
COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DA PONDERAÇÃO EM ROBERT ALEXY E SUA CONTRIBUIÇÃO NA CONSECUSÃO DA HARMONIA NAS DECISÕES JUDICIAIS

COLLISION BETWEEN PRINCIPLES: A CRITICAL ANALYSIS OF THE WEIGHTING THEORY IN ROBERT ALEXY AND ITS CONTRIBUTION TO THE ACHIEVEMENT OF HARMONY IN JUDICIAL DECISIONS

Rafael Morales de Souza*

RESUMO

A decisão judicial pode seguir inúmeros caminhos, pois é uma atividade que envolve os valores e princípios daquele que julga. Diante da subjetividade de tal atividade, o presente artigo tem como objetivo analisar se a teoria da ponderação proposta por Robert Alexy pode ser um caminho viável para proporcionar maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. Tem como marco teórico os estudos de Robert Alexy, a partir do qual são feitas análises sobre a colisão de direitos e a adoção da proporcionalidade para solucionar essa colisão. Também será realizada breve crítica feita à teoria feita por Jürgen Habermas segundo o qual a ideia de otimização presente na ponderação prejudica a estrutura deontica dos direitos fundamentais, não obstante tal crítica não deslegitimará a instrumentalização proposta por Alexy no sentido de jogar luz às contradições que se apresentam no judiciário. Estabelece-se ainda como a utilização da lógica é instrumento útil capaz de contribuir para a teoria ponderativa, como forma de estabelecer um critério de pensamento na busca pela verdade. Por fim se procederá à análise de julgado do STF quanto a utilização da teoria alexyana para demonstrar suas possibilidades, enquanto instrumento capaz de conferir racionalidade e transparência às decisões judiciais.

331

Palavras-chave: ponderação; decisão judicial; lógica jurídica; conflito de normas; STF.

ABSTRACT

The judicial decision can follow several paths, as it is an activity that involves the values and principles of the one who judges. Given the subjectivity of such activity, this article aims to analyze whether the balancing theory proposed by Robert Alexy can be a viable way to provide greater legal certainty and predictability of court decisions. Its theoretical framework is the studies of Robert Alexy, from which analyzes are made on the collision of rights and the adoption of proportionality to resolve this collision. A brief criticism will also be made of the theory made by Jürgen Habermas, according to which the idea of optimization present in the weighting undermines the deontic structure of fundamental rights, although such criticism will not delegitimize the instrumentalization proposed by Alexy in the sense of shedding light on the contradictions that arise present in court. It also establishes how the use of logic is a useful instrument capable of contributing to the ponderative theory, as a way of establishing a criterion

* Bacharel em Direito, Mestrando em Direito Administrativo pela PUCSP, Empregado Público na Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - morales010306@gmail.com - [ORCID://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-2624-8544](https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-2624-8544)



of thought in the search for truth. Finally, an analysis of the STF judgment will be carried out regarding the use of the Alexyana theory to demonstrate its possibilities, as an instrument capable of conferring rationality and transparency to judicial decisions.

Keywords: weighting, judicial decision, legal logic, conflict of rules, STF.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A TEORIA DA PONDERAÇÃO EM ROBERT ALEXY. 3 CRÍTICAS À TEORIA DA PONDERAÇÃO. 4 A LÓGICA DEÔNTICO-JURÍDICA E SEU PAPEL NA TEORIA ALEXYANA. 5 UMA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS: A SUBSTITUIÇÃO TEMPORÁRIA DA PRESIDÊNCIA DECIDIDA POR PONDERAÇÃO. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, constantemente há decisões judiciais conflitantes por parte do Poder Judiciário, o que gera incerteza e insegurança jurídica quanto aos resultados das sentenças. Isso ocorre principalmente em casos em que os posicionamentos doutrinários divergem, e cabe a cada operador analisar e retirar o conceito que melhor lhe ocorre dos julgamentos de casos onde não se encontra regra, ou ainda, quando mais de uma regra os disciplina, o que Dworkin denominará de *Hard Cases*¹. A problemática que envolve o tema reside justamente no fato de que, em alguns casos concretos, o julgador se depara com uma colisão de princípios constitucionais, dificultando a elaboração de uma argumentação jurídica que justifique a decisão judicial a ser proferida, tendo em vista que não há hierarquia entre essa espécie normativa.

A tese aqui apresentada tentará discutir as possibilidades para minorar tanto quanto possível as disparidades encontradas no cerne das decisões judiciais de forma a dar estas um arcabouço validamente coerente, com vistas a afastar a subjetividade recorrente nas situações em que se apresentam os casos difíceis. Para tanto a base proposta partirá da análise da teoria da ponderação apresentada por Robert Alexy em sua obra seminal².

¹ Na obra: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, o autor proporrá uma discussão para identificar os casos concretos de difícil solução, que basicamente se dá por três motivos: 1. Porque nenhuma regra apresenta solução para o caso; 2. porque o intérprete se depara com normas de caráter aberto, as quais precisam ser preenchidas de conteúdo em razão de sua imprecisão de sentido imediato e requerem um maior esforço interpretativo por parte do juiz; 3. pelo fato de serem aplicáveis a esses casos, ao mesmo tempo, vários princípios.

² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.



Em termos resumidos Alexy utilizou o princípio da proporcionalidade como base de sua teoria. De fato a harmonia entre os direitos fundamentais só pode ser alcançada através da aplicação da proporcionalidade, uma vez que o intérprete se depara com uma constituição que representa um conjunto axiológico plural, cujos princípios entram em embates a todo instante. O melhor caminho encontrado pelo direito para solucionar estes confrontos é a utilização da proporcionalidade. Para Alexy este princípio se subdivide em outros três subprincípios, quais sejam: o princípio da necessidade, segundo o qual que entre dois meios igualmente adequados, seja escolhido aquele menos prejudicial; o princípio da adequação onde verifica-se quando uma posição pode ser melhorada sem prejuízo de outra e por fim o princípio da proporcionalidade em sentido estrito que preocupa-se, verdadeiramente, com a ponderação. Tal proposta permitirá a determinadas conclusões acerca da teoria decisória, de forma a torná-la o quanto mais pacífica no meio jurídico.

Nota-se, no entanto, que tal teoria sofreu forte crítica de Jürgen Habermas, que acusa as propostas teóricas de Alexy – entre elas, a ponderação – de irracionalidade. Sustenta que ao adaptar valores sob a forma de princípios jurídicos e assim realizá-los, o Tribunal Constitucional da Alemanha, utilizado como exemplo para refutar a teoria alexyana, estaria se transformando numa instância autoritária, pois, quando os princípios colidem, todas as razões podem ser utilizadas como argumentos e persecução de fins, o que leva ao enfraquecimento da compreensão deontológica de normas – entre elas, os princípios. Assim, a obrigatoriedade fica preterida em nome das possibilidades de otimização.³A carência de racionalidade na ponderação, para Habermas, é a consequência de uma construção problemática que tenta entrelaçar princípios a valores, especialmente a posição que é exposta pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em suas decisões. O autor afirma que a constituição alemã, ao invés de ser interpretada como um sistema de regras estruturado através de princípios, é compreendida nos moldes de uma “ordem concreta de valores”.

Na tentativa ao propósito de combater à crítica de Habermas, a melhor resposta a ser adotada é aquela que demonstra que a ponderação pode ser empregada de forma racional. Propõe então determinadas leis, pelas quais poderá conferir mais objetividade à teoria apresentada. A primeira é aquela segundo a qual *“Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do*

³ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 321.



outro”⁴, que trata da regra de sopesamento entre princípios. Também a “*regra de precedência condicionada*”⁵, as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência segundo a qual ao se deparar com um caso difícil em que é necessária ponderação⁶, faz o sopesamento, dessa atividade extrai-se uma regra que poderá ser usada em casos semelhantes. Por fim, em resposta a críticas recebidas após a publicação de sua obra⁷, viu-se na iminência de escrever um posfácio⁸ à esta, determinando ainda mais uma lei, e nesse sentido quando não se tem certeza absoluta da decisão a tomar, quando se há dúvida, o direito deve decidir. Quanto mais certeza houver sobre as premissas que justificam uma intervenção, mais ela está justificada e vice versa, segundo o próprio Alexy “*quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção*”⁹. Tais leis permitirão por fim empenhar-se na elaboração da “*fórmula da ponderação*” também chamada de “*fórmula peso*” cuja função é descrever a solução de colisões entre princípios, que será brevemente exposta neste texto.

Também trazem-se à vista dois julgados do STF para demonstrar como a teoria da ponderação se faz presente nas decisões judiciais no Brasil para, no fim, concluir que, na medida de certas limitações ou críticas, caso seja aplicado da maneira correta e nos casos realmente necessários, ela pode ser um instrumento eficaz, não para extinguir totalmente a subjetividade nas decisões, mas para promover julgamentos mais racionais e transparentes. As decisões conflitantes e obscuras do judiciário são um obstáculo para os próprios juízes, para a atividade advocatícia, para as partes do processo e para toda a sociedade, os quais ficam sempre inseguros quanto ao resultado do processo. Portanto, investigar um caminho que possibilite que as decisões judiciais se tornem mais claras e racionais é de extrema relevância na atualidade.

334

⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 167.

⁵ Um ótimo exemplo de elaboração doutrinária sobre essa regra é a proposta de Humberto Ávila sobre a vinculação da jurisprudência tributária tendo em vista o peso da confiança legítima. O ínclito tributarista propõe várias diretrizes, por ele chamadas de “*critérios heurísticos*”, assim assevera que: a) quanto maiores forem a vinculatividade e a pretensão de permanência da decisão, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada pelo contribuinte; b) quanto maior a finalidade orientadora da decisão, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada pelo contribuinte; c) quanto maior for a inserção da decisão em uma cadeia de decisões uniformes, tanto maior deve ser a protetividade da confiança depositada pelo contribuinte; d) quanto maior for a capacidade de generalização da decisão, tanto maior deve ser a protetividade nela depositada pelo contribuinte. In: ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 498-503.

⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008., p. 99.

⁷ Trata-se da já citada obra de Robert Alexy “*Teoria dos direitos fundamentais*”, publicada inicialmente em 1985.

⁸ O posfácio foi inicialmente publicado em livro autônomo em 2002. Na edição da tradução brasileira utilizada neste artigo, é parte integrante deste.

⁹ Idem, p. 617.



2 A TEORIA DA PONDERAÇÃO EM ROBERT ALEXY

A premissa inicial para uma determinação da teoria da ponderação alexyana, parte do pressuposto da necessidade de que os conflitos reais podem ser decididos por meio de força física ou poder econômico. Esses conflitos envolvem a luta por bens ou posições sociais, disputados pelo valor ou interesse que eles representam. Qualquer bem ou posição possui um valor determinado pelas vantagens que ele proporciona a seu detentor (vantagens estas que não são apenas de ordem econômica, a dimensão que acaba por permitir a atribuição de valor de troca ao bem ou posição). No âmbito da ciência do direito, tanto os autores (pesquisadores) quanto os atores jurisdicionais (em especial, os juízes) partem do pressuposto de que um conflito real deve ser entendido, na arena do discurso, não mais como um conflito¹⁰, mas como uma discussão que envolve valores e interesses contrapostos. Além disso, a discussão é transformada em uma colisão de princípios normativos, que é a forma como, dentro do direito, se compreende a discussão para o fim de resolvê-la por meio de uma decisão. Nesse sentido é que, estabelecendo-se um conflito, este deva ser decidido pelo Estado, o que denominamos Estado-Juiz. O fator determinante da resolução do conflito é a identificação de que uma das partes possui um título que justifique vencer a disputa. Esse título são as posições jurídicas denominadas direitos subjetivos, a que o titular detém o direito de requerer junto ao estado, é uma posição jurídica. Mais que um direito subjetivo de quem tem uma posição jurídica a exigir do Estado, importará trazer à discussão aqueles direitos que não são submetidos, *prima facie*, à outorga da decisão judiciária como efeito imediato da subsunção de regras. De fato, com o advento do neoconstitucionalismo¹¹ e da teoria dos direitos fundamentais, mais importante que a discussão sobre uma das partes ser titular ou não de um direito subjetivo, importa identificar

335

¹⁰ Ressalte-se que no âmbito do Estado de Direito, a resolução de conflito com emprego de força física pelas partes é ilícito, pois o monopólio da força física é atribuído ao Estado como um de seus elementos essenciais. Daí a impossibilidade jurídica de qualquer uma das partes, em regra, usar de sua condição física (ou econômica, ou social, ou política) superior para manter um bem ou posição – ou tomá-lo da outra parte. Eis porque o Estado-juiz transforma o conflito em uma discussão: pois as partes, dentro do Estado, só podem argumentar a legitimidade de sua situação a partir de valores sociais vigentes e justificá-la a partir de normas jurídicas positivadas.

¹¹ O Neoconstitucionalismo trata de um movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma nova abordagem do papel da constituição no sistema jurídico, movimento este que surgiu a partir da segunda metade do século XX. Visa refundar o direito constitucional com base em novas premissas como a difusão e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição, objetivando a transformação de um estado legal em estado constitucional. Para um estudo mais detalhado do tema, consultar: MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>.



se ela é titular de um direito fundamental, e em medida maior que o direito fundamental de que a contraparte seja titular. Visam à proteção de certos atributos de seu titular, em geral relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que só podem ser limitados pela incidência de outro direito fundamental.

Há que se considerar então que havendo disputa que envolve direitos fundamentais contrapostos, que seja feita uma análise capaz de determinar a justa decisão. Será pela ponderação que Robert Alexy, na douda obra epigrafada, tentará indicar na medida do quanto for possível como esses direitos poderão ser implementados. Essa teoria, baseada em estudos dos julgados do Tribunal Federal Constitucional Alemão, tem sido base para a compreensão de conflitos entre direitos fundamentais em inúmeros países, seja pelos pesquisadores, seja pelos juízes dos tribunais constitucionais, seja pelos juízes de tribunais internacionais.

2.1 A ponderação como elemento da proporcionalidade

Em introito já falamos dos subprincípios na teoria da ponderação de Alexy: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹². A ponderação é um método representado pela aplicação de um dos elementos parciais da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito. Para chegar nela, contudo, é imperioso percorrer o caminho dos outros elementos da proporcionalidade – adequação e necessidade.

Na adequação, exige-se aptidão do meio escolhido para promover um determinado fim. Acompanhando as decisões dos tribunais alemães, muitos autores conferem à adequação o sentido de aptidão para “realizar” um fim. Essa, porém, não é a melhor interpretação que se faz do Tribunal Constitucional alemão, pois este defende que adequado é o meio que “fomenta”, “promove” o fim e não, aquele que o realiza¹³. Será inadequado, portanto, aquele que não servir à promoção do fim perseguido pelo princípio.

Se na adequação a análise se faz com observância apenas do meio escolhido, na necessidade, deve-se realizar um juízo comparativo. Este elemento da proporcionalidade exige que, quando o meio escolhido restringe outro direito fundamental, sejam buscados meios alternativos que não atinjam este outro direito fundamental.

¹² Para um o exame mais aprofundado do tema, consultar: CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2009; BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales. 3. ed. Madrid, 2007.

¹³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. pp. 36-37.



Um dos mais importantes princípios consagrados pelo pós-positivismo foi o princípio da proporcionalidade, pois exerce papel imprescindível na proteção dos direitos fundamentais. A harmonia entre os direitos fundamentais só pode ser alcançada através da aplicação da proporcionalidade, uma vez que o intérprete se depara com uma constituição que representa um conjunto axiológico plural, cujos princípios entram em embates a todo instante. O melhor caminho encontrado pelo direito para solucionar estes confrontos é a utilização da proporcionalidade, que entende-se, primordial para a harmonização das decisões. Paulo Bonavides relaciona seu surgimento com a modificação da ideia de Estado de Direito. Primeiramente, no apogeu do direito positivo, o Estado de Direito era entendido sob a ótica do princípio da legalidade, o qual, após a segunda guerra mundial, cedeu lugar ao princípio da constitucionalidade, que “deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica”¹⁴. Como os direitos fundamentais estruturam-se eminentemente sob a forma de princípios e estes são, para Robert Alexy, mandados (ou mandamentos) de otimização, sua aplicação exige um novo modelo – a proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade é uma dedução da aceitação dos direitos fundamentais como princípios, ou seja, é uma consequência lógica incontornável. Partindo de sua definição de princípios como mandados de otimização, isto é, normas que determinam que algo deve ser efetuado no maior alcance possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, chega-se inevitavelmente à proporcionalidade. De sorte Willis Guerra Filho vislumbra na proporcionalidade a norma fundamental da ordem jurídica, já que ela permite a convivência de princípios divergentes e viabiliza sua aplicação sempre observando a situação fática. Além disso, a proporcionalidade é capaz de atender à necessidade de validação não apenas “de cima para baixo”, mas também “de baixo para cima”, na medida em que a proporcionalidade pode dar “um salto hierárquico”, ao sair do ponto alto da pirâmide em direção a sua base, onde irá validar normas individuais resultantes de decisões de conflitos concretos.¹⁵

2.2 A teoria de Alexy para solução da colisão entre princípios

Uma vez que a medida foi considerada eficaz e necessária para se atingir o fim almejado, passa-se à fase mais complexa da proporcionalidade, que é a proporcionalidade em sentido

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 398.

¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. Revista Jurídica da Universidade de Franca, v. 3, n. 4, 2000. p. 202.



estrito. Utiliza-se nesta fase o balanceamento, ou a ponderação, que serve para excluir uma interferência intensa em um princípio de forma desnecessária.

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

Conforme destaca Pereira¹⁶, a expressão ponderação se refere à atividade hermenêutica pela qual se realiza um sopesamento de valores, quando os bens e interesses juridicamente protegidos “se mostram inconciliáveis no caso concreto, visando determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada”. São raros os casos em que uma lei é considerada inconstitucional por não haver adequação, motivo pelo qual esse princípio tem pouca relevância.

A ponderação envolve o reconhecimento dos princípios ou direitos que estão colidindo e a imputação de valor a cada um deles, a fim de se analisar qual terá precedência relativa em relação ao outro, naquele caso concreto. Para isso, deve-se sempre observar a Lei da Ponderação que diz que: quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância de se satisfazer o outro.¹⁷

Para estabelecer o peso dos bens conflitantes é necessário passar por três estágios. O primeiro define o grau de interferência nos princípios colidentes; o segundo estabelece a relevância do cumprimento do princípio contraposto; e o terceiro analisa se a interferência no princípio restringido justifica-se, diante da importância do princípio vencedor.¹⁸Essa intensidade de interferência e o peso dos princípios só podem ser avaliados no caso concreto, quando os princípios se colidem, pois, em abstrato todos os princípios são de igual hierarquia e importância.

338

¹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 220.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 167.

¹⁸ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: IBDC, v. 14, n. 54, jan./mar. 2006. p. 88.



2.3 A Fórmula de Peso

Conforme a lei de colisão proposta por Alexy, sob circunstâncias determinadas, um princípio específico precede outro e suas consequências são aplicadas. No entanto, a lei de colisão, por si só, ao formular um enunciado de preferência, não garante racionalidade à ponderação. Com efeito, este seria um modelo de mera decisão, entregue exclusivamente a concepções subjetivas. A este modelo, Alexy pretende opor um modelo de fundamentação, que asseguraria sua segurança, ou seja, sua racionalidade. O autor explica que ambos os modelos, de decisão e de fundamentação, levam à criação de um enunciado de preferência condicionado¹⁹. A diferença é que o modelo puro de decisão não é racionalmente controlável, enquanto que o outro pode ser fundamentado racionalmente. Para Alexy, este é o caminho que possibilita a racionalidade de uma ponderação de princípios. O propósito de racionalidade, aliás, relaciona a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy a sua Teoria da Argumentação Jurídica, uma vez que esta busca fundamentar racionalmente as decisões jurídicas, principalmente, as valorações que são feitas²⁰. Para tanto, o jurista desenvolve um conjunto de regras da argumentação aptas à racionalização das decisões jurídicas. A ponderação, como técnica específica, também deve seguir algumas regras que lhe conferem racionalidade

339

Com a finalidade de expor em detalhes a racionalidade da ponderação, Alexy empenhou-se na elaboração da “fórmula da ponderação”, também chamada de “fórmula peso”, cuja função é descrever a solução de colisões entre princípios. Parte-se então para resumidamente expor a sistemática proposta por Alexy.

O primeiro passo a ser dado é definir o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio e, em seguida, a importância do cumprimento do outro. Este modelo é contemplado com a utilização de pelo menos dois graus, um leve e um grave. Alexy sugere, porém, a utilização de uma “escalação triádica”, que oferece os graus “leve”, “médio” e “grave”, aos quais nos reportaremos como grau “l”, “m” ou “g”, respectivamente. Tais graus são utilizados para descrever a intensidade da atuação do intérprete em um princípio, seja para expor a intervenção ou a importância de realização. Aqui, o termo “intervenção” serve tanto para os princípios que exigem uma ação positiva, quanto para os princípios que exigem uma omissão. Isto é, um princípio que prescreve uma ação positiva sofre uma intervenção quando a ação não

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 164-165.

²⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 38-40.



é cumprida integralmente, por outro lado, um princípio que exige uma omissão sofre uma intervenção quando a omissão não é completa, mas, parcial.²¹

Diante disso, pode-se chamar de “IPi” a intensidade da intervenção num princípio “Pi”. A intervenção é necessariamente avaliada de forma concreta e por isso é bom explicitar a concretude agregando a IPi as circunstâncias do caso concreto em que Pi tem preferência sobre outro princípio. Essas circunstâncias foram representadas, ao abordar a lei de colisão, por “C”. Assim, a intensidade da intervenção num princípio esclarece melhor seus três aspectos se representada por “IPiC”.

Por concreta, a intervenção se distingue do peso abstrato que tem Pi, o qual será representado por “GPiA”. O peso abstrato de um princípio é o peso que possui relativamente a outros princípios, independentemente de confrontos concretos. Desde já, é bom deixar claro que o peso abstrato não é a única responsável pela solução de um conflito concreto, afinal, caso isso fosse imaginado, o que foi dito até agora sobre o pensamento de Alexy entraria em contradição. Alexy entende que muitos princípios não têm pesos abstratos perceptivelmente diferentes, entretanto, alguns são visivelmente diferentes, como a superioridade do direito à vida em relação à liberdade de atuação, como a liberdade de profissão.²²

340

O passo seguinte é a avaliação da importância do cumprimento do outro princípio, “Pj”, que se constrói a partir da análise da intervenção em Pi. É que deve ser questionado quão prejudicial seria para Pj, se Pi não sofresse uma intervenção, ou, nas palavras de Alexy, “a importância concreta de Pj é calculada segundo isto: quão intensivamente a não-intervenção em Pi intervém em Pj”. Isto é, faz-se um exame com base numa suposição, que corresponde à “intensidade de uma intervenção hipotética por não intervenção”²³. Alexy representa esta importância do cumprimento através da notação “IPjC”, cujos aspectos I e C são análogos aos da variável IPiC. Assim, são estas duas variáveis que servirão como objeto da avaliação dos graus l, m ou g. O passo seguinte será correlacionar estas avaliações. Terá preferência aquele princípio cujo grau for mais forte, sabendo-se que g é maior que m, que, por sua vez, é maior que l.²⁴

Esta análise pode também ser feita através de representação numérica, adotando valores, ao invés de l, m e g. Alexy sugere a utilização de 1, 2 e 4, com os quais é possível ilustrar o

²¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 138.

²² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 138-139.

²³ *Idem*, p. 141.

²⁴ *Idem*, p. 143.



peso de P_i em relação a P_j , portanto, um peso concreto chamado de “ $G_{i,j}$ ”. Este peso concreto $G_{i,j}$ é o resultado da divisão dos valores que representam o a intensidade de intervenção IP_iC e a intensidade do não cumprimento IP_jC ²⁵. A montagem da fórmula é a seguinte:

$$G_{i,j} = \frac{IP_iC}{IP_jC}$$

Nota-se que o peso concreto de P_i será maior quando o resultado da divisão for maior que 1, como ocorre, por exemplo, quando os pesos de IP_iC e IP_jC são 4 e 2 respectivamente. Por outro lado, o peso concreto de P_j será maior quando o resultado da divisão for menor que 1, o que ocorre, por exemplo, quando os pesos são 1 e 4.

Esta é a base de uma fórmula mais ampla que é designada como fórmula da ponderação ou fórmula peso, na qual se encontram, além das intensidades de intervenção, os pesos abstratos dos princípios colidentes e os graus de segurança das suposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios.²⁶

341

Como foi dito, quando os pesos abstratos são iguais, eles não devem ser considerados, porque sua igualdade não interfere na decisão final. O mesmo vale para as outras duas variáveis. A terceira variável – grau de segurança das suposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios – corresponde à possibilidade de certeza referente às hipóteses teórico-empíricas proferidas pelo tribunal acerca da realização de cada princípio. Esta variável tem a função de esclarecer qual o grau de confiabilidade que possuem as suposições que o tribunal faz para determinar a intensidade de intervenção de um princípio quando entra em colisão com outro. Pode ser, por isso, representada por “ SP_iC ” e “ SP_jC ”. A ela também podem ser relacionados os valores numéricos 1, 2 e 4, correspondentes respectivamente ao grau “não-evidentemente falso”, “plausível” e “certo”.²⁷

Assim, as três variáveis de cada princípio devem ser multiplicadas e, em seguida, divididas pelo resultado da multiplicação das três variáveis do princípio oposto, como se compreende na fórmula abaixo:

²⁵ Idem, p. 145.

²⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 146.

²⁷ Idem, p. 150.



IPiC . GPi A. SPiC

$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot G_j}{G_i + G_j}$

IPjC . GPj A. SPjC

A mesma fórmula vale para os casos em que mais de dois princípios colidem, adicionando-se apenas as três variáveis referentes a cada princípio isolado.²⁸

3 CRÍTICAS À TEORIA DA PONDERAÇÃO

3.1 A crítica Habermasiana

Diversas críticas²⁹ foram formuladas à teoria da ponderação alexyana, as objeções frequentemente apontadas são as de que: a ponderação possui elevado subjetivismo e gera a quebra do princípio da separação dos Poderes Legislativo e Judiciário, prejudicando a segurança jurídica e um padrão nas decisões³⁰. Além disso, as críticas se voltam para a fórmula do peso, que é considerada por muitos uma lógica matemática que não se aplica ao Direito. A utilização de um artifício matemático certamente não é recebida pacificamente pela teoria do direito, mas é necessário esclarecer que Alexy utiliza a fórmula para ilustrar a estrutura da ponderação praticada no Tribunal Constitucional da Alemanha, ou seja, “um modelo para reconstrução racional do ‘balanceamento’ de princípios jurídicos em colisão”, como anota Luis Fernando Schuartz³¹. Assinala ainda que o raciocínio econômico que sustentava a teoria de Alexy foi superado pelas concepções atuais, ditas neoclássicas, pois os agentes econômicos no capitalismo nem conseguem maximizar as decisões, nem devem tentar fazê-lo. O reconhecimento da economia como um ambiente complexo e de elevada incerteza entende como racional aqueles comportamentos que adotam “rotinas estratégicas e padrões de comportamento relativamente estáveis”, que não se confundem com comportamentos

342

²⁸ Idem, p.152.

²⁹ Para um panorama das críticas, vide: CAMPOS, Ricardo. (org.). *Crítica da ponderação*. São Paulo: Saraiva, 2016. As duas principais críticas são a suposta irracionalidade e o caráter antidemocrático. Ambas são enfrentadas por ALEXY, Robert. *Ponderação, revisão constitucional e representação*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, p. 15-27, jan./fev. 2012; *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 105-116.

³⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

³¹ SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 218.



conservadores. Assim, escreve o autor, “a univocidade da solução ótima cede passo à multiplicidade e heterogeneidade das soluções subótimas ou (...) ‘satisfatórias’”.³²

A despeito das críticas ilustradas a que nos parece mais contundente, dada a centralidade do autor na teoria do direito, é a de Jurgen Habermas. De fato, a carência de racionalidade na ponderação, para Habermas, é a consequência de uma construção problemática que tenta entrelaçar princípios a valores, especialmente a posição que é exposta pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em suas decisões. O autor afirma que a constituição alemã, ao invés de ser interpretada como um sistema de regras estruturado através de princípios, é compreendida nos moldes de uma “ordem concreta de valores”³³. Defende que normas se distinguem de valores, porque estas obrigam indistintamente seus destinatários, enquanto aquelas são preferências compartilhadas intersubjetivamente, que podem ser realizadas através de uma conduta direcionada a um fim. As normas devem ser compreendidas como igualmente boas para todos, os valores, por outro lado, têm seu sentido adotado por certos âmbitos ou grupos. Além disso, ao passo em que normas não podem se contradizer, pois, para serem válidas, devem estar contidas num setor coerente (o sistema), os valores podem concorrer entre si e convivem com diversas tensões.

343

Com o apoio dessa conceituação, Habermas sustenta que ao adaptar valores sob a forma de princípios jurídicos e assim realizá-los, o Tribunal Constitucional, estaria se transformando numa instância autoritária, pois, quando os princípios colidem, todas as razões podem ser utilizadas como argumentos e persecução de fins, o que leva ao enfraquecimento da compreensão deontológica de normas – entre elas, os princípios. Assim, a obrigatoriedade fica preterida em nome das possibilidades de otimização³⁴.

A crítica ao tribunal inevitavelmente atinge o processo de realização destes princípios/valores, a ponderação, cujo discurso Habermas entende ser “frouxo”³⁵. Uma vez que a aplicação de princípios fica entregue a todos os tipos de argumentos, a ponderação seria um método que não admite controle racional, o que gera, inclusive, a crítica da transformação em um tribunal autoritário.

³² Idem, p.200-201.

³³ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 315.

³⁴ Idem, p. 321.

³⁵ Idem, p. 315.



3.2 A resposta de Robert Alexy

Alexy não ficou inerte à crítica formulada por Habermas. Para ele, a melhor resposta a ser adotada é aquela que demonstra que a ponderação pode ser empregada de forma racional. O ponto de partida de Alexy é defender que a lei da ponderação expressa os graus de afetação dos direitos que estão em discussão, através da exigência de que as razões que justificam uma intervenção devem ser tanto maior, quanto mais forte seja a intervenção. Esta fundamentação da ponderação, para Alexy, é visualizada em três aspectos e serve para conduzir a sustentação da racionalidade da ponderação, que foi criticada por Habermas.

De fato, a esquematização da própria fórmula e peso seria, no fim das contas, uma busca pelo afastamento da crítica da irracionalização, assim a construção de uma fórmula muito bem esquematizada, o que leva Cláudio Pereira de Souza Neto a afirmar que ela “tem o mérito inegável de chamar a atenção do aplicador do direito para aquilo que efetivamente deve ser considerado na atividade de ponderação”, pois, ao excluir a aplicação intuitiva, explicita as questões que abordou e fortalece a racionalidade da atividade da ponderação³⁶.

Thomas Bustamante entende que a fórmula contempla a pretensão de Alexy de elaborar uma ponte entre a teoria da argumentação jurídica e a ponderação de princípios. Além disso, toda a ponderação fica entrelaçada, com suas etapas estreitamente ligadas, a fim de alcançar o resultado ótimo. Sobre a fórmula, o autor indica quatro aspectos louváveis. Para ele esta fórmula representa a justificação interna da argumentação jusfundamental, destacando-se porque: (1) revela quais são as principais variáveis que interferem no resultado das ponderações jurídicas (intensidade da restrição em Pi, grau de satisfação de Pj, peso abstrato de cada um dos princípios colidentes, segurança das premissas empíricas utilizadas na argumentação); (2) propões um modelo triádico de classificação e valoração das duas primeiras variáveis do processo de ponderação[...]; (3) propõe modelo semelhante para a valoração dos argumentos empíricos que têm lugar na argumentação jurídica [...]; e (4) procura representar formalmente as relações entre cada uma das dimensões da ponderação.³⁷

Um ponto central que esses autores ignoraram, segundo Alexy, é a possibilidade de conexão dessa fórmula com uma teoria da argumentação. O elemento das fórmulas são

³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais. Boletim Científico da ESMUP, n.15. Brasília, 2005. p. 220.

³⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, Regras e a Fórmula de Ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 54. São Paulo, 2006. p. 96.



números, e os elementos do Direito são argumentos. Os números podem ser medidos por instrumentos como termômetros, mas não há um instrumento capaz de medir argumentos. Portanto, o desafio é que as variáveis da fórmula precisam ser substituídas por números, e essa substituição é sempre questionável. A escolha dos números sempre depende de justificação e nesta que Alexy encontra respaldo de racionalidade. Para ele, a classificação das preposições, a escolha do número que representa a intensidade da interferência (leve, moderada ou grave) ou o grau de importância de um princípio, é capaz de sustentar uma justificação racional. A classificação das preposições permitiu a conexão entre o primeiro livro *Teoria da Argumentação Jurídica*, que é sua tese de doutorado, com o livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que é sua tese de habilitação como professor. Para ele, aqueles que contestam que a fórmula do peso é mero intuicionismo, negam a racionalidade da fórmula e a justificação de preposições. Alexy admite que a ponderação envolve certas medidas de subjetividade, não garantindo o controle das decisões judiciais de forma definitiva, uma vez que princípios e valores estão, em certa medida, sujeitos ao arbítrio do intérprete. Porém, certo grau de subjetivismo é inerente a toda prática hermenêutica, e até mesmo na aplicação de regras, uma vez que o juiz sempre terá que analisar as situações fáticas e jurídicas do caso concreto a partir de seus pressupostos. O princípio da proporcionalidade não diminui a segurança jurídica das decisões, antes vem auxiliar para que ela aconteça na maior medida possível, uma vez que busca trazer maior racionalidade a um processo que inerentemente envolve aspectos subjetivos, que é a decisão judicial. Nesse contexto, Barcellos³⁸ aponta que “a ponderação é um instrumento poderoso capaz de fornecer ao intérprete a solução de casos para os quais não há solução pré-fabricada no ordenamento”. Também Pereira³⁹ informará que os elementos argumentativos que são necessários para legitimar a decisão ponderativa trazem mais objetividade e transparência ao discurso judicial, diminuindo a chance de princípios e direitos fundamentais serem restringidos de forma desnecessária ou desequilibrada, sem argumentação plausível.

Pode-se dizer que o problema da racionalidade fica sem uma grande resposta de Alexy, porque ele entendeu que este seria resolvido dentro da estrutura da ponderação, ou seja, uma construção detalhada e coerente, que, aliás, ele conseguiu fazer, seria capaz de responder à crítica de que o método é irracional. Entretanto, a dificuldade não se encontra na estrutura da fórmula desenvolvida, mas em como é possível acessar racionalmente no âmbito dos valores

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 159.

³⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.



numéricos que são conferidos a cada uma das variáveis da fórmula. Em outras palavras, como justificar que a atribuição dos valores 1, 2 ou 4 é racional? Alexy não explica como a atribuição destes valores pode ser racionalmente justificada.

Luis Fernando Schuartz entende que o grande vazio que Alexy deixa na resposta à crítica de Habermas está em outro aspecto: a ponderação deixa margem para o crescimento perigoso de juízos irracionais, já que os argumentos funcionalistas podem prevalecer sobre os argumentos normativos⁴⁰. É que Habermas entende que princípios possuem maior força de justificação do que valores, pois possuem obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico, ao passo em que os valores, por causa do sentido axiológico, devem ser inseridos numa ordem transitiva de valores, caso a caso. Então, como não existem critérios racionais para esta inserção, a interpretação de princípios como valores – de modo transitório e conforme ordens de precedência – permite decisões arbitrárias⁴¹.

4 A LÓGICA DEÔNICO-JURÍDICA E SEU PAPEL NA TEORIA ALEXYANA

Robert Alexy procurou em sua teoria da argumentação jurídica e da ponderação, dar uma resposta coerente a um sistema de decisão judicial que eliminasse o tanto quanto possível a subjetividade inerente ao processo decisório. De fato em um enunciado normativo singular, não se supõem vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados. Para tanto há no mínimo quatro motivos: (1) a imprecisão da linguagem do direito, (2) a possibilidade de conflitos entre normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, (4) a possibilidade de casos especiais.⁴²

Como já demonstramos, Alexy propõe uma teoria capaz de eliminar as incongruências inerentes ao sistema, que é a teoria da ponderação. Já informamos que tal teoria sofreu muitas críticas contemporâneas ao autor, como a irracionalidade e a antidemocraticidade, e que sua resposta é a procura de uma formulação mais matematizada da teoria, de forma a estabelecer um caráter mais científico à proposta. A aproximação de Alexy à construção teórica da ciência

346

⁴⁰ SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma, Contingência e Racionalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.183.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. pp. 321-322.

⁴² Robert Alexy considera existir no mundo jurídico um problema na fundamentação das decisões, motivo pelo qual, decide escrever obra a respeito, in: ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p.19-20.



econômica, foi uma forma de trazer esse caráter à ciência do direito. ⁴³Se é a matemática, os arcaísmos teóricos constantes do sistema interna de uma ciência exata, que parece conferir maior grau objetivo à uma teoria, por evidente nos parece então que a ciência lógica, neste mister, pode desempenhar papel fundamental na tarefa empreendida por Alexy, é o que pretende-se com este trabalho. Primeiro descortinar o que se revela como ciência lógica e depois, como está se presta a serviço da teoria ponderativa alexyana.

4.1 A lógica como instrumento a serviço da verdade

O eminente professor Paulo de Barros Carvalho⁴⁴ afirma que a Lógica Formal ou Lógica Menor, tem por objetivo o estudo das formas do pensamento, isto é, das ideias, dos juízos e dos raciocínios, bem como de seus correlatos verbais, a saber, dos termos, das proposições e dos argumentos, fazendo-se abstração dos conteúdos significativos a que se aplicam aqueles esquemas, podemos indicar que metodologia significa a adaptação da Lógica Menor a uma específica região material, que seria a Lógica Maior ou Lógica Material. Tenhamos presente que a Lógica Menor ou Lógica Apofântica ou Lógica Alética está credenciada tão só para revelar a sintaxe da linguagem com função descritiva de situações, não servindo à linguagem das ordens, das perguntas ou da linguagem poética.

O direito positivo, como camada de linguagem prescritiva de condutas, é uma construção do ser humano, que está longe de ser um dado simplesmente ideal, não lhe sendo aplicável, também, as técnicas de investigação do mundo natural. Quem se propuser conhecer o direito positivo não pode aproximar-se dele na condição de sujeito puro, despojado de atitudes ideológicas, como se estivesse perante fenômeno da natureza. A neutralidade axiológica impediria, desde o início, a compreensão das normas, tolhendo a investigação. Além do mais, o conhecimento jurídico já encontra no seu objeto uma autoexplicação, pois o direito fala de si mesmo e este falar-de si é componente material do objeto. Daí a função reconstrutiva do saber jurídico, expressa nas proposições da Ciência do Direito.⁴⁵

⁴³ A busca por essa construção matemática e também a resposta às críticas é evidente na edição do posfácio em 2002 à *“Teoria dos direitos fundamentais”* de 1985. Na edição brasileira da *Teoria* o posfácio foi incluído ao final da obra. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 575 *et seq.*

⁴⁴ Mestre, Doutor e Livre Docente pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Titular na PUC-SP, onde leciona desde 1971 nos cursos de Bacharelado, Especialização, Mestrado e Doutorado. Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde leciona no Curso de Graduação e de Pós Graduação e ocupou o cargo de Chefe do Departamento de Direito Econômico e Financeiro.

⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Lógica jurídica e lógicas jurídicas*. In: CARVALHO, Paulo de Barros. (Coord.) et BRITTO, Lucas Galvão (Org.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 179.



A lógica é um sistema que, entre outras coisas, permite verificar a exatidão do raciocínio, para isso utilizando fórmulas, que permitem verificar se um determinado raciocínio é verdadeiro ou falso, portando, como dito, insere-se em um sistema ambivalente. Em suma, a lógica serve para se pensar corretamente, sendo assim, uma ferramenta do correto pensar. Segundo Guibourg⁴⁶ exigir que a lógica nos ensine o que é verdadeiro e o que é falso é injusto: o que a ciência e a filosofia ainda não conseguiram fazer não pode ser alcançado pelo mero raciocínio, que é apenas uma ferramenta intelectual, e não a fonte de informação. Se partirmos de premissas falsas, não teremos segurança de chegar a conclusões verdadeiras (se o fizermos, será por acaso). Mas, se tivermos a sorte de encontrar premissas verdadeiras para alimentar o raciocínio, isso nos fornecerá afirmações novas e brilhantes, tão verdadeiras quanto aquelas de onde partimos.

Se o direito, sob o aspecto da ciência lógica, pode ser estudado de forma a estabelecer elementos que permitam verificar suas proposições, se por exemplo, uma lei é válida ou não, e para isso utiliza um método, então, como indica Paulo de Barros Carvalho⁴⁷, a lógica é apenas um ponto de vista sobre o conhecimento, de modo que ultrapassar seus limites, conduz ao logicismo. A experiência jurídica integral levará em conta todos os aspectos constituintes do dado: o lógico nos enunciados, o empírico, nos dados-de-fato, valorativamente selecionados da realidade física e social (que, por isso, se qualifica juridicamente, ou se torna juridicamente relevante). Considerações como essa nos permitem perceber que a lógica, por si só, não é suficiente para ir à concreção material da experiência jurídica, isolando, na integridade da amplitude empírica do direito, tão só os caracteres formais das normas.

Na visão de Vilanova, só há verdadeira ciência onde é possível destacar, entre inúmeros fatores que compõem a textura complexa da objetividade, uma série autónoma, original, subsistente, ontologicamente ao lado das outras. O conceito representa um esquema lógico dentro de cujos limites a realidade esteja enquadrada, tornando-o objeto, isto é, um aspecto do fático já selecionado e delimitado pelo pensamento. Para tanto, é preciso identificar um conceito fundamental a priori e prévio à experiência, impróprio de resultar da indução ou da dedução, em cuja forma lógica a objetividade se enquadre e que é formado dos elementos essenciais, permanentes e análogos que comprovamos no dado.⁴⁸ Assim, para se ganhar o conceito do

⁴⁶ ECHAVE, Delia Tereza; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. *Lógica proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p.23.

⁴⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Lógica jurídica e lógicas jurídicas*. In: CARVALHO, Paulo de Barros. (Coord.) et BRITTO, Lucas Galvão (Org.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016, pp. 184-185.

⁴⁸ VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito do Direito*. In: *Escritos jurídicos e filosóficos – vol. 1*. 2003, p. 7, 10.



Direito, condição para analisá-lo cientificamente, seria necessário isolar determinações genéricas no campo dos fenômenos jurídicos, a fim de distingui-los dos éticos, políticos, econômicos etc. e, assim, filtrar-se uma síntese lógica dos elementos necessários do objeto jurídico. As próprias ciências jurídicas particulares (Sociologia, Direito Civil, Constitucional etc.) exigiriam o conceito do Direito como postulado prévio de suas investigações.⁴⁹ Esta é a visão da lógica sob o aspecto do construtivismo lógico-semântico a qual está lastreada na linha filosófica do neopositivismo jurídico, com bases teóricas nos trabalhos do Círculo de Viena⁵⁰.

Mas é importante notar que a partir da segunda metade do século XX, a lógica jurídica veio a representar uma disciplina própria, que visa à análise da linguagem e do pensamento na área do Direito, através dos meios da lógica formal, focalizando apenas o procedimento utilizado na inferência das premissas às conclusões, sem que se interesse pela origem e pelos tipos das premissas ou pelos tópicos nelas empregados. Estes elementos, porém, são justamente os mais importantes para os representantes da teoria da argumentação jurídica. Foi então que Von Wright⁵¹ começou a desenvolver a sua “lógica deôntica” a partir da observação de que os conceitos deônticos básicos (dever, permissão e proibição) geravam as mesmas relações entre si como os conceitos lógicos modais do necessário, do possível e do impossível. O autor alargou o conceito tradicional da lógica para além das fronteiras da verdade, abrangendo também o âmbito da racionalidade. Pode-se afirmar que a sua lógica deôntica se concentra, sobretudo, nas relações entre fins e meios, fatos e valores, para concluir se determinados preceitos normativos são válidos ou não, lançando mão de um raciocínio que não é lógico, mas dialético, retórico e pragmático, de natureza argumentativa.

349

⁴⁹ Idem, p. 67 *et seq.*

⁵⁰ Neopositivismo Lógico ou, simplesmente, Positivismo Lógico – além de Filosofia Analítica, Empirismo Contemporâneo ou Empirismo Lógico – são os nomes pelos quais dá a conhecer uma corrente do pensamento humano que adquiriu corpo e expressividade em Viena, na segunda década do século XX, quando filósofos e cientistas se encontravam, sistematicamente, para discutir problemas relativos à natureza do conhecimento científico. Tratavam, portanto, de Filosofia das Ciências, mais preocupados, porém, com uma Epistemologia Geral, na medida em que cada um dos participantes lá estava movido pelos interesses específicos do seu campo de indagações. O grupo era heterogêneo, reunindo filósofos, físicos, sociólogos, matemáticos, psicólogos, lógicos, juristas (Kelsen esteve presente em alguns encontros), etc. Profundamente interessados nos fundamentos das respectivas Ciências, mantiveram intenso intercâmbio de ideias, num regime de cooperação intelectual poucas vezes registrado, circunstância que possibilitou uma série de conclusões tidas como válidas para os diversos setores do conhecimento. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2013, p. 20 *et seq.*

⁵¹ Filósofo finlandês que sucedeu a Ludwig Wittgenstein como professor da Universidade de Cambridge. Seus principais escritos são: “An Essay in Modal Logic” (“Um Ensaio em Lógica Modal”) e “Deontic Logic” (“Lógica Deôntica”) e são referências fundamentais no desenvolvimento, no pós-guerra, da lógica modal formal (e sua versão deôntica).



4.2 A utilização da lógica na instrumentalização da teoria da ponderação de Robert Alexy

Consideramos que a lógica pretende estabelecer uma “verdade” das coisas. Será pela estruturação de argumentos, de estabelecer uma forma de pensar que permita criar regras que possam ser seguidas de forma a estabelecer determinadas conclusões. Robert Alexy, em sua busca de “verdade”, formulou a teoria da ponderação, esta parte da premissa geral de que havendo colisão de princípios ou de normas que impliquem em dúvida quanto a decisão a ser tomada pela jurisdição, deve a ponderação, mediante a avaliação dos pesos correspondentes, estabelecer aquele que prevalece e que deve guiar a resolução do conflito. Pois bem, procurou matematizar essa sistemática e criou a fórmula de peso. É esta fórmula então que será objeto da utilização da lógica, pois, por meio desta estabelece-se premissas e critérios que balizam e organizam os diversos parâmetros para a busca da solução do conflito colidente, que em nosso entender, facilitam sobremaneira a consecução do problema.

5 UMA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS: A SUBSTITUIÇÃO TEMPORÁRIA DA PRESIDÊNCIA DECIDIDA POR PONDERAÇÃO

350

Utiliza-se neste artigo o caso do processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff. De fato a grave crise política enfrentada pelo Brasil, com o impeachment de uma presidente e a situação de fragilidade de seu sucessor,⁵² despertou o interesse para as normas constitucionais que tratam dos casos de substituição e sucessão presidencial. A primeira questão que se coloca é analisar quem deve assumir a presidência em caso de dupla vacância ou duplo impedimento, isto é, quando ficam simultaneamente vagos ou temporariamente desocupados os cargos de presidente e vice-presidente da República. Nos casos de dupla vacância, tendo em vista seu caráter definitivo, ocorre a sucessão presidencial⁵³. A forma de escolha do novo

⁵² A ex-presidente Dilma Rousseff foi afastada definitivamente do cargo em razão de pedido de impeachment julgado pelo Senado Federal em 2016, quando assumiu o então vice-presidente Michel Temer. Este, por sua vez, poderia ter sido afastado em virtude da Ação de Investigação Judicial Eleitoral n. 1.943-58, na qual se discutia a prática de abuso de poder político e econômico nas eleições de 2014, o que levaria à cassação da chapa (presidente e vice). Houve absolvição, entretanto, no julgamento realizado no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em 2017. No mesmo ano, Temer poderia também ter sido afastado cautelarmente caso o Supremo Tribunal Federal (STF) recebesse duas denúncias apresentadas pela Procuradoria-Geral da República (PGR) em função da alegada prática de crimes de corrupção passiva, organização criminosa e obstrução de justiça, porém a Câmara dos Deputados não autorizou o processamento, impedindo o STF de analisá-las e de, eventualmente, instaurar o processo penal até o término do mandato.

⁵³ Cf. arts. 79 e 81 da Constituição.



presidente depende do momento em que ocorre a dupla vacância. Se ocorrer nos primeiros dois anos do mandato, serão realizadas novas eleições diretas 90 dias depois de vagar o último cargo. Se, no entanto, ocorrer nos dois últimos anos, serão realizadas eleições indiretas 30 dias após vagar o último cargo, cabendo, portanto, ao Congresso Nacional escolher o sucessor presidencial.⁵⁴ Já nos casos de duplo impedimento, quando o afastamento dos titulares é apenas temporário, ou mesmo no caso de dupla vacância, mas apenas no período que antecede as novas eleições e posse do sucessor, ocorre a chamada substituição presidencial. A substituição, portanto, tem sempre caráter temporário.

A norma extraída do art. 80 da Constituição determina quem são os legitimados a exercer a presidência temporariamente, os chamados substitutos eventuais. Estabelece, ainda, uma ordem de preferência obrigatória entre eles. Esta é, então, a primeira norma que interessa ao caso:

- (1) N1: se ocorrer dupla vacância ou duplo impedimento, é obrigatório chamar ao exercício da Presidência da República os titulares dos seguintes cargos, nesta ordem: o presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

351

Ocorre que nem sempre esses legitimados estarão autorizados a assumir. Há determinadas situações que impedem o exercício da presidência, seja por quem já exerce, caso em que haverá afastamento por suspensão, seja por quem deveria ser chamado a exercer, caso em que haverá proibição de iniciar o exercício. Essas situações são as previstas no art. 86, § 1º, da Constituição, impedindo o exercício da presidência por quem for réu em processo no STF, em razão do possível cometimento de infrações penais comuns, ou for réu perante o Senado Federal, em decorrência do possível cometimento de crime de responsabilidade. Interpretando-se o referido enunciado normativo, fica evidente a existência da norma que impõe o afastamento cautelar do presidente da República do exercício de suas funções desde o momento em que se torna réu no STF ou no Senado. No entanto, há outra norma a ser extraída do mesmo dispositivo legal. É justamente aquela que se dirige aos substitutos eventuais. Essa foi a interpretação realizada pelo STF nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

⁵⁴ Em qualquer dos casos, o sucessor irá apenas complementar o período do sucedido (o chamado mandato-tampão), conforme o art. 81, § 2º, da Constituição.



(ADPF) n. 402.⁵⁵ O tribunal entendeu que as mesmas situações que ensejam a suspensão do presidente se aplicam aos substitutos eventuais, impedindo seu chamamento ao exercício temporário da Presidência da República. Desse modo, no chamamento previsto no art. 80, deve-se desprezar aquele legitimado que ostentar a condição de réu. Essa segunda norma extraída pelo STF do enunciado normativo do art. 86, § 1º, da Constituição, é a que interessa para este artigo. Assim:

- (2) N2: se for recebida denúncia ou queixa contra os substitutos da presidência pelo STF, ou contra eles for instaurado pelo Senado processo por crime de responsabilidade, é proibido chamá-los ao exercício da presidência.

Como se vê, há uma norma N1 que identifica e estabelece a ordem daqueles que devem ser chamados ao exercício da presidência e há outra N2 que impede que eles sejam convocados se forem réus. Segundo o STF, se o primeiro for réu, deve-se chamar o segundo, e assim por diante. Contudo, a grande questão é: e, se todos os substitutos forem réus no STF, quem deverá exercer a presidência? Nesse caso, há uma hipotética situação de fato que convoca a aplicação simultânea de duas normas-regra. Simplificadamente, ilustra-se:

- (3) Se há necessidade de convocar um substituto presidencial em razão de dupla vacância ou duplo impedimento, mas todos eles são réus no STF.
- (4) N1 = R (se há dupla vacância ou duplo impedimento, é obrigatório chamar ao exercício da presidência os titulares dos seguintes cargos, nesta ordem: o presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do STF).
- (5) N2 = R (se o presidente da Câmara, o do Senado e o do STF forem réus no STF, é proibido chamá-los ao exercício da Presidência da República).

Para que se configure um conflito normativo, é necessário que duas ou mais normas tenham similares condições de aplicação (hipóteses legais) e que suas consequências jurídicas

⁵⁵ Trata-se do julgamento apenas do pedido de medida liminar da ADPF n. 402, realizado em 07/12/2016 (disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975492>; acesso em: 14 nov. 2022). O pedido da ação era impedir o exercício da chefia da Câmara, do Senado e do Supremo Tribunal por aqueles que figurassem como réus. Após o deferimento integral do pedido liminar por decisão monocrática do ministro Marco Aurélio Mello, a decisão foi apenas parcialmente ratificada pelo Plenário, entendendo-se que a proibição se aplica aos substitutos eventuais, mas apenas para o exercício da Presidência da República, e não para o exercício dos demais cargos que titularizam.



sejam incompatíveis entre si. Como se percebe, a situação fática – necessidade de chamar os substitutos ao exercício da presidência no momento em que todos eles respondem a processo penal no STF – atrai a incidência de duas normas-regra que possuem idênticos consequentes (chamar ao exercício da Presidência da República), mas operadores deônticos contraditórios e efeitos incompatíveis: o que a N1 (4) impõe, a N2 (5) proíbe.

Esta é a descrição lógica:

(6) N1(4) $[\forall X] [xa \rightarrow I xy]$, em que (a) = dupla vacância, (I) = imposto, (y) = chamar à presidência.

(7) N2 (5) $[\forall X] [xb \rightarrow Pr xy]$, em que (b) = forem réus no STF, (Pr) = proibido, (y) = chamar à presidência.

Já o requisito das condições similares de aplicação fica mais claro quando se recorda que as normas são generalizações deônticas, implicando que sejam válidas para todas as situações. Assim, de acordo com N1 (4), é verdade que, quando há dupla vacância ou duplo impedimento, devem-se chamar à presidência os substitutos em todas as situações, ainda que sejam réus no STF ou no Senado. E, pela N2 (5), é verdade que é proibido chamar os substitutos à presidência quando forem réus em todas as situações, inclusive quando houver dupla vacância ou duplo impedimento.⁵⁶ Assim, na verdade, se há dupla vacância e todos forem réus no STF, considerando o anteriormente exposto, no esquema lógico:

(8) N1(4) $[\forall X] [xa \wedge xb \rightarrow I xy]$, em que (a) = dupla vacância, (b) = forem réus, (I) = imposto, (y) = chamar à presidência.

(9) N2(5) $[\forall X] [xb \wedge xa \rightarrow Pr xy]$, em que (b) = forem réus, (a) = dupla vacância, (Pr) = proibido, (y) = chamar à presidência.

(10) N1 = p, N2 = $\neg p$

As normas possuem, portanto, condições similares de aplicação e efeitos contraditórios, configurando um conflito normativo. Não há, todavia, relação de hierarquia, especialidade ou anterioridade entre elas, visto que ambas têm estatura constitucional, são normas originárias da Constituição de 1988, e suas condições de aplicação não indicam que alguma delas é especial

⁵⁶ A afirmação é verdadeira, mesmo que, no contexto do Direito positivo vigente, aparentemente, seja esse o único caso de aplicação.



ou geral em relação à outra, o que impõe a utilização da ponderação como técnica de solução do conflito.

Essa conclusão fica evidente quando se verifica que, considerando as condições similares de aplicação, estabelece-se entre elas um conflito identificado como parcial-parcial. Isso ocorre quando o âmbito de aplicação de uma norma é parcialmente comum e parcialmente distinto do âmbito de aplicação de outra. Assim, as normas possuem em seus respectivos antecedentes algumas condições em comum e algumas condições que não estão presentes na outra. Desse modo, como as tradicionais normas de prevalência não se aplicam e o ordenamento jurídico brasileiro não possui qualquer outra norma secundária capaz de solucionar esse relevante conflito normativo, a única alternativa seria a realização de uma inevitável ponderação entre as duas regras.

Não obstante, na elaboração da estrutura argumentativa que levou a exposição do problema, constatou-se como a utilização da lógica contribui para uma “boa correção” do pensamento a ser elaborado, de certo que entende-se, instrumento relevante para o Judiciário valer-se na proposição de medidas decisórias que impliquem na construção de raciocínios ou em situações em que a ponderação se faz necessária.

354

6 CONCLUSÃO

Os conflitos reais, caso não houvesse Estado, seriam resolvidos, em última instância, na base da força física das partes em disputa. Com o Estado, são decididos com base em normas jurídicas (e nos valores sociais que dão conteúdo e sentido a elas). Porém o que se deve frisar é que as normas, embora formalmente iguais, não possuem essa mesma igualdade em termos materiais. O que significa dizer que alguns valores e algumas normas são historicamente mais fortes que outros.

Se os direitos fundamentais são dotados de igual validade, sendo formalmente iguais, o que confere prevalência de um sobre o outro em qualquer situação concreta, o que dá a cada direito força normativa maior ou menor em relação aos demais direitos não está dentro do direito, mas fora dele. A eficácia normativa é um dado da realidade social e não da realidade jurídica. Embora o direito e a ciência do direito se apresentem de modo objetivo e impessoal, como se todos os direitos fossem igualmente relevantes, o resultado prático acaba dependendo



de se saber qual dos direitos em colisão se relaciona em maior medida com o padrão normativo da sociedade.

O que promove a relação entre a decisão e os direitos a ponderar não é, portanto, a proporcionalidade, mas o critério pelo qual a proporcionalidade (em sentido estrito) seria aplicada. É preciso, seja na teoria dos direitos fundamentais, seja em qualquer outra, que os valores e interesses subjacentes sejam evidenciados, de forma a mostrar a identificação do critério com um certo estado de coisas.

Não se pode negar que há abusos e má aplicação da teoria da proporcionalidade de Robert Alexy, para justificar práticas arbitrárias por parte do poder judiciário. De fato, as críticas de Habermas parecem pertinentes, apesar de entendermos que não nulificam a teoria apresentada. Sem dúvidas, a ponderação descrita por Alexy foi uma conquista que permite tentar atingir a maximização da realização de princípios, sem precisar recorrer à invalidação de um deles. A importância histórica deste método é indiscutível e ele foi o único encontrado pelo direito até o início deste século que se adaptou à concepção de que normas não são apenas regras.

É fato também que a arte de interpretar envolve pressupostos subjetivos daquele que a realiza e a ponderação não é um método que conduz a soluções inequívocas ou apenas a uma resposta correta. Por isso, é essencial que o juiz observe as regras válidas no ordenamento jurídico e que deixe claro, por meio da argumentação, a justificação e o caminho que o levou a tal decisão.

A partir do exemplo que envolve a substituição do presidente da República no Brasil, verificou-se que há conflitos entre regras que são resolvidos da mesma forma que a colisão entre princípios: pela ponderação. A ponderação, assim, configura-se como a técnica de resolução de conflitos normativos não solucionáveis por normas de resolução de conflito (prevalência da norma posterior, da especial e da superior), independentemente da espécie normativa – regras ou princípios.

Não obstante, tentou-se demonstrar que uma vez que a ponderação seria a solução para uma teoria da decisão jurídica, indicamos que a lógica, se apresenta como instrumento útil e de relevância para a organização e instrumentalização do pensamento na busca por uma “verdade”. Essa busca pressupõe a sistematização argumentativa na forma lógica. Partindo da concepção do construtivismo lógico-semântico a partir da conceituação de lógica e sua influência no pensamento contemporâneo no direito brasileiro, buscamos mostrar como a teoria ponderativa



alexiana pode valer-se desse sistema e como este facilita a construção das decisões pelo judiciário.

Por fim, destaque-se que a ponderação tem lugar quando o sistema não oferece a solução. Nesse sentido, apresenta-se como uma inevitabilidade por ser de extrema relevância exatamente para orientar o magistrado nessa justificação e argumentação. Mesmo que ela não seja capaz de acabar com a subjetividade do intérprete, visto que isso seria uma tarefa impossível, ela é útil para conferir racionalidade e transparência às decisões judiciais e viabilizar maior controle das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert. Ponderação, revisão constitucional e representação. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, p. 15-27, jan./fev. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

356

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 402. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975492>. Acesso em 15 nov 2022.

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

CAMPOS, Ricardo. (org.). **Crítica da ponderação**. São Paulo: Saraiva, 2016.



CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. Lógica jurídica e lógicas jurídicas. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros. (Coord.) *et al.* BRITTO, Lucas Galvão (Org.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires: Eudeba, 2009. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ECHAVE, Delia Tereza; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. **Lógica proposición y norma**. Buenos Aires: Astrea, 1991.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, v. 3, n. 4, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v.1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Neoconstitucionalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>.

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

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, Contingência e Racionalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais. **Boletim Científico da ESMUP**, n.15. Brasília, 2005.

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

VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. *In*: Escritos jurídicos e filosóficos – vol. 1. 2003.

