

NOTAS SOBRE A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Natália Braga Ferreira*

RESUMO

O artigo pretende analisar o tema da colisão de princípios constitucionais a partir do estudo da teoria dos princípios de Robert Alexy, com o objetivo de demonstrar os principais fundamentos e críticas a essa teoria, que aponta a ponderação como a a solução mais adequada para a colisão de princípios. Apesar das objeções existentes, é possível através da ponderação obter, na maioria dos casos, uma solução adequada à colisão de princípios, garantindo sua normatividade e preservando a Constituição.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; Teoria dos Princípios; Colisão de Princípios; Ponderação; Robert Alexy.

NOTES ON THE THEORY OF PRINCIPLES OF ROBERT ALEXY

ABSTRACT

This article aims to analyze the theme of the collision of constitutional principles, based upon the theory of Robert Alexy. The main object is to demonstrate the basis as well as the criticism to his theory, which defends ponderation as the most adequate solution to the problem generated by the collision of principles. Despite the objections, it is possible to guarantee by means of ponderation an optimal answer to the collision of principles, at least in most of the judicial cases. If this is true, a solution capable of sustaining the normativity of the constitutional principles - and the normativity of the Constituion itself - may be achieved.

KEYWORDS

Constitutional Law; Theory of Principles; Collision of Principles; Ponderation; Robert Alexy

* Advogada. Especialista em Direito, Estado e Constituição. Bacharel em Direito pelo UNICEUB. Pesquisadora do IDP (Instituto Brasiliense de Direito Público). Colaboradora da Defensoria Pública da União.

1-INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o tema da colisão de princípios sob o prisma jusfilosófico de Robert Alexy. A relevância do tema se justifica diante da virada ocorrida principalmente a partir da segunda metade do século XX, quando os juristas europeus passaram a reconhecer o caráter normativo dos princípios inscritos na Constituição, que deixaram de ser considerados meras recomendações morais, tal como postulado pelos teóricos positivistas.

A partir do momento em que os princípios, assim como as regras, são aceitos como espécies do gênero norma, surge um novo problema: o que fazer quando dois princípios constitucionais (e, portanto, de mesma hierarquia) representarem interesses contraditórios? Se, por exemplo, face a um caso concreto, o direito à intimidade conflitar com a liberdade de expressão, deve o juiz realizar uma escolha binária? Ou será que a colisão de princípios transcende os critérios clássicos de resolução de antinomias entre regras?

Na filosofia do direito contemporânea, uma das respostas mais consistentes ao referido problema foi formulada por Robert Alexy, que aponta a ponderação como o pilar que permite não apenas resolver eventuais colisões de princípios, como também manter sua normatividade sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico. Não é por outra razão que aprofundar seu pensamento constitui um imperativo para todos aqueles que pretendam conceber o ordenamento constitucional como algo mais que um rol exaustivo de regras.

2- A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS SOB A ÓTICA DE ROBERT ALEXY

A metodologia jurídica tradicional utilizava-se de critérios como generalidade e abstração para diferenciar regras e princípios, deixando de lado qualquer consideração de ordem qualitativa. Essa é a forma de distinção, por exemplo, utilizada por Norberto Bobbio, quando ele define os princípios como “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”(BOBBIO: 2003, p.81).

Considerando critérios dessa ordem, Alexy afirma haver três teses acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira alega a impossibilidade de divisão das normas em classes de regras e princípios, devido a pluralidade existente. Já a segunda é sustentada pelos que consideram que pode haver uma distinção relevante entre regras e princípios, mas que essa distinção é meramente de grau. Por fim, a terceira afirma que as normas podem

dividir-se em regras e princípios, porém a diferença não é meramente gradual, mas também qualitativa.

Para o autor alemão, a última tese é a correta, pois apresenta o que ele denomina de critério qualitativo, o qual permite distinguir com precisão as regras e os princípios.

Essa forma de distinção proposta por Alexy parte da dicotomia entre regras e princípios elaborada por Ronald Dworkin. Para Dworkin, a distinção entre regras e princípios tem natureza lógica e pode ser definida pela natureza da orientação que oferecem para o caso. Assim, as regras são aplicadas da maneira do tudo-ou-nada, de forma que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN: 2002, p.39). Portanto, a partir do momento em que uma regra é considerada válida e seus pressupostos são verificados concretamente, a sua aplicação deve ocorrer de forma imediata.

Dworkin não descarta a hipótese de que as regras possam ser excepcionadas por alguma circunstância, entretanto, ele aduz que o enunciado da regra só estará completo se contiver todas essas exceções. Por outro lado, ele defende que a aplicação dos princípios ocorre de uma maneira mais complexa, pois embora eles possam orientar a direção do intérprete, não basta que as condições sejam dadas para que os resultados jurídicos sejam determinados de modo binário.

Outro ponto colocado por Dworkin é que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Assim, enquanto o conflito de regras é resolvido através da utilização de critérios clássicos como a hierarquia ou a especialidade, declarando-se a invalidade de uma delas, o conflito de princípios é solucionado sem que um deles seja retirado do ordenamento jurídico, devendo ser observada a importância ou força relativa de cada um deles, no caso concreto.

Nesse contexto, embora os princípios indiquem uma direção a ser seguida, continua sendo necessária uma decisão particular e a construção de uma linha de interpretação acerca das condições presentes no caso, pois pode haver outros princípios que indiquem uma direção contrária. Nesse sentido, Dworkin conclui que a prevalência de um princípio em um caso concreto, depende das condições que estarão presentes e que do fato dele não ser

aplicado não poderá seguir uma conclusão imediata de que ele deve ser retirado do ordenamento jurídico.

Embora o critério acima tenha sido utilizado como ponto de partida para a distinção qualitativa elaborada por Robert Alexy, o autor ressalta que Dworkin não chegou ao núcleo da distinção entre as duas espécies normativas: a concepção de princípios como mandamentos de otimização.

2.1. Os princípios como mandamentos de otimização e a especificidade de seu caráter *prima facie*

De acordo com Alexy, a definição dos princípios como mandamentos de otimização decorre do fato de eles serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, sendo que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras em oposição. As regras, por sua vez, são mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridos ou não, de forma que, se forem válidas, devem ser cumpridas exatamente como exigido.¹

Ademais, os princípios não expressam mandamentos definitivos, pois apenas ordenam que algo seja feito na maior medida possível, considerando determinadas condições. Dessa forma, o fato de um princípio ser aplicado em um caso concreto não significa que o que ele determina seja um resultado definitivo para o caso. Por isso, os princípios não possuem conteúdo de determinação, ou seja, suas razões são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto, podendo ser substituídas por outras razões opostas.(ALEXY: 2002, p. 99).

O caso das regras é totalmente diverso, pois como elas devem ser cumpridas exatamente como são exigidas, possuem um caráter de determinação em relação às circunstâncias fáticas e jurídicas, ou seja, uma vez aplicadas, determinam um resultado definitivo. Essa determinação prevalece em todos os casos de aplicação das regras, exceto quando a regra é declarada inválida.(ALEXY: 2002, p. 99).

Pelo exposto acima poderia se chegar à errônea conclusão de que todos os princípios têm o mesmo caráter *prima facie* e de que todas as regras têm o mesmo caráter definitivo. Porém, Alexy explica que tal concepção seria fruto de um modelo muito simples, como o proposto por Dworkin, quando afirma que as regras válidas são aplicáveis à maneira

¹ Nesse ponto, Alexy concorda com Dworkin, afirmando que as regras são aplicadas à maneira de tudo ou nada.

de tudo ou nada, enquanto os princípios representam somente razões que indicam uma direção, mas não apontam para uma decisão definitiva. Dessa forma, o autor alemão ressalta que é necessário um modelo mais diferenciado, mas que não deixe de considerar o diferente caráter *prima facie* entre regras e princípios.

Em relação às regras, a necessidade de um modelo diferenciado resulta da possibilidade de se introduzir uma cláusula de exceção em uma delas, o que faz com ela perca seu caráter definitivo, mas isso não significa que o caráter *prima facie* que adquirem seja igual ao dos princípios. O caráter *prima facie* das regras se apóia em uma disposição tomada autoritariamente ou transmitida, sendo, por isso, essencialmente mais forte que o dos princípios (ALEXY: 2002, p. 101). Ademais, a introdução das cláusulas de exceção pode ser baseada em um princípio e, ao contrário do que pensa Dworkin, tais cláusulas não podem ser enumeradas, pois a complexidade e a diversidade das situações colocadas em análise pode trazer a necessidade de uma nova cláusula de exceção.

No que diz respeito aos princípios, pode ocorrer o reforço de seu caráter *prima facie*, por exemplo, com a introdução de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios, mas isso não faz com que seu caráter *prima facie* se assemelhe ao das regras. Por isso, mesmo com uma grande carga de argumentação a favor da aplicação de um princípio, continua sendo necessária a análise da argumentação apresentada e o estabelecimento das condições de precedência de um princípio em relação ao outro, no caso concreto.

2.2. Regras e princípios como razões

As regras e os princípios podem ser considerados razões para ações ou razões para normas, nessa última definição se incluem os princípios, sendo que tal concepção limita à relação de fundamentação das decisões às coisas de uma só categoria, facilitando seu manejo lógico. Partindo dessa distinção, Alexy assevera que os princípios não podem ser considerados razões apenas para as regras, pois isso daria a falsa impressão de que eles não podem ser razões para juízos concretos de dever ser. (ALEXY :2002, p.101).

Com essa afirmação, o autor pretende ressaltar que os princípios e as regras possuem um caráter diferente, enquanto razões para juízos de dever ser. Assim, quando uma regra é um juízo concreto de dever ser, ela será tida como uma razão definitiva e o direito contido nesse juízo também será interpretado como um direito definitivo. Já os princípios, por

constituírem razões *prima facie*, quando analisados individualmente, estabelecem apenas direitos *prima facie*.

O caminho entre o direito *prima facie* e o direito definitivo é estabelecido através de uma relação de preferência que é determinada por uma regra: “sempre que um princípio é, em última instância, uma razão básica para um juízo concreto de dever ser, este princípio é uma razão para uma regra que apresenta uma razão definitiva para esse juízo concreto de dever ser. Os princípios mesmo não são nunca razões definitivas” (ALEXY:2002, p.103).

Para Alexy, como para Dworkin, as colisões de princípios e conflitos de regras tornam ainda mais clara a distinção entre regras e princípios, pois as soluções propostas para esses casos são totalmente distintas e apresentam peculiaridades típicas relacionadas ao tipo de norma a que se referem.

2.3. Colisões de princípios e conflitos de regras

A partir da definição das regras como mandamentos definitivos proposta por Alexy, surge o imperativo de se cumprir exatamente o que por elas é exigido. Portanto, a conclusão lógica a que se chega é de que nos casos em que houver uma antinomia entre duas regras, só há duas soluções possíveis: a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras - o que permite que ela continue sendo válida no ordenamento jurídico - ou a declaração de invalidade de pelo menos uma das regras contraditórias.

Como exemplo, Alexy cita uma regra que impede que as pessoas abandonem a sala antes de tocar o sinal de saída e outra, que ordena que as pessoas abandonem a sala quando soar o alarme de incêndio. O autor afirma que ambas produzem juízos concretos de dever ser contraditórios entre si, de forma que a solução do conflito seria introduzir na primeira regra uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio e, se isso não fosse possível, declarar a invalidade de uma das regras, retirando-a do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, nota-se que a validade é um conceito binário, e não gradual, de modo que a aplicação de uma consequência jurídica guarda uma relação de causa e efeito com a aplicação da regra que a contém.

Quando não é possível a introdução de uma cláusula de exceção, a questão acerca de qual regra deve ser declarada inválida pode ser solucionada tanto pelos critérios

tradicionais² quanto pela observação da importância das regras no conflito, o importante é que a decisão sempre ocorrerá no âmbito da validade.

No caso dos princípios a solução é diversa, quando dois princípios entram em colisão um deles terá que ceder ao outro, mas isso não significa que o princípio desprezado tenha que ser declarado inválido ou que tenha que ser introduzida uma cláusula de exceção. A solução reside no fato de que, de acordo com determinadas circunstâncias, analisadas no caso concreto³, um princípio deve preceder ao outro, ou seja, deve haver uma ponderação entre ambos.

Humberto Ávila explica que esse critério é considerado por Alexy como um fator determinante para a distinção entre regras e princípios “na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia”(ÁVILA: 2004, P. 30)

A partir do raciocínio exposto acima, torna-se clara a existência de duas soluções distintas para os conflitos de normas: enquanto a colisão de princípios é resolvida através da ponderação, o conflito de regras é resolvido através da subsunção. O tratamento diverso nos dois casos, como foi relatado anteriormente, é apontado por Alexy como a maneira mais clara de se vislumbrar a distinção entre regras e princípios, entretanto, essa forma de distinção foi objeto de algumas críticas, pois alguns autores⁴ afirmam que a ponderação não deve ser aplicada exclusivamente aos princípios.

Nessa linha, Humberto Ávila defende que o conflito entre regras nem sempre se encerra na análise de sua validade, pois pode ser solucionado por meio da ponderação dos motivos e circunstâncias, existentes em uma situação concreta. O autor acrescenta mais dois casos em que a ponderação de regras poderá ocorrer: quando o intérprete, analisando a especificidade do caso, tiver que decidir se há mais razões para aplicar a hipótese da regra ou para aplicar suas exceções e, também, quando tiver que delimitar

² Luis Prieto Sanchís identifica os seguintes critérios tradicionais utilizados para resolver as antinomias “o hierárquico, segundo o qual a lei superior derroga a lei inferior; o cronológico, pelo qual a lei posterior derroga a lei anterior; e o da especialidade, que ordena a derrogação da lei geral pela lei especial” (SANCHÍS: 2003, p. 176).

³ Nesse contexto, Luis Prieto Sanchís faz a distinção entre antinomias em abstrato e antinomias contingentes ou em concreto. Segundo ele, as antinomias em abstrato se situam no discurso da validade e “ocorrem quando os pressupostos de fato descritos pelas normas se sobrepõe conceitualmente”, de forma tal que a antinomia possa ser constatada sem a necessidade de um caso concreto, já as antinomias contingentes ,se situam no discurso da aplicação, de modo que os pressupostos de colisão e sua forma de solução só podem ser definidas pelas circunstâncias dadas no caso concreto.(SANCHÍS: 2003, p. 176).

⁴ Cf.. SANCHÍS: 1992, p. 54; ÁVILA: 2004, p.44.

hipóteses normativas que se referem, por exemplo, a conceitos jurídicos políticos, como Estado de direito e democracia .

Dessa forma, mesmo ocorrendo o comportamento descrito na hipótese normativa de uma regra, é possível que, através da ponderação de razões, ela deixe de ser aplicada, o que não resulta, necessariamente, na declaração de sua invalidade. (ÁVILA: 2004, P. 44)

Nesse contexto, Prieto Sanchís defende que uma norma pode funcionar tanto como regra quanto como princípio, pois a distinção não está relacionada à estrutura das normas, mas as técnicas de interpretação e justificação.

Até aqui, buscou-se definir os principais fundamentos e críticas acerca da teoria dos princípios proposta por Alexy, a partir de agora, será feito um estudo mais detalhado da ponderação, apontada pelo autor como a solução para as colisões entre princípios.

3. A SOLUÇÃO DE ROBERT ALEXY PARA A COLISÃO DE PRINCÍPIOS

Alexy afirma que o principal critério distintivo entre uma regra e um princípio é o modo como eles se comportam no caso de colisão. Assim, as regras estão vinculadas à subsunção e os princípios à ponderação.

Diante disso, o autor identifica a ponderação como forma de aplicação exclusiva dos princípios, afirmando que se tratam de dois lados do mesmo objeto, sendo um de caráter metodológico e outro de caráter teórico-normativo. Por fim, assevera que:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação. (ALEXY: 2007, p.64)

Essa posição de Alexy encontra críticas que podem ser embasadas na própria teoria do autor, pois quando ele afirma que as possibilidades jurídicas referentes a um princípio podem ser definidas pelas regras e princípios em oposição, acaba admitindo que pode haver colisão entre essas duas espécies normativas, como consequência, as regras também poderiam ser ponderadas.

A ponderação é entendida no mesmo sentido por Ronald Dworkin, quando ele assevera que as regras são aplicadas de maneira disjuntiva, ao passo que a aplicação dos princípios ocorre em uma dimensão de peso.

De modo diverso, alguns autores entendem que a ponderação não se vincula exclusivamente aos princípios, podendo, também, ser aplicada as regras e aos argumentos e razões relevantes para justificar uma decisão⁵. Segundo Ana Paula de Barcellos, esses autores compreendem a ponderação em sentido muito mais amplo, como elemento inerente a um discurso que se pretende racional, e por isso, acabam confundindo a ponderação com a interpretação jurídica. Conforme assinala Canotilho:

“O balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito entre bens” (CANOTILHO: 1999, p.1162).

Ainda pode ser notado outro entendimento acerca do tema, segundo o qual a ponderação consistiria numa técnica genérica empregada na busca da solução mais adequada para qualquer conflito normativo. Para Ana Paula de Barcellos, esse entendimento não deve ser adotado, pois acaba ampliando excessivamente o uso da ponderação, “cujo emprego deve ser reservado apenas para as hipóteses de insuficiência da subsunção, que continua a ser a forma ordinária de aplicação dos enunciados normativos” (BARCELLOS: 2005, p. 35).

3.1. A lei de colisão

A estrutura das soluções de colisões é apresentada por Alexy através da lei de colisão. Essa lei tem enorme importância, pois demonstra que é o resultado da ponderação que deve ser objeto de fundamentação.

Para ilustrar o modo como ocorrem as colisões, Alexy cita como exemplo o caso da incapacidade processual, no qual a realização de audiência oral em desfavor de um acusado que corre perigo de sofrer um infarto, gera um conflito entre o dever do Estado de garantir a efetiva aplicação do direito penal e a proteção à vida e à integridade do acusado. Nesse caso, a solução não deve ser dada na dimensão da validade, como ocorre com as regras, mas sim na dimensão de peso, ou seja, através da ponderação dos interesses opostos no caso concreto (ALEXY: 2002, p. 89).

Portanto, quando um princípio limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro, deve-se, observadas as circunstâncias do caso concreto, estabelecer

⁵ Nesse sentido os posicionamentos de Humberto Bergmann Ávila e Luís Prieto Sanchís, que já foram expostos anteriormente.

uma relação de *precedência condicionada*⁶ entre ambos, ou seja, devem ser indicadas as condições necessárias para que um princípio seja aplicado em detrimento de outro.

Ressalte-se que o princípio que tem precedência restringe as possibilidades jurídicas de satisfação do princípio desprezado, mas essa relação de precedência não é definitiva, podendo ser invertida se as condições forem modificadas. (ALEXY: 2004, P.164)

Dessa forma, as condições sob as quais um princípio precede o outro são determinadas levando-se em conta o peso dos princípios postos em questão. De acordo com Alexy, o peso dos princípios é determinado da seguinte forma: “O princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto” (ALEXY: 2002, p. 93). Nesse sentido, a metáfora do peso utilizada por Alexy deve ser entendida como as razões suficientes para que um princípio preceda outro, não possuindo significado quantitativo. (STEINMETZ: 2001, p.127).

No caso citado anteriormente, no qual a realização de uma audiência pode acarretar perigo de vida ao acusado, a precedência do princípio da proteção à vida e à integridade em relação ao princípio da efetiva aplicação do direito penal, pode ser explicitada na seguinte frase do Tribunal Constitucional Federal Alemão, citada por Alexy:

“Se existe o perigo concreto, manifesto, que o acusado, no caso de realização da audiência oral, perca sua vida ou experimente graves danos à sua saúde, então, a continuação do processo o lesiona em seu direito fundamental do artigo 2, parágrafo 2, frase 1 da Lei Federal” (ALEXY: 2002, p. 93).

Analisando esse caso, Alexy afirma que o enunciado do Tribunal pode ser entendido de duas formas: como condição de uma relação de precedência de um princípio sobre o outro ou como uma regra que determina que se uma ação cumpre tal condição, pesa sobre ela uma proibição.

Assim, o autor alemão conclui que “de um enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada se segue uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão as condições de preferência” (ALEXY: 2002, p. 94). É nesse contexto que ele formula a *lei de colisão*, que trata da conexão entre relações de precedência condicionada e regras, e pode ser assim definida:

⁶ A relação de precedência condicionada também pode ser denominada concreta ou relativa e é expressa pela seguinte fórmula: (P1 P P2)C, na qual P1 e P2 representam os princípios opostos e C representa as condições sobre as quais um princípio precede ao outro. (Cf. ALEXY: 2002, pp. 92-93).

“Se o princípio P1, dadas as circunstâncias C, precede o princípio P2 (P1 P2), e se de P1, dadas as circunstâncias C resulta a consequência R, então vale uma regra que contém a C como pressuposto de fato e a R como consequência jurídica C→R.” (ALEXY: 2002, p.94).

Dessa forma, a lei de colisão demonstra que a observância das circunstâncias do caso concreto é *conditio sine qua non* para a ponderação, não existindo, pois, relações de precedência absolutas entre os princípios.

Com efeito, Alexy acredita que a lei de colisão é válida para solucionar todas as colisões, pois formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios. A formulação desses enunciados é fundamentada através da ponderação.

3.2 A estrutura da ponderação

A caracterização dos princípios como mandamentos de otimização faz com que eles ordenem “que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas” (ALEXY: 2004, p.185).

Nesse contexto, Alexy afirma que essa idéia de otimização é expressa pelos três princípios parciais que compõem o princípio da proporcionalidade: o princípio da idoneidade ou adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que o último corresponde à ponderação. Vejamos em que consiste cada um deles.

Em relação ao princípio da idoneidade ou adequação, o autor explica que ele exclui a utilização de meios que, visando à realização de um princípio, acabem prejudicando outro, sem, no entanto, fomentar o princípio ao qual eles devam servir.⁷

Já o princípio da necessidade, consiste na escolha, entre dois meios que possibilitem a realização de um princípio, daquele que menos intensamente intervenha em um outro princípio.

De acordo com Humberto Ávila, o exame da necessidade envolve, primeiramente, a verificação da existência de mais de um meio que promova igualmente o fim e, posteriormente, a análise de qual desses meios é menos restritivo.

⁷ A situação é ilustrada pelo autor da seguinte forma: “Se M1 não é adequado para a promoção ou obtenção do fim exigido por P1 ou idêntico a P1, ou seja, para P1 é igual se utilizar M1 ou não. Se, em outras circunstâncias, M1 afeta a realização de P2, então no que diz respeito à otimização com relação às possibilidades fáticas, M1 está proibido por P2” (ALEXY: 2002, p. 114-115).

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, consiste na ponderação entre as vantagens e os prejuízos causados pela adoção de uma determinada medida. Segundo Alexy, esse princípio identifica-se com a ponderação.

Nesse contexto, a ponderação faria parte daquilo que exige um princípio mais amplo: o princípio da proporcionalidade. Assim, Alexy irá defender que os princípios da adequação e da necessidade expressam a idéia da otimidade-pareto, ou seja, “uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras” (ALEXY: 2003, p. 135), ao passo que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito abarca os casos em que os custos e sacrifícios não podem ser evitados, tornando-se necessária uma ponderação.

O autor alemão também salienta que os dois primeiros princípios se referem à otimização quanto às possibilidades fáticas, enquanto o último se refere à otimização relativamente às possibilidades jurídicas, sendo, por isso, o que interessa quando se trata da colisão de princípios. Partindo desse entendimento, ele afirma que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é idêntico a uma regra, a qual ele denomina *lei da ponderação*.

A lei de ponderação é descrita por Alexy da seguinte forma: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY: 2003, p.136).

Essa lei demonstra que o grau de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro princípio. Nesse sentido Prieto Sanchís afirma que a lei de ponderação é a regra constitutiva do método que visa fundamentar a precedência que um princípio exercerá sobre o outro, num caso concreto.

Por fim, Alexy assevera que a lei da ponderação permite verificar que a ponderação se compõe em três passos.

A ponderação exige, em primeiro lugar, a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Nessa fase é indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais que compõe as colisões, para que a ponderação ocorra sem distorções. (ALEXY: 1999, p. 69).

Essa etapa é definida por Humberto Ávila como a preparação da ponderação e enseja a identificação do que está sendo objeto de sopesamento através de uma análise exaustiva de todos os elementos e argumentos.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos afirma que na primeira fase da ponderação o intérprete deve buscar identificar a existência de conflito normativo, ou seja, se existem enunciados normativos presentes no ordenamento jurídico fundamentando as normas que se imaginou entrarem em conflito e, em seguida, ordená-los de acordo com a solução que indiquem para o caso concreto.

A autora ressalta que o intérprete deve atuar com cautela para identificar os enunciados normativos em colisão, não devendo admitir como objeto da ponderação, interesses que não encontrem fundamento no ordenamento jurídico. Assim, ela afirma que como a ponderação é uma técnica jurídica, os “interesses genericamente considerados só podem ser levados em conta se puderem ser reconduzidos a enunciados normativos explícitos ou implícitos” (BARCELLOS: 2005, p.97).

Já a segunda etapa da ponderação, é definida como a necessidade de comprovação da importância de cumprimento do princípio em sentido contrário. Nessa fase ocorre a realização da ponderação, de modo que deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro. Assim, o intérprete terá que examinar as circunstâncias do caso concreto e sua repercussão sobre os elementos normativos. Essa atividade será realizada em duas etapas, que são colocadas pela autora da seguinte forma:

“Em primeiro lugar, o intérprete terá que destacar, dentre todas as circunstâncias do fato que caracterizam a hipótese, aquelas que ele considera relevantes(...) Em segundo lugar, e as duas questões estão interligadas, os fatos relevantes terão influência sobre o peso ou a importância a ser reconhecida aos enunciados identificados na fase anterior e as normas por eles propugnadas” (BARCELLOS: 2005, p.116).

Por fim, Alexy define a última etapa da ponderação como aquela que exige a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.

Essa fase implica na formulação de regras, inclusive de primazia, entre os princípios que estão sendo analisados. Não é por outra razão que se mostra a fase mais complexa da ponderação, pois enseja várias questões como a de justificar porque uma solução indicada por determinado elemento deve prevalecer sobre outra. Apesar do exposto, é importante destacar que a decisão obtida através do processo de ponderação, sempre que possível, terá como objetivo, alcançar a concordância prática, que, em última análise, pode ser vista como a finalidade da ponderação.

3.3 Concordância prática como finalidade da ponderação

A concordância prática é definida por Canotilho como o princípio que “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros” (CANOTILHO: 1999, p.1152).

Ana Paula de Barcellos ensina que, esse princípio foi concebido inicialmente como uma alternativa a ponderação, pois se considerava que os resultados da ponderação apontavam para a prevalência de um bem sobre outro⁸, enquanto a concordância prática levaria a uma harmonização entre eles. Em um momento posterior, a concordância prática passou a ser um objetivo a ser alcançado pela ponderação, o que corresponde a tese abarcada por Alexy, segundo a qual a otimização das possibilidades jurídicas, objetivo da ponderação, pode ser definida como o princípio da concordância prática.

Nesse sentido, a concordância prática atua como parâmetro para que o intérprete analise o caso concreto e opte por uma solução mais harmônica e que imponha o menor sacrifício possível no que tange aos princípios conflitantes.

Ressalte-se que essa diretriz também não está livre de críticas e há algumas objeções consistentes: impossibilidade de se elaborar uma fórmula única que preveja um mesmo grau de restrição para todos os enunciados que estão em contradição e a existência de elementos normativos que possuem maior importância que outros, devido às circunstâncias específicas do caso, de modo que sua limitação se torna praticamente inaceitável.

Diante disso, pode-se concluir que a concordância prática aponta para a necessidade da máxima realização de valores que se direcionam para sentidos opostos, podendo ser definida como a finalidade que deve orientar a ponderação (ÁVILA: 2004, p. 96).

Até o presente momento, tratou-se do processo ponderativo tal qual ele ocorre no caso concreto, porém, é possível que a ponderação também ocorra de forma abstrata, ou seja, em um momento anterior ao caso concreto.

3.4 Ponderação em abstrato e ponderação em concreto

⁸ Acerca dessa prevalência, Ana Paula de Barcellos ressalta que a conjugação de elementos para solucionar a colisão de princípios “resulta frequentemente em um conflito parcial, isto é, que não confronta de forma radical os enunciados a ponto de a realização de um impor a não incidência de outro” (BARCELLOS: 2005, p.134).

A ponderação em abstrato ou preventiva ocorre de modo desvinculado de casos concretos, quando há tentativa de se estabelecer critérios visando compatibilizar princípios constitucionais que tendem a colidir.

Dessa forma, a realização da ponderação em abstrato pode ser dar mediante a discussão de casos hipotéticos ou passados, possibilitando que o juiz tenha parâmetros pré-fixados quando se deparar com o conflito normativo concreto. Outra forma de se realizar esse tipo de ponderação é através da observação e da contínua experiência com a interpretação e aplicação de dispositivos que tendem em entrar em conflito, o que permite que seja produzido um banco de dados formado por situações típicas e elementos de fato relevantes que poderão auxiliar o aplicador na construção de parâmetros a serem aplicados, posteriormente, num caso concreto (BARCELLOS: 2005, p.149).

Com efeito, se o caso hipotético se reproduz na vida real, com todas as suas peculiaridades, a ponderação em abstrato fornecerá ao juiz soluções previamente estabelecidas, o que torna os casos mais fáceis, além de tornar desnecessária a realização de uma nova ponderação.

Dessa forma, como bem apontado pro Karl Larenz, a jurisprudência poderá, ao longo do tempo, ir concretizando pautas de valoração que carecem de ser estar ligadas a um caso concreto, reduzindo a margem de apreciação do julgador (LARENZ: 1997, p.587).

Por sua vez, a ponderação real ou em concreto é aquela realizada levando-se em conta as características específicas de um caso concreto. Assim, se as situações hipotéticas não forem capazes de solucionar o conflito, o aplicador encontrará a norma de solução mais adequada utilizando-se de subsídios fornecidos pelos elementos peculiares que compõem a situação que está sendo analisada.

Nesse contexto, Karl Larenz pontua que as decisões que serão tomadas pelos tribunais criarão possibilidades de comparação e poderão reduzir a margem de apreciação do aplicador, mas jamais irão criar uma regra rígida que oriente todas as colisões de princípios. Assim, ele faz a seguinte consideração:

“Com o acréscimo de sentenças dos mais altos tribunais, se não de criar possibilidades de comparação, mediante as quais serão tornadas mais estreitas as margens residuais de livre apreciação. Mas, posto que de cada vez se requererá a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, que nunca são iguais, não se deve esperar que, com o tempo, se venham a formar regras fixas que possibilitem uma subsunção simples do caso concreto. A comparação dos casos possibilita analogias e porventura uma

certa tipificação dos casos; a ponderação de bens será desse modo aliviada, mas não se tornará supérflua” (LARENZ: 1997, p. 587).

No mesmo sentido, Alexy assevera que a solução da colisão não é significativa somente para o caso concreto, pois através dela serão estabelecidas relações de prioridade, que poderão influenciar na decisão de novos casos. Ele prossegue afirmando que as relações de prioridade estabelecidas em um caso concreto não podem fornecer uma única resposta para cada situação, pois pode existir um novo caso com combinações de características diversas, porém, essas relações possibilitam um procedimento de argumentação que não ocorreria sem elas.

Após discorrer sobre a estrutura e as diferentes formas de se utilizar a ponderação, torna-se necessário expor algumas críticas feitas a essa técnica.

3.5 Críticas à ponderação

O ponderar no direito constitucional suscita inúmeras críticas, o que levou Robert Alexy a afirmar que é impossível enumerá-las. A maioria delas envolve casos em que estão presentes direitos fundamentais conflitantes ou quando há a modalidade denominada pelos americanos de *ad hoc balancing*.⁹

Embora as inúmeras objeções à ponderação tenham fundamentos teóricos diversos, elas possuem alguns pontos em comum. Dessa forma, procuraremos sintetizá-las em três argumentos.

A primeira objeção consiste na inconsistência metodológica da ponderação. Segundo Alexy, essa crítica consiste na afirmação de que a ponderação não constitui um método que permita um controle racional, pois os princípios não regulam por si mesmos sua aplicação, o que abre espaço para o subjetivismo judicial.

De acordo com esse argumento, a ponderação não impõe parâmetros racionais e objetivos que vinculem a decisão e previnam o arbítrio, pois não fornece critérios que possam determinar qual princípio pesa mais, conferindo ao juiz uma discricionariedade exacerbada.

Nesse contexto, tornam-se imprescindíveis as palavras de Friederich Müller acerca da irracionalidade e do subjetivismo causados pela ponderação:

⁹ O *ad hoc balancing* é definido como a ponderação realizada pelo juiz no caso concreto, sem que ele esteja vinculado a qualquer parâmetro anterior. (Cf. BARCELLOS: 2005, p.50).

“Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfactíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com a ajuda dos pontos de vista da hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuem no fundo uma reserva de juízo [Urteilsvorbehalt] em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas” (MULLER: 1999, P.36).

No mesmo sentido, Jürgen Habermas assevera que a ponderação ocorre de modo irrefletido, pois os juízes, no lugar de definirem qual atitude deve ser exigida num determinado conflito, acabam decidindo de forma arbitrária sobre o equilíbrio existente entre os bens ou sobre a relação existente entre valores. O autor afirma ainda, que os juízes formulam decisões seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários (HABERMAS:1997, p.321-323).

Alexy afirma que essas objeções são corretas se pretendem demonstrar que a ponderação não conduz a apenas um resultado para cada caso. Contudo, são incorretas se pretendem provar que a ponderação não é um procedimento racional.

Dessa forma, ele assevera que a ponderação só poderia ser considerada irracional se seguisse um modelo de decisão, ou seja, se consistisse meramente na formulação de um enunciado de preferência (lei de colisão), pois nesse caso a determinação do enunciado poderia ser feita intuitivamente, conduzindo a um subjetivismo.

No entanto, Alexy propõe um modelo de fundamentação, que distingue o momento da elaboração do enunciado de preferência, através de um processo psíquico, e o momento de sua fundamentação. Dessa forma, a racionalidade da ponderação estará caracterizada quando o enunciado de preferência puder ser fundamentado racionalmente.

Nessa perspectiva, ele afirma que pode haver a utilização de argumentos jurídicos gerais, tais como cânones de interpretação e argumentos empíricos, para fundamentar o enunciado de preferência, entretanto, esses argumentos não são específicos para a fundamentação desses enunciados, ou, seja, não estão relacionados diretamente com a ponderação. Por outro lado, argumentos específicos podem ser encontrados na jurisprudência

alemã¹⁰, pois suas decisões demonstram que existe uma regra constitutiva das ponderações: a lei de ponderação.

Embora a lei de ponderação não ofereça critérios para mensurar a intensidade da afetação e o grau de importância do cumprimento dos princípios, ela indica que os enunciados acerca dos graus de afetação e importância devem ser fundamentados para justificar o enunciado de preferência condicionado, que é resultado da ponderação (ALEXY:2002, p.164).

Dessa forma, Alexy assevera que a lei de ponderação deixa claro o que críticos como Habermas devem impugnar quando afirmam que a ponderação é irracional, arbitrária e irrefletida. Segundo o autor, eles devem impugnar que é possível a elaboração de sentenças racionais sobre intensidade de intervenção e graus de importância.

Para demonstrar que essas sentenças são possíveis, o autor utiliza a análise de exemplos, citando a decisão proferida pelo Tribunal Federal Alemão no caso Titanic. Nesse caso, o Tribunal teve que efetuar uma ponderação entre o direito de personalidade de um oficial hemiplégico do exército e a liberdade de opinião da revista Titanic, que havia publicado uma sátira designando o oficial como aleijado.

A decisão do Tribunal foi no sentido de que a designação violava gravemente o direito de personalidade do hemiplégico e que, portanto, “a importância da proteção do oficial pela imposição de uma indenização em dinheiro pelo dano material sofrido é grande” (ALEXY: 2007, p.114).

Alexy afirma que essa decisão segue o modelo da ponderação e demonstra que é possível estabelecer uma escala triádica de graus leve, médio e grave em relação à intensidade de intervenção e ao grau de importância de cumprimento do princípio em sentido contrário.

Nessa perspectiva, as suposições que estão na base da sentença do caso Titanic não são arbitrárias, pois ao entender que a designação do hemiplégico como aleijado fere gravemente seu direito a personalidade, o Tribunal fundamentou sua decisão, afirmando que a expressão aleijado é humilhante e depreciativa. (ALEXY: 2007, p. 114).

¹⁰ A seguinte formulação do Tribunal Alemão pode ser considerada como um argumento referido especificamente a ponderação: “ O direito de liberdade do indivíduo se manifesta [...] com tanto mais força, quanto mais se questiona seu direito a livre escolha de profissão; a proteção da comunidade é tão mais urgente, quanto maiores são os inconvenientes e perigos que puderem resultar para a comunidade de uma liberdade total do direito de escolha da profissão.” (Cf. BVerfGE 7, 377 in: ALEXY: 2002, p. 160).

Dessa forma, Alexy conclui que as sentenças decorrentes da ponderação só poderiam ser consideradas irrefletidas, como pretende Habermas, se não estivessem assentadas em uma argumentação, já que ele considera os argumentos como expressões públicas da reflexão.

É importante ressaltar que a questão da racionalidade das decisões não se encerra nesse ponto. Para complementar os fundamentos apresentados acima, Alexy propõe a vinculação da teoria dos princípios à teoria da argumentação. Dessa forma, para que uma decisão jurídica seja considerada racional, devem ser observados alguns parâmetros relacionados ao discurso, que foram elaborados no âmbito da teoria argumentativa de Alexy.

Por fim, o autor também refuta a tese de Habermas de que o Tribunal faz suas sentenças seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários, afirmando que isso só estaria justificado se as decisões considerassem relevantes apenas a existência de precedentes, ignorando sua correção.

Logo, torna-se necessário expor o entendimento de Prieto Sanchís acerca do subjetivismo gerado pela ponderação. De acordo com o autor, as críticas ao subjetivismo não podem ser eliminadas, mas podem ser reduzidas através da elaboração de uma hierarquia condicionada entre os princípios, que possa servir como base para a criação de uma regra suscetível de universalização, que será usada em todos os casos que as circunstâncias idênticas de repetirem.

A elaboração de uma hierarquia condicionada também é sustentada por Alexy. Segundo o autor, embora seja impossível a criação de uma ordem hierárquica de valores e princípios que determine uma decisão obrigatória para todos os casos¹¹, nada impede que haja uma “ordem branda” de valores, que pode ser determinada através de preferências *prima facie* em favor de determinados valores ou princípios e através de uma rede de decisões concretas de preferências (ALEXY: 1988, p.146-147; MAIA; SOUZA NETO 2001, p. 88).

¹¹ Nota-se aqui mais uma divergência entre os pensamentos de Alexy e Dworkin. Dworkin defende que os princípios podem levar a uma única resposta correta, a qual poderia ser justificada através de uma teoria substantiva que contenha princípios e ponderações que melhor se correspondam com a Constituição, com o direito e com os precedentes. Nesse contexto, ele afirma que a resposta correta seria encontrada por um juiz ideal que possui habilidade e sabedoria sobrehumanas (Juiz Hércules), cabendo aos juízes reais aproximar-se dele o máximo possível. Entretanto, Alexy afirma que isso só seria viável, se pudesse existir uma teoria forte dos princípios que contivesse, além de todos os princípios existentes, todas as relações abstratas e concretas entre eles. Por fim, Alexy entende que a existência de uma única resposta correta deve atuar como idéia regulativa para os juízes, de modo que eles devem pressupor que sua resposta seja a única correta. (Cf. ALEXY: 1988, p.145-151; MAIA; SOUZA NETO: 2001, p. 89-90).

A segunda crítica se refere a relativização dos direitos fundamentais e sustenta que a ponderação torna mais frágeis os direitos fundamentais, pois sua proteção fica condicionada à vontade do órgão jurisdicional responsável pela sua tutela. Assim, o uso dessa técnica acaba por prejudicar a certeza e a garantia de cumprimento das normas que contém direitos fundamentais, submetendo-os a imprevisibilidade.

No mesmo sentido, Habermas afirma que a ponderação retira a força normativa dos direitos fundamentais, reduzindo-os ao plano de valores. Dessa forma, esses direitos perdem o sentido deontológico de mandamento e passam a ter um sentido teleológico “daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas” (HABERMAS:1997, P.321)

A crítica de Habermas se refere, pois, à possibilidade que a ponderação oferece de que os princípios sejam realizados em diferentes graus, pois nesse caso falta a estrutura binária que é constitutiva para a validade das normas. Todavia, Alexy defende que a gradualidade não pressupõe que os princípios tenham uma estrutura teleológica, pois embora a estrutura binária deva existir no resultado final de uma fundamentação que tenha por objeto direitos fundamentais, isso não implica que todos os passos da fundamentação também devam ter caráter binário (ATIENZA: 2001, p.676.).

Habermas acrescenta, ainda, mais uma crítica à ponderação, ressaltando que “no caso de uma colisão todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito” (HABERMAS:1997, p.321)

Refutando essa objeção, Alexy afirma que as intervenções quase sempre podem ser justificadas por uma intensificação ainda mais ampla dos fundamentos de intervenção. Para ilustrar essa afirmação ele cita novamente o caso Titanic, no qual a intervenção na liberdade de opinião da revista foi justificada quando o Tribunal afirmou que a designação do oficial como aleijado era algo humilhante e que toca a dignidade da vítima, demonstrando a gravíssima violação ao seu direito de personalidade.

Dessa forma, Alexy conclui que quanto mais intervenções ocorrem, mais fortes ficam os direitos fundamentais, como se eles possuíssem um núcleo resistente. Com efeito, essa situação serve para refutar a crítica de Habermas, fazendo erigir a “viga mestra” que ele afirma faltar na ponderação (ALEXY: 2003, p. 140).

Similarmente, Daniel Sarmento afirma que a ponderação é uma necessidade indeclinável decorrente do caráter de normas abertas¹² que os direitos fundamentais possuem. O autor prossegue, afirmando que sem a ponderação a colisão desses direitos seria resolvida através do estabelecimento de uma hierarquia entre eles, o que acabaria fazendo com que alguns sempre prevalecessem sobre os outros.

Por fim, Prieto Sanchís também defende que a ponderação é necessária para preservar os direitos fundamentais e pontua sua utilização é inevitável, no marco de Constituições pluralistas, que contém princípios que tendem a colidir. (SANCHIS: 2003, P.207)

A última objeção trata da separação dos poderes e da legitimidade democrática. De acordo com esse argumento, a técnica da ponderação permite que os juízes imponham suas posições políticas e ideológicas, usurpando os poderes legislativos.

Em outras palavras, a ponderação viola o princípio da separação de poderes, pois modifica a interpretação e aplicação do direito, permitindo que os juízes avaliem arbitrariamente as situações concretas, sem que haja qualquer previsão legal que os legitime para isso.

Para refutar essa crítica, Daniel Sarmento pontua que a estrutura aberta dos princípios e a complexidade dos casos com que se defrontam os juízes, tornam indispensável o uso da ponderação. Ele acrescenta que a tarefa de resolução de casos concretos que envolvam princípios divergentes é tipicamente jurisdicional.

Nesse contexto, pode-se afirmar que haveria uma interlocução necessária entre legislativo e judiciário, com o intuito de melhorar a realidade social.

No entanto, o autor não nega que a ponderação demonstra a dimensão política da jurisdição constitucional, ensejando problemas agudos concernentes a sua legitimidade. Nesse sentido, a jurisdição constitucional deve atuar dentro de alguns limites, para evitar que se converta num “instrumento antidemocrático, de afirmação de desígnios de uma minoria não eleita, sobre a vontade dos representantes escolhidos pelo povo” (SARMENTO: 2000, p.151).

Assim, a atividade judicial deve se pautar em critérios e elementos que, embora possam ser vagos e contraditórios, ajudem a tornar mais objetivos os valores

¹² A expressão se refere ao fato dessas normas não possuírem campos de incidência demarcados com precisão.

utilizados para a fundamentação das sentenças, como por exemplo, os textos escritos e o direito natural, a tradição e o consenso geral (CAPELLETTI: 1993, p.103). Portanto, nota-se, novamente, a necessidade da argumentação para imprimir mais racionalidade às sentenças e mais legitimidade aos juízes.

No mesmo sentido, Prieto Sanchís afirma que a justificação racional, além de representar uma condição de validade (pois a motivação é uma exigência constitucional), representa, sobretudo, uma condição de legitimidade das decisões, pois os juízes exercem um papel muito mais criativo na aplicação de princípios do que na aplicação de regras. O autor prossegue, afirmando que o controle social das atividades de interpretação e aplicação do direito só pode ocorrer se existir uma distinção entre as funções de quem formula e de quem aplica a norma.

Destarte, a legitimação do Parlamento e do magistrado possuem fontes diversas. No primeiro caso, a legitimidade decorre de sua própria origem, de modo que seu controle ocorre pela via eleitoral. No segundo caso, a legitimidade é justificada pelo modo como o juiz exerce sua função, o que implica o controle pela crítica de sua atuação¹³. Dito de outro modo, a fundamentação racional das decisões servirá de lastro para a legitimação da atividade jurisdicional.

Assim, uma vez que no Estado Democrático a legitimidade do parlamento decorre da eleição popular de seus membros, Alexy afirma que a jurisdição constitucional só pode ser legítima se também for compreendida como representação do povo.¹⁴

¹³ Nesse contexto, o juiz atuaria como interlocutor qualificado do legislador e não como usurpador de suas funções. Entretanto, essa situação exige que o controle das decisões seja feito por indivíduos racionais que tenham condições de entender os argumentos utilizados.

¹⁴ As questões referentes à representação, jurisdição constitucional e democracia não serão aprofundadas, pois estão vinculadas à teoria da argumentação e do discurso e envolvem conceitos que não são objeto do presente artigo. No entanto, convém explicar, em linhas gerais, a proposta do autor. Alexy assevera que dois pontos devem ser observados para que seja possível conciliar jurisdição constitucional e democracia: a superação da idéia de que a representação do povo está necessariamente vinculada à eleição e à comprovação de que uma representação sem eleições pode ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições. O primeiro ponto é alcançado se forem adicionados argumentos à democracia, de modo que sua imagem deixe de conter apenas um procedimento de decisão centrado no conceito de eleições. A inclusão de argumentos na democracia, faz com que ela não se apóie apenas em um conceito de decisão, tornando-a deliberativa. Em razão disso, a união entre o povo e o parlamento, além de ser determinada pelas decisões, é determinada por argumentos, ao passo que a representação do povo por um tribunal constitucional é puramente argumentativa. Por fim, o autor explica que a jurisdição constitucional, considerada como argumento, não admite tudo, se puderem ser diferenciados os argumentos bons dos ruins. E prossegue, esclarecendo que a jurisdição constitucional, considerada como representação, pode ser unida com aquilo que o povo realmente pensa, sendo necessário, para isso, a existência de pessoas racionais capacitadas para aceitar um argumento por ser válido ou correto. (ALEXY: 2007, p. 162-165).

Portanto, no entendimento de Alexy, a ponderação só pode ser justificada e legitimada se estiver aliada a uma teoria da argumentação, sendo necessário que pessoas qualificadas possam compreender as premissas argumentativas utilizadas pelos juízes nas sentenças e, assim, criticá-las ou aceitá-las como válidas.

4-CONCLUSÃO

Os princípios percorreram uma árdua trajetória ao longo dos últimos séculos, até que viessem a adquirir a pujança necessária para que fossem qualificados como normas de Direito. Por certo, a fase normativa dos princípios ainda está por desenvolver seu pleno potencial, não obstante já produza efeitos concretos inclusive no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com a dogmática tradicional, a classificação de princípios e regras obedeceria a critérios como os de generalidade e abstração. Atualmente, tais parâmetros não são suficientes para se chegar a uma distinção adequada dos mesmos.

Nesse sentido, Robert Alexy oferece um dos caminhos, porém não o único, para se chegar a uma tipologia mais precisa. Com base em uma diferenciação qualitativa, tributável, em parte, a atribuição de uma dimensão de peso aos princípios proposta por Ronald Dworkin, Alexy define regras como mandamentos definitivos e princípios como mandamentos de otimização. Assim, havendo conflito de normas, a discrepância entre regras e princípios tornar-se-ia mais visível.

Para a colisão de princípios, propõe o autor a ponderação como via de otimizar o próprio ordenamento jurídico, visto que sua resolução não implica a invalidade de nenhuma das normas em apreço, tampouco a criação de uma cláusula de exceção – hipóteses estas aplicáveis ao conflito entre regras. Isto porque sua premissa consiste justamente no princípio da Unidade da Constituição.

Essa teoria proposta por Alexy deve ser analisada com cautela, pois além de ser possível que as regras sejam ponderadas, a distinção entre regras e princípios não é estrutural, pois somente ocorre no momento de interpretação do caso concreto e de justificação das decisões.

Conforme demonstrado, Alexy estrutura a ponderação em três etapas, tendo por base a lei da ponderação. Isto faz com que os princípios possam ser realizados em diferentes graus. A gradualidade dos princípios, entretanto, só será determinada através da análise das circunstâncias e especificidades do caso concreto.

Desse modo, a ponderação não somente é identificada com a proporcionalidade em sentido estrito (que constitui um dos sub-princípios da proporcionalidade) como deve também, sempre que possível, buscar atingir a concordância prática (a harmonização dos princípios que entrarem em colisão).

Sem dúvida, a ponderação não se encontra imune a críticas. Muitas das objeções se referem à falta de racionalidade e ao conseqüente subjetivismo judicial ensejados por essa técnica, que em última análise acabariam gerando a ilegitimidade de sua aplicação pelo Poder Judiciário.

A bem da verdade, Alexy concebe a ponderação como um método consistente, cuja racionalidade decorre de uma fundamentação específica a ser utilizada pelo juiz. Em outras palavras, a racionalidade e a legitimidade da ponderação se justificam através da utilização de argumentos. Chega-se, assim, à zona limítrofe entre teoria dos princípios e teoria da argumentação jurídica.

Outra importante objeção feita à teoria de Alexy é de que a ponderação relativiza os direitos fundamentais, retirando sua força normativa. A essa crítica, Alexy responde que os direitos fundamentais se tornam mais fortes quando são ponderados, demonstrando que possuem um núcleo resistente que sempre irá permanecer nos casos de colisão.

De qualquer modo um ponto resta claro: a ponderação é *conditio sine qua non* para a garantia e preservação dos princípios e valores consubstanciados nas Constituições atuais, que devem atuar como guardiãs supremas de toda e qualquer sociedade que tenha por aspiração ser justa e democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**, Revista de Direito Administrativo n 217, 1999.

_____ **Constitucional Rights, Balancing and Rationality**, Ratio Juris, v.16, n. 2, 2003.

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

_____ **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____ **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**, Revista Doxa n 5, 1988.

_____ **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n 165, jan./mar. 2005.

ATIENZA, Manoel. Entrevista a Robert Alexy. **Revista Doxa**. n 24, 2001, p.674). Disponível em:

<<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/index.htm>>
> Acesso em : 10.03.2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS. Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

_____ **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: safE, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Trad. José Lamago. 3. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In* : PEIXINHO, Manoel Messias. **Os princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SANCHÍS, Luís Prieto. **Diez argumentos a propósito de los principios.** Disponível em: <dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=174663&orden=87997> Acesso em: 29.02.2008.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Editorial trota, 2003.

_____. **Sobre Principios y Normas: Problemas del Razonamiento Jurídico.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: a ponderação de bens. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Abril, v.91, n. 798, 2002.

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

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Lei, Derechos, Justicia.** Madri: Trotta, 1995.