

ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY E DA SUA EFICÁCIA PARA HARMONIZAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

CRITICAL ANALYSIS OF ROBERT ALEXY'S THEORY OF PRINCIPLES
BALANCING AND THEIR EFFECTIVENESS FOR HARMONIZATION
OF JUDICIAL DECISIONS

Juliana Bolzan Sebe Dias

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

RESUMO: A decisão judicial pode seguir inúmeros caminhos, pois é uma atividade que envolve os valores e princípios daquele que julga. Diante da subjetividade de tal atividade, o presente artigo tem como objetivo analisar se a teoria da ponderação proposta por Robert Alexy pode ser um caminho viável para proporcionar maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. O autor apresenta recursos para que as sentenças sejam mais claras, racionais e passíveis de debate, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, se subdivide em outros três princípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Foram utilizadas fontes primárias e secundárias para estudo dessa teoria e, após a verificação de algumas críticas apontadas a ela, chegou-se à conclusão de que o princípio da proporcionalidade não é capaz de eliminar os aspectos subjetivos da decisão, porém, pode ser extremamente útil para auxiliar a construção de decisões judiciais mais racionais e claras.

PALAVRAS-CHAVE: Robert Alexy. Ponderação de princípios. Proporcionalidade. Insegurança jurídica.

ABSTRACT: The judicial decision can follow many paths, since it is an activity that involves the values and principles of the judge. In view of the subjectivity of such activity, this article aimed to analyze if the theory of weighting proposed by Robert Alexy would be a viable way to provide greater legal certainty and predictability of judicial decisions. This author presents resources to make sentences clearer, more rational and more open to debate, using the principle of proportionality, which in turn is subdivided into three other principles: adequacy, necessity and proportionality in the strict sense. Primary and secondary sources were used to study this theory and, after checking some of the criticisms pointed out to it, it was concluded that the principle of proportionality is not capable of eliminating the subjective aspects of the decision, but can be extremely useful to assist in the construction of more rational and clear judicial decisions.

KEYWORDS: Robert Alexy. Weighting of Principles. Proportionality. Legal insecurity.

Enviado em: 04-05-2019

Aceito em: 27-08-2019

1 INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, constantemente há decisões judiciais conflitantes por parte do Poder Judiciário, o que gera incerteza e insegurança jurídica quanto aos resultados das sentenças. Isso ocorre principalmente em casos em que há lacunas na lei ou em que um princípio parece colidir com outro.

Esse assunto é tema de inúmeros estudos e debates, visto que aflige grande parte dos estudiosos do Direito. De certa forma, isso ocorre porque a atividade hermenêutica presente na aplicação do ordenamento jurídico envolve aspectos subjetivos do intérprete, tais como seus valores, suas convicções religiosas, suas preferências políticas, suas experiências.

Diante desse problema de imprevisibilidade das sentenças judiciais, o presente artigo buscou investigar se a teoria proposta por Robert Alexy seria um caminho viável para nortear essa atividade e provocar uma maior harmonização das decisões judiciais.

Robert Alexy é um jus-filósofo alemão que utilizou o princípio da proporcionalidade como base de sua teoria. Este se subdivide em outros três subprincípios: princípio da necessidade, princípio da adequação e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, o autor dá enfoque na importância da argumentação, que é o que traz credibilidade e padrão de racionalidade ao caminho proposto.

O método proposto por Alexy é alvo de inúmeras críticas. Seus opositores afirmam que ao justificar as razões de preferenciabilidade de um princípio em detrimento de outro, o juiz inevitavelmente atribui uma função axiológizante ao Direito. Consequentemente, o Poder Judiciário estaria usurpando a função do Poder Legislativo e trazendo uma falsa ideia de racionalidade para justificar decisões arbitrárias.

Porém, a carga axiológica conferida aos princípios faz parte de toda atividade hermenêutica e é inerente às decisões judiciais, das quais o magistrado não pode se eximir mesmo quando não há uma lei expressa definindo de antemão qual princípio deve ser escolhido em detrimento de outro.

De fato, usar o princípio da proporcionalidade não observando a lei seria um abuso de poder por parte do Judiciário. Porém, caso seja aplicado da maneira correta e nos casos realmente necessários, ele pode ser um instrumento

eficaz, não para extinguir totalmente a subjetividade nas decisões, mas para promover julgamentos mais racionais e transparentes.

As decisões conflitantes e obscuras do judiciário são um obstáculo para os próprios juízes, para a atividade advocatícia, para as partes do processo e para toda a sociedade, os quais ficam sempre inseguros quanto ao resultado do processo. Portanto, investigar um caminho que possibilite que as decisões judiciais se tornem mais claras e racionais é de extrema relevância na atualidade.

Foram utilizadas fontes primárias e secundárias para o desenvolvimento do trabalho. As fontes primárias foram os livros, artigos, palestras transcritas e demais textos documentados de Robert Alexy. As fontes secundárias são diversos livros, artigos e comentários escritos sobre a visão do autor, em especial, as críticas feitas por Jürgen Habermas.

2 O CONCEITO DE PRINCÍPIOS E SUA DISTINÇÃO EM RELAÇÃO ÀS REGRAS

Os princípios passaram a ter maior proeminência e destaque na esfera jurídica e passaram a ser considerados como normas com a visão difundida pelo pós-positivismo¹. Antes, eles eram tidos apenas como fontes subsidiárias no direito, utilizados para suprir lacunas no ordenamento jurídico. No processo de resolução de conflitos, deveriam ser utilizadas, em primeiro lugar, as normas jurídicas, em segundo, os costumes e, por último, os princípios. Já no pós-positivismo, os princípios passam a ser a base de todo sistema legal, saindo de uma posição não muito significativa para o topo do ordenamento jurídico (PEREIRA, 2007, p. 92). Com isso, Paulo Bonavides afirma que houve uma constitucionalização dos princípios (BONAVIDES, 2005, p. 291).²

Barroso (2006a) afirma que as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto³.

¹ Para Barroso (2006a, p. 27-28), o pós-positivismo é uma designação genérica de um ideário difuso, que inclui a relação existente entre valores, princípios e regras, que constituem a chamada “nova hermenêutica” e a teoria dos direitos fundamentais. Essas ideias, ao mesmo tempo que resguardam certa deferência ao ordenamento jurídico, reintroduzem parâmetros de justiça e a relação existente entre o direito e a moral.

² Esse autor destaca três fases de evolução dos princípios: 1º) a fase jusnaturalista: é a fase mais antiga, em que os princípios habitavam ainda em uma esfera abstrata, com insegurança jurídica e em uma dimensão ético-valorativa, que inspirava postulados de justiça; 2º) a fase juspositivista: é o momento quando os princípios passam a integrar os Códigos, tornando-se jurídicos, porém apenas como fonte normativa subsidiária, sem normatividade; 3º) a fase pós-positivista: relacionada ao momento da segunda década do século XX, em que os princípios passam a ser vistos como normas, inseridos no topo do ordenamento jurídico. (BONAVIDES, 2005, p. 259-266).

³ No contexto positivista, cabia ao juiz apenas subsumir a norma ao caso concreto, visto que as normas eram tidas apenas no sentido de regras, previstas abstratamente antes do aparecimento da situação fática. O pós-positivismo

Ana Paula de Barcellos diz que os princípios se diferenciam das regras pelo conteúdo, pela origem e validade, pelo compromisso histórico, pela função no ordenamento, pela estrutura linguística, pelo esforço interpretativo e pela aplicação (BARCELLOS, 2002, p. 48).

Quanto ao conteúdo, os princípios se aproximam mais do ideal de justiça, equidade e moralidade, que são critérios valorativos; enquanto as regras possuem conteúdo diversificado e não necessariamente moral. Quanto à validade, a dos princípios depende do seu conteúdo; enquanto a validade das regras decorre da autorização de outras regras. Quanto ao compromisso histórico, os princípios são universais, absolutos, objetivos e permanentes; já as regras são contingentes e seu conteúdo depende do tempo e do lugar. Quanto à função no ordenamento, os princípios têm função explicativa e justificadora em relação às regras. Quanto à estrutura linguística, os princípios são gerais e aplicados a um número indeterminado de situações; já as regras são aplicadas em situações específicas e delimitadas *a priori*. Quanto ao esforço interpretativo exigido, os princípios exigem uma atividade argumentativa mais intensa, enquanto as regras demandam apenas uma aplicabilidade. Quanto à aplicação, as regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo “tudo ou nada”, sem admitir gradações; já os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes (BARCELLOS, 2002, p. 32-48).

Luiz Flávio Gomes faz a distinção de princípios e regras quando acentua:

Regras e princípios ('conflito' versus 'colisão'): o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em 'conflito'; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver 'colisão', não conflito (GOMES, 2005).

analisou que muitas vezes não era possível encontrar a solução dos problemas a priori, mas somente com o aparecimento dos fatos e a análise desses. O Juiz passa então a ser coparticipante, junto com o legislador, no processo de produção das normas, uma vez que seu papel agora não é apenas aplicar mecanicamente as normas, mas conceder valor a elas e realizar escolhas entre as regras possíveis de serem aplicadas.

Bonavides (2005, p. 272) classifica os princípios em duas categorias: a dos princípios abertos, que assumem o caráter de ideias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência; e a dos princípios normativos que se solidificam em regra jurídica de aplicação imediata, uma vez que não são meros *ratio legis*, mas sim *lex* propriamente dita.

Robert Alexy não nega que os princípios jurídicos possam ter, na maioria das vezes, maior generalidade do que as regras, porém, acredita que isso não é o fator principal distintivo entre eles⁴. A doutrina que defende que a diferença dos princípios em relação às regras está na sua generalidade, abstração e não aplicabilidade direta é chamada pelo autor de tese fraca (LARENZ, 2001, p. 35). Já aquela que os diferencia de forma qualitativa, é denominada de tese forte.

Para o jus-filósofo, os princípios são vistos como mandados de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível, segundo as realidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 1997, p. 86). Eles podem ser aplicados em graus diferentes, por meio da ponderação, e nem sempre realizados plenamente. Já as regras são comandos definitivos, aplicadas por meio da subsunção, apenas em sua totalidade ou não⁵.

Vale ressaltar que o jurista alemão, apesar de traçar a forte relação entre princípio e valor⁶, os diferencia em vários dos seus textos, especialmente no Capítulo 3 do livro Teoria dos Direitos Fundamentais. Os primeiros representam uma ordem deontológica, aquilo que é devido; já o segundo se expressa em uma dimensão axiológica, aquilo que é melhor (ALEXY, 2008, p. 145-152). Assim, ele aduz:

A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo (ALEXY, 2008, p. 153).

O conflito de regras pode ocorrer de forma abstrata e se dá na dimensão de validade, sempre excluindo uma, pois não podem coexistir no ordenamento

⁴ Galuppo (1998, p. 138), afirma que os princípios são também preceitos *prima facie*, não sendo, em si, uma diretriz, mas razão, critério e justificção da diretriz.

⁵ Para Dworkin as regras são aplicadas no modo "tudo ou nada", e "dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão". (DWORKIN, 2002, p. 39).

⁶ Ele enfatiza, por exemplo, que tanto os princípios quanto os valores podem colidir e podem ser sopesados. Além disso, ambos podem ser realizados de modo gradual. (ALEXY, 2008, p. 144).

jurídico regras contraditórias (ALEXY, 1997, p. 83). Havendo conflito entre as regras, sempre uma será afastada a partir da aplicação dos critérios tradicionais de solução de antinomias, que são: o hierárquico, cronológico e o da especialidade.

Já a colisão de princípios é solucionada por meio da ponderação e só pode existir no caso concreto, pois o peso de um deles só pode existir e ser determinado se não quando posto frente a outro princípio. Sendo assim, o peso dos princípios é relativo e analisado individualmente em cada caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 39) e o princípio restringido não deixa de ser válido no ordenamento jurídico⁷.

3 DIFERENÇA ENTRE PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

Cabe aqui enfatizar que, embora muitos doutrinadores e juristas empreguem os termos proporcionalidade e ponderação como se fossem análogos, há diferença entre os significados deles.

Ávila (2005, p. 94) postula que a ponderação é mais ampla do que o princípio da proporcionalidade, e é um método que confere diferentes graus de importância a determinados valores, sem critérios de aplicação. Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade é um instrumento da ponderação, utilizado para sopesar valores, quando há colisão de princípios ou direitos fundamentais.

Alexy (2007, p. 110) defende o contrário, dizendo que o princípio da proporcionalidade é mais amplo e que a ponderação faz parte de uma das etapas da aplicação desse princípio.

Gavara de Cara (1994, p. 332) afirma que existe a ponderação abstrata e a ponderação concreta. A primeira se refere a uma comparação fictícia entre bens jurídicos, apontando qual iria se sobrepor sobre o outro, e isso poderia já estar estipulado na Constituição. Já a ponderação concreta deveria adotar o princípio da proporcionalidade, uma vez que todos os bens jurídicos têm a mesma hierarquia.

Aufere-se, portanto, que não é pacífico o entendimento a respeito da diferença entre ponderação e proporcionalidade. Como este trabalho tem enfoque

⁷ Quanto à restrição dos princípios contidos principalmente nos direitos fundamentais, existe a teoria interna e a teoria externa. A primeira, defendida por Müller (apud PEREIRA, 2007, p. 134; 141), sustenta que não é possível restringir os direitos fundamentais, que são universais, ou seja, inerente a todo ser humano. Portanto, quando há uma pseudocolisão entre eles, o que se deve fazer é delimitar o conteúdo e aplicação de cada um. Já a teoria externa, adotada por Alexy e aceita pela doutrina pátria, admite a limitação dos direitos fundamentais, a fim de compatibilizar os direitos dos indivíduos ou direitos individuais com os direitos coletivos (ALEXY, 1997, p. 268), por meio da ponderação.

nas ideias trazidas por Robert Alexy, será adotada a nomenclatura e o significado utilizado por ele.

4 TEORIA DE ALEXY PARA SOLUÇÃO DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Robert Alexy, ao desenvolver sua teoria dos direitos fundamentais e sua proposta para solucionar casos difíceis, leva em consideração, sobretudo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão⁸. Assim, a partir de decisões concretas, ele subdivide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito.

4.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade se divide em outros três subprincípios, o princípio da adequação, o princípio da necessidade, e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros se referem às possibilidades fáticas, e analisam se a medida proposta de fato dirige ao fim almejado e se realmente é necessária. O terceiro subprincípio conecta às possibilidades jurídicas e acontece se a medida realmente for considerada necessária e exigível (ALEXY, 2002, p. 27).

Apesar de haver parâmetros de racionalidade e lógica no princípio da proporcionalidade, ele não se confunde com os cânones da hermenêutica, que estão na esfera do método da subsunção.

4.1.1 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

O princípio da adequação é a primeira etapa do princípio da proporcionalidade. Ele veda a utilização de meios que venham obstruir a realização de um princípio sem promover outro (ÁVILA, 2005, p. 120).

Assim, se uma medida é adotada para promover o princípio "a", mas sem promovê-lo, restringe o princípio "b", não há adequação. Verifica-se, portanto, nesta primeira fase, se é possível a aplicação de ambos os princípios em suas expressões máximas e promovendo um ao outro, sem que haja necessidade de restringir um deles (PEREIRA, 2007, p. 234-235). Isso é o que Robert Alexy

⁸ Alguns exemplos de citações dessas decisões podem ser encontrados nas seguintes páginas da obra Teoria dos Direitos Fundamentais: p. 7, 12, 31, 42, 45, 48, 52, 198, 198, 163, 205, 314, 39, 33, 303, 37, 132, 297, 292, 150.

chama de otimização do tipo Pareto (ALEXY, 2002, p. 28-29).

Robert Alexy exemplifica essa situação em uma decisão da Corte Constitucional alemã, que proferiu uma lei obrigando os caçadores a se submeterem a um teste de arma de fogo. Porém, a medida acabou incluindo também aqueles que caçavam sem arma de fogo, por meio de uma prática cultural local denominada falcoaria⁹. Posteriormente, essa lei foi declarada inconstitucional, pois não se enquadrava no princípio da adequação¹⁰.

4.1.2 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE

O princípio da necessidade refere-se à intenção de, havendo uma ou mais medidas possíveis para efetivação de um princípio, adotar aquela que menos restringir o outro princípio (ALEXY, 2002, p. 29).

Para exemplificar, pode-se utilizar um julgado da Corte alemã que envolveu o princípio da liberdade no exercício da profissão e o princípio da proteção do consumidor. Nesse caso, estava ocorrendo a venda de bonecos que aparentavam ser de chocolate, porém, quando o consumidor abria a embalagem, descobria que, na verdade, se tratava de um produto feito de massa de arroz, podendo o caso ser enquadrado como propaganda enganosa. Foi adotada a medida de proibir a venda desse alimento, causando um considerável prejuízo à empresa. Essa decisão não satisfaz o princípio da necessidade, e o banimento não foi proporcional, uma vez que poderia ser adotada uma medida que, da mesma forma, iria satisfazer a necessidade de proteção do consumidor, sem afetar tanto o princípio da liberdade de profissão. Por exemplo, poderiam ter optado por obrigar o vendedor a colocar um aviso visível na embalagem do produto alertando que não se tratava de um produto feito de chocolate.

Utilizando-se de um exemplo no Brasil, foi ratificada, em 2006¹¹, a medida que obriga as empresas de tabaco a imprimirem, no rótulo das embalagens de cigarro, imagens de doenças provenientes de seu consumo. Essa medida passou pelo crivo do princípio da adequação, uma vez que estudos comprovam¹² que

⁹ Essa prática consiste em caçar utilizando um outro animal, o falcão, que traz a presa até o caçador.

¹⁰ São raros os casos em que uma lei é considerada inconstitucional por não haver adequação, motivo pelo qual este princípio tem pouca relevância.

¹¹ "O Brasil foi o 2º país a introduzir as imagens de advertência sanitária nas embalagens de produtos de tabaco. Essa medida está descrita no Artigo 11 da Convenção-Quadro da OMS para o Controle do Tabaco, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto no 5.658, de 02 de janeiro de 2006." Texto extraído do site da Anvisa: <http://portal.anvisa.gov.br/documents>.

¹² Segundo estudo realizado pelo Instituto Nacional do Câncer (Inca), 56% dos 2.216 fumantes entrevistados no País acreditam que as fotos de advertência são capazes de fazer uma pessoa deixar o cigarro. Outro levantamento,

tal medida foi eficaz para atingir o fim almejado, que é diminuir o número de fumantes, protegendo a saúde dos cidadãos. Além disso, essa alternativa não interferiu de maneira drástica no princípio da liberdade de profissão, o que ocorreria caso fosse proibida a venda de cigarros, por exemplo.

Assim, o subprincípio da necessidade analisa a intensidade de afetação do princípio ou do direito fundamental, para definir qual medida é a melhor escolha (ALEXY, 2002, p. 28-29).

4.1.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Uma vez que a medida foi considerada eficaz e necessária para se atingir o fim almejado, passa-se à fase mais complexa da proporcionalidade, que é a proporcionalidade em sentido estrito. Utiliza-se nesta fase o balanceamento, ou a ponderação, que serve para excluir uma interferência intensa em um princípio de forma desnecessária (ALEXY, 1997, p. 161).

Tomados de forma isolada, os princípios são válidos em sua plenitude, em suas proposições *prima face*, porém, quando há colisão entre eles sempre haverá restrições e sacrifícios de um ou mais princípios (ALEXY, 1988, p. 8). A determinação do grau adequado da aplicabilidade de um princípio quando confrontado com outro será feito por meio da ponderação¹³, ou balanceamento.

Conforme destaca Pereira, a expressão ponderação se refere à atividade hermenêutica pela qual se realiza um sopesamento de valores, quando os bens e interesses juridicamente protegidos “se mostram inconciliáveis no caso concreto, visando determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada”. São raros os casos em que uma lei é considerada inconstitucional por não haver adequação, motivo pelo qual esse princípio tem pouca relevância (PEREIRA, 2007, p. 220).

Exemplo é o caso de pessoas que professam a religião Testemunha de Jeová, que, por convicção religiosa, não aceitam transfusão de sangue¹⁴. Caso o

feito pelo The International Tobacco Control Policy Evaluation Project (ITC), realizado em 21 países, indica que 39% dos fumantes disseram que as imagens nas embalagens impediram que eles pegassem um cigarro quando estavam prestes a fumar. Para quem fuma um maço por dia, as advertências podem ser vistas em torno de 7.000 vezes ao ano.

¹³ Apesar de o termo “ponderação” ser muito utilizado no ambiente jurídico, ele também se refere às análises gerais que buscam fundamentos de razoabilidade e equilíbrio para tomada de decisões. Nesses termos, afirma Barcellos (2005, p. 1) que “toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação”.

¹⁴ Pulido (2005, p. 230) aplica a fórmula do peso, que será explicada abaixo, para realizar a ponderação de princípios especificamente nesse caso.

médico veja a necessidade de transfusão para salvar a vida do paciente adepto a essa religião, dois direitos fundamentais entram em colisão. Por um lado, existe o direito à vida, que é indisponível. Há também o dever de responsabilidade do médico de fazer jus a seu juramento de preservar a vida¹⁵. Por outro lado, existe o direito de liberdade religiosa, também assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inc. VI.

Outro exemplo é o caso em que um órgão de imprensa deseja publicar imagens e fatos da vida de um artista, alegando usufruir do direito da liberdade de imprensa. Porém, do outro lado, a pessoa exposta argumenta seu direito de proteção à vida privada, garantia fundamentada advinda do princípio da dignidade da pessoa humana.

A ponderação envolve o reconhecimento dos princípios ou direitos que estão colidindo e a imputação de valor a cada um deles, a fim de se analisar qual terá precedência relativa em relação ao outro, naquele caso concreto. Para isso, deve-se sempre observar a Lei da Ponderação que diz que: quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância de se satisfazer o outro (ALEXY, 1997, p. 161).

Para estabelecer o peso dos bens conflitantes é necessário passar por três estágios. O primeiro define o grau de interferência nos princípios colidentes; o segundo estabelece a relevância do cumprimento do princípio contraposto; e o terceiro analisa se a interferência no princípio restringido justifica-se, diante da importância do princípio vencedor (BUSTAMANTE, 2006, p. 88).

Essa intensidade de interferência e o peso dos princípios só podem ser avaliados no caso concreto, quando os princípios se colidem, pois, em abstrato todos os princípios são de igual hierarquia e importância (PULIDO, 2005, p. 228).

Alexy relaciona essas três variáveis em uma fórmula aritmética utilizada para se analisar o valor correto de cada interesse, denominada “fórmula do peso”, representada da seguinte forma:

$$W_{i,j} = \frac{l_i \cdot W_i \cdot R_i}{l_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

¹⁵ O médico, ao se formar, jura que fará o máximo empenho para preservar a saúde de seus pacientes, mesmo em face de crenças religiosas diferentes e que terá o máximo respeito pela vida humana. Juramento do médico, disponível em: <https://biodireitomedicina.wordpress.com/2009/01/24/o-juramento-dos-medicos-mantere-i-o-mais-alto-respeito-pela-vida-humana-desde-sua-concepcao/>. Acesso em: 14 jul. 2017.

Nessa fórmula, W_i , j é o resultado, que, se for maior do que 1, significa que o primeiro princípio (P_i) irá prevalecer sobre segundo princípio (P_j), e, se for menor do que 1, o segundo princípio prevalece sobre o primeiro.

A variável i significa o primeiro princípio e j o segundo princípio; W_i e W_j , se referem ao peso abstrato de cada princípio, que só pode se tornar um peso real no caso concreto; I_j e I_i , são a intensidade das interferências nos princípios; e R_i e R_j , o grau de confiabilidade dos argumentos fáticos e normativos (PULIDO, 2005, p. 228).

Sendo assim, havendo dois princípios em colisão em um caso concreto, coloca-se cada um de um lado da balança. Junto ao primeiro princípio, colocam-se também os fatores que pesam a seu favor, dando um peso para cada um deles, e o mesmo se faz com o segundo princípio. No final, a balança penderá para o lado que estiver mais pesado.

Há alguns casos em que a ponderação pode não ser suficiente, devido às variáveis terem pesos semelhantes. Um caso complexo de se resolver e que, possivelmente, não pode ser solucionado com a fórmula do peso é a legalização ou não da maconha. Na Alemanha, a Corte consultou sociólogos, psicólogos, profissionais da saúde e pedagogos, porém, alguns diziam que não havia perigo no uso da maconha e que seu consumo era menos perigoso do que o da bebida alcoólica; outros diziam que ela era muito perigosa e abria precedentes para o uso de outras drogas mais prejudiciais. Por não haver certeza sobre a periculosidade dessa droga, considerando ambas as teorias como plausíveis, a Corte alemã decidiu transferir para o Parlamento a responsabilidade de decidir sobre o assunto.

Para se estabelecer o grau de afetação de um princípio, Alexy (2002, p. 43) estabelece uma escala triádica, com valores numéricos para cada variável, pois uma fórmula só se justifica se houver atribuição de números. A intensidade da interferência da medida no princípio, representada pela variável I_j e I_i , é, portanto, representada em uma escala com os seguintes valores: leve, valor 1; moderada, valor 2; e grave, valor 4.

As variáveis R_i e R_j , que se referem à confiabilidade dos argumentos normativos e empíricos recebem os seguintes valores: seguro, valor 1; plausível, valor $\frac{1}{2}$; e não evidentemente falso, valor $\frac{1}{4}$.

Segundo ele, a maioria dos casos pode ser resolvida com essa fórmula. Para os casos mais difíceis, os chamados *hard cases*, a variável da fórmula se dividiria em dois, *R* empírico e *R* normativo. Assim, a fórmula ficaria:

$$W_{i,j} = \frac{l_i.W_i.Re_i.Rn_i}{I_j.W_j.Re_j.Rn_j}$$

5 ARGUMENTAÇÃO

Para uma decisão judicial ser legítima, não basta que sejam realizadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito; é necessário também que haja racionalidade¹⁶, demonstrada nos argumentos que justificam e esclarecem a motivação da decisão e a preferência de um princípio em prol de outro (ALEXY, 1997, p. 158-159).

A hermenêutica tradicional ocorre de forma desvinculada da argumentação jurídica, não justificando porque uma premissa metodológica foi escolhida em detrimento de outra. Com a ponderação, inserida na hermenêutica atual, a preferência de um princípio deve ser explicada pela argumentação e racionalidade.

Nesses termos, Luís Roberto Barroso aduz:

A argumentação jurídica desenvolveu-se, especialmente, no quarto final do século passado. Liga-se ela à ideia de que a solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá de ser construída indutivamente, tendo em conta fatos, valores e escolhas. As diferentes teorias da argumentação jurídica têm por objetivo estruturar o raciocínio jurídico, de modo a que ele seja lógico e transparente, aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e permitindo um maior controle da justificação das decisões judiciais (BARROSO, 2009, p. 340).

Na argumentação e justificação, é possível visualizar se há racionalidade¹⁷ na decisão, ou seja, se há coerência e coesão na decisão judicial (PULIDO, 2005, p. 237).

¹⁶ Racionalidade é um termo que envolve a ideia de pretensão de universalidade, objetividade de argumentos que podem ser comprovados. (TEIXEIRA 2002, p. 7).

¹⁷ Barcellos (2005, p. 125-175) aduz que, para que haja racionalidade, a decisão judicial deve servir de parâmetro para as demais decisões que envolvem casos idênticos. Ou seja, a decisão deve ter pretensão de universalidade e potencial para ser generalizada em situações equiparáveis.

Argumentar significa racionalizar o pensamento, estruturando os argumentos e dando coerência às premissas, ou seja, demonstrar as razões pelas quais se justifica determinada decisão, visando à persuasão. Assim, a argumentação oferece o conjunto de razões, lógicas e racionais, que sustentam as decisões judiciais e demonstram a motivação da decisão, envolvendo aspectos fáticos, normativos, axiológicos, sociológicos, lógicos etc.

É evidente que a interpretação envolve sempre aspectos subjetivos, uma vez que a linguagem jurídica nem sempre é clara e precisa, às vezes dando margem a mais de uma interpretação. E é exatamente por isso que é essencial que a decisão judicial seja justificada (BARROSO, 1998, p. 356).

A argumentação traz transparência às motivações do juiz e é, portanto, essencial para que a decisão judicial seja racional, capaz de persuadir e trazer aceitabilidade das partes. Conforme anuncia Amaral (2003, p. 111), “a motivação encerra verdadeiro discurso justificativo, que visa persuadir a coletividade e obter sua adesão racional”.

Vieira (2005, p. 252) deixa claro que a argumentação, em que o juiz demonstra suas razões e motivações, permite a crítica pública dos fundamentos, possibilitando uma reavaliação do seu ato. Assim, ela serve como instrumento de controle e legitimação do poder criativo do intérprete judicial, limitando sua discricionariedade.

Para compreensão e aceitação da decisão pelos seus destinatários, a justificação do juiz deve levar em conta os valores existentes na sociedade, as consequências sociais e econômicas da decisão, a doutrina e a jurisprudência, aproximando o texto legal da realidade histórica e cultural da sociedade. Conforme enuncia Amaral:

[...] as razões elencadas pelo operador do direito não devem ser apenas de cunho formal, mas devem buscar o consenso, devem persuadir e não ser meramente uma justificativa despreocupada com a adesão, conferindo apenas aparência de legitimidade. A motivação não é mero elenco de causas ou razões, mas deve estar fundada em argumentos fortes que conduzam a adesão do auditório. Deve refletir a ética da sociedade, a necessidade de justiça e equidade e não uma ética própria, dissociada do consenso (AMARAL, 2003, p. 113).

Toda argumentação envolve um processo que tem objetivo de elevar o público ao convencimento¹⁸, mas, segundo Alexy (2005, p. 210), a argumentação jurídica, diferentemente da argumentação prática geral, tem uma vinculação ao direito vigente. Assim, a argumentação jurídica oferece argumentos que buscam justificar determinada posição em relação à interpretação do direito (ATIENZA, 2000, p. 17-18) e deve sempre estar de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Portanto, para Alexy, a argumentação jurídica, junto com a racionalização, é base justificadora das decisões dos magistrados (GALUPPO, 1998, p. 134).

6 CRÍTICAS À TEORIA DE ALEXY

Alexy foi fortemente criticado por vários filósofos do direito, principalmente em relação à terceira fase do princípio da proporcionalidade, que envolve o balanceamento.

As objeções frequentemente apontadas são as de que: a ponderação possui elevado subjetivismo e gera a quebra do princípio da separação dos Poderes Legislativo e Judiciário, prejudicando a segurança jurídica e um padrão nas decisões (STEINMETZ, 2001, p. 193-198). Além disso, as críticas se voltam para a fórmula do peso, que é considerada por muitos uma lógica matemática que não se aplica ao Direito.

Alega-se que o processo de ponderação envolve a atribuição de valores aos princípios, por parte do judiciário. Porém, ao fazer isso, o juiz agrega em sua decisão aspectos subjetivos, como suas experiências, seus princípios de vida, seus valores etc¹⁹. Esses fatores são relativos, variando conforme a pessoa que julga, o que faz com que não haja harmonia das decisões judiciais, gerando insegurança quanto aos resultados dos julgados (HABERMAS, 1998, p. 332). Além disso, ao proceder dessa forma, o judiciário, que não tem legitimidade democrática, estaria usurpando o papel do Poder Legislativo, legislando naquele caso concreto (BARCELLOS, 2005, p. 50-53).

Habermas alegou que Alexy (no prelo, p. 14) subordinou o direito à moral e que sua tese conteria traços do Direito Natural. Ele alega que a ponderação de

¹⁸ Nesses termos, Habermas (2003, p. 280-281) diz que os argumentos apresentam “razões que resgatam sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas as proposições normativas ou descritivas”.

¹⁹ Nesses termos, Pulido (2005, p. 161) afirma que: “toda aplicação do princípio da proporcionalidade resulta arbitrária e incontrolável, e toda fundamentação jurídica construída com base neste princípio não é senão um artifício retórico de camuflagem de uma decisão dotada de razões emotivas, políticas ou de outra índole, mas em todos casos alheio ao direito”.

princípios proposta por Alexy envolve uma concepção axiologizante do Direito, porque a ponderação só seria possível na preferibilidade de um princípio ao outro, o que somente seria viável se os princípios fossem considerados como valores. Segundo ele, enquanto regras e princípios são enunciados deontológicos, isto é, visam ao que é devido, os valores são enunciados teleológicos, de modo que objetivam o que é bom, melhor ou preferível, sendo condicionados a uma determinada cultura. Assim, para Habermas, a ideia de otimização presente na ponderação prejudica a estrutura deontica dos direitos fundamentais.

Nesses termos, também afirma Ávila (2005, p. 113-124):

Com efeito, o exame da ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito, exige a comparação entre a importância da realização de um fim e a intensidade da restrição de um direito fundamental, razão pela qual é classificado como um exame complexo, ainda mais pelo fato da análise referente ao que será considerada vantagem ou desvantagem para o resultado ponderativo depender de uma avaliação fortemente subjetiva, abrindo a possibilidade de, ao invés de combater a prática de atos arbitrários de restrição a direitos fundamentais, criar subterfúgios para a própria prática de tais atos.

Friedrich Müller (1999, p. 31) também considera a proporcionalidade uma atividade irracional e que conduz ao subjetivismo. Ele assevera que ela não satisfaz as exigências do Estado Democrático de Direito e a considera como uma atividade de valorização vaga e que conduz a “insinuações ideológicas”.

Trindade e Streck (2014) também desenvolveram fortes críticas à teoria da ponderação de Alexy:

Eis, de novo, o principal problema de Alexy. Para ele, tudo pode ser ponderado! E isto é ainda mais problemático no Brasil, onde sequer se presta atenção àquilo que Alexy chama de princípios formais, mais resistentes à ponderação. Em suma, a coerência não faz sentido para Alexy porque o seu modelo jurídico é composto por princípios jurídicos — mandados de otimização que sequer são deontológicos —, e não por questões de princípio. Entre essas duas concepções existe uma diferença que é abissal. Isto porque, quando se está diante de uma questão de princípio, o intérprete não tem a sua disposição um repositório de princípios ponderáveis. Alexy desconhece que decisão jurídica não é escolha. O intérprete (juiz) não está livre porque possui uma responsabilidade político-jurídica. É a necessidade de coerência que faz com que o jurista se lembre de que ele não está sozinho no mundo. Por isto, ele precisa conhecer (e bem) as questões de princípio de uma ordem jurídica compromissada com o Estado Democrático de Direito, por exemplo.

Oliveira e Trivisonno (2014) discordam das críticas apontadas acima afirmando que:

[...] não há nada de novo nessa crítica dos autores a Alexy. Por trás dela está a velha crítica da irracionalidade da ponderação, que já foi respondida pelo próprio Alexy. Os autores podem achar a ponderação irracional, mas precisariam, nesse caso, expor os argumentos a favor dessa tese e, para o bem da discussão, considerar a resposta já apresentada por Alexy à crítica da irracionalidade, e então refutá-la (essa resposta de Alexy pode ser encontrada em seu livro *Teoria Discursiva do Direito*, recém lançado no Brasil). A resposta de Alexy à crítica da irracionalidade da ponderação não é porém a única parte da obra alexyana que Trindade e Streck ignoram. Eles tampouco se ocupam do debate atual que ocorre no âmbito da teoria discursiva do direito de Alexy, sobre o papel dos princípios formais no processo de aplicação do direito, [...]. A teoria de Alexy pode e deve ser criticada. Quem conhece Alexy sabe de sua abertura para a crítica e disposição constante para a discussão. No entanto, **a afirmação de que a teoria do direito de Alexy é uma teoria do direito sem filosofia não alcança o nível de uma crítica minimamente razoável.** Somente quem acredita que a filosofia se resume à hermenêutica filosófica e que a filosofia do direito contemporânea se resume à Dworkin pode criticar a teoria de Alexy por ela ser uma teoria sem filosofia. Mas para quem não possui uma concepção tão estreita sobre o que é filosofia e, mais especificamente, sobre o que é a filosofia do direito, **a referida crítica é completamente sem sentido, e exatamente por isso precisa ser rejeitada.**

Alexy, no livro *Proportionality: New Frontiers, New Challenges (Comparative Constitutional Law and Policy)*, editado por Vicki C. Jackson e Mark Tushnet, também aponta quatro juristas e cientistas do Direito que criticam principalmente a fórmula do peso. O primeiro é Matthias Jestaedt (2017, p. 20), que afirma que “a doutrina da ponderação promete um grau de certeza e precisão na aplicação que seguramente não é capaz de cumprir” e que não passa de mera ilusão ou quimera metodológica. O segundo é Stavros Tsakyrakis (2017, p. 20), que diz que a fórmula é um mito matemático de precisão, e que deve ser rejeitada diante de discussões jurídicas. O terceiro é Alexander Somek (2017, p. 20), que aduz que o modelo do balanceamento não vai além de uma formulação analítica de um intuicionismo moral. Por último, ele cita Kai Möller (2012, p. 1-2; 24), que defende uma moral substantiva e critica o formalismo da teoria de Alexy, principalmente a possibilidade de enquadrar os princípios em um mandado de otimização.

Alexy afirma que todos os autores estão corretos ao alegarem que a fórmula do peso é uma fórmula pura e um método formal e que ela não conduz

a apenas uma resposta correta, porém discorda das alegações de que ela não seria um procedimento racional, pois, o enunciado de preferência deve sempre ser fundamentado racionalmente. Portanto, a discussão não é se a fórmula do peso é uma fórmula formal, pois isso todos concordam, inclusive Alexy; a questão é se ela tem condições de se conectar com uma argumentação substantiva material.

Um ponto central que esses autores ignoraram, segundo Alexy, é a possibilidade de conexão dessa fórmula com uma teoria da argumentação. O elemento das fórmulas são números, e os elementos do Direito são argumentos. Os números podem ser medidos por instrumentos como termômetros, mas não há um instrumento capaz de medir argumentos. Portanto, o desafio é que as variáveis da fórmula precisam ser substituídas por números, e essa substituição é sempre questionável. A escolha dos números sempre depende de justificação e nesta que Alexy encontra respaldo de racionalidade. Para ele, a classificação das preposições, a escolha do número que representa a intensidade da interferência (leve, moderada ou grave) ou o grau de importância de um princípio, é capaz de sustentar uma justificação racional. A classificação das preposições permitiu a conexão entre o primeiro livro *Teoria da Argumentação Jurídica*, que é sua tese de doutorado, com o livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que é sua tese de habilitação como professor. Para ele, aqueles que contestam que a fórmula do peso é mero intuicionismo, negam a racionalidade da fórmula e a justificação de preposições (JACKSON; TUSHNET, 2017, p. 21-24).

Alexy (1997, p. 157) admite que a ponderação envolve certas medidas de subjetividade, não garantindo o controle das decisões judiciais de forma definitiva, uma vez que princípios e valores estão, em certa medida, sujeitos ao arbítrio do intérprete.

Porém, certo grau de subjetivismo é inerente a toda prática hermenêutica, e até mesmo na aplicação de regras, uma vez que o juiz sempre terá que analisar as situações fáticas e jurídicas do caso concreto a partir de seus pressupostos²⁰.

O princípio da proporcionalidade não diminui a segurança jurídica das de-

²⁰ Por exemplo, o artigo 121 do Código Penal prevê a pena de reclusão de 6 a 20 anos para o crime de homicídio culposo. Porém, diz em seu parágrafo 1º que a pena pode ser reduzida de 1/6 a 1/3, caso o homicídio tenha sido praticado por motivo de relevante valor social ou moral. Teoricamente, isso seria uma regra penal, aplicada por meio da subsunção, ou seja, o juiz teria que simplesmente enquadrar o fato ao tipo penal e aplicar a pena. Porém, para isso, o juiz teria que avaliar se o crime teve considerável valor moral e social e não há uma previsão legal com exemplos taxativos do que seria isso. Logo, o magistrado, a partir de seus valores e concepções pessoais, tem o arbítrio de determinar se aquele fato se enquadra nessa exceção de diminuição da pena ou não, o que não é uma ação de plena objetividade. Assim, até mesmo o processo de subsunção, para aplicação de regras, pode envolver ponderações subjetivas.

cisões, antes vem auxiliar para que ela aconteça na maior medida possível, uma vez que busca trazer maior racionalidade a um processo que inerentemente envolve aspectos subjetivos, que é a decisão judicial.

Nesse contexto, Barcellos (2005, p. 159) aponta que “a ponderação é um instrumento poderoso capaz de fornecer ao intérprete a solução de casos para os quais não há solução pré-fabricada no ordenamento”.

Os elementos argumentativos que são necessários para legitimar a decisão ponderativa trazem mais objetividade e transparência ao discurso judicial, diminuindo a chance de princípios e direitos fundamentais serem restringidos de forma desnecessária ou desequilibrada, sem argumentação plausível (PEREIRA, 2007, p. 273).

A clareza conceitual, é um dos principais aspectos que conduzem à racionalidade, que todo o critério jurídico deve possuir para ser utilizado na interpretação (PULIDO, 2005, p. 177). Assim, mesmo que envolva aspectos subjetivos inerente a toda interpretação, o princípio da proporcionalidade, que envolve etapas pontuais e sucessivas, traz clareza e lógica para se realizar a valoração de bens conflitantes.

Os críticos da teoria da ponderação argumentam que há ausência de racionalidade, devido ao fato de não ser possível a criação prévia de uma tabela estabelecendo os pesos axiológicos de cada princípio, e a hierarquia entre eles.

De fato, na teoria de Alexy os pesos dos princípios são relativos e só podem ser estabelecidos no caso concreto, na colisão entre eles, caso contrário a jurisprudência seria mecânica e não levaria em consideração as peculiaridades de cada situação e os argumentos elaborados para aplicação da proporcionalidade (PULIDO, 2005, p. 183). Porém, isto não torna o balanceamento proposto por ele uma atividade irracional, antes isso proporciona um maior grau de objetividade a uma atividade que intrinsecamente envolve ponderações subjetivas.

Quanto à crítica da não observância do princípio da separação de poderes, de fato pode acontecer situações em que, na ausência ou insuficiência de uma regra jurídica, o poder Judiciário crie uma lei para um caso concreto. Mas é impossível que regras jurídicas prevejam todas as situações fáticas e estabeleçam regras para todas elas, e, nesses casos, o juiz deve suprir a lacuna da lei. Essa atividade está presente em certas decisões judiciais, mas a ponderação não cria essa situação, apenas a regula, para evitar ou diminuir ao máximo o “decisionismo” judicial. O juiz não seria a pessoa mais adequada para fazer a ponderação

e suprir a lacuna de uma lei, visto que sua função não é legitimada por um voto democrático, porém, na ausência ou silêncio do poder Legislativo, o juiz deve decidir e se vê sem outra alternativa.

Deve-se observar, porém, que, havendo uma regra válida que regule a situação, não cabe ao juiz não cumpri-la alegando estar observando um princípio. As regras cumprem uma função muito importante no ordenamento jurídico, que é de segurança jurídica e previsibilidade, por isso as regras devem ser cumpridas. Além disso, quando o Poder Legislativo elabora uma regra, ele mesmo executa previamente a tarefa de ponderação de princípios e valores da sociedade, feito em conjunto por pessoas eleitas democraticamente pelo povo.

De fato, existem abusos no uso da Teoria de Ponderação de Princípios, motivo pelo qual muitas vezes também ela é mal interpretada. Por isso, é importante ressaltar que ela se aplica para colisão entre princípios, e não entre princípios e regras.

Neste viés, Barcellos (2005, p. 163) afirma que, de forma geral, as regras devem prevalecer sobre os princípios e as normas que realizam diretamente os direitos fundamentais devem se sobrepôr às normas que se relacionam a tais direitos de maneira indireta.

Sendo assim, o juiz não pode justificar o descumprimento de uma regra baseando-se em um princípio constitucional, exceto se esta for incompatível com a Constituição, ou com razoabilidade, em casos extraordinários. Assim, a regra não pode deixar de ser satisfeita simplesmente porque o magistrado não concorda com os efeitos decorrentes da sua aplicação, estando o fato concreto perfeitamente enquadrado no fato previsto na elaboração da norma (ÁVILA, 2009, p. 9-10).

Conforme Ávila (2009, p. 10) esclarece, as decisões que não respeitam o princípio da separação dos poderes, o subjetivismo e a insegurança jurídica não são fruto da ponderação em si. O que gera essas consequências é uma má aplicação da ponderação, que utiliza dos princípios constitucionais como fundamento de decisões abusivas, não levando em conta as regras já existentes. Mas “uma ponderação, orientada por critérios objetivos previstos e que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, num sistema de separação de poderes, não leva inevitavelmente a esses problemas” (ÁVILA, 2009, p. 10).

Uma ponderação realizada de maneira equilibrada deve observar certas diretrizes. Primeiro, deve se verificar se existe alguma regra imediatamente aplicável. Nesse caso, não será necessário fazer uso da ponderação de princípios, uma vez que já houve uma ponderação prévia por parte do poder legislativo ao elaborar a norma.

Segundo, não havendo uma regra legal que regule a situação concreta, ou havendo uma regra legal, mas sendo ela incompatível com o ordenamento jurídico, o aplicador deve efetuar a ponderação dos princípios levando em conta as etapas já expostas nesse artigo, analisando a adequação, a necessidade, o balanceamento e a justificação da decisão. Esta deve conter a razão de preferência de um princípio frente ao outro, os critérios utilizados para definir o peso dos princípios, os argumentos empíricos e normativos e sua relevância na efetivação da ponderação (ÁVILA, 2009, p. 10-11).

7 CONCLUSÃO

Não se pode negar que há abusos e má aplicação da teoria da proporcionalidade de Robert Alexy, para justificar práticas arbitrárias por parte do poder judiciário. É fato também que a arte de interpretar envolve pressupostos subjetivos daquele que a realiza e a ponderação não é um método que conduz a soluções inequívocas ou apenas a uma resposta correta, conforme o próprio autor estudado aduz (ALEXY, 2012, p. 334).

Por isso, é essencial que o juiz observe as regras válidas no ordenamento jurídico e que deixe claro, por meio da argumentação, a justificação e o caminho que o levou a tal decisão.

A teoria da ponderação de princípios de Alexy é de extrema relevância exatamente para orientar o magistrado nessa justificação e argumentação. Mesmo que ela não seja capaz de acabar com a subjetividade do intérprete, visto que isso seria uma tarefa impossível, ela é útil para conferir racionalidade e transparência às decisões judiciais e viabilizar maior controle das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida no Rio de Janeiro,

na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, no prelo.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 22, n. 66, p. 13-64, set./dez. 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

AMARAL, Alexandre da Silva. A ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 8, p. 95-117, 2003.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto "Neoconstitucionalismo", entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência", **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação , racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: IBDC, v. 14, n. 54, p. 76-107, jan./mar. 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos e a Solução de seus Conflitos: a contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas**, Belo Horizonte. v. 1. n. 2. 2º sem. 1998.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: conceitos e distinções. **Jusnavigandi**, Teresina/PI, ano 9, n. 851, nov. 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Trad. Manuel Jiménez

Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. **Proportionality**: new frontiers, new challenges (comparative constitutional law and policy). Cambridge University Press, 2017.

JESTAEDT, Matthias. The doctrine of balancing – strenghts & weakness. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized Reason**. The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012, 163 p.

KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**. The jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 2001.

MOLLER, Kai. **The Global Modal of Constitucional Rights**. Oxford Universty Press, 2012

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do direito constitucional**. Traduzido por Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Uma teoria do direito sem filosofia?! Crítica às objeções de trindade e streck à teoria de Alexy. **Blog Os Constitucionalistas**. Belo Horizonte, 14 abr. 2014. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-teoria-do-direito-sem-filosofia-critica-as-objecoes-de-trindade-e-streck-a-teoria-de-alexey>. Acesso em: mar. 2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Crise moderna e racionalidade argumentativa no

direito: o modelo de Aulis Aarnio. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n. 154, abr./ jun., p. 213-227, 2002.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. **Revista Consultor Jurídico**, 5 abr. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia#author>>. Acesso em: mar. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.