

SOBRE OS LIMITES DA PONDERAÇÃO E SOBRE A PONDERAÇÃO SEM LIMITES

ON THE LIMITS OF BALANCING AND ON BALANCING WITHOUT LIMITS

Pedro da Silva Moreira*

RESUMO

A ponderação de princípios tornou-se uma das técnicas mais utilizadas pelos tribunais brasileiros. A normatividade dos princípios constitucionais passou a desafiar a construção de um método que fosse capaz de orientar o intérprete no manejo e operacionalização de direitos fundamentais. A formulação teórica desse método encontra suporte na teoria dos princípios de Robert Alexy. Ocorre que a própria construção teórica de Alexy possui limites significativos, especialmente em relação à aparência de objetividade do método e a sua capacidade orientadora. No entanto, a distorção verificada na prática judicial brasileira não decorre somente da desconsideração a esses limites, mas – sobretudo – da desconsideração aos próprios passos e exigências argumentativas formuladas por Alexy. Uma ponderação sem limites é uma ponderação que não observa, sequer de modo tangencial, as mais mínimas exigências da teoria que lhe serve de suporte. É esse cenário que justifica a elaboração deste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Ponderação; Princípios; Proporcionalidade; Limites; Exigências

ABSTRACT

Balancing has become one of the most widely used techniques in Brazilian case-law. The normative character of constitutional principles requires the adoption of a method that is able to guide the interpreter in the application of fundamental rights. The theoretical formulation of this method finds support in Robert Alexy's theory of legal principles. The fact is that the theoretical construction of Alexy itself has significant limitations, especially in relation to the appearance of objectivity of the method and its guiding ability. However, the distortion observed in the Brazilian case-law does not arise only from ignoring these limits, but mainly from the disregard to own steps and reasoning demands made by Alexy. A balancing without limits is a balancing which does not comply, even tangentially, the most basic requirements of the theory on which it is supported. This is the scenario that justifies this paper.

KEYWORDS: Balancing; Legal principles; Proportionality; Limits; Requirements

* Mestrando em Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Contato: psmoreira@gmail.com

INTRODUÇÃO

No marco do constitucionalismo contemporâneo, já não se concebe mais a legislação alheia a uma justificação subjacente assentada em princípios constitucionais. A Constituição não é somente o fundamento de validade da ordem infraconstitucional, das normas que dela derivam. A Constituição é, além disso, conduzida para cada operação jurídica, irradia-se para cada ato de interpretação e aplicação do Direito. E a Constituição contém um catálogo extenso de princípios, que, por sua vez, já não figuram mais como mandamentos meramente morais, como enunciados retóricos ou como inofensivas intenções. O processo de positivação dos princípios deixou claro o seu caráter deontológico e, assim, a sua qualidade normativa.

Se isto é assim, se princípios constitucionais são – como as regras – normas jurídicas, a sua utilização como fundamento para decisões judiciais pouco tem de surpreendente. São muitos os julgados – e não só na jurisdição constitucional – em que se aponta alguma violação a princípio, em que se utiliza o princípio para solucionar normativamente o caso, ou, ainda, em que se recorre ao princípio para abrir uma exceção ou *superar* uma regra. Os princípios constitucionais estão por toda parte, em todo processo de aplicação do Direito e, em certa medida, é natural que assim seja.

O fato, todavia, é que princípios não são normas *como* as regras. Ao menos no momento da argumentação, regras jurídicas têm uma pretensão e princípios têm outra. De certo modo, essa diferença é até intuitiva. O que nos diz, por exemplo, o direito à *liberdade de expressão*? Possivelmente muitas coisas. Já a regra que proíbe manifestações públicas na proximidade de hospitais, o que ela nos diz? Seguramente, algo mais concreto, mais definitivo. Ambas são normas, mas cada uma ingressa na construção da decisão judicial de maneiras diferentes. Elas se relacionam intrinsecamente, mas cumprem funções distintas no processo de argumentação.

Se não existisse a regra proibindo manifestações nas proximidades dos hospitais, as possibilidades de decisão seriam maiores, pois, para além das demais regras que poderiam servir de suporte interpretativo ao aplicador, restaria o recurso aos princípios, aos direitos fundamentais que incidem no caso. O problema é que princípios não conferem *razões definitivas* para a decisão, pois eles não se destinam, por exemplo, a regular a específica hipótese das manifestações públicas no entorno de hospitais. Sem a regra, responsável por densificar o conteúdo do princípio e por selecionar a informação juridicamente relevante, o retorno ao patamar constitucional para resolver a controvérsia adquire demasiada incerteza.

É nesse contexto, e com a percepção da inevitabilidade do recurso aos princípios, que surge um método para tentar racionalizar a aplicação, orientar o intérprete e explicitar o *que está em jogo* quando se passa a argumentar com base em princípios. A ponderação é este método. E o objetivo deste singelo artigo é fazer algumas considerações sobre ele. A ponderação representa uma tentativa de resolver exatamente o problema que identificamos no parágrafo anterior. Trata-se de um mecanismo de balanceamento entre princípios colidentes para que se possa alcançar justamente aquilo que permite a adjudicação do caso pelo aplicador: *a regra jurídica*. Ponderar princípios é argumentar em um cenário de colisão, estabelecendo-se prevalências concretas e condicionadas entre princípios, cujo resultado é uma regra – com caráter definitivo – que permite conferir solução normativa à controvérsia.

Robert Alexy estabelece uma série de passos antes do recurso à ponderação. Ademais, dentro da própria ponderação, que é apenas um dos momentos da proporcionalidade, Alexy propõe etapas argumentativas que devem ser observadas e traduz o esquema de colisão em uma fórmula, que ele chama de “fórmula peso”. Para que seja possível compreender os conceitos e mecanismos da *exigente* teoria dos princípios de Robert Alexy, reservamos a primeira parte deste artigo para descrever os principais elementos que envolvem a aplicação de princípios por meio da técnica da ponderação.

Ocorre, porém, que a ponderação tem limites. Acrescentamos – sem reticências – que à ideia de ponderar princípios são dirigidas objeções categóricas e, muitas vezes, adequadas. Isso demonstra – e é o que tentaremos fazer na segunda parte deste escrito – que a ponderação sofre justificadas restrições e que, portanto, invocar princípios para solucionar casos concretos não é uma empreitada simplesmente *aliviada* pela presença do método. É por isso que a ponderação, justamente em razão da existência de limites na própria construção teórica alexyana, não pode ser aplicada sem consideração a suas debilidades.

O problema é que a prática judicial brasileira evidencia que, não raro, utiliza-se a ponderação *sem limites*; e isso quer dizer, ao menos, duas coisas: (1) que a sua aplicação *desconsidera* as limitações do método formulado por Robert Alexy e, mais ainda, (2) que a sua aplicação não segue *sequer* os passos argumentativos que integram a relação entre a proporcionalidade e a teoria dos princípios. Em síntese, é esse cenário que justifica a elaboração deste artigo.

1. O EXIGENTE MÉTODO DE APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Qualquer crítica que se dirija ao uso da ponderação na aplicação do Direito deve – antes – perguntar-se pelo *real significado* da ponderação na teoria de Robert Alexy. Um olhar mais atento sobre as noções de *proporcionalidade, princípios, regras, otimização, pretensão de correção*, entre tantos outros termos que compõem a Filosofia do Direito de Alexy, permite constatar que a relação entre todos esses conceitos não é fácil e que um não pode prescindir do outro.

Por isso, antes de procedermos a uma apreciação crítica a essa formulação teórica e, sobretudo, a sua utilização na prática dos tribunais, devemos fazer algumas indispensáveis distinções. Isso nos leva a dividir este capítulo em dois caminhos. Em primeiro lugar, cabe esclarecer *o que são regras e o que são princípios* na perspectiva de Alexy. Já em um segundo momento, passamos à descrição do método da ponderação e, no mesmo contexto, da “fórmula peso”.

1.1. A distinção estrutural entre princípios e regras

De início, é importante mencionar que – em Alexy – o conceito de Direito não é um conceito positivista. O Direito, segundo o autor, é um sistema normativo que formula sempre uma *pretensão de correção* (ALEXY, 2009a, p. 151). Essa pretensão distingue a sua concepção dos modelos teóricos positivistas, pois – conceitualmente – Alexy compreende que os sistemas jurídicos devem conter sempre uma dimensão ideal. Trata-se da dupla natureza do Direito (ALEXY, 2009b, p. 68): uma natureza real ou fática; e a outra, ideal. Nesta, encontra-se a pretensão de correção moral, a noção de que o Direito deve pretender-se correto.

Isso tem suas implicações na perspectiva externa, na perspectiva do observador¹. No entanto, essa compreensão é central sob a perspectiva do participante, daqueles – como juízes, advogados, etc. – que atuam *no* e operam *o* Direito. A pretensão de correção implica sempre a obrigação de *justificação* da decisão, de fundamentação; ou seja, implica a afirmação de que a decisão fundamentada (pretende-se) moralmente correta. Um juiz quando sentencia um caso

¹ Na perspectiva do observador, Alexy compreende que está fundamentalmente correta a tese da separação conceitual entre Direito e Moral. Apenas em casos extremos e improváveis, nos quais nem haja a formulação de uma pretensão de correção pelo sistema jurídico, isto é, que o sistema pretenda-se efetivamente injusto, é que sequer se poderia falar de Direito válido. Nessa situação hipotética, a tese da separação perderia o sentido. ALEXY, 2009a, p. 43.

não pode fazê-lo sem essa pretensão, não pode furtar-se da obrigação de fundamentação em conformidade com o Direito e, inclusive, em conformidade com a dimensão ideal do Direito.

As decisões, segundo Alexy, não devem obedecer apenas à segurança jurídica. A *justiça* também é uma exigência do Direito e, por justiça, entenda-se a necessária correção moral da decisão (ALEXY, 2009b, p. 76). Daí a indispensabilidade de um equilíbrio entre esses dois fatores (segurança e justiça). Há diversos casos em que o recurso às regras não possibilita solucionar a controvérsia. Há situações em que a dimensão real do sistema jurídico deixa o aplicador em dúvida. Mas isso não significa que, na penumbra (HART, 1994, p. 132), possa o juiz *decidir de qualquer forma*, possa fazer simplesmente uma escolha. Mesmo em casos duvidosos, a pretensão de correção se mantém e é particularmente nessas circunstâncias que tem lugar o recurso ao nível dos princípios.

A pretensão de correção exige que, nesses espaços de penumbra, proceda-se a uma ponderação e isso, na teoria de Alexy, significa passar a argumentar com base em princípios (ALEXY, 2009a, p. 89). Nesse sentido, é a necessidade de realizar ponderações em determinados casos, em um processo de institucionalização da razão, que converte os princípios em elementos indispensáveis para os sistemas jurídicos (ALEXY, 2009a, p. 89). Mais ainda: o dever da argumentação fundada em princípios, por envolver uma dimensão jurídica e uma dimensão moral, fortalece a tese alexyana de que existe conexão necessária entre Direito e Moral.

Estabelecido o conceito de Direito em Alexy, já podemos ingressar especificamente na teoria dos princípios e, assim, na distinção entre regras e princípios. É importante assentar que a pretensão de correção persegue todo o esquema de interpretação/aplicação de princípios. Quando falarmos em proporcionalidade e em ponderação, não podemos olvidar que – no fundo – estamos tratando da fundamentação de decisões *em consideração* a uma correção não apenas jurídica, mas moral. E essa particularidade tem relação intrínseca com um aspecto basilar: aplicar princípios significa operacionalizar os direitos fundamentais. Princípios constitucionais, portanto, têm afinidade com os direitos fundamentais (NEVES, 2013, p. 143).

No posfácio à *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ao retomar suas ideias e responder a críticos, Alexy define que a tese central de seu livro “é que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização” (2008, p. 575). É nesse sentido que ele complementa e

define que princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90).

Regras, por sua vez, comportam-se de modo distinto e, assim, merecem uma definição diferenciada: “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2008, p. 91); ou seja, trata-se de uma determinação para que se realize exatamente o que a regra exige, sem gradações, no modo “tudo ou nada”². Nessa linha, um conflito entre regras resolve-se apenas de duas maneiras: ou se introduz uma cláusula de exceção ou se declara uma das regras inválida. Como exemplo, uma regra que determina que o limite de velocidade de uma rodovia é 100 km/h não está sujeita à otimização; ou é cumprida em sua totalidade ou não é cumprida.

Toda norma, para Alexy, ou é regra ou é princípio (ALEXY, 2008, p. 91). Entre essas duas espécies normativas há também uma diferença essencial no método de aplicação: regras são aplicadas por meio da subsunção; princípios, por meio da ponderação (ALEXY, 2009b, p. 82). Como regras são mandamentos que permitem, proíbem ou obrigam *definitivamente*, elas contêm um esquema estrutural que possibilita a sua incidência direta na regulação do caso. Princípios, por sua vez, não têm caráter definitivo, mas sim caráter *prima facie* (ALEXY, 2008, p. 105). Isso quer dizer que eles não possuem a *pretensão de definitividade* das regras; antes, princípios são submetidos a uma situação de colisão, em que há a necessidade de promover a sua otimização, para que, então, seja possível extrair um mandamento definitivo para a resolução do caso.

Essa circunstância levou Alexy a efetuar um leve reparo no seu conceito de princípio. Ele passou a aceitar que princípios não são exatamente “mandamentos de otimização”, mas “mandamentos para serem otimizados”; ou seja, os princípios – no momento em que entram em conflito e que são submetidos à ponderação – são, mais precisamente, objeto de otimização³. Sob essa ótica, quando, por exemplo, o direito à honra entra em conflito com a liberdade de expressão, considerando-se ambos como princípios, ambos devem ser *submetidos* à otimização. Esse dever-ser decorre de uma espécie de regra de segundo grau que Alexy chama de “mandamento para otimizar”.

² “All or nothing fashion”. Ver DWORKIN, 1977/1978.

³ Nas palavras do autor: “Principles, therefore, as the subject matter of balancing are not optimization commands but rather commands to be optimized”. Ver ALEXY, 2000, p. 300.

Definidas as distinções conceituais mais elementares e, sobretudo, a diferença estrutural entre regras e princípios, podemos – agora – passar a observar como Robert Alexy teoriza a colisão entre princípios e, o que é mais importante, quais os passos argumentativos que ele propõe para resolver essas colisões.

1.2. Proporcionalidade, ponderação e a “fórmula peso”

Se afirmamos que princípios são normas que devem ser realizadas na maior medida possível, devemos aceitar que esses mesmos princípios possam – em contato com outros – sofrer também restrições. Expliquemos em palavras mais singelas: se o princípio “P₁” é, *prima facie*, aplicado a uma circunstância fática específica, isso pressupõe a existência de um princípio “P₂” que restrinja as possibilidades de “P₁” (ALEXY, 2008, p. 96). É por isso que, na concepção de Alexy, aplicar princípios equivale a apreciar uma relação de tensão entre eles; isto é, aferir em que situações e sob que condições um princípio restringe proporcionalmente o outro.

Mas não existe uma escala de prevalência entre princípios definida *a priori*. Desse modo, o aplicador só pode resolver um conflito entre princípios exatamente em uma circunstância fática específica, que podemos chamar de circunstância “C”⁴. Uma vez alteradas as características fáticas, é possível que se modifique também a relação de prevalência entre os princípios (GUASTINI, 1999, p. 170). Essa tensão atraída pela concretude do caso exige que o intérprete ingresse em um exame de proporcionalidade para conferir a cada princípio o peso *correto*. Nas palavras de Alexy, a demonstrar a importância do conceito de *pretensão de correção* em sua teoria: “a solução correta do conflito de interesses passa pela determinação correta dos pesos relativos dos interesses que se encontram em jogo” (2009b, p. 74).

Essa não é, contudo, uma tarefa fácil. E em virtude disso atribuímos à teoria de Alexy o adjetivo *exigente*. A exigência tem a ver com os passos da proporcionalidade. Note que “a teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios”⁵. Aqui, cabe uma advertência. Ponderação e proporcionalidade não são equivalentes, embora ambas as palavras permeiem o cenário da aplicação de princípios jurídicos. É correto afirmar que princípios são aplicados por meio de

⁴ Alexy fala em relação de precedência concreta ou relativa, utilizando a seguinte representação para as duas possibilidades de decisão nesse processo de colisão: (P₁ P P₂) C; (P₂ P P₁) C. “C” simboliza as condições de precedência entre P₁ e P₂. ALEXY, 2008, p. 97.

⁵ No original em inglês: “Principle theory implies the principle of proportionality and the principle of proportionality implies principle theory”. ALEXY, 2000, p. 297.

ponderação, mas é preciso entender que a ponderação constitui apenas uma parte do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2003, p. 436). Este, por sua vez, divide-se em três etapas: (1) adequação, (2) necessidade e (3) proporcionalidade em sentido estrito.

Os dois primeiros representam o âmbito das possibilidades fáticas (ALEXY, 2009b, p. 83); o último, o das possibilidades jurídicas. O teste de adequação e necessidade é indispensável para que não se proceda a interferências injustificadas em algum princípio. Se o meio “M” é utilizado para realizar o princípio “P₁”, mas – para tanto – não é adequado ou idôneo, a questão se resolve no passo da idoneidade, pois simplesmente não se justifica a eleição do meio. Já na seara da necessidade, trata-se apenas do dever de escolha do meio menos custoso para a realização do princípio “P₁”: de dois meios idôneos, utiliza-se aquele que realize o princípio “P₁” sem restringir “P₂”. No entanto, quando a realização do princípio “P₁” afeta *necessariamente* o princípio “P₂”, isto é, quando já não é possível evitar custos, passa-se ao âmbito das possibilidades jurídicas, ao campo das colisões, ao passo da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2007, pp. 110-111).

Esta é a etapa da ponderação e, portanto, a parte que nos interessa. Aqui tem lugar a lei do sopesamento⁶: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 167). A lei ainda é decomposta em três exigências argumentativas parciais: (1) comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio; (2) comprovação da importância de cumprimento do princípio contrário; (3) comprovação da importância do cumprimento de um princípio a ponto de justificar o prejuízo de outro (ALEXY, 2007, p. 133). Alexy ainda define uma escala triádica para classificar os graus de intervenção e de importância de cada princípio em jogo: os três estágios de intensidade podem ser caracterizados pelos termos “leve”, “médio” e “grave” (2003, p. 440).

A partir dessa construção teórica, vai se descortinando a “fórmula peso”, instrumento que permite identificar *o que está em jogo* na ponderação e, assim, chegar à definição de prevalência condicionada entre os princípios. A aferição da intensidade de interferência (I_i e I_j) de cada princípio é apenas uma das variáveis que compõem a fórmula do peso. Há de se

⁶ Os termos lei da ponderação, lei da colisão ou lei do sopesamento, utilizados indistintamente na doutrina, aqui também representam sinônimos. Cumpre lembrar que a lei do sopesamento constitui, para Alexy, uma regra.

considerar, ainda, mais dois aspectos: o peso abstrato dos princípios⁷ (G_i e G_j) e a segurança das suposições empíricas (S_i e S_j). Com isso, Alexy apresenta a fórmula:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Apenas as variáveis “ G_i ” e “ G_j ” são abstratas; ou seja, relacionam-se na mesma proporção independentemente das particularidades do caso. As demais, por sua vez, apenas se deixam reconhecer diante de circunstâncias concretas. Por isso, não raro a intensidade de intervenção e a segurança das suposições empíricas vêm acopladas a um “ C ”, que corresponde às condições do caso. O resultado da ponderação demonstrará a prevalência de um princípio sobre outro e permitirá que se extraia uma regra (ALEXY, 2010, p. 11) após a colisão: dadas as circunstâncias “ C ”, “ P_i ” prevalece em relação a “ P_j ”, supondo-se inferior o peso concreto de “ P_j ”. Conclui-se, portanto, o processo ponderativo. O caso pode, então, ser subsumido à regra obtida a partir do sopesamento⁸.

Observe-se, em linhas gerais, que *o objetivo da ponderação é a subsunção*. Em outras palavras, como os princípios não oferecem razões definitivas para a solução do caso, eles se submetem a um processo de colisão do qual se extrai – necessariamente – uma regra. Não se subsume a circunstância “ C ” ao princípio em abstrato. Subsume-se a circunstância “ C ” à regra que se origina do processo de ponderação entre os princípios colidentes. Esse aspecto é de essencial importância para que, com base em Alexy, não se pretenda conferir aos princípios a eficácia normativa que eles definitivamente não possuem, já que não contêm as mesmas propriedades das regras.

Além disso, e como derradeira advertência deste capítulo, para que os resultados obtidos não sejam resultados *de oportunidade*, exige-se que, uma vez presente idêntica circunstância “ C ”, a solução seja também idêntica. Trata-se de um dever indispensável de universalização do resultado. Ponderar princípios, ao menos no modelo de Alexy, não significa somente atender a uma exigência de casuística de justiça, mas respeitar ditames de racionalidade argumentativa.

⁷ Ver ALEXY, 2003, p. 440. Alexy admite a possibilidade de que os pesos abstratos dos princípios sejam idênticos, o que tornaria, para a fórmula, o peso abstrato irrelevante. É interessante notar que ele atribui ao direito à vida um peso abstrato maior que o direito às liberdades em geral; contudo, como ele não apresenta maiores justificativas, é possível inferir que se trata de uma hierarquização meramente intuitiva. Não se nega que entre o direito à vida e o direito à liberdade de ação, por exemplo, é possível construir uma fundamentação superficial de que sem a vida não se exerce a liberdade (Ver PULIDO, 2008.); todavia, não há critérios, a não ser os subjetivos e intuitivos, para estabelecer os pesos abstratos de cada princípio.

⁸ Nas palavras de Alexy: “The case can now be subsumed under this rule. This shows that subsumption stands not only at the beginning of balancing but also at the end” (2010, p. 11).

2. OS LIMITES DO MÉTODO E O SEU USO SEM LIMITES

A pretensão deste capítulo é singela. Demonstramos que, de fato, a teoria dos princípios de Robert Alexy, mormente no que concerne aos passos da proporcionalidade (dentre os quais se inclui a ponderação) é deveras exigente. Há uma série de etapas parciais e deveres argumentativos que colocam o aplicador em uma seara complexa. No entanto, a complexidade não a imuniza de debilidades. Pelo contrário, é exatamente em razão da sua engenharia de árduo manuseio que surgem algumas objeções e algumas dificuldades de aplicação.

Nessa perspectiva, este capítulo abre-se em duas frentes. A primeira procura colocar em dúvida a própria capacidade orientadora da ponderação, isto é, busca indagar se a ponderação efetivamente *cumpra o que promete*, se a “fórmula peso” tem algum sentido prático, entre outros apontamentos críticos. A segunda, por sua vez, destina-se a demonstrar – por meio de um exemplo de particular relevância para o cenário político brasileiro – que a ponderação pode se transformar em um artifício retórico travestido de técnica. E esse é, definitivamente, o ponto mais preocupante.

2.1. Sobre os limites da ideia de ponderar princípios

Um dos problemas mais evidentes do método da ponderação é a sua aparência de objetividade. Veja-se: Alexy chega a construir uma fórmula para viabilizar a aferição de proporcionalidade entre os princípios em colisão. E não é só isso. Ele, apesar de afirmar que a ponderação não é capaz de permitir soluções inequívocas (2012, p. 334), entende que – caso sejam conferidos os pesos corretos aos princípios em jogo – o esquema conduz a uma decisão racional e até correta. Mais ainda: ele aponta que “em casos de empate, a ponderação não determina nenhum resultado” (2007, p. 143). Daí a aparência de que, se utilizarmos a técnica, alcançaremos, com alguma certeza matemática, a relação de prevalência entre os princípios.

A matemática está envolvida de modo peculiar, já que, nas palavras do próprio Alexy, “enquanto a fórmula da subsunção segue as regras da lógica, a fórmula do peso representa um mecanismo que segue as regras da aritmética”⁹ (2003, p. 448). Mas se a ponderação segue as regras da aritmética, então ela deve ter algum grau de objetividade; caso contrário, o uso da fórmula matemática não faz qualquer sentido. Nesse ponto,

⁹ No original em inglês: “The Subsumption Formula represents a scheme which works according to the rules of logic; the Weight Formula represents a scheme which works according to the rules of arithmetic”.

compartilhamos do pensamento de Matthias Jestaedt, ao advertir que “a doutrina da ponderação promete um grau de certeza e precisão na aplicação que seguramente não é capaz de cumprir” (2012, p. 163).

As coisas ficam ainda mais difíceis se observarmos que um dos fatores da fórmula é o *peso abstrato* dos princípios. Para Alexy, o peso abstrato independe da situação concreta; e por isso mesmo é abstrato. Para que o intérprete possa considerar a “fórmula peso” como método orientador relevante para a tomada de decisões, pressupõe-se que deva possuir, em mãos, uma lista com a sua particular relação de prevalência entre os princípios¹⁰. Como definir, por exemplo, o peso abstrato do “direito fundamental à saúde” em relação ao da “competência orçamentária do legislador”? Que critérios intersubjetivamente controláveis poderiam ser oferecidos para sustentar uma relação hierárquica dessa espécie? O que dizer da atribuição de pesos abstratos no conflito entre liberdade de expressão e direito à honra? Até que ponto faz sentido preferir um ordenamento que otimize mais a liberdade de expressão que o direito à privacidade (MORESO, 2008, p. 69)?

Em razão dessas objeções e dificuldades, que acabam evidenciando limites à técnica da ponderação, prefere-se aqui ficar com a afirmação do próprio Alexy, após expor as razões pelas quais a ponderação seguiria as regras da aritmética, enquanto a subsunção seguiria as regras da lógica, de que essa distinção não deve ser superestimada. Nas palavras do autor: “as reais premissas da fórmula do peso não são números, mas juízos acerca de graus de interferência, importância de pesos abstratos e graus de confiança” (2003, p. 448). Se isto é assim, a fórmula de peso, *na sua conotação aritmética*, possui ínfima relevância e acaba por obscurecer o problema¹¹.

¹⁰ Alexy rejeita uma ordem hierarquizada de valores e, inclusive, faz uma crítica direta à “tirania dos valores” de Carl Schmitt. Ele não aceita a possibilidade de uma ordenação rígida. Ele defende a ideia de uma ordenação flexível, na qual residiria o sopesamento. Para evitar a rigidez de uma escala hierárquica abstrata, Alexy confia nos resultados obtidos a partir da análise – concreta – das intensidades de realização de cada princípio (2008, p. 162-163). Essa é, porém, uma maneira de ver o problema. É preciso ter em conta que, do mesmo modo que a análise dos graus de importância e intensidade pode limitar o peso abstrato, não se pode ignorar que o peso abstrato (ou seja, a concepção substancial anterior que cada aplicador tem sobre cada princípio) também pode influenciar na própria apreciação concreta dos graus de intervenção e importância. Em outras palavras, mesmo no esquema da ponderação, é possível que, a depender do intérprete, o peso abstrato determine a própria atribuição de graus aos princípios em concreto.

¹¹ Nesse sentido, e por se tratar não de um crítico, mas de um autor que acolhe a ideia de ponderar princípios, é muito importante a realista lição de Alexander Peczenick: “El contenido de la ponderación definitiva no puede ser determinado por un cálculo lógico, ni siquiera cuando el cálculo termina en una regla. La ponderación está afectada por todas las circunstancias relevantes del caso considerado. La lista de estas circunstancias es abierta y su peso relativo depende, en última instancia, de las preferencias y sentimientos personales. La argumentación puede terminar en una regla, pero la regla tiene que ser vaga: no hay certidumbre de antemano con respecto a cuáles actos individuales de ponderación se aplica y cuáles no”. PECZENICK, Alexander, 2000, p. 38.

Além disso, mesmo que ignorássemos a aparente precisão da “fórmula peso”, há um problema com a capacidade orientadora da técnica; ou, pelo menos, ela deve ser manejada com algum ceticismo. Isso porque Alexy justifica a racionalidade do sopesamento intuindo variáveis, números e fatores *a partir* de decisões já existentes e bem fundamentadas. Ele explica em detalhe como funcionou a colisão¹², mas a orientação para casos futuros é bastante limitada. É por isso que o essencial, nesse contexto, não é observar se em casos em que se utilizou a ponderação a decisão fundou-se em juízos racionais, *mas se o uso do sopesamento foi decisivo para isso*.

Nesse sentido, é possível afirmar que a racionalidade da ponderação não depende, pois, da *estrutura* construída por Alexy, mas da *qualidade* dos critérios utilizados na fundamentação. E, para tanto, a ponderação fornece – sobretudo na decomposição da lei do sopesamento¹³ – um importante instrumento para demonstrar *o que deve ser* fundamentado em um caso de manifesta colisão entre direitos fundamentais, especialmente quando inexistente regra aplicável. Porém, a sua possibilidade de orientação parece não ir muito além disto, ou seja, de obrigar o intérprete a se manifestar sobre as intensidades de interferência entre os princípios colidentes.

2.2. Um exemplo sobre o uso *sem limites* da ponderação

O uso da ponderação de princípios já não é novidade na prática judicial brasileira. O Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo e guardião da Constituição, uma vez que se manifesta, na maioria dos seus casos, sobre a concreção e sobre o alcance de princípios constitucionais, não raro recorre ao método da ponderação. Mas também não é raro que o faça de forma *equivocada*. E o equívoco que aqui desejamos demonstrar nem está na *desconsideração* aos limites que expusemos linhas atrás, mas na *completa desconsideração* às exigências argumentativas desenvolvidas por Alexy. Observemos um exemplo importante.

A Lei Complementar n. 135/2010, mais conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, teve a sua constitucionalidade apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Não custa recordar que a referida lei criou novas hipóteses de inelegibilidade, enrijeceu os requisitos para o exercício da capacidade eleitoral passiva, solidificou a promessa de filtragem de candidatos com histórico “ficha suja”. Nasceu, é necessário frisar, da iniciativa popular e, portanto, identifica-

¹² Ver, entre outros, o conflito entre direitos de personalidade e liberdade de radiodifusão. ALEXY, 2008, p. 161.

¹³ O essencial a ser fundamentado é o seguinte: (1) comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio; (2) comprovação da importância de cumprimento do princípio contrário; (3) comprovação da importância do cumprimento de um princípio a ponto de justificar o prejuízo de outro.

se como fruto de um anseio da sociedade por eleições pautadas pela ética e por uma representação política atenta à moralidade e à probidade de que trata a Constituição. Nesse sentido, o julgamento de constitucionalidade/inconstitucionalidade carrega repercussões políticas evidentes.

No entanto, a lei tem seus aspectos controversos e, vale o acréscimo, substancialmente controversos. Um deles é a sua suposta retroatividade, já que as hipóteses de inelegibilidade que entraram em vigor em 2010 passaram a abarcar atos praticados no passado, como a renúncia com o objetivo de escapar de cassação de mandato. Como a legislação, ao dar concretude aos mandamentos constitucionais, prevê hipóteses fundadas na vida pregressa dos candidatos e, como os atos passíveis de inelegibilidade já haviam sido praticados, *escapar da sanção seria impossível*. Essa, em apertada síntese, foi a principal argumentação da defesa.

Um dos casos mais polêmicos é o de Jader Barbalho. Presidente do Senado em 2001, o parlamentar terminou renunciando ao mandato para escapar de um processo – já aberto – de cassação. A norma que define a consequência de inelegibilidade para essa conduta apenas entrou em vigor em 2010 (com a “Lei da Ficha Limpa”) ¹⁴, mas foi considerada *aplicável* às hipóteses ocorridas antes de sua vigência. No exemplo de Barbalho, o então Senador pelo Estado do Pará (em 2001) exerceu sucessivos mandatos parlamentares ¹⁵, sem qualquer restrição legal: a restrição – repise-se – viria apenas em 2010, mas em razão de um ato praticado em 2001 e para o qual não havia *sanção* de inelegibilidade.

Aqui cabe uma pausa metodológica. Não estamos particularmente interessados na eventual (*in*) *correção* da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de aplicação retroativa da referida lei ou, visto sob outra perspectiva, sobre o afastamento do argumento da retroatividade. De fato, por apertada maioria, esse modo de incidência da lei foi

¹⁴ Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, *que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;* (grifei)

¹⁵ A cronologia do “caso Jader Barbalho”, no que se refere aos acontecimentos do ano de 2001, pode ser encontrada na edição eletrônica do Jornal Folha de São Paulo (Folha online), publicada na data de 19/02/2002. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u29317.shtml>. Último acesso em 10.02.2014.

considerado constitucional. Nosso interesse é – de modo bastante breve – perceber de que modo a ponderação de princípios ingressa na fundamentação, de que maneira e para que fins os juízes constitucionais a utilizaram neste caso.

O recurso à ponderação foi deveras expressivo. Vejamos alguns argumentos. (1) Deve-se fazer uma ponderação “entre o princípio da presunção de inocência, um direito individual, que tem incidência nas causas penais, e a moralidade administrativa, direito fundamental político, de interesse coletivo”¹⁶. Mais ponderações: (2) “o princípio constitucional prevalecente é o da proteção ético-jurídica do processo eleitoral, sobrepondo-se o direito da sociedade a uma eleição moralizada”¹⁷. Ainda mais ponderações: (3) o interesse público deve prevalecer diante do interesse exclusivamente individual e privado¹⁸.

O Ministro Joaquim Barbosa deixou as coisas ainda mais claras. Ressaltou que o fato de a Lei Complementar n. 135/2010 ser “fruto da mobilização de um número expressivo de nossos concidadãos (...), já deve constituir um norte interpretativo importante”¹⁹. E arrematou, entendendo ser necessária uma ponderação entre “valores concernentes aos direitos políticos individuais” e os “valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva”, salientando que os primeiros devem ceder diante de um princípio de maior peso, “que é a própria democracia”²⁰.

Note-se que o recurso à ponderação não passa – sequer de modo tangencial – pela consideração ao *exigente* método de Robert Alexy. Não há qualquer aferição de proporcionalidade entre os princípios colidentes. Não há avaliação dos passos parciais. Inexiste menção à “fórmula peso”, à escala triádica e – o que é mais importante – não há a clara obtenção de uma regra que possa ser subsumida ao caso. Ponderar, conforme vimos, é otimizar princípios e extrair uma regra que defina a prevalência concreta entre eles. Essa regra pode ser universalizada porque, dessa maneira, ela se destina a regular as mesmas situações de colisão em casos futuros. Nada disso passa pelo juízo de ponderação efetuado no exemplo analisado. Trata-se, não é demasiado dizer, de uma ponderação *ad hoc*.

¹⁶ Este argumento está contido no parecer do Procurador Geral da República. Ver Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 83.

¹⁷ Este argumento consta no voto da Ministra Carmen Lúcia. Ver Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 90.

¹⁸ Ver Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 140. Trata-se do voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário n. 631.102/PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 27.10.2010, p. 203.

²⁰ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário n. 631.102/PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 27.10.2010, p. 203.

A última ponderação que mencionamos, que consta da argumentação do Ministro Joaquim Barbosa, é ainda mais surpreendente. Isso porque ele termina por colocar na balança a própria democracia. Não se sabe, assim, qual destas alternativas é a pior: ou a democracia tornou-se um princípio ponderável, que colide no mesmo nível dos outros, ou estamos diante de um artifício argumentativo para fazer pesar mais os princípios que *aparecem ao lado* da democracia na balança. A ponderação, nesta hipótese, apenas esconde uma preferência, dá *aparência* de estrutura racional a uma decisão que dessa estrutura independe.

Esse exemplo, ao demonstrar o uso da ponderação sem qualquer limite, nem mesmo o mais mínimo limite estabelecido por Alexy, faz ressurgir com força a principal objeção de Habermas à ideia de sopesar princípios (HABERMAS, 1998, pp. 259-262). Para ele, além de não haver racionalidade na ponderação, ela põe em risco os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais estariam à disposição do arbítrio do aplicador, correndo o risco de sofrer relativizações significativas para a promoção de objetivos coletivos. Talvez fosse exatamente esse modo de argumentar do Supremo Tribunal Federal que Habermas tivesse em mente quando formulou essa objeção.

CONCLUSÃO

Não pretendemos aqui – e de fato não o fizemos – direcionar objeções categóricas ao uso da ponderação de princípios, em sua formulação teórica, na aplicação do Direito. Esse seria um passo demasiadamente largo para as pretensões deste artigo. O objetivo, na verdade, é mais singelo. Descrevemos que ponderar princípios a partir da filosofia de Robert Alexy é uma tarefa complexa. Isso porque ela envolve, antes, a admissão de que o Direito elabora sempre uma *pretensão de correção moral*, isto é, as decisões judiciais devem pretender-se corretas e, para isso, a racionalidade argumentativa tem um papel importante.

É nesse contexto que surge a teoria dos princípios no marco do constitucionalismo democrático. Ela representa um mecanismo destinado a operacionalizar a aplicação de direitos fundamentais, a evitar a tomada de decisões irracionais, a permitir um adequado balanceamento dos interesses *em jogo*. Porém, não se trata apenas de lançar mão de um catálogo de princípios e sopesá-los sem a intermediação de critérios argumentativos. Cuida-se, na verdade, de obedecer aos passos da proporcionalidade, de averiguar *fundamentadamente* a relação de peso entre os princípios, de demonstrar a resolução da situação de conflito e, por fim, de extrair do processo uma regra que *definitivamente* possa adjudicar a controvérsia.

Salientamos que a proposta de Alexy sofre justificadas objeções. E seguramente não mencionamos todas elas. O mais importante, no entanto, é compreender o seguinte: se juízes e tribunais recorrem à ponderação de princípios para solucionar normativamente os casos que apreciam, devem – antes de tudo – assumir o ônus argumentativo desenvolvido por Alexy. Conforme assinalamos na introdução, as normas-princípio não têm a mesma *definitividade* das normas-regra. Há – no nível dos princípios – um excesso de possibilidades, de expectativas sobre a decisão. Por isso argumentar com princípios deve ser uma empreitada muito mais árdua que argumentar com regras. Não fosse assim, decisões jurídicas constituiriam um “mundo” de infindas possibilidades, cuja complexidade seria incapaz de orientar e propiciar qualquer previsibilidade (NEVES, 2013, p. 133).

Disso se segue uma conclusão já evidenciada no decorrer deste trabalho. Se a ponderação não é concebida como um mecanismo *limitado* por exigências argumentativas severas e por critérios intersubjetivamente controláveis, ela se torna um instrumento não apenas insuficiente para fundamentar racionalmente as decisões, mas um instrumento que põe em perigo os direitos fundamentais. E este é o paradoxo: o protagonismo de uma ponderação *sem limites*, sob a justificativa de que se está a efetivar direitos fundamentais caso a caso, conduz – na verdade – ao enfraquecimento desses mesmos direitos, corroendo-se a própria ideia que justificaria o recurso ao método.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Comments & Responses. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. *Conceito e validade do Direito*. Trad. Gercélia B. M. de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009)

_____. *On balancing and subsumption*. A structural comparison. Ratio Juris. Vol. 16. Nº 4. December, 2003.

_____. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, 13, Oxford, 2000.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Two or Three?* In: On the nature of legal principles. Edited by Martin Borowski. Stuttgart: Nomos, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Trad. Willian Rehg. Cambridge, Massachussets: The MIT Press, 1998.

HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Second Edition. New York: Clarendon Press, 1994.

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – Strengths & Weakness. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason*. The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LAPORTA, Francisco. *El Imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

MORESO, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PECZENICK, Alexander. *Derecho y Razón*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy. In: MONTEALEGRE, Eduardo. (Coord.). *La ponderación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.