

O QUE É ISTO - PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS?

Isabela Rebouças Maia¹

Wálber Araújo Carneiro²

RESUMO

O Poder Judiciário e a Administração Pública brasileira com frequência pautam as suas decisões na proporcionalidade, na necessidade, na adequação e, assim, na ponderação de princípios. Utilizados como fundamento para decidir, estes “institutos”, na verdade, não tem passado de mera forma de argumentação e convencimento. Diante do problema latente da corrupção dos poderes e da necessidade de racionalidade nas decisões, surge a grande questão: afinal, o que é ponderação de princípios? Para responder a esta pergunta partimos rumo às raízes teóricas deste “procedimento”, a fim de investigar as suas bases e entender de qual maneira se processa a sua correta utilização.

Palavras-chaves: Ponderação de princípios; Teoria da argumentação; Discrecionabilidade.

ABSTRACT

The Brazilian judiciary and public administration often take their decisions on proportionality, reasonableness, the adequacy and finally, on consideration of principles. Used as a basis for deciding these "institutes", in fact, has gone from mere form of argument and persuasion. Given the latent problem of corruption of power and the need for rationality in decision making, comes the big question: after all, what is weighted principles? To answer this question we set off towards the theoretical roots of this "procedure" in order to investigate their bases and understand which way it handles its correct use.

Keywords: Weighting of principles; Theory of argumentation; Discretion.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil garante no seu art.93, IX, que todas as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas. Esta norma busca prevenir a manipulação das decisões e a corrupção dos magistrados. Assim, na tentativa de garantir a fundamentação dos posicionamentos tomados em juízo, a jurisprudência brasileira começou a utilizar do argumento da ponderação de princípios.

O grande problema, entretanto, reside nos tipos de decisões que começaram a ser proferidas por meio da ponderação e do trinômio proporcionalidade em sentido estrito/necessidade/adequação. No fundo, o que se percebeu é que os juízes começaram (ou continuaram) a julgar conforme a sua própria vontade e não de acordo com o ordenamento jurídico, como realmente deveria ser. Diante das injustiças cometidas em nome da ponderação, surgiu o questionamento: afinal, o que é isto, a ponderação de princípios?

¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS e pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. rm.isabela@gmail.com

² Pós-doutor em Direito pela Unisinos. Professor da graduação Unifacs e UFBA. Orientador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPQ. walber.carneiro@gmail.com

Revelou-se essencial, assim, descobrir as bases da ponderação de princípios, a fim de averiguar qual a real proposta desta “metodologia”. Analisar as raízes da teoria é a única forma para entendermos se aquilo que é aplicado no Brasil é, de fato, ponderação, ou se é apenas uma forma de manipulação de discurso.

Para entender o que é a ponderação, começaremos pela compreensão do que seria um princípio e o que o diferencia da regra. Desta forma, observaremos a força normativa dos princípios e avaliaremos o seu conceito de acordo com o entendimento de diversos autores, tais como Ronald Dworkin (1967).

Uma vez compreendida a questão do princípio, partiremos para a análise da ponderação. Começaremos os nossos estudos através da ponderação de interesses, para, por fim, chegarmos à ponderação de princípios. A seguir, analisaremos a ponderação de princípios proposta por Robert Alexy (2008), especialmente sob o seu aspecto analítico.

Por fim, cumpriu-nos o papel de fazer um levantamento das decisões baseadas na ponderação e realizar, a partir do modelo que é adotado no Brasil, uma análise comparativa com o modelo que foi originalmente proposto por Robert Alexy. Portanto, ao longo deste trabalho, faremos a análise da ponderação e traremos uma visão crítica da forma de fundamentação das decisões pelos tribunais.

2 O CONTEXTO DA PONDERAÇÃO

A crise de eticidade sentida ao final das duas grandes guerras mundiais fez a sociedade questionar a relação entre justiça e direito. Buscou-se, então, elaborar teorias jurídicas que fossem capazes de trazer uma nova compreensão de direito, retomando a racionalidade moral-prática abandonada pelo paradigma da técnica moderna que transformou o direito em uma força de produção. A teoria jurídica, por um lado, impulsionada pelo giro linguístico (Heidegger e Wittgenstein) e fortemente influenciada pela releitura de autores clássicos como Aristóteles, seguiu rumo a uma nova Teoria do Direito. Neste sentido, ela passa (volta) a ser concebido a partir de uma filosofia que ultrapassa os limites cognitivos puros que Kant legou ao positivismo lógico, cujo maior expoente no direito foi Hans Kelsen (2000). Questões que envolvem linguagem, diálogo, valores, conduta e problema voltam a fazer parte da gramática jusfilosófica, especialmente em autores como Theodor Viehweg (1979), Chaim Perelman (2004), Smend (1985), Konrad Hesse (1998), Arthur Kauffmann (2007), Karl Larenz (1997), dentre outros.

Por outro lado, antigas categorias do positivismo lógico, situadas especialmente em torno das teorias da “norma” (estrutura lógica das regras, elementos, classificações, etc.) e do “ordenamento jurídico” (sistema, abertura, fechamento, etc.), fortemente difundidas por autores como Kelsen, Hart (2007) e Norberto Bobbio (1995), ainda rondam a doutrina jurídica e, a partir delas, uma prática jurisprudencial se instaura nos tribunais constitucionais que retroalimentam o trabalho de constitucionalistas e vão conformando um “senso comum teórico” (WARAT, 2004) que, cada vez mais, passa a se distanciar dos novos paradigmas. Neste contexto, torna-se extremamente significativo o correto critério de distinção entre regras e princípios jurídicos, a força normativa destes últimos e a metodologia adequada para aplicação de ambos.

No cenário brasileiro, a Constituição Federal foi a grande responsável por consolidar os princípios dentro do nosso ordenamento. Os princípios jurídicos, os direitos fundamentais, as normas programáticas, foram inovações trazidas pela Carta Magna. Em um momento de consolidação política, onde a democracia era constantemente exaltada, os princípios vieram para sedimentar os novos direitos, de segunda e terceira geração. Assim, o problema dos princípios é recente no país, pois se tornou latente a partir de 88, porém não menos gravoso.

3 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O *juspositivismo*, baseado em uma legalidade estrita, foi duramente criticado no contexto do pós-guerra. As atrocidades cometidas por Hitler foram, em sua grande parte, legitimadas pelo sistema jurídico alemão. Surgiu, então, o questionamento se este modelo jurídico era, realmente, o melhor modelo a ser adotado. Visualizou-se uma forte tensão entre a segurança jurídica e a justiça. Como garantir um direito justo sem abrir mão da segurança? A doutrina partiu, assim, para a busca de novas concepções de direito que fossem capazes de trazer um caráter mais humanista, mais valorativo, mas que, ao mesmo tempo, se preocupassem com a segurança jurídica e garantissem a racionalidade da decisão.

O pós-positivismo, como movimento de reação ao legalismo, abre-se, na realidade, a duas vertentes. Uma delas é desenvolvida por autores que buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, honrando o compromisso maior que o direito tem na justiça. Suas insuficiências seriam resolvidas mediante recurso aos valores que, apesar de circunscritos socialmente, pretendem alcançar uma pretensão universal. Tais iniciativas amparam-se, fundamentalmente, na argumentação capaz de legitimar as posições assumidas pelo intérprete, assim como na idoneidade dos mecanismos que

se fazem necessários. Poderíamos indicar aqui os nomes de Chaim Perelman, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy, ainda que uns assumam uma postura mais analítica (Alexy) do que outros (Dworkin). Em outra banda encontramos os autores que abraçam o pragmatismo, como é o caso de Friedrich Müller, Peter Harbele e Castanheira Neves, cujas teorias fundamentam-se antes na realidade do(s) intérprete(s) e nas suas condições de concretude da norma jurídica, do que numa ordem de valores. (LACOMBE, 2003, p. 135-136)

A Teoria dos Princípios passou por diversas modificações ao longo dos anos. Sua concepção inicial gerava uma grande confusão entre princípio e valor. Depois, surgiu a grande questão, muito trabalhada por Dworkin, da distinção entre regras e princípios. Além disso, os princípios ganharam a chamada “força normativa”, o que gerou a sua ampla aplicação dentro do nosso ordenamento jurídico. Analisaremos, assim, a evolução dos princípios, a fim de entender a sua natureza e aplicação.

3.1 Princípios *versus* Valor

A distinção entre direito e moral, entre princípio e valor, promove uma discussão épica na doutrina jurídica. Ao longo da história tivemos desde a necessária relação entre as questões valorativas com o direito à total cisão entre direito e moral.

A problemática relação entre o direito e os valores morais tradicionais é questão permanente na história da filosofia jurídica. A rigor, desde a filosofia grega até o fim da Idade Média, é inquestionável a relação de dependência do direito em relação à *eticidade* da comunidade. Toda a tradição da filosofia moral e jurídica da Antiguidade e da Idade Média recorre aos valores éticos da comunidade para justificar a legitimidade do direito. Assim, essa tradição adota um conceito forte de *virtude*, necessário para se estabelecer a diferenciação entre os *bons* cidadãos da *polis*, portadores do caráter moral necessário para manter a existência pacífica e gloriosa da vida social, e os *maus* cidadãos, não-virtuosos, cuja simples existência é danosa à vida coletiva. Essa é a mensagem da república platônica: a vida coletiva deve ter como objetivo educar todos os cidadãos para viverem de acordo com as virtudes (temperança, coragem e sabedoria) necessárias para melhor cumprir o valor moral supremo da cidade: a realização da Idéia de Bem. [...]

Nesse contexto, o direito deve refletir os valores éticos compartilhados pela comunidade política, tendo por função garantir a mediação dos conflitos sociais a partir dos valores derivados da ética compartilhada por toda a comunidade política. É necessário garantir a permanência dos laços orgânicos de sustentação da vida comunitária, a partir do compartilhamento dos valores fundamentais por todos os membros do corpo social. Para assegurar a unidade social, torna-se imperativo o uso da coerção para impedir a possibilidade de *dissenso* daqueles que, por qualquer razão, deixam de partilhar os valores da vida ética de sua comunidade. (ALMEIDA, 2010)

O marco inicial do nosso estudo sobre os princípios advém da necessária distinção entre o princípio e o valor. Partimos, assim, da leitura do autor Philipp Heck (1947), mais

especificamente em seu escrito “Interpretação da lei e jurisprudência de interesses”. Heck começa a sua obra propondo uma superação da antiga jurisprudência de conceitos e, conseqüentemente, do positivismo primitivo. Ele começará a tratar do problema que se tornou “órfão” diante da superação das antigas doutrinas: o da interpretação da lei. Durante o desenvolvimento do seu estudo ele irá trazer o conceito de interesse, que é de suma importância para a evolução da heumenética.

Para Heck, o que chamamos interesse são os desejos e aspirações da vida e a jurisprudência de interesses seria a preocupação da decisão judicial em nunca perder de vista este escopo. O autor irá propor a “teoria dos comandos”, conceito a partir do qual começará a traçar as linhas do que seria o que hoje se entende por princípio. Os comandos legais, que se destinariam a resolver os conflitos de interesses, seriam, em verdade, fruto desses interesses. Assim, teríamos a lei como produto do interesse. Em cima disso, surgiu o problema das lacunas da lei e a posição do juiz. Como seriam eles resolvidos? A experiência de vida como forma de determinação dos princípios que assegurariam o valor social da interpretação judicial aparece na tentativa de sanar esses problemas.

A compreensão dos interesses seria a forma de compreender a própria lei. Todavia, o próprio autor é capaz de entender e de admitir a limitação da sua proposta ao afirmar que “a interpretação crítica leva frequentemente à conclusão de que é impossível determinar a ideia de comando ou valoração de interesses, ou de que são possíveis várias explicações, quer equivalentes, quer divergentes, quanto ao grau de verossimilhança.” (HECK, 1947, p. 107)

Para Emílio Betti os princípios seriam valores dos critérios diretivos para interpretação e dos critérios programáticos para o progresso da legislação. Vemos que existe a influência de Heck, que tratava o princípio como norteador das lacunas da lei. Cronologicamente, passamos por Vezio Crisafulli (1952) e o seu entendimento do princípio como forma de justificar resoluções jurídicas, e por Josef Esser (1961), com a concepção de princípios como normas (!) que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Este autor trata, ainda, dos denominados “princípios problemáticos”, como forma de conferir primazia para o momento concreto da aplicação do direito. Neste ponto, começamos a perceber que a noção de princípio se altera, passando de mero auxiliar na interpretação para ser entendido como “norma”.

Robert Alexy trabalha a questão dos princípios e dos valores sob uma perspectiva deontológica e axiológica. Alexy reconhece a semelhança e a convergência que há entre o princípio e o valor. Os princípios constitucionais seriam compreendidos da mesma maneira

que se compreendem os valores. Ambos seriam responsáveis por expressar um sentido normativo, exigindo, assim, critérios para a sua aplicação. A ligação entre os dois teria, ainda, outro viés. Segundo teoriza este autor, ambos são passíveis de colisão e, até, de ponderação, uma vez que a satisfação integral de ambos é inviável.

Todavia, os dois institutos não podem se confundir. Os conceitos práticos poderiam se dividir em conceitos axiológicos, deontológicos e, ainda, os antropológicos. Enquanto os conceitos deontológicos, onde se encaixam os princípios, atuariam no campo de “dever ser”; os conceitos axiológicos, dos valores, estariam pautados no campo daquilo que efetivamente é, do “ser”. Portanto, apesar dos dois conceitos exprimirem normas, tratam-se de normas diferenciadas, que criam regras de comportamento sob esferas diversas.

3.2 A distinção entre regras e princípios

O grande marco para os princípios está no doutrinador Ronald Dworkin, que, em 1967, passa a “revindicar a discussão dos problemas jurídicos ao invés de simplesmente descrevê-los” (OLIVEIRA, 2008, p. 59). As lições do referido autor permanecem vivas até os dias atuais, sendo constantemente repetidas pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Para Dworkin (2005), as regras seriam aplicadas segundo um modelo de “tudo ou nada” (*All or nothing*). Os princípios, de forma distinta das regras, possuiriam uma “dimensão de peso” (*dimension of weight*), que seria plenamente perceptível quando ficássemos diante de uma colisão entre princípios, em que um princípio que tivesse um peso maior seria sobreposto a outro princípio, sem que o de menor peso perdesse a sua validade.³

Dworkin, na defesa dos princípios, foi um duro crítico do modelo proposto por H. L. A Hart (2009). Este, todavia, buscou no pós-escrito de sua obra “O conceito do Direito” defender-se das críticas realizadas por Dworkin, e, assim, acabou abordando a teoria proposta por Dworkin sob uma nova visão, *in verbis*:

³“Dito de outro modo: o problema deixava de ser apenas o da legitimidade (legitimidade política) da criação-constituição do direito, do direito-lei [...], para ser o problema do fundamento-validade constitutiva do direito enquanto direito. Isso tudo implica na afirmação de um direito (jus) distinto da lei (Lex), ou seja, de um direito que se forma a partir de elementos normativos constitutivos diferentes da lei, o que é radicalmente novo desde a formação do direito moderno. Nesse sentido, a afirmação dos conceitos de “direitos fundamentais”, das chamadas “cláusulas gerais”, dos enunciados abertos e, evidentemente, dos “princípios”. Todos estes elementos – que como dissemos passam a ser constitutivos da normatividade- são reconhecidos independentemente da lei ou apesar dela.” (DWORKIN, 2005)

A crítica mais conhecida feita por Dworkin a este livro é, há muito tempo, a de que ele representa erroneamente o direito como constituído apenas por normas do tipo “tudo ou nada”, e que ignora uma espécie diferente de padrão jurídico, isto é, os princípios jurídicos, que representam papel importante e característico no raciocínio jurídico e na decisão judicial. [...] Mas o que, exatamente, me acusam de ignorar? O que são os princípios jurídicos e como diferem das normas jurídicas? Da forma como são empregados pelos doutrinadores, os “princípios” frequentemente incluem um vasto cortejo de considerações teóricas e práticas, das quais apenas algumas são pertinentes para as questões que Dworkin pretendeu suscitar. [...] Creio, entretanto, que todos os críticos que me acusaram de desconsiderar os princípios concordariam em que existem, no mínimo, duas características que os diferenciam das normas. A primeira é uma questão de grau: em relação às normas, os princípios são amplos, gerais ou inespecíficos, no sentido que uma série de normas distintas poderia frequentemente ser apontada como manifestações ou exemplos de um único princípio. A segunda característica é que, por remeterem mais ou menos explicitamente a algum propósito, objetivo, atribuição de direito ou valor, os princípios são considerados, de certo ponto de vista, como algo cuja preservação ou adoção são desejáveis, e, assim, não apenas oferecem uma explicação ou razão para as normas que os exemplificam como também, no mínimo, contribuem para justificá-las. Além dessas duas características relativamente incontroversas – o alcance (generalidade) e a desejabilidade –, que explicam o papel explicativo e justificativo dos princípios em relação às normas, há uma terceira característica distintiva que, pessoalmente, considero uma questão de grau, ao contrário de Dworkin, que a julga crucial. Segundo ele, as normas operam de uma forma tudo ou nada no raciocínio daqueles que as aplicam; isto é, determina conclusivamente, o resultado ou desenlace jurídico do caso. (HART, 2009, p. 334-336)

Esse entendimento trazido por Dworkin é amplamente adotado no Brasil, conforme podemos ver na seguinte decisão:

Não é ocioso relembrar a clássica distinção realizada por filósofos do direito, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, acerca de regras e princípios jurídicos. As regras são, por excelência, normas aplicáveis ao caso concreto. Ou a hipótese subsume-se ao preceito ou não (“*all or nothing*”). Aplicando-se uma regra, as outras com ela conflitantes estarão automaticamente excluídas. Já os princípios, segundo Dworkin, por serem mais abstratos e genéricos que as regras, permeiam todo o ordenamento jurídico. São “mandamentos otimizadores” (*In*. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University, 1997). Para Alexy, os princípios têm efeitos irradiantes, não podendo, portanto, serem desprezados por completo no caso concreto. Não há relação de exclusão, e em caso de choque devem ser considerados todos eles, com graus de aplicação diferenciados, de modo a não aniquilar nenhum (*In*. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997). (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2004)

Percebemos, por meio das decisões acima, que a teoria de Dworkin é uma das mais adotadas na nossa jurisprudência. É possível notar, também, que essa teoria costuma vir em “conjunto” com a teoria de Alexy. Entretanto, entre esses dois autores, temos outras influências que contribuíram para a concepção de princípio, como Claus Wilhelm Canaris e José Canotilho (1977). Para W. Canaris, por exemplo,

Os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para a sua concretização. Os princípios, ao contrário das regras, receberiam o seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação. (CANARIS, 2009)

Para Canotilho, os princípios seriam normas compatíveis com vários graus de concretização, confirme os condicionalismos fáticos e jurídicos, enquanto que as regras imporiam, permitiriam ou proibiriam uma conduta, de forma imperativa, que seria ou não cumprida. Percebemos uma clara influência das lições de Dworkin no pensamento desses dois autores e, temos, também, a própria diferenciação do princípio para a regra como forma de expor o seu próprio conceito.

Chegamos, neste ponto, a análise de um dos doutrinadores de maior influência a cerca da temática: Robert Alexy (2008). Para este autor, os princípios jurídicos consistiriam apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Alexy foi, junto com Dworkin, o grande responsável pela atual concepção que se tem acerca dos princípios e, especialmente, da ponderação de princípios.

O modelo de direito de Alexy identifica na prática do Tribunal Constitucional Federal Alemão quanto aos direitos fundamentais, e que por ele traduzido analiticamente, constitui um modelo não apenas de regras, mas também de princípios. Nesse modelo misto, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, contendo determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível e, estando presentes tais condições, exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam. Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, o que os torna mandamentos de otimização. Desse modo, há entre regras e princípios uma distinção qualitativa, que leva em consideração o distinto caráter *prima facie* de ambos, diferentemente de um critério fraco que considera apenas o grau de concretude semântica dessas normas. O fato dos princípios serem *prima facie* para ação ou noemas, e as regras razões definitivas, não significa que alexy assuma o padrão all or nothing proposto por Dworkin em seus primeiros escritos e em Levando os Direitos a sério. As regras constituem razões definitivas desde que presentes as condições fáticas e jurídicas para a sua aplicação, caso contrário, Alexy admitirá a introdução da cláusula de exceção que se sustenta em princípios e que suspenderá algumas determinações contidas na regra. (CARNEIRO, 2011, p. 163)

Em seu trabalho, Alexy observou as decisões do tribunal alemão e percebeu que não havia um padrão de racionalidade nas decisões que eram pautadas nos princípios jurídicos. Diante disso, ele dedicou seu estudo a elaborar uma técnica que fosse capaz de reduzir a

discrecionalidade do intérprete e conferir um determinado grau de racionalidade ao processo de decisão.

Assim, ele irá formular a “técnica” da ponderação de princípios, que consiste, de forma resumida, em uma fórmula em que se considera o peso de cada princípios diante do caso concreto em que se faz uma ponderação, a fim de descobrir qual princípio deve ser sacrificado. Dentro dessa ponderação, aparecem as máximas da proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade. Todo esse processo é sustentado por uma teoria argumentativa que é proposta pelo autor, a fim de desvelar as reais intenções do intérprete ao definir o peso de cada princípio.

3.3 A força normativa dos princípios

Konrad Hesse foi o grande expoente no que tange a força normativa dos princípios e da Constituição. Porém, o nosso grande ponto de partida para avaliar a questão da normatividade dos princípios, no Brasil, é José Afonso da Silva (2007), em 1967 (mesmo ano em que Dworkin lança suas ideias!). José Afonso vai trazer a noção de princípios, especialmente, no seu livro sobre aplicabilidade das normas constitucionais. O autor vai consolidar a noção da força normativa do princípio, que é por ele entendido como ordenações que se irradiam e emanam o sistema de normas, verdadeiros núcleos de condensação, no qual confluíam valores e bens constitucionais. Ao trabalhar o problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, o autor preleciona:

Não há norma de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições, já dissera Ruy, consoante mostramos em outro lugar. Todo princípio inserto numa Constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático, como a declaração do art. 170 da Constituição [...]. Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, revista ou requerida. (SILVA, 2007, p. 80-82)

O autor, a partir dos seus estudos, busca classificar as normas jurídicas (e, não podemos esquecer, princípio agora é norma!) de acordo com a sua eficácia. A sua divisão consistiu em três grupos principais, as normas de eficácia plena, de eficácia contida e de

eficácia limitada ou reduzida. A nós é de maior relevância o estudo das normas de eficácia limitada e a sua subdivisão em normas programáticas, por que estas “envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social.” (SILVA, 2007, p. 125)

Passado o estudo dos princípios através da ótica de José Afonso, seguimos analisando o problema entre os doutrinadores brasileiros. Perpassamos, ao longo da nossa pesquisa, por Paulo Bonavides (1980), que trata da constitucionalização dos princípios através de duas fases distintas. A primeira seria uma fase programática, em que a normatividade constitucional dos princípios é mínima. A segunda, que seria uma fase não programática, de concreção e objetividade, a normatividade dos princípios é máxima, ocupando um espaço em que se releva de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata.

3.4 A colisão entre princípios

O sistema jurídico, baseado em regras e princípios, permite que haja o embate de regras *versus* regras e princípios *versus* princípios. A colisão entre regras e princípios não é possível, uma vez que os princípios, nos moldes da teoria de Alexy, são caracterizados como mandamentos de otimização, de forma que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Dessa forma, o princípio é norteador da aplicação da regra, orientando qual o caminho que se deve seguir.

A colisão ocorre sempre no caso concreto, ou seja, as normas em abstrato são coniventes, porém, diante de determinada situação fática, elas passam a divergir, permitindo que apenas uma delas seja aplicada. No caso de uma colisão entre regras, por se tratarem de normas dotadas de critérios de hierarquia e passíveis de declaração de ilegalidade, aplica-se apenas uma delas.

A grande questão surge, assim, diante da colisão entre dois ou mais princípios. Conforme já foi trabalhado, não há hierarquia entre os princípios. Ora, como solucionar, assim, o confronto entre eles se não há hierarquia ou a possibilidade de declaração de vício de legalidade na norma? Os princípios, assim, jamais poderão ser considerados como normas absolutas. Pelo seu alto grau de abstração, eles permitem, também, certa flexibilidade, a fim

de permitir a compatibilização entre normas que, diante do caso concreto, mostram-se divergentes.

A solução desta questão se dá através do sopesamento de princípios. Diante da relatividade na aplicação dos princípios, seria possível, diante do caso concreto, verificar qual deles teria maior peso e deveria se sobressair em relação ao outro. Foi concebida, a partir daí, a teoria da ponderação, emergindo a proporcionalidade como uma tentativa de garantir a racionalidade desse procedimento.

4 A PONDERAÇÃO

Os princípios jurídicos passaram por um longo processo de evolução. Não poderia, portanto, ser diferente com a concepção de ponderação. Nem sempre a ponderação foi entendida, necessariamente, como uma ponderação exclusivamente de princípios. Como veremos, existiram a ponderação de interesses, quando da jurisprudência de interesses, e a ponderação de valores.

Faz-se mister a distinção e a análise dos três modelos pela enorme confusão que a jurisprudência, e até mesmo a doutrina, fazem entre as três correntes teóricas. Desde logo, a fim ilustrar a mixagem teórica que é realizada, temos a seguinte decisão:

BLOQUEIO DE VEÍCULO EM EXECUÇÃO TRABALHISTA. DECRETO DE PERDIMENTO DO BEM POR ATO DA RECEITA FEDERAL. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Veículo constrito em ação trabalhista como única possibilidade de garantia de créditos de natureza alimentar, mas apreendido em Posto de Fiscalização da Receita Federal, porque usado pelo original reclamado para prática de ilícito de índole tributário-aduaneiro em região de fronteira, com ulterior decreto de perdimento de propriedade e destinação ao Ministério da Defesa, enseja manutenção do bloqueio. Por serem legais tanto a constrição trabalhista, como a apreensão do veículo em face do exercício do Poder de Polícia do Estado e o ato administrativo de destinação, a situação que se apresenta é o estado de tensão entre princípios de natureza constitucional. **A solução do impasse reside na ponderação de interesses, técnica de composição das tensões entre princípios constitucionais, com a adoção do princípio da proporcionalidade e suas máximas parciais (conformação-adequação de meios, necessidade-exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito ou da justa medida a partir da equação entre meios e fins). Na hipótese, adotada como norte e limite a constelação de valores subjacentes à ordem constitucional, cintilam com maior destaque os princípios da dignidade da pessoa do trabalhador e da solidariedade.** Agravo de petição provido para reformar a sentença que acolheu os embargos de terceiros da União e determinar a manutenção do bloqueio sobre o veículo. (TRT-9 1322200995900 PR 1322-2009-95-9-0-0, Relator: MARLENE T. FEVERKI SUGUIMATSU, Data de Publicação: 19/10/2010)

Fica claro, então, que a jurisprudência considera como sinônimos a ponderação de interesses; a ponderação de valores e, também, a ponderação de princípios. Esta mixagem, todavia, é perigosa para a racionalidade e a seriedade das decisões judiciais, uma vez que cada teoria possui sua própria base de aplicação. Cabe, então, diferenciar estas correntes.

4.1 A ponderação de interesses: a necessária distinção da ponderação de princípios

A ponderação de valores e a ponderação de interesses costumam ser confundidas com a ponderação de princípios. O nosso papel será, portanto, separar e explicar as bases que sustentam estes procedimentos e determinar o significado de cada um deles, a fim de evitar que se incorra no erro de equipará-los.

Cronologicamente nós tivemos, em primeiro lugar, a ponderação de interesses, especialmente com Philipp Heck. Primeiro, portanto, devemos conceituar o que seria interesse. Para Larenz (1997), o conceito de interesse era utilizado, em alguns momentos, como o fator causal da motivação do legislador e, em outros momentos, como objeto de valoração por ele empreendido, ou seja, como critérios de valoração. Porém, para Larenz, as leis seriam “instrumentos de regulação de conflitos de interesses previsíveis e típicos entre particulares ou grupos sociais, de tal modo que um interesse tenha que ceder a outra na exata medida em que este possa prevalecer”. (LARENZ, 1997, p. 163-164)

Castanheira Neves, entretanto, segue uma linha diversa de Larenz. A expressão “interesse” seria capaz de exprimir, no seu sentido mais amplo, todas as “tendências, aspirações e necessidades manifestadas na vida social, tanto de ordem material como de ordem ideal” (NEVES, 1967), caracterizando-se como um conceito neutro por traduzir, ao menos teoricamente, todas as pretensões socialmente relevantes. Haveria, ainda, um outro viés do interesse, eles seriam sempre conflitantes, pois estariam em constante situação de concorrência e oposição. Daí nasceria o conflito de interesses, sujeitos à ponderação, pois a necessidade de arbitramento de interesses conflitantes exigiria do direito uma função de proteção destes mesmos interesses.

Heck irá, de antemão, reconhecer que se tem falhado nas tentativas de estabelecer uma fórmula capaz de garantir o rigor das decisões judiciais. O principal ponto fraco seria, justamente, a questão da diversidade de ideais de vida que existem dentro do mundo e da própria magistratura e, além disso, a incapacidade de superação dos mesmos. Ainda sim, para este autor, seria interesse, *in verbis*:

O escopo da jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades de vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos de jurisprudência de interesses, caracterizando-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração de conceitos. (HECK, 1947, p. 13)

Desde logo, enfatizamos que o conceito de interesse não se confunde, portanto, com o conceito de princípio já abordado. O conflito de interesses é tratado como decorrência natural do próprio conceito de interesse. Este conflito de interesses, segundo Castanheira Neves, “não só importaria genericamente para a elaboração da lei, devia ter-se sempre presente no conteúdo e sentido da sua norma jurídica” (1967, p. 226). A norma jurídica, portanto, é resultado de interesses divergentes.

Caberá ao juiz, da mesma forma que cabe ao legislador, decidir acerca dos conflitos de interesses. O juiz deverá, assim, conceder proteção aos interesses que considerar dignos, recaindo impreterivelmente sobre os conhecimentos pessoais do juiz. O Judiciário deixa de ser mero órgão de execução da lei, como era visto na escola de exegese, e se torna auxiliar do legislador na árdua tarefa de garantir os interesses da comunidade.

Inclusive, vale ressaltar que todos estes doutrinadores já abordavam a insuficiência da subsunção lógica da matéria de fato aos conceitos jurídicos, uma vez que a jurisprudência de interesses está ligada à indagação e valoração da vida. Aqui não há a preocupação excessiva com a racionalidade e imparcialidade do discurso, como na ponderação de princípios. Apesar de existirem critérios metodológicos para a resolução dos conflitos, o ponto fulcral está na resolução do conflito mediante critérios de valoração.

Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso *judicando*, a Jurisprudência de Interesses – embora não quebrassem verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista. E isto em medida tanto maior quanto aconselhou idêntico processo para o preenchimento das lacunas das leis, abrindo desta sorte ao juiz a possibilidade de devolver ao direito não apenas “na fidelidade à lei”, mas em harmonia com as exigências da vida. (LARENS, 1997, p. 69)

A significar, em síntese, que o Direito deixava de compreender-se como um sistema abstracto de normas que se houvesse apenas de teórico-analiticamente conhecer para lógico-dedutivamente (subsuntivamente) aplicar, e passa antes a compreender-se como uma tarefa prática funcionalmente orientada para a vida e a história, e de que a lei seria um simples meio relevante a referir a um contexto de intencionais pressuposições, já sociológicas, já teleológicas, já axiológicas. (NEVES, 1967, p. 219)

A ponderação de valores em muito se assemelha à ponderação de interesse. Na verdade, esta representa uma fase de transição e uma real evolução da noção de interesse. Os valores, como critérios de julgamento, trouxeram diversos questionamentos, uma vez que seguiriam em direção oposta à uma linha racional.

Ora, não há, assim, como se permitir que os nossos tribunais tratem a ponderação de princípios como sinônimo da ponderação de interesses e da ponderação de valores. Tratam-se de correntes teóricas com bases e propostas completamente diversas. Assim, misturar e confundir as doutrinas se resume à, no fundo, não se aplicar teoria nenhuma, decidindo-se conforme as vontades políticas do intérprete à la Kelsen.

5 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PROPOSTA POR ALEXY

Robert Alexy, através das obras *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2008) e *Teoria da Argumentação Jurídica* (2005), consolidou a ponderação de princípios/direitos fundamentais. A ponderação, como veremos a seguir, subdivide-se nos campos da justificação interna e justificação externa. A justificação interna, em poucas linhas, seria a própria ponderação. Já a justificação externa seria responsável, através de uma teoria da argumentação, por sustentar aquela resposta que foi encontrada através de um procedimento racional. Já de antemão é possível percebermos que a principal preocupação de Alexy era propor uma teoria mais analítica, preocupada com a racionalidade do discurso e a validade do procedimento.

5.1 A proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação

A fórmula da ponderação deve respeitar três postulados: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação. Aplicar estes postulados não se resume a apenas citá-los na decisão. Estes são, assim, os três elementos da estrutura analítica da ponderação. Para Alexy, “as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas de sua concretude” (2008, p. 116), enquanto a ponderação em sentido estrito surge “do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas”. (2008, p. 118)

No que tange a adequação, o meio a ser escolhido pelo intérprete, o que já nos deixa claro que o julgador tem um campo de atuação dentro desta teoria, deve ser adequado, capaz de

atingir o fim proposto. No que tange a necessidade, o meio escolhido deve ser, entre dois meios adequados, aquele que intervenha de modo menos intenso, que se mostre necessário.

A proporcionalidade, em sentido estrito, expressa a máxima otimização entre dois princípios colidentes, assim, quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior será a sua importância para a satisfação de outro. Ora, desde logo, já percebemos que nada tem haver coma máxima do bom senso que é aplicada pelos nossos tribunais. O sopesamento, que aqui é visto como sinônimo de proporcionalidade em sentido estrito, perpassa por 3 passos. Em primeiro lugar deve-se avaliar o grau de não satisfação e de não afetação de um dos princípios entre aqueles colidentes. Depois, deve-se avaliar a importância da satisfação do princípio colidente para, por fim, avaliarmos se a importância de satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não satisfação de outro princípio. (CARNEIRO, 2011, p. 208)

5.2. A Teoria da Argumentação

Ao elaborar uma teoria da argumentação, Alexy se propôs a elaborar uma teoria que fosse capaz de cuidar de um discurso prático geral, e não apenas de um discurso jurídico. No tocante a fundamentação das decisões judiciais, o discurso prática geral em conjunto a um discurso jurídico, seriam responsáveis por garantir a racionalidade do discurso e do procedimento.

6 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A partir de todo o arcabouço teórico que foi aqui apresentado, cumpre-nos a tarefa de analisar a jurisprudência pátria da jurisprudência brasileira. Vale ressaltar que a nossa pretensão não é, jamais, apontar erros dos M.M Magistrados ou ofender o seu modo de julgamento. O que se pretende é uma reflexão a cerca da situação dos nosso tribunais, especialmente quanto à falsa sensação de racionalidade que paira sobre o mundo jurídico.

Para analisarmos a utilização dos princípios e da ponderação na jurisprudência pátria, partiremos de um *leading case*, de um caso paradigma, que é capaz de resumir o que ocorre na maior parte das decisões.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade número 3.510, decidiu pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança. A partir

deste julgamento, a pesquisa com célula-tronco foi permitida no país. Em início, vale ressaltar que se tratou de um julgamento que gerou grande expectativa da sociedade brasileira, e contou com o *lobby* de diversos setores, desde os religiosos até o setor médico.

Diante deste caso estaria um claro conflito de princípios e, também, de conceito. Estaria, de um lado, o direito à vida do embrião e, do outro, o direito da dignidade da pessoa humana como direito do indivíduo-pessoa. Como decidir, então, qual deve ser preservado? Ou, melhor, sob qual medida se melhor preservaria os dois princípios?

Em resumo, entendeu-se, por maioria dos votos, que não haveria vida a ser tutelada e, assim, não haveria o sacrifício do direito à vida. Porém, da leitura dos votos percebemos que a ponderação de princípios foi a grande norteadora do julgamento, levando, inclusive, a resposta diametralmente opostas.

A doutrina brasileira, na verdade, não utiliza da ponderação de princípios e, muito menos na Teoria da Argumentação. Não há, em momento algum, a utilização da fórmula de ponderação que foi proposta por Alexy. No fundo, o discurso de ponderação funciona, no Brasil, em oposição aquilo para qual foi criada, apenas para velar o discurso e as reais intenções do intérprete. A decisão já está dada e a ponderação serve, unicamente, para fundamentar e velar a posição política e ideológica.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar a ponderação de princípios por meio da sua teoria originária, a fim de compreender qual era o modelo utilizado pela jurisprudência brasileira. Neste contexto, buscou-se entender, em primeiro lugar, o que seriam os princípios. Começamos, assim, pelo contexto de surgimento dos princípios e percebemos que houve uma mudança de paradigma hermenêutico, especialmente após o fim das grandes guerras mundiais, que geraram uma profunda crise no ideal de justiça e de direito.

Assim, surgem os princípios a fim de conferir um novo caráter ao direito vigente. Através da constatação da força normativa dos princípios, eles se tornam exigíveis. Os princípios, que determinariam que algo fosse realizado na maior medida do possível, foram entendidos como norte de aplicação das regras, como verdadeiros mandatos de otimização.

Diante da diferenciação entre regras e princípios e do mapeamento das teorias responsáveis por diferenciá-las, mostramos que há diferença entre a ponderação de interesses, a ponderação de valores e a ponderação de princípios. A jurisprudência brasileira costuma

tratar estes institutos como sinônimos, como se tivessem exatamente a mesma proposta, o que não ocorre.

Mergulhamos, a partir de então, na ponderação de princípios proposta por Alexy, teoria mais difundida nos tribunais brasileiros. A teoria não se resume, como faz a jurisprudência brasileira, à proporcionalidade, adequação e razoabilidade. Estes postulados não se aplicam apenas pela simples menção a utilização. Não se decide “com base na proporcionalidade, razoabilidade e adequação.”. A proposta é muito mais complexa.

Alexy elaborou uma teoria analítica, que buscou, através de um procedimento válido, garantir um padrão de racionalidade para as decisões judiciais, combatendo a ideia de um juiz solipsista. Apesar de Dworkin já alertar sobre as impossibilidades, especialmente através do juiz Hércules, Alexy defendia que a teoria da argumentação seria suficiente para desvelar as reais intenções do intérprete.

Portanto, resta claro que a jurisprudência brasileira não sabe o que é a ponderação de princípios, porém julga em nome dela com uma frequência inimaginável. Ponderar não é utilizar o bom senso, não é usar a lógica da razoável. Se a pretensão é julgar em nome da ponderação, deve seguir os seus moldes teóricos. No fim, os tribunais brasileiros julgam, apenas, de acordo com a sua consciência. (STRECK, 2011)

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio A. Da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fábio Portela de. **Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia**: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. 4. ed. São Paulo: Revista de Direito GV, 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200007>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANARIS, Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. São Paulo: Almedina, 2009.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

- CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e i suoi principi**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **The Model Of Rules**. Cambridge: Harvard University Press, 1967.
- ESSER, Josef. **Princípio y norma**. Barcelona, 1961.
- HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Porto Alegre: Rés. 1997.
- HART, Hebert. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência de interesse**. São Paulo: Saraiva, 1947.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LACOMBE, Maria Margarida. **Hermenêutica e Argumentação: uma construção ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- NEVES, Castanheira. **Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.
- PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica: nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de imprensa nacional. 1979.