da proporcionalidade contém três máximas parciais: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) ou “comando do meio mais brando” (*Gebot des mildesten Mittels*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne*). Esta última constitui, segundo Alexy (1994b, p. 100, 2008, p. 117), o “próprio comando de ponderação” (*eigentliches Abwägungsgebot*), que decorre da natureza dos princípios como comandos de otimização relativamente àquilo que é juridicamente possível; diferentemente, as outras duas máximas parciais, a da adequação e a da necessidade, decorrem do fato de princípios serem comandos de otimização relativamente àquilo que é possível do ponto de vista fático (ALEXY, 1994b, p. 101, 2008, p. 117).

Quando um princípio colide com outro, as possibilidades jurídicas de realização desse princípio dependem do princípio colidente, de modo que, para se chegar a uma decisão, torna-se necessário realizar uma ponderação, nos termos da mencionada lei de colisão (ALEXY, 1994b, p. 100-101, 2008, p. 117-118). A máxima da adequação analisa se determinado meio leva de fato à realização de um fim. Assim, se dentre os meios M_1 e M_2 apenas M_2 leva à realização do fim F , que se baseia em P_1 , então M_1 está proibido, pois ele afeta P_2 sem, contudo, levar à realização de P_1 (ALEXY, 1994b, p. 100-101, 2008, p. 117-118).

A máxima parcial da necessidade, que se refere às possibilidades fáticas do caso, determina que o meio mais brando deva ser escolhido. Ela determina que, quando dois meios levam ao mesmo fim, o meio mais brando deve ser escolhido. Isso é explicado por Alexy da seguinte forma: imagine-se que dois meios distintos, M_1 e M_2 , levam à promoção do fim F , que por sua vez se baseia em um princípio P_1 . Suponha-se que ambos os meios, M_1 e M_2 , promovem F e com isso P_1 na mesma medida, mas que eles (os meios M_1 e M_2) afetam outro princípio P_2 em graus diferentes: M_2 afeta P_2 de forma mais branda que M_1 . Do ponto de vista da otimização relativa àquilo que é factualmente possível, M_2 é permitido e M_1 é proibido (ALEXY, 1994b, p. 101-102, 2008, p. 118-119).

A máxima parcial da necessidade não resolve a colisão entre dois princípios, P_1 e P_2 ; ou seja, ela não determina qual dos dois deve ser escolhido. Ela aponta apenas que, entre dois meios que efetivam o mesmo princípio, deve ser escolhido o que viola em menor medida o outro princípio. A escolha entre dois princípios colidentes, P_1 e P_2 , decorre não da aplicação da máxima parcial da necessidade, mas da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, pois envolve a questão daquilo que é juridicamente possível. Assim, a máxima parcial da necessidade deve ser considerada antes da máxima da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação em sentido estrito) (ALEXY, 1994b, p. 102-103, 2008, p. 119-120).

Segundo Alexy (1994b, p. 146, tradução nossa, 2008, p. 167), na ponderação em sentido estrito, deve-se observar a lei da ponderação, que determina que, “[q]uanto mais elevado for o grau de não cumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

De acordo com a máxima da proporcionalidade, da colisão de princípios resulta uma regra de Direito Fundamental oriunda de uma ponderação adequada (racional) entre princípios colidentes. É preciso observar que esse procedimento, quando realizado pelo Poder Judiciário, não pode substituir a ponderação realizada pelo legislador. Ao produzir leis, o legislador ordinário pondera princípios constitucionais – mais ainda: regras que compõem a ponderação de dois princípios podem ser encontradas na própria

Constituição. Em ambos os casos não se pode desconsiderar a competência do legislador para produzir normas. No caso de regras produzidas pelo legislador ordinário, o Poder Judiciário tem competência apenas para verificar se a ponderação realizada não é inconstitucional. Ela será inconstitucional se o teste de proporcionalidade revelar que o resultado é desproporcional. Nesse caso, deve o legislador reconhecer a inconstitucionalidade da regra legislada.

Há, portanto, duas ponderações: a ponderação realizada pelo legislador ao produzir a regra e a ponderação realizada pelo Poder Judiciário ao verificar a proporcionalidade dessa regra. Desconsiderar a competência do legislador constitui violação de um princípio formal (ALEXY, 2014e), o do respeito ao legislador democrático, bem como o desrespeito a um requisito básico do discurso jurídico, que se caracteriza por seu vínculo ao Direito válido, cuja expressão mais forte é o vínculo à lei.

Depois de *Teoria dos direitos fundamentais*, a Teoria dos Princípios de Alexy tem experimentado contínuo desenvolvimento⁸, o que envolve o enfrentamento de várias críticas – entre as principais, a de que a ponderação não é um procedimento racional (o que acabaria concedendo poderes demais aos juízes, levando a decisões arbitrárias)⁹ e a de que a ponderação é um procedimento que retira poder demais dos juízes.¹⁰

⁸ Esse desenvolvimento apareceu em diversos escritos, sobretudo no *Pós-escrito* da edição em inglês da *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 2002), no artigo *A fórmula do peso* (ALEXY, 2003), no artigo *Dever ser ideal* (ALEXY, 2009, 2014c) e no artigo *Princípios formais* (ALEXY, 2014e).

⁹ Essa crítica foi apresentada por Habermas. Em *Facticidade e validade*, Habermas (1994, p. 315) afirma que princípios jurídicos não devem ser concebidos como comandos de otimização, porque a ideia de padrões que podem ser cumpridos em grau suprimiria o código binário do Direito (lícito-ilícito), não havendo, além disso, um critério racional para a ponderação. Para a resposta de Alexy a essa crítica, ver, entre outros, Alexy (1994a, 2002, 2016).

¹⁰ Essa crítica foi apresentada por Böckenförde (1990). Para a resposta de Alexy, ver sobretudo Alexy (2002).

Alexy respondeu a essas críticas em várias ocasiões. Como nosso objetivo aqui não é verificar se, e em que medida, a Teoria dos Princípios resiste às objeções que lhe são feitas, mas desvelar quais são, de acordo com ela, as condições da ponderação, pode ser deixada de lado a análise das críticas mencionadas e das respostas de Alexy a elas. Isso não significa, porém, que entendemos não terem essas críticas e as respectivas respostas de Alexy relevância para a compreensão e a avaliação da Teoria dos Princípios.¹¹

2.4 O conceito de Direito

Alexy começou a abordar diretamente o conceito de Direito a partir de 1990 em dois artigos esparsos: *Crítica ao positivismo jurídico* (ALEXY, 1990, 2014a) e *Defesa de um conceito de Direito não positivista* (ALEXY, 1992b, 2014b). Porém, como já se ressaltou, a principal obra de Alexy sobre essa temática é o trabalho monográfico *Conceito e validade do Direito* (ALEXY, 1992a).¹² Nessa obra, Alexy (1992a, p. 15-17) identifica duas posições fundamentais que podem ser tomadas diante do conceito de Direito: o positivismo e o não positivismo jurídicos. Após isso, procede a uma análise crítica do positivismo jurídico, da qual resultam argumentos críticos em relação a ele e, conseqüentemente, favoráveis à adoção do não positivismo (ALEXY, 1992a, p. 39-136). Segue-se, então, uma discussão sobre a validade do Direito – ou, melhor dizendo, sobre um conceito de Direito que inclua o conceito de *validade* (ALEXY, 1992a, p. 139-197).

¹¹ Há também críticas internas à teoria, ou seja, realizadas pelos próprios defensores da Teoria dos Princípios, como Sieckmann (1990, 2009) e Borowski (2013, 2017, 2018).

¹² Os artigos *Crítica ao positivismo jurídico* (ALEXY, 1990, 2014a) e *Defesa de um conceito de Direito não positivista* (ALEXY, 1992b, 2014b) foram integrados, em sua totalidade, na obra monográfica *Conceito e validade do Direito*. Isso não quer dizer, porém, que ela seja mera compilação de artigos pré-existentes, já que grande parte da obra não havia sido publicada.

Segundo Alexy, todos os positivistas defendem a tese da separação (*Trennungsthese*), segundo a qual o Direito deve ser definido sem a inserção de elementos morais. Essa tese pressupõe não haver conexão conceitual necessária entre Direito e Moral ou, em outros termos, entre aquilo que o Direito ordena e aquilo que a justiça determina (ALEXY, 1992a, p. 15). Alexy (1992a, p. 16) também ressalta que o conceito positivista de Direito contém dois elementos: a legalidade em conformidade com a ordem jurídica ou legalidade autoritativa (*ordnungsgemäße oder autoritative Gesetztheit*) e a eficácia social (*soziale Wirksamkeit*).

Por outro lado, segundo Alexy, os não positivistas defendem a tese da conexão (*Verbindungsthese*), de acordo com a qual o conceito de Direito deve incluir elementos morais. Isso não significa que não positivistas excluam os elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social do conceito de Direito, mas que incluem outro elemento: a correção material (ou correção moral, *moralische Richtigkeit*) (ALEXY, 1992a, p. 17).

2.5 A relação entre a Teoria dos Princípios, a Teoria da Argumentação Jurídica e o conceito de Direito

Alexy afirmou expressamente a conexão entre a Teoria dos Princípios e a Teoria do Discurso Jurídico em várias ocasiões. O cerne da conexão é que a Teoria dos Princípios reconstrói, mediante sua análise, a estrutura da ponderação, e a fundamentação das premissas nela usadas é realizada pela Teoria do Discurso Jurídico.

Na *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy (1994b, p. 520, 2008, p. 573) ressalta que o discurso dos Direitos Fundamentais é um procedimento que se destina a garantir resultados corretos em conformidade com a Constituição, ou seja, resultados constitucionais. Essa ideia é absolutamente compatível com a tese do caso especial, pois ela implica que a correção que se busca no discurso dos Direitos Fundamentais é a correção no âmbito de um sistema jurídico válido. Assim, no discurso dos Direitos Fundamentais argumenta-se considerando a lei, a dogmática e os precedentes, bem como as normas processuais quando se trata do exame de um caso em juízo. Isso não significa não poder haver, no discurso dos Direitos Fundamentais, o uso de argumentos do discurso prático geral. Esse uso continua possível nos moldes estabelecidos por Alexy em *Teoria da argumentação jurídica* e reafirmados em *Teoria dos direitos fundamentais*, ou seja, quando argumentos jurídicos são insuficientes (ALEXY, 1994b, p. 521, 2008, p. 574).

Tão importante quanto isso é o fato de que a identificação da estrutura da ponderação realizada pela Teoria dos Princípios não esgota a teoria da aplicação do Direito de Alexy. O discurso jurídico e a Teoria dos Princípios

complementam-se na medida em que as premissas identificadas nesta só podem ser fundamentadas por meio daquele, como ressalta Alexy (1994b, p. 498-520, 2008, p. 544-573) em *Teoria dos direitos fundamentais*, o que foi repetido em outras ocasiões (ALEXY, 2014d).

A integração entre, por um lado, a Teoria da Argumentação Jurídica e a Teoria dos Princípios e, por outro lado, entre a Teoria dos Princípios e o conceito de Direito ocorre por meio do “argumento dos princípios” (*Prinzipienargument*): todo sistema jurídico minimamente desenvolvido necessariamente contém princípios (ALEXY, 1992a, p. 121). Essa tese, denominada por Alexy (1992a, p. 122) *tese da incorporação*, pode, segundo ele, ser aceita por um positivista. Contudo, o que um positivista não pode aceitar é que ela conduza a uma conexão entre Direito e Moral. Como o objetivo deste artigo é identificar as condições da ponderação, não é preciso aqui analisar os argumentos que Alexy apresenta para sustentá-la, bastando constatar que a tese da incorporação implica uma conexão necessária entre Direito e Moral.

Apresentadas as principais características da Teoria Discursiva do Direito de Alexy, sobretudo de sua Teoria dos Princípios, passemos à identificação das condições para a ponderação de princípios.

3 As condições da ponderação

A descrição dos elementos centrais da Teoria dos Princípios demonstra que as condições fundamentais para sua aplicação são: (i) a existência, no ordenamento jurídico, de princípios jurídicos (comandos de otimização); (ii) a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade; (iii) o exercício do controle de constitucionalidade de forma discursiva; e (iv) a existência de uma dogmática jurídica. E essas condições também precisam ser explicadas.

3.1 A existência de princípios jurídicos

A existência, no ordenamento jurídico, de normas jurídicas com a estrutura atribuída pela Teoria dos Princípios aos princípios jurídicos é a primeira condição para a existência da ponderação e, consequentemente, para que se aplique a máxima da proporcionalidade. Com base nessa análise, depreende-se que, segundo a Teoria dos Princípios, regras não podem ser ponderadas: o conflito entre elas resolve-se na dimensão da validade, e não na dimensão do peso.

Por outro lado, um conflito entre uma regra e um princípio deve ser reconstruído em conformidade com a Teoria dos Princípios, como

uma colisão entre dois princípios. Não existe, segundo a Teoria dos Princípios, colisão ou conflito entre um princípio e uma regra, mas antes colisão entre um princípio e o princípio por trás de uma regra, ou seja, o princípio que sustenta essa regra. Retomemos, de forma modificada, o exemplo da campainha. Imagine-se que em determinado ordenamento esteja positivado, ao lado da regra que proíbe sair da sala de aula antes de soar a campainha, o princípio da segurança. A situação fática “o alarme de incêndio soa antes de soar a campainha” não será interpretada como uma colisão entre a regra que proíbe sair antes de soar a campainha e o princípio da segurança, mas entre o princípio por trás dessa regra – ou seja, o princípio da manutenção da ordem em sala de aula – e o princípio da segurança (BOROWSKI, 2018, p. 132). Isso não só não invalida o fato de que, segundo a Teoria dos Princípios, não existe ponderação entre regras, mas, na verdade, confirma esse fato.

A existência de princípios num ordenamento jurídico não é, contudo, uma questão tão simples. Não se trata de verificar se determinado ordenamento jurídico contém normas designadas como princípios, mas se determinado ordenamento jurídico apresenta normas que são comandos de otimização. É irrelevante, para a Teoria dos Princípios, o fato de um ordenamento jurídico atribuir o nome *princípio* a determinada norma. Relevante é que ele contenha normas jurídicas que possam ser interpretadas como comandos de otimização. Assim, uma norma que certo ordenamento jurídico denomina *princípio* pode ser, do ponto de vista da Teoria dos Princípios, uma regra, se for um comando definitivo. Por outro lado, uma norma que determinado ordenamento jurídico não denomina *princípio* será um princípio, no sentido da Teoria dos Princípios, se for um comando de otimização.

A repercussão da existência de princípios no conceito de Direito pode ser deixada de lado, pois neste artigo pretendemos apenas verificar quais são as condições da ponderação, e não determinar se a ponderação – que tem como uma de suas condições a existência, em determinado ordenamento, de princípios jurídicos – de fato implica um conceito não positivista de Direito.

3.2 A possibilidade de controle judicial de constitucionalidade

A ponderação é, a rigor, uma estrutura não só do raciocínio jurídico, mas também da razão prática. Contudo, no que diz respeito à possibilidade da ponderação em juízo, e conseqüentemente a da aplicação da máxima da proporcionalidade em juízo, é necessário que o ordenamento jurídico preveja a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Sem essa possibilidade, o Judiciário não poderia aplicar o

teste da proporcionalidade para questionar se determinada lei é inconstitucional.

Sabe-se que existem diversas formas de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Destacam-se, de forma paradigmática, o modelo difuso, que surgiu nos EUA a partir do caso *Madison vs. Marbury*, e o modelo concentrado, oriundo da Constituição da Áustria, elaborada em grande medida por Hans Kelsen (CAPPELLETTI, 1992). No modelo difuso é atribuído a qualquer juiz o poder de verificar a constitucionalidade da lei ou ato normativo, ao passo que no modelo concentrado essa tarefa é restrita a uma corte constitucional. Há também a possibilidade de modelos mistos, como o brasileiro. Em nosso entendimento, a ponderação pode ocorrer tanto no modelo concentrado quanto no difuso – e, por conseguinte, também no modelo misto. Importante é a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade.

3.3 O exercício do controle de constitucionalidade de forma discursiva (deliberativa)

As duas primeiras condições mencionadas têm duas características em comum: em primeiro lugar, são condições quase óbvias da ponderação; e, em segundo, são consagradas no ordenamento jurídico por obra do legislador – mais precisamente, do legislador constitucional. A terceira condição não apresenta as duas características típicas das duas primeiras: ela não é tão óbvia nem é obra do legislador, mas advém da prática judicial.

Como se viu, a proporcionalidade e a argumentação jurídica ou discurso jurídico conectam-se entre si em virtude da própria estrutura da ponderação. Uma vez que, segundo a lei da ponderação – “quanto mais elevado for o grau de não cumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do

cumprimento do outro” (ALEXY, 1994b, p. 146, tradução nossa, 2008, p. 167) –, a ponderação envolve basicamente: avaliar se, e em que grau, determinada medida realiza determinado princípio e interfere em outro; comparar o grau em que essa medida efetiva um princípio e o grau em que ela restringe o outro; e, por fim, decidir se essa medida é proporcional, isto é, se o grau de importância do cumprimento de um princípio é maior que o grau de restrição do outro. A Teoria dos Princípios identifica essa estrutura, mas nada afirma a respeito da fundamentação dos juízos sobre os graus de interferência e cumprimento; antes, é a Teoria da Argumentação Jurídica que fornece os meios para a fundamentação desses juízos.

De acordo com a Teoria da Argumentação Jurídica, a correção desses juízos depende de sua *fundamentabilidade*, isto é, da capacidade de serem fundamentados de forma explícita e verificável num discurso jurídico racional. Isso significa que, a fim de que sejam obtidos juízos racionais sobre graus de interferência e importância de cumprimento de princípios, as cortes precisam sustentar uma prática real de deliberação. Como já salientou Oliveira (2016, p. 150), no âmbito da argumentação jurídica, a máxima da proporcionalidade é, antes de tudo, a descrição do melhor roteiro – como especificação do procedimento argumentativo – para a efetivação dos direitos fundamentais. A deliberação envolvida no teste da proporcionalidade representa o encontro da democracia com a razão e justifica-se, pois, com base tanto num argumento de justiça quanto num argumento epistêmico (OLIVEIRA, 2016, p. 150).

Isso não significa haver deliberação apenas quando se decide em conjunto. Uma pessoa pode deliberar consigo mesma e, por isso, um juiz monocrático pode aplicar a máxima da proporcionalidade para verificar a constitucionalidade de certa medida legal. Do mesmo modo, quando

um tribunal decide por agregação de votos, seus membros podem aplicar a proporcionalidade na construção de seus votos individuais. Nesses casos, não há deliberação em sentido estrito, mas em sentido derivado – a deliberação do indivíduo consigo próprio (OLIVEIRA, 2016, p. 150-151).

Nessa deliberação derivada, o julgador individual precisa assumir uma postura discursiva, ou seja, deve analisar, de modo explícito e rastreável, os argumentos e contra-argumentos que justificam as possíveis decisões. Do ponto de vista da Teoria Discursiva do Direito de Alexy, essa deliberação individual deve ocorrer em conformidade com as regras e as formas da argumentação jurídica, mencionadas na seção 2.2 deste artigo. Na deliberação colegiada, a probabilidade de observação dessas regras e, assim, de obtenção de um resultado mais racional, são maiores, uma vez que necessariamente se ganha em racionalidade por meio da crítica recíproca das opiniões num contexto argumentativo (OLIVEIRA, 2016, p. 150; AUBENQUE, 1963, p. 115-116).

O fato de um órgão colegiado ser preferível a um órgão monocrático vale não só para a função jurisdicional como também para a função legislativa. Como afirma Paley (1838), se a satisfação e o bem-estar de um povo fossem tão bem estudados e previstos nas publicações de um príncipe despótico quanto nas resoluções de uma assembleia popular, uma forma absoluta de governo poderia garantir a liberdade na mesma medida que uma democracia. No que diz respeito à função jurisdicional, vale um raciocínio análogo: se fosse possível a um julgador monocrático conhecer o Direito na mesma medida que um órgão colegiado, órgãos monocráticos poderiam sempre proferir decisões tão racionais quanto órgãos coletivos.

Por conseguinte, no caso de órgãos jurisdicionais colegiados, a deliberação (discussão

argumentativa) entre os membros do colegiado compõe não apenas o contexto próprio da aplicação da máxima da proporcionalidade, mas também uma condição necessária de sua aplicação. Os membros de um órgão colegiado só podem apresentar os fundamentos de uma decisão se, de fato, esses fundamentos tiverem sido objeto de discussão entre eles. Ao término da discussão, chega-se a uma decisão da corte, acompanhada necessariamente da fundamentação da decisão – e não de um conjunto desorganizado urdido com os fundamentos dos votos vencedores e vencidos.

3.4 A existência de uma dogmática jurídica desenvolvida

Assim como a terceira condição, e diferentemente das duas primeiras, a quarta não é uma condição evidente da ponderação, além de não ser obra do legislador. Trata-se de uma dogmática jurídica desenvolvida – o que se constitui, em síntese, pelo saber jurídico expresso por aquilo que tradicionalmente se denomina *doutrina*. Essa condição não é mencionada por Alexy na Teoria dos Princípios, constituindo antes uma decorrência da conexão entre ela e a Teoria da Argumentação Jurídica. Como se viu, a tese do caso especial significa que o discurso jurídico é uma forma de discurso prático geral que se desenvolve mediante certas condições (ALEXY, 1996, p. 263, 2011, p. 210-211), determinadas pelo vínculo ao Direito válido – ou seja, o vínculo à lei, à ciência do Direito (dogmática) e aos precedentes (bem como às regras processuais, no caso da discussão em juízo) (ALEXY, 1996, p. 263, 2011, p. 210-211).

É bem verdade que, sem uma dogmática jurídica desenvolvida, a aplicação da máxima da proporcionalidade na via judicial não se torna impossível de imediato; mas essa aplicação em juízo é problemática, pois uma das funções da

dogmática jurídica é analisar de forma crítica o trabalho jurisprudencial, contribuindo para o desenvolvimento de uma jurisdição racional.

4 As condições da ponderação no Brasil

Identificadas as principais condições de ponderação em abstrato, cumpre agora verificar se, e em que medida, essas condições estão presentes no Brasil.

4.1 A existência de princípios jurídicos no Brasil

A primeira condição para a ponderação – a existência de normas constitucionais às quais pode ser atribuída a estrutura de princípios jurídicos – é facilmente identificável no Brasil. Em várias disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) há normas que podem ser interpretadas como comandos de otimização – por exemplo, as normas da igualdade, da liberdade, da proteção à saúde, da dignidade, entre outras. Constata-se, nesse ponto, certo paralelismo entre a CRFB e a Constituição alemã. Isso significa que conteúdos presentes na CRFB correspondem a muitos conteúdos da Constituição alemã considerados princípios jurídicos pela Teoria dos Princípios.

4.2 A possibilidade de controle judicial de constitucionalidade no Brasil

A segunda condição para a ponderação, a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, também é facilmente identificável no Brasil. Como se sabe, o País adota um sistema misto de controle: a constitucionalidade das leis e dos atos normativos pode ser verificada tanto por juízes das várias instâncias judiciais no julgamento de casos concretos (controle incidental difuso) quanto pelo STF, que exerce originariamente, na maioria dos casos, o controle concentrado.

4.3 Deliberação no Poder Judiciário brasileiro

O fato de o controle de constitucionalidade ser misto no Brasil significa que a verificação da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo mediante o teste da proporcionalidade poderá ser realizada tanto por juízos monocráticos e tribunais de instâncias inferiores no âmbito do controle difuso, quanto sobretudo pelo STF no âmbito do controle concentrado. Quando um juiz monocrático aplica o teste de

proporcionalidade, ocorre *deliberação* no sentido derivado (como se mostrou na seção 3.3); quando essa aplicação é realizada por órgãos colegiados, há (ou pelo menos deveria haver) deliberação *originária*.

É difícil realizar um diagnóstico cientificamente fundado na aplicação da máxima da proporcionalidade por juízes monocráticos no Brasil: são mais de dezoito mil magistrados¹³, e grande parte deles trabalha como juízes monocráticos. Carece de credibilidade qualquer afirmativa sobre a aplicação da máxima da proporcionalidade pelos juízes monocráticos que não se baseie em evidências empíricas apuradas segundo metodologia científica. Assim, deixaremos de lado a análise do caráter deliberativo da atuação de juízes monocráticos para nos concentrarmos na análise da deliberação no STF. Isso se justifica por vários motivos: em primeiro lugar, o STF é único, o que facilita a identificação de sua atuação; em segundo, sendo órgão de cúpula, sua atuação repercute em todo o Judiciário, o que significa que a análise da sua atuação é, ainda que indiretamente, uma análise do próprio Poder Judiciário em geral; e, em terceiro lugar, já há estudos bem fundamentados analisando o modo como o STF delibera.

Segundo Rodriguez (2013), à semelhança das cortes brasileiras em geral, o STF decide por simples agregação de opiniões dos ministros (votos) e adota a invocação de autoridades como modelo de raciocínio jurídico. Além disso, o que Rodriguez observa de decisivo é a falta de relevância da fundamentação das decisões, uma decorrência evidente da inexistência de deliberação. O STF decide por agregação de opiniões e não elabora uma fundamentação explícita e unificada de sua argumentação. Cada voto contém uma decisão e os argumentos que a fundamentam, mas a decisão final, a da corte, não indica os fundamentos em que se sustenta. Em sentido estrito, há *onze* opiniões, e não *uma* opinião do tribunal (RODRIGUEZ, 2013, p. 83).

Para Silva (2013), o STF é uma corte marcada pelo desempenho deliberativo pobre. O modelo decisório, que se expressa ao final numa decisão desacompanhada de uma fundamentação específica é também indicador da ausência de deliberação. Como afirma o autor, “cada ministro escreve seu próprio voto e todos os votos são publicados. A forma da publicação é, desse modo, *seriatim*” (SILVA, 2013, p. 568, tradução nossa).

Baseando-se em Silva, Oliveira (2016, p. 148) considera ser a forma de comunicação entre os ministros do STF um fator decisivo para a interdição da deliberação conjunta, na medida em que, no lugar do diálogo, o que se observa nas sessões de julgamento é uma sequência de onze monólogos. Como ressalta Oliveira (2016, p. 149), “a falta de

¹³ Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2020, p. 86), o número total de magistrados no Brasil em 2019 era de 18.091.

interação voltada para o consenso é, nesse contexto, algo simplesmente incontornável. Não é possível deliberar sem buscar o consenso. É justamente para isso que argumentos são trocados”. Oliveira (2016, p. 149) sustenta que, embora a dissidência seja sempre uma possibilidade mesmo em cortes de alta *performance*, o consenso deve ser sempre buscado, o que simplesmente não ocorre no STF. Desse modo, “não se trata apenas de um tribunal com baixa *performance* deliberativa, como o qualifica Silva. Na verdade, a estrutura da prática jurisdicional do STF constitui a institucionalização da impossibilidade da deliberação enquanto procedimento argumentativo”, donde se conclui que a alegação de aplicação da máxima da proporcionalidade pelo STF não tem base real (OLIVEIRA, 2016, p. 150, grifo nosso). Em síntese, como a ponderação de princípios e, conseqüentemente, o teste da proporcionalidade pressupõem deliberação. E, como não há deliberação no STF, pode-se afirmar que ele não aplica a máxima da proporcionalidade como estruturada na Teoria dos Princípios – a despeito da compreensão contrária de alguns de seus membros.

4.4 A dogmática dos direitos fundamentais no Brasil

Não cabe aqui analisar em termos quantitativos e qualitativos a dogmática dos direitos fundamentais no País; isso só seria possível no âmbito de um estudo mais amplo. Contudo, é preciso observar que no Brasil estão presentes as condições para o desenvolvimento de uma dogmática dos direitos fundamentais que colabore para a efetivação da jurisdição constitucional. Temos liberdade de pensamento e tradição em pesquisa no âmbito da ciência do Direito. Para o desenvolvimento da dogmática dos direitos fundamentais no Brasil, é necessária atenção à especificidade da realidade das práticas do Poder Judiciário, especialmente do STF, de modo a tornar possível a elaboração de críticas concretas, capazes de conduzir a um conjunto de propostas de soluções elaboradas pela própria dogmática. Em suma, como sistema de conhecimento que busca soluções práticas para problemas jurídicos, ela precisa apresentar propostas concretas baseadas em metodologia cientificamente verificada.

5 Conclusão

A análise demonstra que um dos maiores entraves para a aplicação da Teoria dos Princípios pelo STF é a ausência de deliberação. Como vimos, em relação a juízos monocráticos, pouco se pode dizer em termos científicos, pois uma pesquisa abrangente sobre sua atuação ainda não

foi realizada. A atuação deliberativa de juízos monocráticos tem a ver com vários fatores, como formação pessoal e profissional, condições de trabalho, mas também com condições institucionais. Em relação a estas, pode-se dizer que há uma interseção da atuação de órgãos colegiados (como o STF) com juízos monocráticos. Por ser a corte de cúpula do Poder Judiciário, a atuação não deliberativa do STF institucionaliza uma prática prejudicial à consolidação de uma jurisdição verdadeiramente democrática. Por que deveria um juiz “deliberar” em prática judicativa individual – ou seja, empenhar-se em verificar racionalmente e registrar explicitamente em sua decisão todos os argumentos apresentados, bem como agir de acordo com os princípios da reciprocidade e da universalidade (*Universalisierbarkeit*), que determinam, respectivamente, que ele deve colocar-se no lugar de ambas as partes e que sua decisão deve poder ser aceita por todos os participantes de um discurso racional –, se o órgão colegiado com maior capacidade de fazer isso no Brasil, o STF, não o faz?

Em vez de adotar a Teoria dos Princípios, com sua elevada exigência de argumentação, alguns ministros do STF preferem adotar um simulacro dessa teoria. Um simulacro que não exige argumentação, deliberação, discurso; um simulacro que, por meio da ponderação de princípios sem exigência de argumentação, atribui poder aos juízes para desconsiderar, sem qualquer justificação racional, regras legislativas estabelecidas pelo legislador democrático. Esse simulacro da Teoria dos Princípios diferencia-se da Teoria dos Princípios não só pela ausência de argumentação, mas por violar o vínculo defendido pela Teoria da Argumentação Jurídica entre o discurso jurídico e o sistema de normas jurídicas válidas.

Sobre os autores

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno é doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil.
E-mail: travessoni@pucminas.br

Júlio Aguiar de Oliveira é doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil.
E-mail: j.aguiardeoliveira@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. As condições e a estrutura da ponderação de princípios na Teoria Discursiva do Direito: o STF realmente pondera? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 238, p. 11-31, abr./jun. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p11

(APA)

Trivisonno, A. T. G., & Oliveira, J. A. de (2023). As condições e a estrutura da ponderação de princípios na Teoria Discursiva do Direito: o STF realmente pondera? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(238), 11-31. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p11

Referências

ALEXY, Robert. *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*. Translated by Ruth Adler and Neil MacCormick. Oxford, UK: Oxford University Press, 2010.

_____. Basic rights and democracy in Jürgen Habermas's procedural paradigm of the law. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 227-238, July 1994a. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1994.tb00177.x>.

_____. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg: Alber, 1992a.

_____. Crítica ao positivismo jurídico. In: _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014a. p. 241-270.

_____. Defesa de um conceito de direito não-positivista. In: _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014b. p. 271-300.

_____. Dever ser ideal. In: _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014c. p. 199-223.

_____. Die Gewichtsformel. In: JICKELI, Joachim; KREUTZ, Peter; REUTER, Dieter (ed.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 771-792.

_____. Entrevista a Aguiar de Oliveira e a Travessoni Gomes Trivisonno. In: _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014d. p. 359-370.

_____. Ideales Sollen. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 21-38.

_____. Postscript. In: _____. *A theory of constitutional rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford, UK: Oxford University Press, 2002.

_____. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (org.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014e. p. 3-36.

_____. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014f. p. 163-198.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e apresentação à edição brasileira de Cláudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & Direito Público).

_____. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994b. (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 582).

_____. *Theorie der juristischen Argumentation*: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 436).

_____. Unbestimmtheit des Rechts und Rationalität der Rechtsprechung. In: KOLLER, Peter; HIEBAUM, Christian (hrsg.). *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*. Berlin: De Gruyter, 2016. p. 85-97.

_____. Zum Begriff des Rechtsprinzips. *Rechtstheorie*, [s. l.], v. 1, p. 59-87, 1979.

_____. Zur Kritik des Rechtspositivismus. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, [s. l.], n. 37, p. 9-26, 1990.

_____. Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs. In: KRAWIETZ, Werner; WRIGHT, Georg Henrik von (hrsg.). *Öffentliche oder private Moral?: Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts: Festschrift für Ernesto Garzón Valdés*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992b. p. 85-108.

AUBENQUE, Pierre. *La Prudence chez Aristote*. Paris: Presses Universitaires de France, 1963. (Bibliothèque de Philosophie Contemporaine).

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*, [s. l.], v. 29, n. 1, p. 1-31, 1990.

BOROWSKI, Martin. Formelle Prinzipien und Gewichtsformel. In: KLATT, Matthias (hrsg.). *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 151-199.

_____. *Grundrechte als Prinzipien*. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2018. (Kieler rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 11).

_____. Robert Alexys drittes Modell formeller Prinzipien. In: BOROWSKI, Martin; PAULSON, Stanley L.; SIECKMANN, Jan-Reinard (hrsg.). *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 449-476.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves; revisão de Jose Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*: Band 11-20. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968. v. 19.

_____. Bundesverfassungsgericht. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1970. v. 26.

_____. Bundesverfassungsgericht. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1974. v. 36.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: _____ (ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 1-26.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: JusPODIVM, 2016. (Coleção Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação).

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito*, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 146-153, jul./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n2p146-153>. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1620>. Acesso em: 16 nov. 2022.

PALEY, William. The principles of moral and political philosophy. In: PALEY, William; PALEY, Edmund. *The works of William Paley, D.D.: and an account of the life and writings of the author, by the Rev. Edmund Paley, A.M., vicar of Easingwold*. New ed. London: Longman and Co., 1838. 4 v.

PAULSON, Stanley L. Zum Problem der Normenkonflikte. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, [s. l.], v. 66, n. 4, p. 487-506, 1980.

POSCHER, Ralf. Resuscitation of a phantom?: on Robert Alexy's latest attempt to save his concept of principle. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 33, n. 2, p. 134-149, July 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1111/raju.12286>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/raju.12286>. Acesso em: 16 nov. 2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013.

SIECKMANN, Jan-Reinard. *Recht als normatives System: die Prinzipientheorie des Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2009. (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 51).

_____. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990. (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1).

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 11, n. 3, p. 557-584, July 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mot019>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359?login=false>. Acesso em: 16 nov. 2022.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.