

## A PROPORCIONALIDADE EM ALEXY: SUPERANDO O POSITIVISMO OU COROANDO O DECISIONISMO?

### PROPORTIONALITY IN ALEXY'S THEORY: OVERCOMING POSITIVISM OR CROWNING DECISIONISM?

Saulo Salvador Salomão\*

#### RESUMO

O presente trabalho se presta a realizar uma breve reflexão acerca do câmbio paradigmático sofrido pela teoria do direito (em consonância com as respectivas modificações estruturais ocorridas na esfera do Estado) até chegar ao ponto de análise: a ponderação de princípios na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Face à necessidade de superação da discricionariedade judicial como elemento responsável pelo fechamento do sistema de regras, bem como ao reconhecimento da força normativa dos princípios, o jurista alemão – no intuito de racionalizar uma prática que de há muito se fazia presente na Corte Constitucional de seu país – teorizou um método baseado no princípio da proporcionalidade que, aqui, problematizamos. Após as críticas de Habermas e o contributo da hermenêutica filosófica, é possível confiar ao método a responsabilidade pela eliminação da discricionariedade nas decisões judiciais?

**Palavras-chave:** ponderação; discricionariedade; decisão judicial; princípios.

#### ABSTRACT

The present paper lends itself to carry out a brief analysis of the changing paradigm in the theory of law (in line with their structural changes occurring in the state sphere) to the point of analysis: the balancing of principles in the Theory of Fundamental Rights (Robert Alexy). Given the need to overcoming the judicial discretion as a factor responsible for stabilizing the system of rules, as well as recognizing the normative force of the principles, the german jurist – in order to streamline a practice that has long was present in the its country Constitutional Courtr, theorized a method based on the principle of proportionality, here problematized. After the criticism of Habermas and the philosophical hermeneutics

\* É especialista e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Professor de cursos de Pós-graduação em Direito; Advogado criminal. Rua vinte e quatro de outubro, 1.614, apto 24 – Porto Alegre – CEP: 90510-001 saulosalvadorsalomao@gmail.com

Saulo Salvador Salomão

contribution is possible to trust the method responsible for the elimination of discretion in judicial decisions?

**Keywords:** balancing; discretion; judicial decision; principles.

## INTRODUÇÃO

Seria o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito uma janela para a discricionariedade na fórmula de Alexy? A resposta para a pergunta requer uma reflexão que vem desde o fim do paradigma do Estado Liberal, passa pelo do Estado de Bem-Estar-Social e chega ao atual – Estado Democrático de Direito –, obrigatoriamente considerada a evolução da Teoria do Direito durante esses períodos históricos.

48

Cada fase da história deve necessariamente compreender um modelo jurídico que se amolde às necessidades da sociedade, aos seus anseios e à forma como ela se relaciona com suas estruturas de poder. Na vigência do paradigma liberal, o Direito se limitava à condição de instrumento apto a proteger a sociedade dos arbítrios praticados pelo Estado que recentemente abandonara o modelo absolutista. A lei nada tinha a permitir, mas a proibir condutas. Extraía-se que a liberdade era o padrão. Tratava-se, pois, de uma forma de defesa em face de um poder executivo com histórico de abusos e intromissões na esfera jurídica dos particulares que encontraram na lei seu escudo. Em verdade, mais do que na Lei, o escudo estava no Poder Legislativo. Era a ele, inclusive, que deveriam os magistrados recorrer quando pairasse eventual dúvida sobre a correta interpretação das leis. Vale lembrar que, no período pós-revolução francesa, o judiciário (ainda ocupado por representantes do *Ancien Régime*) era visto com forte desconfiança, de tal forma que o parlamento era o *locus* de onde emanava a *volonté general*, na medida em que majoritariamente composto pela agora dominante burguesia. Tal regime de mínima interferência estatal acabou por permitir o avanço das desigualdades sociais, eis que não contemplava a tutela das massas proletárias geradas pela economia de mercado. É fato que aqueles deixados à margem organizaram-se para reivindicar uma nova postura estatal perante a sociedade. Nasceram os movimentos comunistas com demandas de atuações positivas do Estado na garantia dos direitos sociais (direitos fundamentais de segunda geração). Cresceu também a necessidade de um Direito independente e autônomo. Dá-se então a virada paradigmática que conduz o positivismo jurídico de Hans Kelsen ao status de Teoria do Direito dominante na sociedade, refletindo, inclusive, na doutrina e jurisprudência correntes.

A Teoria Pura do Direito, obra maior do referido mestre, estabelece o Direito enquanto ciência, estipulando como objeto o ordenamento jurídico, que consistiria num sistema fechado de regras. Esse sistema deveria se bastar, sendo papel do magistrado desvelar nas normas sua interpretação, independentemen-

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 47-68, jul./dez. 2012*

## A proporcionalidade em Alexy

te de qualquer interferência de outro Poder. Ressalte-se que a interpretação se resumia ao exercício silogístico de subsunção entre fato e norma. É certo que em alguns casos esse raciocínio não mostrava-se tão claro. Se mais de uma norma regulavam a conduta dando consequências jurídicas distintas era necessária a resolução da antinomia pelos critérios da especialidade, hierarquia e temporalidade. No caso de nenhuma norma regular a conduta (vale dizer que a pretensão positivista era sempre de que o papel do sistema de regras era contemplar de antemão todas as possíveis hipóteses de aplicação), o togado supriria a lacuna valendo-se de analogia. Nos casos em que determinada norma não fosse clara o suficiente, permitindo mais do que uma interpretação, seria papel do juiz decidir com base em seu poder discricionário a lide. Lançaria mão de uma moldura previamente construída pela academia onde estariam enumeradas as possíveis interpretações da regra. A partir daí, decidiria por uma delas.

Observa-se com clareza que os objetivos de Kelsen não foram alcançados, na medida em que, ao confiar num Direito, enquanto sistema fechado de regras para atingir a segurança jurídica, deparou-se com um subjetivismo que a eliminava, uma vez que a decisão residia no poder discricionário da autoridade judicante. É importante ressaltar que a Teoria Kelseniana funcionava em dois planos, o da ciência do direito (um segundo nível) e no da aplicação, no qual ocorreria “política judiciária”. Marca, sobretudo, a afirmação contida no capítulo 8 da Teoria Pura, quando afirma ser a decisão judicial um “ato de vontade”. (bem como as demais modalidades do positivismo normativista), tornando-se, contudo, incompatível com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, reconhecida a indeterminação do texto jurídico, estabelece-se uma nova construção que admitia duas espécies de normas jurídicas, quais sejam: as regras e os princípios. Enquanto as primeiras seriam mais específicas e regulariam condutas concretamente, tal qual preconizado por Kelsen, os segundos seriam mais gerais e regulariam *prima facie* às condutas, sendo ainda dotados de uma característica inexistente nas regras: a dimensão de peso.

Robert Alexy vale-se dessa construção e desenvolve a Teoria dos Direitos Fundamentais, onde define os princípios enquanto mandados de otimização, devendo ser aplicados na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Numa colisão de princípios, por estes serem dotados da referidas características, deveria o magistrado realizar um sopesamento entre os colidentes para verificar no caso concreto qual seria aquele com maior peso, estabelecendo, assim, uma relação de precedência na qual se leria que naquela situação, com aqueles elementos fáticos, a aplicação de um princípio X deveria preceder a de um princípio Y.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 47-68, jul./dez. 2012*

## CRISE DO POSITIVISMO

Na transição paradigmática de um Estado Liberal para o que seria conhecido como um Estado de Bem-Estar Social, já não mais se podia conceber o direito enquanto um conjunto de proibições de condutas, em regra contra ações do Estado contra o particular. Eram tempos de implementação dos direitos de segunda dimensão. De consolidação dos direitos sociais que haviam sido negligenciados naquele paradigma e que finalmente ganhariam vez.

Dessa forma, dispensável seria dizer que, na forma da lição de Kuhn<sup>1</sup>, cada etapa paradigmática da história implica na necessidade de uma teoria do direito que se amolde às suas necessidades. Durante o Paradigma Liberal, o magistrado fazia o papel de *bouche de la loi*, declarando o sentido que deveria se atribuir ao texto normativo. Em caso de dúvidas acerca da correta interpretação, deveria ser usado o *référé législatif*, que consistia em consultar o Poder Legislativo para que manifestasse a “interpretação autêntica”<sup>2</sup>. Trata-se aqui de estrita vinculação legal das questões judiciais e administrativas, o que visava conter eventual arbítrio, tanto por parte da administração, quanto por parte do Poder Judiciário<sup>3</sup>.

Dentre as várias correntes teóricas que se formam no âmbito jurídico, visando analisar e discutir a interpretação e aplicação das normas, destaca-se a Escola Positivista. Sem se descolar dos requisitos dos paradigmas Liberal, o Positivismo Jurídico traz como postulados a crença na neutralidade do método e da hermenêutica. Tal qual nas ciências naturais, a adesão foi massiva, aplicando-se ao Direito os pressupostos do rigor metodológicos, da objetividade e da separação absoluta entre sujeito, objeto e método. Firma-se o entendimento de que para se ter uma Ciência do Direito, seu objeto não pode ser outro, senão a Norma Jurídica posta pelo Estado. Nada mais<sup>4</sup>.

É nesse diapasão que se estabelecem, também, as normas de resolução de antinomias aparentes, como as regras da hierarquia, especialidade e temporalidade e ainda as formas de evitar as lacunas no ordenamento. O método gramatical, o lógico, o histórico, o sistemático e o teleológico<sup>5</sup>. Objetivava-se, com isso, que a resolução dos eventuais percalços no processo de interpretação e aplicação

<sup>1</sup> KUHN, T.S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. 218-232).

<sup>2</sup> COURA, Alexandre Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para análise crítica da “jurisprudência” de valores à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 49.

<sup>3</sup> COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 51.

<sup>4</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuições a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 306.

<sup>5</sup> COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 53.

## A proporcionalidade em Alexy

da norma jurídica se dessem de maneira a prescindir do auxílio/intromissão de qualquer elemento externo, seja ele de matiz religiosa, sociológica, econômica, moral ou filosófica. Aposta-se na construção de um direito autossuficiente.

O paradigma jurídico estabelecido com o Estado Liberal, contudo, não foi capaz de se sustentar em virtude das distorções a que deu azo. Malgrado houvesse focado suas atenções na defesa do particular em face das intromissões do Estado na sua esfera de direitos, nada fez para melhor regular as relações entre os próprios particulares que, pautadas em liberdades e igualdades absolutas e meramente formais (embora aparente contradição terminológica) levaram a sociedade a uma situação de absurda desigualdade social. Estabeleceu-se um regime onde havia uma minoria rica, protegida das arbitrariedades estatais e uma maioria pobre que não contava com qualquer defesa em relação à mencionada minoria rica<sup>6</sup>. Surgem então as teorias comunistas, socialistas e anarquistas que fazem tremer as bases do paradigma liberal posto.

A crescente pauperização da massa trabalhadora impulsionou sua consequente organização e movimentação na busca de uma nova ordem que os contemplasse. Com o fim da I Grande Guerra, tem-se a necessária virada paradigmática e o nascimento do Estado de Bem-Estar-Social.

Nesse paradigma, são consolidados os direitos fundamentais de segunda dimensão, captados das demandas dos movimentos comunistas, trazendo para dentro do ordenamento a busca pela materialização da igualdade através do reconhecimento das diferenças materiais entre as várias pessoas e da proteção do lado mais fraco<sup>7</sup>.

O ato de interpretação e aplicação do Direito também se modifica com a mudança paradigmática, uma vez que a mera tarefa mecânica de aplicação silogística dos textos normativos não mais atende as necessidades do novo sistema. O sentido da lei desvincula-se da vontade subjetiva do legislador e o juiz passa a ter a tarefa de garantir as diversas finalidades sociais atribuídas ao Estado<sup>8</sup>.

Destaca-se aí a “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen como sendo a que mais marcou esse período e ainda nos dias atuais tem notória importância nos meios jurídico e acadêmico. Nela, Kelsen buscou delimitar o objeto da ciência do direito, o qual se restringia ao ordenamento jurídico-positivo, eliminando-se os elementos a ele estranhos, como a moral, ética, economia e política.

<sup>6</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49.

<sup>7</sup> COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*, op. cit., p. 55.

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Massachusetts: The MIT Press, Cambridge, 1996. Original: *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994, p. 246.

O ordenamento jurídico em questão era fechado, resumindo-se a um conjunto de regras, aplicáveis à maneira “tudo ou nada” com a estrutura “Se é A, deve ser B”, resumindo a atividade de hermenêutica a subsunção das situações de fato a uma regra do ordenamento<sup>9</sup>.

Kelsen, no entanto, reconhece que o Direito é sim, aberto e indeterminado, admitindo que, por vezes, não seria possível ao magistrado identificar no conjunto de regras aquela capaz de resolver a lide (Ronald Dworkin se refere a estes como sendo *hard cases*). Deveria, para tanto, valer-se do seu poder discricionário<sup>10</sup>.

Situações dessa natureza revelariam, para o teórico em questão, o papel da Ciência do Direito, qual seja o de enumerar todas as interpretações possíveis de um determinado texto normativo e estabelecer um rol de opções que limitassem a escolha da autoridade competente. Conhecer o Direito e limitar o âmbito de seleção da autoridade jurisdicional.

Ressalte-se que a ideia Kelseniana de interpretação não direcionava o magistrado para uma única resposta correta e adequada para cada caso, e sim para um quadro de respostas possíveis (que deveria estar) previamente estipulado pela doutrina, cabendo ao togado a livre decisão (discricionária) sobre qual delas aplicar<sup>11</sup>.

52

É importante que se note aí, uma vez mais, uma clara diferença para com relação ao paradigma anterior, eis que não mais se consultava o Poder Legislativo para compreender qual seria a interpretação que este entendia correta.

Em 1960 foi lançada uma nova edição da “Teoria Pura do Direito”, que trazia no capítulo que cuidava da interpretação jurídica uma importante mudança de postura no que tocava à discricionariedade do magistrado no momento da decisão. Kelsen reconhece a impossibilidade de efetivamente limitá-la<sup>12</sup>.

Uma vez que se conclui que não há outro critério além da discricionariedade para se escolher a correta solução dentro da moldura previamente traçada de soluções possíveis, conclui-se também que os próprios limites da moldura são igualmente elaborados sem outro critério<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*, op. cit., p. 59.

<sup>10</sup> No tocante à discricionariedade, subscrevo as palavras de Lenio Streck In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 328, nota 565. Adotando o conceito “forte” cunhado por Dworkin. Verbis: “o termo discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento.” em suas críticas ao positivismo”, p. 328, nota 565.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2. ed. Trad. Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962, p. 457.

<sup>12</sup> CARVALHO NETO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 5, p. 27-30, jan./jun. 1997, p. 27.

<sup>13</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 58.

## A proporcionalidade em Alexy

Põe-se em cheque a ideia de segurança jurídica, uma vez que, se o juiz se vale do poder discricionário para decidir, o fundamento da sua decisão não está no direito positivo ou na argumentação jurídica, e sim, na sua condição de órgão jurisdicional.

Em síntese, a partir do momento no qual a autoridade escolhe o texto, à luz dos fatos que ela qualifica livremente, e “insere” ela mesma no texto da norma que ela também terá livremente criado, não há mais lugar para a ideia de uma “aplicação” das normas, se este termo deve ter algum sentido. A interpretação torna-se uma operação meramente volitiva, visto que parece impossível estabelecer o momento cognitivo<sup>14</sup>.

Em síntese, em vez de uma interpretação propriamente dita, conclui-se que o judiciário criaria um novo direito após os fatos e o aplicaria retroativamente, arvorando-se no papel de legislador segundo (ou derivado), aplicando normas que ele próprio criou para o caso concreto.

De suma importância para a compreensão dessa guinada na Teoria Pura do Direito é a explicitação do entendimento kelseniano de que a interpretação por parte do juiz não é um ato meramente cognitivo, e sim, um ato de vontade. Nessa esteira, a “identificação” de uma norma não presente na moldura previamente estipulada, poderia ser considerada se tal processo fosse realizado pelo órgão julgador. Ele chamará de “interpretação autêntica” aquela fruto de uma operação cognitiva do Direito, combinada com um ato de vontade livre do juiz, que poderia dar-se, inclusivamente, de forma desvinculada das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva. Considerara-se este o “giro decisionista” da teoria de Kelsen<sup>15</sup>.

Evidentemente que a concepção positivista de que o Direito é um sistema fechado, de regras unicamente, cuja forma de aplicação e interpretação é previamente delimitada e que em caso de colisão, o fiel da balança será o poder discricionário do magistrado mostrou-se incapaz de se sustentar. Dworkin conclui que isso se dá em virtude da concepção unidimensional das normas enquanto regras, desconsiderando-se os princípios. Assim sendo, os conflitos entre elas geram situações de indeterminação jurídica que podem ser eliminados através do decisionismo<sup>16</sup>.

É mister que se destaque que o objetivo dos positivistas era construir uma teoria com base em um sistema fechado de normas por meio do qual viriam decisões jurídicas consistentes e se teria um Direito independente da política. O resultado, contudo, foi a falta de legitimidade das decisões proferidas, já que se

<sup>14</sup> JOUJUAN, Olivier. Apresentação do tradutor. In: MÜLLER, Friedrich. *Discours de La méthode juridique [Jurustuche Methodik]*. Traduzido do alemão por Olivier Joujuan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 8.

<sup>15</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, *Direito processual constitucional*, op. cit., p. 50.

<sup>16</sup> HABERMAS, *Between facts and norms*, op. cit., p. 209.

Saulo Salvador Salomão

pressupunha que tal legitimidade estaria basicamente relacionada à observância dos procedimentos previamente estipulados para a produção das normas, minimizando assim, em muito, a importância da fundamentação racional das referidas decisões.

A obra de Kelsen é considerada o marco teórico e um ótimo exemplo de interpretação e aplicação do direito sob a óptica do paradigma do Estado Social. Entretanto, uma vez que a indeterminação do Direito não pode ser eliminada, deve-se enfrentar a abertura hermenêutica da jurisdição com base na análise precisa da fundamentação das decisões judiciais, que devem ser adequadas ao paradigma constitucional vigente<sup>17</sup>.

Com a falência desse modelo, visando superar o positivismo, busca-se destacar a “relevância da fundamentação racional das decisões judiciais, em face de um sistema jurídico que deve ser reconhecido enquanto um ordenamento estruturalmente aberto, indeterminado e principiológico, sem que se reforce o decisionismo ou se comprometa o ideal de segurança jurídica e a supremacia da constituição”<sup>18</sup>.

#### REGRAS E PRINCÍPIOS – A TEORIA DE ALEXY

54

Com a crise do Positivismo, buscou-se superar os problemas que a causaram através de uma nova compreensão do Direito, especialmente seu caráter principiológico e sua indeterminação estrutural. Tal tarefa, contudo, não é das mais fáceis, uma vez que, mesmo reconhecendo que os princípios são parte integrante do ordenamento jurídico, a forma como são concebidos pelos teóricos do direito varia de maneira considerável. Mais do que reconhecer o caráter principiológico do direito e sua indeterminação estrutural, é necessário compreender como aplicar os princípios no caso concreto e como lidar com a dita indeterminação.

Um dos primeiros teóricos a estabelecer uma distinção qualitativa bem elaborada entre as diferentes espécies de normas jurídicas, Ronald Dworkin chama atenção para a dimensão de “peso”<sup>19</sup>, da qual os princípios jurídicos seriam dotados. Alerta, ainda, para o fato de que, enquanto as normas do tipo regra são aplicadas na forma de tudo ou nada, os princípios cuidam de apontar um sentido de regulação, não contendo as condições totais de sua aplicação e carecendo de outras normas com as quais se avalia se o princípio regula o caso em questão. Nas palavras de David Duarte, “Assim, enquanto a regra, caso não seja inválida,

<sup>17</sup> COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 69.

<sup>18</sup> COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 72.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42.

## A proporcionalidade em Alexy

determina um efeito necessariamente aceite, um princípio apenas aponta para uma solução a considerar”<sup>20</sup>.

É a partir daí que se desenvolve a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy<sup>21</sup>, quando afirma que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. São, dessa forma, mandados de otimização, podendo ser satisfeitos em níveis diferentes. Mais ou menos, em consonância com as possibilidades do caso concreto<sup>22</sup>.

Clareia-se o retro afirmado dizendo que, por limites jurídicos, pressupõe-se a colisão no caso concreto do princípio observado com outra norma, seja ela do tipo regra ou princípio, portadora de um sinal inverso. Ou seja, que determine que, a partir dali, a regulamentação jurídica se dará de forma distinta daquela apontada pelo dito princípio<sup>23</sup>.

Esse raciocínio nos conduz a uma consequência lógica, qual seja a diferenciada forma de resolução de conflitos normativos entre regras e princípios.

Um conflito entre regras – antinomia – deve ser resolvido pelos critérios da anterioridade (norma posterior revoga norma anterior), especialidade (norma especial derroga norma geral) e hierarquia (a aplicação de norma hierarquicamente superior se sobrepõe à de uma norma hierarquicamente inferior). Quando da resolução do conflito, três são os caminhos possíveis: pelo menos uma regra será declarada inválida, a não ser que a tal uma das regras não seja cabível à situação ou, quando se tratar de uma exceção de uma regra mais ampla<sup>24</sup>.

No caso dos princípios, a resolução dos conflitos normativos se opera de forma substancialmente diferente em razão de suas peculiaridades. Por possuírem dimensão de peso, os princípios podem ser satisfeitos em diferentes graus. Em maior ou menor proporção, dependendo das condições de fato e Direito que se apresentarem. Uma colisão entre princípios deve ser resolvida através da “ponderação de bens” ou “valores” (Alexy, afirma que os princípios são como os valores, diferenciados unicamente por terem caráter deontológico e não meramente axiológico)<sup>25</sup>. É com o sopesando dos princípios que o órgão jurisdicional conseguirá decidir a intensidade da medida devem estes ser satisfeitos.

<sup>20</sup> DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 101.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 5. ed. 2006, trad. Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>22</sup> ALEXY, *Ibidem*. p. 90.

<sup>23</sup> DUARTE, *A norma da legalidade procedimental administrativa*, op. cit., p. 102.

<sup>24</sup> ALEXY, *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/98. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes, p. 12.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios juridicos y razón practica. In: *Derecho y razón practica*. México: Distribuciones Fontanamara, 1993, p.16.

Saulo Salvador Salomão

Deve-se analisar, no caso concreto, levando em consideração todas as circunstâncias do caso, qual princípio tem o maior “peso”. Do resultado deste sopesamento, extrair-se-á que, nas condições mencionadas, a satisfação de determinado(s) princípio(s) devesse preceder a satisfação de outro(s), formando assim um enunciado de precedência. A esta formulação Alexy dá o nome de “Lei da Colisão” p. 99 (P<sub>1</sub> P P<sub>2</sub>) C.

Frise-se que a ideia do sopesamento não foi gestada por Alexy, consistindo essa numa prática do tribunal constitucional alemão: Caso Lebach<sup>26</sup> (Baden meinhoff), caso Lüth<sup>27</sup>, dentre outros.

### CRÍTICAS DE HABERMAS

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy tornou-se alvo de críticas por diversos setores da doutrina jurídica, cabendo as mais contundentes e fundamentadas ao Prof. Jürgen Habermas.

Alexy separa as críticas Habermasianas a sua teoria em dois planos de análise: No primeiro, a crítica de que a ponderação retiraria dos direitos fundamentais o seu poder normativo, eis que os reduziria à condição de políticas ou valores, fazendo com que perdessem sua “prioridade estrita” em relação aos argumentos concorrentes (de valor, moral, ética etc.) no momento da aplicação normativa.

56

Há uma grande diferença quando se decide algo com base num argumento moral ou num argumento jurídico. Se colocarmos ambos, face a face, a norma deverá ter prioridade absoluta sobre um argumento que evoque moral, valores e etc., o que não se verificaria quando da “ponderação de bens”, ocasião em que se daria aos princípios jurídicos o mesmo tratamento que aos demais, desprezando assim, seu caráter deontológico. Para usar o termo Habermasiano, retiraria dos princípios seu escudo de proteção, seu firewall, erigido pela compreensão deontológica das normas jurídicas<sup>28</sup>.

No segundo plano de análise, destaca-se a crítica, segundo a qual a ponderação produziria um juízo em relação ao seu resultado, sem contudo, ser capaz de justificá-lo. Da aplicação gradual dos direitos fundamentais não permitiria se extrair que uma decisão fora correta ou incorreta, colocando a prática da ponderação fora do domínio da justificação<sup>29</sup>.

O sopesamento permaneceria como um procedimento que levaria a uma decisão imune à valoração externa, o que, por si só, geraria insegurança jurídica,

<sup>26</sup> BVerfGE 35, 203.

<sup>27</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>28</sup> HABERMAS, *Between facts and norms*, op. cit., p. 255.

<sup>29</sup> COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*, op. cit., p. 128-129.

## A proporcionalidade em Alexy

uma hipertrofia do Poder Judiciário e uma atrofia do papel da academia, cujo pensamento seria limitado ao resultado das ponderações feitas pelo Estado-Juiz.

Afirma ainda que a ponderação não seria um modelo aberto a um controle racional. Uma vez que princípios e valores não se autorregulam, o sopesamento ficaria submetido ao arbítrio daquele que sopesa. Ela abriria espaço para manifestação do subjetivismo e decisionismo do órgão jurisdicional<sup>30</sup>.

Com essas objeções, Habermas apontaria consequências graves da aplicação da teoria em apreço: (i) a diluição do poder normativo dos direitos fundamentais (dos princípios jurídicos em geral), o que representaria um severo retrocesso histórico para a manutenção desses direitos e garantias. Os direitos fundamentais foram conquistados com processos revolucionários e construções que remontam o início da vida em sociedade. A elevação destes ao status de normas jurídicas representa significativa vitória, já que os tira da condição de ideia abstrata e lhes confere caráter deontológico. Vinculativo. Rebaixá-los, novamente, à condição de valores seria marchar para trás na história; (ii) a irracionalidade das decisões judiciais, quando se constata que o procedimento da ponderação de bens não garantiria uma justificação consistente das decisões judiciais por ele atingidos. A ausência de critérios que disciplinem a sua aplicação implicaria na assunção de que terminaria o controle feito pelo ordenamento jurídico no momento em que se inicia o ato da ponderação, abrindo espaço para o subjetivismo e decisionismo do julgador; (iii) o sacrifício da ideia de correção das decisões judiciais, algo essencial ao Direito e à democracia, juntamente com a justificação (não se teria critérios para separar a decisão correta da incorreta). Na ausência desses critérios, não se tem elementos para efetuar o necessário controle do Judiciário, o que gera incertezas e insegurança jurídica.

57

## CONSIDERAÇÕES DE ALEXY: A PROPORCIONALIDADE

Diante das críticas apontadas a sua teoria, Alexy reconhece, no tocante a racionalidade, que seriam justas se quisessem dizer que com o sopesamento não se chegaria a um resultado único e inequívoco sempre. Contudo, tal conclusão não é suficiente para afirmar que o sopesamento não seja um procedimento racional<sup>31</sup>.

Há duas formas de sopesamento. O decisionista e o racional. Em ambos, o resultado é um enunciado de precedência que dirá que, nas circunstâncias do caso concreto, a aplicação de um princípio X precedera a aplicação de um princípio Y. A diferença entre um e outro se dá no caminho percorrido para se chegar ao enunciado de precedência.

<sup>30</sup> ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, op. cit. p. 163-164.

<sup>31</sup> ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 164.

Saulo Salvador Salomão

No primeiro caso, o estabelecimento da precedência se daria de forma intuitiva, movida por preconceções e valores subjetivos do magistrado. Nesses casos, realmente não seria possível se falar em um sopesamento correto ou equivocado. Tampouco seria possível falar em racionalidade do sopesamento.

Para Alexy, um sopesamento é racional, quando o enunciado de precedência ao qual ele conduz pode ser fundamentado de forma racional<sup>32</sup>. Dessa forma, ele apresenta um método baseado no desenvolvimento de etapas que integram a estrutura do princípio da proporcionalidade para daí extrair o enunciado de precedência.

O autor também se vale da jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã (que nos últimos cinquenta anos utilizou a ponderação para a resolução de conflitos entre princípios) para reafirmar a racionalidade.

Ressalte-se a confiança depositada por Alexy no método, eis que o considera capaz, por si só, de assegurar a racionalidade de todo o processo da ponderação, justificando o resultado da decisão judicial.

O raciocínio de Alexy passa pela construção na qual o princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

58

O primeiro, diz respeito à idoneidade do meio para o atingimento dos fins que o inspiram. Questiona-se se o meio empregado alcança ou não fim pretendido. Se há congruência entre meio e fim. Não há que se falar aqui em mais ou menos adequado, e sim, saber se um meio é adequado ou não. Se é ou não eficaz em promover o resultado ao qual se presta<sup>33</sup>. Considera-se ainda adequado o meio que fomenta o fim almejado.

Vê-se de forma mais clara, quando se opta pela construção negativa do raciocínio. Uma medida só falhara no teste da adequação se o for completamente inidônea para alcançar o fim que se busca.

O exame do segundo subprincípio pressupõe a observância prévia do primeiro. Considerando unicamente os meios tidos como adequados, o subprincípio da necessidade (ou exigibilidade) ordena que seja escolhido aquele que for igualmente eficaz e menos oneroso possível. Deve ser aplicado o meio menos intensamente interferente possível e que seja igualmente adequado, isto é, capaz de melhorar a posição de alguém sem qualquer custo para outros (ou com o menor custo possível)<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> ALEXY, *Ibidem*, p. 165

<sup>33</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 88.

<sup>34</sup> COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 134.

## A proporcionalidade em Alexy

J. J. Canotilho, na mesma linha, elabora explicação mais detalhada, dividindo o subprincípio da necessidade em (i) a necessidade material, devendo o meio ser preservado o quanto for possível no tocante à limitação dos direitos fundamentais; (ii) a exigibilidade espacial, requisito de limitação do alcance da intervenção; (iii) a exigibilidade temporal, que estabelece a limitação da duração da interferência coativa; (iv) a exigibilidade pessoal, que limita a atuação da medida aos envolvidos<sup>35</sup>.

O terceiro é o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Denominado por Alexy como “Mandado de Ponderação” Este é o momento cabal do sopesamento. Uma vez eleito o meio adequado e necessário para a promoção do fim almejado, far-se-á o sopesamento considerando a “lei da ponderação”: “quanto maior for o grau de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro”. Nela esta expressa a ideia de otimização que Alexy atribui aos princípios.

Segundo Daniel Sarmento, é o momento de se analisar a relação custo-benefício da norma avaliada (no contexto do controle de constitucionalidade). Utiliza-se, para efeitos didáticos, a metáfora de uma balança. De um lado se colocaria os interesses protegidos com a medida e de outro lado os interesses restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a medida será constitucional. Se maior for a restrição imposta, estaremos diante de uma inconstitucionalidade<sup>36</sup>.

Nos casos de conflitos normativos, se a afetação de um princípio for maior do que a importância de se resguardar o outro princípio colocado no sopesamento, a norma de precedência indicará a necessidade de realização do primeiro princípio.

Ainda seguindo o raciocínio de Sarmento, é patente que no sopesamento não estamos diante de valores aritméticos e a metáfora da balança é exatamente o que se propõe ser uma metáfora. Ele reconhece que “Esta tarefa envolverá certa dose de subjetivismo, razão pela qual se recomenda ao juiz uma especial prudência no exercício do controle de constitucionalidade fundado nesse subprincípio”<sup>37</sup>. (grifo nosso)

Ao fim do exame da proporcionalidade, deve-se verificar se o meio escolhido alcança o fim almejado, se ele é o menos oneroso possível e se o custo-benefício (contraste entre o princípio promovido e o princípio afetado) de sua aplicação é justificado.

<sup>35</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, p. 387.

<sup>36</sup> SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, op. cit., p. 89.

<sup>37</sup> SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, op. cit., p. 90.

Saulo Salvador Salomão

A metodologia do sopesamento também se divide em três etapas: inicialmente estabelece-se o grau de afetação de um princípio denominado  $P_1$ . Em seguida, determina-se a importância de satisfazer o princípio concorrente ( $P_2$ ). Por fim, verifica-se se a importância da realização de  $P_2$  justifica a afetação imposta a  $P_1$ .

De tal raciocínio, extrai-se a fórmula do peso (weight formula).

$$W_{1,2} = \frac{I_1 W_1 R_1}{I_2 W_2 R_2}$$

Na fórmula: “W” corresponde ao peso dos princípios (weight), 1 e 2 são os princípios em conflito, “I” corresponde à intensidade da interferência e “R” à consistência dos fatos empíricos (reliability). “W1” e “W2” dizem respeito aos pesos abstratos dos princípios.

São com os referidos critérios que Alexy considera infundadas as objeções levantadas por Habermas no tocante à irracionalidade do sopesamento, bem como a diluição da força normativa dos princípios.

O autor reconhecesse a necessidade de que a atividade jurisdicional seja realizada de forma racional. Acredita, contudo, que o método da proporcionalidade seja suficiente para conferir ao sopesamento a racionalidade necessária. “(...) a primeira objeção de Habermas seria justificada se não fosse possível realizar juízos racionais acerca, em primeiro lugar, da intensidade da interferência, em segundo lugar, dos graus de importância, e, em terceiro lugar, dessas relações entre si”<sup>38</sup>.

60

Com base na análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, Alexy formula uma escala em que tanto a afetação de um princípio quanto a importância do resguardo ao outro poderia ser classificada como leve, moderada ou seria (podendo ser atribuído um valor numérico a cada uma dessas classificações  $l=1, m=2, s=4$ ).

No tocante às críticas de que a ponderação retiraria a decisão judicial do campo do correto ou incorreto, prejudicando assim sua justificação, a resposta é dada também com base na análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, em especial com o “Caso das sátiras da revista Titanic”.

O caso trata de um oficial militar, paraplégico e reformado que fora chamado pela revista de conteúdo humorístico de “assassino nato” e posteriormente de “aleijado”.

Condenada a indenizar o oficial em virtude das duas supostas ofensas, o periódico apresentou uma queixa constitucional à Corte Maior que realizou uma

<sup>38</sup> ALEXY, *Constitutional rights, balancing and rationality*. Ratio Juris, v. 16, n.2, p. 136. jun. 2003. Traduzido para fins acadêmicos por Menelick de Carvalho Netto.

## A proporcionalidade em Alexy

ponderação dos valores envolvidos, qual sejam a liberdade de expressão e o direito geral à personalidade do oficial. Por meio da ponderação, pretendeu-se analisar a intensidade das interferências recíprocas entre esses direitos.

O valor da condenação por danos morais foi considerado uma interferência “duradoura e séria” na liberdade de expressão, uma vez que certamente afetaria a disposição futura da revista na produção de seus trabalhos. A expressão “assassino nato”, por sua vez, não configurou (para o Tribunal) uma ofensa séria em virtude do contexto humorístico da reportagem na qual estava inserida. Considerou-se uma intervenção moderada no direito da personalidade do oficial, logo, reduziu a importância em se proteger o seu direito da personalidade. Assim sendo, a condenação referente a essa expressão “assassino nato” foi tida por desproporcional por parte da Corte Constitucional, eis que considerada uma “seria interferência no direito constitucional de liberdade de expressão, cuja intensidade superaria a da interferência no direito constitucional da liberdade de expressão, cuja intensidade, que, no caso concreto não teria sido tão grave assim”. Assim sendo, constatou-se um erro na ponderação efetuada no juízo a quo<sup>39</sup>.

A qualificação “aleijado”, por sua vez, foi considerada um “sério dano ao direito da personalidade do oficial paraplégico” e destacou-se a importância de se proteger o oficial por meio de uma indenização substancial em virtude dos danos. Nesse caso, a ponderação realizada pelo juízo a quo foi considerada correta.

Para Alexy, a estrutura formal do raciocínio perpetrado pela Corte Constitucional Alemã fora realizado à luz do princípio da proporcionalidade que assegura a menor interferência possível na efetivação dos direitos fundamentais. Disproportionality Rule. A relação entre os juízos sobre graus de intensidade e as razões postuladas para justificá-los” confirmaria, segundo Alexy, esse aspecto geral, esvaziando assim a crítica de Habermas de que a ponderação de valores ocorre de forma arbitrária e irrefletida, de acordo com padrões e hierarquias costumeiras<sup>40</sup>.

Ele afirma ainda que no caso em apreço não houve um juízo arbitrário sobre a intensidade da interferência na liberdade de expressão e no direito da personalidade, já que a Corte considerou séria a interferência na liberdade de expressão e que, apesar de ser questionável se a classificação de moderada ou leve caberia para a interferência relativa a chamar alguém de “assassino nato” seria correta, não há como negar que a Corte apresentou razões plausíveis para tanto. Para entender como “séria” a interferência realizada ao se chamar um paraplégico de “aleijado”, o Tribunal considerou uma classificação humilhante e desrespeitosa. Isso é um argumento, logo, não há que se falar em arbitrariedade.

<sup>39</sup> COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*, op. cit., p. 141.

<sup>40</sup> ALEXY, *Constitutional rights, balancing and rationality*, op. cit., p. 139.

Saulo Salvador Salomão

Por fim, quanto às críticas de que os sopesamentos realizados pela Corte Constitucional Federal se dariam “de forma irrefletida, segundo padrões e hierarquias costumeiras”, Alexy reconhece que desde o Caso Lüth são traçados precedentes. No entanto, tal afirmação só seria verdadeira se os precedentes fossem a única justificativa dada para sustentar as decisões, fato que não ocorre. Não há também que se falar em aplicação irrefletida, eis que se pressupõe um quadro de argumentação e argumentos são a expressão pública da reflexão. Não ha que se falar em ausência de argumentação<sup>41</sup>.

Ainda sobre a crítica de que a ponderação implicaria na redução dos direitos fundamentais a valores, mitigando a barreira protetora (firewall) caracterizada por sua natureza deontológica, Alexy recorda o art. 19, § 2º, da Lei Fundamental Alemã, que afirma que é proibido afetar os direitos fundamentais em seu conteúdo essencial. No momento do sopesamento, esse “centro de resistência” dos princípios deve ser observado e sua identificação se daria na relação dele com os demais direitos fundamentais. Sua fixação se da de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Com base no exposto, Alexy entendeu rebatidas as críticas feitas por Habermas.

## A INSUFICIÊNCIA DO MÉTODO

62

Alexy reconhece, tal como Habermas, a necessidade de que a jurisdição seja um processo racional, fundamentado e justificável, mostrando-se também avesso a subjetivismos e decisionismos, que em nada tem a ver com o paradigma do Estado Democrático de Direito e com a superação do modelo positivista.

Nessa esteira, defende que a “Jurisprudência dos Valores” supera esses entraves e credita isso, basicamente, ao método por ela adotado, valendo-se do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. Um critério prévio de racionalidade, intitulado Law of Balancing ou Disproportionality Rule capaz de justificar de forma suficiente os resultados obtidos com a ponderação.

Na mesma esteira posiciona-se o Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, para quem o princípio da proporcionalidade seria o critério orientador e garantidor que a relação entre o fim que se pretenda alcançar e o meio utilizado seja racional e proporcional<sup>42</sup>.

Essa opinião, contudo, encontra resistência por parte da doutrina, em especial pelo Prof. Menelick de Carvalho Netto (UFMG), que ressalta a advertên-

<sup>41</sup> ALEXY, *Constitutional rights, balancing and rationality*, op. cit., p. 139.

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1988, p. 38-40.

## A proporcionalidade em Alexy

cia acerca da atribuição de pretensões excessivas à racionalidade humana na modernidade, que pretensamente se sentia capaz de revelar um conhecimento absoluto, incentivando a busca pela superação do mito da razão moderna, fortemente vinculado a inocente pretensão científica da neutralidade do método.

(...) saber que a nossa racionalidade é humana, sabê-la histórica, limitada, datada, ela própria uma construção social vinculada a determinadas tradições, praticas, vivencias, a determinados interesses e necessidades, no mais das vezes naturalizados e apenas pressupostos, O positivismo, no afã de eliminar mitos, dando curso ao projeto iluminista de iluminar as trevas, criou o maior dos mitos, o mito da ciência, do saber absoluto<sup>43</sup>.

Para Carvalho Netto, se entender precária e limitada, reconhecendo a complexidade do saber, enfrentando e incorporando riscos, constatar os limites da sua própria racionalidade, é a única forma que a ciência tem de realmente apresentar conhecimento. Faz-se necessária a exposição à fundamentação de tudo o que se afirma, repudiando a crença na existência de um método neutro ou critério jurisdicional capaz de assegurar, por si só, a racionalidade de todo o processo de ponderação e justificar seu resultado representa um pressuposto que também deve sujeitar-se à problematização. Não é possível racionalizar uma prática criando novos mitos.

Ressalta Alexandre Coura que o recurso no âmbito hermenêutico a métodos preconcebidos menospreza a existência de um pano de fundo integrado por preconceitos e concepções que marcam tanto a escolha de tais “critérios” quando sua própria aplicação, o que também dependera de interpretação.

Esse raciocínio tem forte esboço na teoria de Martin Heidegger, que preceitua que toda a interpretação funda-se necessariamente numa posição prévia, razão pela qual a interpretação nunca é uma apreensão isenta de pressuposições de um dado preliminar<sup>44</sup>.

Todo princípio de interpretação deve, portanto, ser entendido como aquilo que a interpretação já põe, ou seja, como algo que é preliminarmente estabelecido na posição ou concepção prévia, o que também é fruto da interpretação e requer justificação<sup>45</sup>.

Imprescindível resgatar a construção heideggeriana do Dasein. A pessoa, enquanto “ser no mundo”, carrega experiências das quais não se pode desvincular. O preconceito é parte integrante de qualquer compreensão, tendo em vista

<sup>43</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, p. 92.

<sup>44</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia de Sá Cavalcante. Parte I. 9. ed. Petrópolis: Vozes: 2000. Título original: *Sein und Zeit*, p. 207.

<sup>45</sup> COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 150.

que é determinado pela historia que cada qual, inevitavelmente carrega consigo, não podendo ser descartado<sup>46</sup>. Na mesma linha, Hans-Georg Gadamer coloca o conhecimento como algo condicionado às ideias de pré-conceito e de experiência, atentando contra um forte postulado das ciências desde o Positivismo científico e filosófico do século XIX – “a crença na neutralidade do método”.

Essa é a crítica feita à afirmação de que o princípio da proporcionalidade configuraria um critério ou método neutro, capaz de assegurar, por si só, a racionalidade da “jurisprudência dos valores”<sup>47</sup>. Nesse sentido, a afirmação de que fazer ciência não consiste num procedimento de constituição de seus objetos, e sim um processo de depuração dos preconceitos vividos e interpretados pelo agente do conhecimento, valendo-se, para tanto, da linguagem. A ideia de que um método seria capaz de superar todo e qualquer preconceito, para Gadamer, logrará êxito somente em encobri-lo. Maquiá-lo.

Para Bittar, contrariar isso é correr o risco de aceitar a “inocência metodológica que reduz os fenômenos sociais a meras fatias do saber do mundo dispostas para análises laboratoriais”<sup>48</sup>.

64 Todo esse raciocínio leva a concluir que estamos de frente a um sério risco: a crença de que a prática da ponderação pode ser racionalizada exclusivamente pela aplicação do princípio da proporcionalidade, conduzindo ‘a conclusão de que o juiz pode exonerar-se da responsabilidade de fundamentar a fundo suas decisões, não podendo essas, em hipótese alguma, ser consideradas decorrência silogística da aplicação do método.

Nas palavras de Alexandre Courea:

A pretenciosa tentativa de eliminar os riscos, reduzindo a complexidade da interpretação jurídica pelo recurso a critérios previamente estabelecidos, não deve retirar dos magistrados a tarefa hercúlea de levar a serio as situações concretas que se apresentem, juntamente com todo o conjunto de normas e princípios aplicáveis, reconstruindo coerentemente, à luz do caso, isto é, de forma dinâmica, tendo em vista a unicidade e irrepetibilidade que marcam cada situação de aplicação<sup>49</sup>.

Diante disso, reforça-se a necessidade de continuidade nos debates, pois, em tempos de transição paradigmática para o Estado Democrático de Direito, a

<sup>46</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flavio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. Título original: *Wahreit und Methode*.

<sup>47</sup> ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996, p. 228-229.

<sup>48</sup> BITTAR Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.) *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 185.

<sup>49</sup> COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 152.

## A proporcionalidade em Alexy

interpretação jurídica se dá no campo da disputa entre diferentes compreensões paradigmáticas. A naturalização das certezas é, portanto, algo perigoso, eis que podem estas estar encobrendo pura ideologia, adverte Habermas<sup>50</sup>.

Afinal, métodos são obras humanas, não sendo nenhum deles, instrumento neutro capaz de superar sua própria condição. Sua utilização importará numa mediação constitutiva de sentido a ser realizada pelo intérprete, à luz de suas preconcepções, que não podem ficar imunes à discussão<sup>51</sup>.

## CONCLUSÃO

Tem-se por crise um período em que o “velho” ainda não ruiu completamente e o novo ainda não se estabeleceu. Crise é a palavra que define bem o momento histórico que se vivencia. Se por um lado o positivismo jurídico não mais dava conta de se sustentar enquanto teoria do Direito apta e condizente com o paradigma atual, por outro, não podemos dizer que ele se encontra superado. O paradigma do Estado de Bem-estar-social não atingiu plenamente seus objetivos e não se tem uma sociedade com pleno acesso aos direitos de segunda geração. A democracia que ganhou vez na Europa (após a Segunda Grande Guerra, em alguns países) e na América Latina (há vinte e dois anos no caso brasileiro) ainda demonstra fragilidades, tanto nesta, quanto naquela. Citem-se exemplos noticiados frequentemente na mídia, como fraudes eleitorais na Itália e o recente golpe militar em Honduras. Não é de causar estranheza o fato de existirem constantes divergências no que tange à escolha de uma teoria do Direito que se amolde ao necessário para esse momento. Ainda se travam batalhas diárias para a consolidação do novo paradigma e essas podem muito bem ser observadas no campo da teoria jurídica. O Direito é o instrumento por meio do qual o Estado pode tirar tanto o dinheiro quanto a liberdade de um cidadão. É também o instrumento hábil a dar a cada um o que é seu. É, pois, ponto crucial dessa disputa.

Lidar com a indeterminação do Direito e com a sua natureza principiológica também não são tarefas das mais fáceis. Se fosse, tanto este artigo, quanto a bibliografia à qual recorre, perderia o sentido. A pergunta que deve nortear essa busca deve ser: como superar os motivos que levaram a “Teoria Pura do Direito” a se tornar incompatível com o novo paradigma? A tentativa de Alexy de se destacar como pós-positivista com a Teoria dos Direitos Fundamentais se frustra na medida em que não atinge tais resultados. Não supera com a ponderação baseada no princípio da proporcionalidade o decisionismo e o solepsismo tão característicos da herança Kelseniana, na medida em que confere ao método a respon-

<sup>50</sup> HABERMAS, *Between facts and norms*, op. cit., p. 194.

<sup>51</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 132.

sabilidade pela racionalidade do resultado. O fazendo, isenta o Estado-Juiz da necessidade imperativa de fundamentar cada instante de sua decisão, seus atos e posicionamentos. Conferir à ponderação tal virtude é engano dos mais sérios e perigosos, eis que nos remete a outros tempos em que o império não era do Direito, e sim do julgador. Ressalte-se, ainda, a necessidade de se aceitar como ponto de partida um Direito que opere de forma coesa, que trate com o mesmo respeito todos aqueles a ele subordinados. Um Direito que possa ser visto enquanto um todo, norteado pela Constituição e que não permita respostas distintas para situações semelhantes em virtude de os casos terem sido julgados por diferentes magistrados com diferentes concepções. O “Direito como Integridade”, preconizado por Dworkin, de onde Alexy se afasta, quando passa a entender os princípios enquanto mandados de otimização. É pertinente a crítica habermasiana que afirma que tal resolução é perigosa, por retirar dos princípios seu caráter deontológico, não sendo suficiente para refutá-la a previsão do art. 19, II, da Constituição Alemã. Se o núcleo essencial de um princípio é definido pelo magistrado no momento da ponderação, conclui-se que suas fronteiras são tão fluidas, quanto as já atribuídas aos princípios de forma geral. Partir desse pressuposto é retroceder num processo de construção coletiva de emancipação popular e social que permitiu a conquista e consolidação dos direitos fundamentais. É este o pilar mais frágil da teoria de Alexy, eis que central e de onde derivam os outros.

66

Frise-se que é a concepção dos princípios, enquanto mandados de otimização que permite a utilização do princípio da proporcionalidade enquanto ferramenta hábil para a prática da ponderação de bens/valores/princípios. É este raciocínio que conduz ao segundo pilar mais frágil e importante da teoria em análise, que afirma que o método é idôneo o suficiente para conferir racionalidade ao processo do sopesamento. Se por um lado, os princípios, ora normas e agora equiparáveis a valores, tornam-se fluidos e maleáveis, é através do desenvolvimento das etapas da proporcionalidade que acontece o resgate da tão combatida discricionariedade que conduziu à derrocada o positivismo jurídico. Mais especificamente quando da utilização do “subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito”. Inexistem critérios palpáveis para aferição do peso concreto dos princípios sopesados. Ademais, afirmar que tal método é isento, ignora todo o avanço da hermenêutica ao longo dos anos, menosprezando a força das precompreensões e as excluindo da apreciação como se inexistissem. Ignorar as precompreensões é a forma mais eficaz de escondê-las. Camuflá-las. Maquiá-las. Contudo, em hipótese alguma é eficaz em eliminá-las.

Imaginando um exemplo onde se faz necessária a transfusão de sangue para uma criança que sofreu um acidente, a argumentação retro ganha contornos claros e firmes. No caso de ser o rebento membro de uma família adepta e praticante da religião “Testemunhas de Jeová”, notadamente conhecidos por não aceitar a transfusão sanguínea (eis que entendem que o processo anularia a pure-

za do corpo e da alma). Seria admissível reduzir o caso a uma ponderação entre a liberdade religiosa da família e o direito à vida do pequeno acidentado? Seriam esses princípios jurídicos passíveis de ponderação frente ao caso concreto. Mais: estariam as convicções religiosas do magistrado sendo levadas em consideração no momento da ponderação? O resultado dela seria diferente caso o magistrado do exemplo fosse adepto das crenças dos “Testemunhas de Jeová”? Por fim: Comporta o Estado Democrático de Direito a instabilidade de ver seus cidadãos submetidos a uma tutela jurisdicional baseada nos eixos postos por Alexy para a resolução de conflitos nos ditos Hard Cases? Impõe-se a negativa.

Dessa forma, conclui-se pela procedência do questionamento que dá título ao presente ensaio. O Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito é uma janela para a discricionariedade na formula de Alexy, na medida em que sua utilização na resolução de conflitos normativos entre princípios dá azo às manifestações camufladas do subjetivismo por não ter elementos que limitem ou disciplinem sua utilização, por permitir a equiparação de normas jurídicas do tipo princípio aos valores meramente axiológico, quando da prática da ponderação e, por fim, por pretender-se instrumento neutro e eficaz capaz de conferir racionalidade ao processo, isentando assim, o magistrado da tarefa hercúlea que deve carregar de vasculhar todo o ordenamento jurídico para encontrar a única solução que o Direito aponta como sendo a adequada para o caso concreto, único, particular e irrepetível.

### REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. In: *Derecho y razón practica*. México: Distribuciones Fontanamara, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/98. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.
- \_\_\_\_\_. *Constitutional rights, balancing and rationality*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003. Traduzido para fins acadêmicos por Menelick de Carvalho Netto.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*, 5. ed. 2006.
- ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.
- BAHIA, Alexandre Gustavo de melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuições a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BITTAR Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 47-68, jul./dez. 2012*

Saulo Salvador Salomão

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO NETO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 5, p. 27-30, jan./jun. 1997.

\_\_\_\_\_. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COURA, Alexandre Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*: para análise crítica da “jurisprudência” de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa*: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

68

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flavio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. Título original: *Wahreit und Methode*.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Massachusetts: The MIT Press, Cambridge, 1996. Original: *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994.

HEIGEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia de Sá Cavalcante. Parte I. 9. ed. Petrópolis: Vozes: 2000. Título original: *Sein und Zeit*, p. 207.

KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2. ed. Trad. Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962.

JOUJUAN, Olivier. Apresentação do tradutor. In: MÜLLER, Friedrich. *Discours de La méthode juridique [Jurustuche Methodik]*. Traduzido do alemão por Olivier Joujuan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

KUHN, T.S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1988, p. 38-40.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Artigo de autor convidado

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 47-68, jul./dez. 2012