

ano 14 - n. 58 | outubro/dezembro - 2014
Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16ª andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Lourdes Nascimento
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Bruno Lopes

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clémerson Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Imgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)

Sumário

Editorial.....	9
----------------	---

DOCTRINA

ARTIGOS

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: una revisión doctrinal

José Luis Mellán Gil	13
1 Planteamiento	13
2 El Derecho español	15
3 El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración: aplicación jurisprudencial y crítica	19
4 Propuesta de revisión de la categoría	24
5 Reflexión conclusiva.....	30
Bibliografía seleccionada.....	31

Un Derecho Administrativo para la inclusión social

Carlos F. Balbín	33
1 Introducción.....	33
2 Breve derrotero histórico del Derecho Administrativo. El porqué de su creación y su desarrollo en el Derecho Comparado	37
3 El paradigma del Derecho Administrativo moderno.....	42
4 El debate actual sobre el Derecho Único o el Doble Derecho en el marco de nuestro derecho.....	43
4.1 El sentido de distinguir entre dos derechos (subsistemas)	43
4.2 Los fundamentos del Doble Derecho	45
4.3 Las dificultades en la construcción del Doble Derecho	46
4.4 Los argumentos a favor del Derecho Único	47
4.5 Los obstáculos en la construcción de un Derecho Único	49
5 Las doctrinas del Doble Derecho o el Derecho Único a partir del paradigma clásico del Derecho Administrativo	50
6 El nuevo paradigma del Derecho Administrativo. Los avances inconclusos y la necesidad de su reformulación	51
7 El fortalecimiento de la idea del Doble Derecho a partir del nuevo paradigma. La incidencia del nuevo paradigma en la construcción del Derecho Administrativo	56
8 Conclusiones.....	58

La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública

Alfonso Buteler	61
I Introducción.....	61
II Información pública y corrupción	61
III Aproximación conceptual al DAIP.....	62
IV Evolución.....	63
a) El modelo de confidencialidad y secreto.....	63

b)	El reconocimiento del derecho de acceso a la información pública.....	64
c)	La información pública positiva	65
V	Plataforma constitucional	65
VI	La regulación en el plano supranacional	66
1	En contenido de los tratados internacionales	66
2	La Declaración de principios sobre libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	68
3	El criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	69
1.	La Opinión Consultiva 5/85	69
2.	Caso “La Última Tentación de Cristo”	71
3.	Caso “Ivcher Bronstein Vs. Perú”	72
4.	Caso “Maritza Urrutia Vs. Guatemala”	72
5.	Caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”	73
6.	Caso “Ricardo Canese Vs. Paraguay”	74
7.	Caso “Palamara Iribarne Vs. Chile”	75
8.	Caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”	76
9.	Caso “Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador”	77
10.	Caso “Kimel Vs. Argentina”	77
11.	Caso “Ríos y otros Vs. Venezuela”	78
12.	Caso “Cepeda Vargas Manuel Vs. Colombia”	79
13.	Caso “Gelman Vs. Uruguay”	79
14.	Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador”	80
15.	Caso “Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina”	81
16.	Caso “Mémoli Vs. Argentina”	82
VII	La jurisprudencia de la Corte Suprema	82
VIII	Objeto de acceso	86
IX	Principios aplicables.....	88
X	Titularidad del derecho informativo	91
XI	Legitimación	92
1	Activa.....	92
2	Pasiva.....	93
XII	Limitaciones	94
1	Aspectos generales.....	94
2	La carga de la prueba.....	95
3	Causales.....	95
XIII	Mecanismos de protección	97
XIV	La información pública positiva	100

O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99

Romeu Felipe Bacellar Filho, Saulo Lindorfer Pivetta	107	
1	Considerações iniciais – A Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) e a disciplina legal aplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios	108
2	Aspectos da disciplina legal do processo administrativo federal a partir da Lei nº 9.784/99.....	112
3	Direitos e deveres dos administrados – O processo administrativo como garantia contra investidas arbitrárias da Administração Pública	112
4	Fases do processo administrativo federal – Início, instrução e decisão	115
4.1	Início do processo administrativo federal	116
4.2	Instrução do processo administrativo federal	118
4.3	Fase decisória do processo administrativo federal.....	120
5	Anulação, revogação e convalidação dos atos administrativos.....	122
5.1	Anulação dos atos administrativos – Fundamentos de legitimidade, garantias processuais, efeitos e decadência	122
5.2	Revogação dos atos administrativos.....	126
5.3	Convalidação dos atos administrativos e estabilização dos efeitos do ato nulo.....	127

6	Recurso administrativo e revisão do processo	128
6.1	Fundamentação teórica e normativa do direito à interposição de recurso administrativo	128
6.2	Efeitos devolutivo e suspensivo nos recursos administrativos	130
6.3	Recurso hierárquico e recurso hierárquico impróprio	130
6.4	A inconstitucionalidade da exigência do depósito prévio ou do arrolamento de bens como requisito de admissibilidade do recurso administrativo	131
6.5	A incidência das súmulas vinculantes no processo administrativo	131
6.6	A inconstitucionalidade da <i>reformatio in pejus</i> no processo administrativo e a revisão dos processos administrativos	132
7	Considerações finais	133
	Referências	134

O pré-sal e a formulação de políticas públicas com os recursos do petróleo – O dilema do desenvolvimento das instituições face à tentação da corrupção

Luiz Alberto Blanchet, Ana Cláudia Santano	137	
1	A riqueza e a prosperidade da Petrobras – Do auge à crise de confiança	137
2	A “maldição dos recursos naturais” – Realidade ou ficção?	140
3	A descoberta do pré-sal, reações e previsões	145
4	A regulação jurídica do pré-sal e a execução de normas	147
5	Algumas sugestões de como reverter a “maldição” – Diminuição de incentivos de <i>rent-seeking</i>	149
	Referências	152

Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta

Têmis Limberger, Anderson Vichinkeski Teixeira, Mateus Barbosa Gomes Abreu	155	
1	Introdução	156
2	Objeto e objetivos da pesquisa	157
3	Desenvolvimento da pesquisa – Principais ocorrências	159
4	Propostas apresentadas para aprimoramento legislativo	168
4.1	Criação de cadastro de bons fornecedores	169
4.2	Da necessidade de implantação do controle da execução dos contratos administrativos por eficiência em empresas públicas e sociedades de economia mista do âmbito federal	170
4.3	Da necessidade de criação de um Sistema Único Informatizado de Gestão da Execução de Contratos (Suigec)	172
5	Conclusão	173
	Referências	175

Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo

Fernando Leal	177	
1	Introdução	177
2	Enfrentando a crítica da sub-racionalidade	182
3	A crítica da soberracionalidade	186
3.1	Dissolução da textualidade e particularismo	189
3.2	Os pressupostos epistêmicos da fórmula do peso e as suas condições reais de operacionalização	197
4	A teoria das boas perguntas	203
	Referências	206

Ação Civil Pública para tutela de direitos individuais homogêneos de natureza assistencial – A Teoria dos Sistemas de Luhmann e o paradoxo da decisão jurídica

Maria Gorete Ferreira, Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto Bassetto	211
Introdução.....	211
1 O direito à assistência social na Constituição de 1988.....	212
1.1 O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC-LOAS)	213
1.2 O relevante interesse social.....	215
1.3 Dificuldades na efetivação dos direitos assistenciais.....	217
2 Processo coletivo e a ação civil pública	219
2.1 A Ação Civil Pública	220
2.2 Tutela dos direitos difusos, coletivos e direitos individuais homogêneos	221
3 Argumentação jurídica e o paradoxo da decisão	223
3.1 Direito e decisão jurídica em Niklas Luhmann	225
3.2 O paradoxo da decisão jurídica.....	226
4 Análise das decisões jurídicas referentes à ACP nº 2004.38.03.003.762-5	227
4.1 Sentença – Ação Civil Pública nº 2004.38.003762-5.....	228
4.2 Suspensão de Segurança 2006.01.00.010252-3/MG – TRF1.....	229
4.3 Conflito de Competência nº 96.028 - MS (2008/0110255-3) – STJ.....	231
4.4 STF – Reclamação: RCL nº4166 MG.....	232
Considerações finais.....	233
Referências.....	235

A conveniência de não combater certos vícios de inconstitucionalidade – Análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental a partir da Lei nº 9.882/1999

Karina Almeida do Amaral	239
Introdução.....	239
1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	241
1.1 Da sua introdução na Constituição de 1988 até o advento da Lei nº 9.882/1999	241
1.2 Apreciação da Lei nº 9.882/1999.....	245
1.2.1 Objeto	245
1.2.2 Legitimidade para propor a ação	249
1.2.3 Subsidiariedade da ação	252
1.2.4 Decisões na ADPF.....	254
1.2.4.1 De caráter provisório	254
1.2.4.2 Definitiva de mérito	256
1.2.4.3 Manipulação das decisões	258
Considerações finais.....	260
Referências.....	261

A tutela inibitória no processo administrativo antitruste brasileiro (Lei nº 12.529/2011)

Rodrigo Pereira Moreira, Shirlei Silmara de Freitas Mello	265
Introdução.....	265
1 Administração Pública e direitos fundamentais.....	266
1.1 Os direitos fundamentais e o princípio da supremacia do interesse público.....	267
1.2 Neoprocessualismo administrativista	271
2 Tutela inibitória.....	273
2.1 A tutela inibitória no processo civil brasileiro.....	274
2.2 Diferenças para a tutela cautelar e tutela antecipada	277
3 Tutela inibitória no processo administrativo antitruste.....	279
3.1 Tutela preventiva do art. 84 da Lei nº 12.529/2011	280
Conclusão	284
Referências.....	285

ABSTRACTS	289
-----------------	-----

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES.....	295
---------------------------------	-----

Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo¹

Fernando Leal

Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor da FGV Direito Rio.

Resumo: A ponderação de princípios é comumente criticada em função de um suposto déficit intrínseco de racionalidade. Neste trabalho, explora-se a possibilidade de uma inversão nos eixos das críticas. Nessa linha, argumenta-se que os principais pontos problemáticos da ponderação e do instrumental metodológico desenvolvido pela teoria dos princípios para conduzir as valorações empregadas nos processos de solução de colisões de princípios — notadamente os esforços de Robert Alexy nesse sentido — não estão relacionados à afirmação da irracionalidade necessária da ponderação, mas nas possíveis pretensões hiper-racionalistas por trás dos métodos que pretendem orientá-la. Nesse sentido, defende-se, por um lado, a plausibilidade dessas críticas a partir de elementos da própria teoria dos princípios de Alexy e, ao final, sugere-se uma possível leitura para o papel que o arsenal metodológico desenvolvido pela teoria pode ter no processo de justificação de decisões jurídicas.

Palavras-chave: Ponderação. Racionalidade. Decisão Jurídica. Incerteza e Particularismo.

Sumário: 1 Introdução – 2 Enfrentando a crítica da sub-racionalidade – 3 A crítica da soberracionalidade – 4 A teoria das boas perguntas – Referências

1 Introdução

Uma das perguntas que sempre deve ser respondida por defensores da Teoria dos Princípios² diz respeito à racionalidade da ponderação. Tal tema revela-se, na verdade, como o trabalho de Sísifo da teoria, já que, assim como se desenvolvem as críticas à concepção de princípios como mandamentos de otimização para a construção de um modelo adequado de direitos fundamentais,³ é possível levantar

¹ Uma versão anterior deste trabalho foi apresentada nos seminários de pesquisadores da FGV Direito Rio em abril de 2014. Aos participantes, em especial a Caio Farah Rodriguez e Mário Brockmann Machado, e também a Fábio Shecaira, Marcelo Araújo, Rachel Herdy e Alexandre Travessoni Trivisonno agradeço pelos comentários, críticas e sugestões.

² Este trabalho parte do pressuposto de que não há apenas uma versão da teoria dos princípios, o que é fundamental para o desenvolvimento das ideias nele contidas. Em todos os casos, contudo, o texto elege a teoria dos princípios de Robert Alexy como referencial para críticas e apresentações de possíveis leituras, as quais, de fato, nem sempre são fiéis aos seus pressupostos.

³ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais* (Posfácio), p. 575.

objeções acerca da racionalidade da ponderação em níveis completamente opostos. Isso quer dizer que é possível criticar o trabalho com princípios jurídicos nos limites das possibilidades conceituais e metodológicas permitidas pelo modelo de Alexy tanto como uma ilusão hiper-racionalista como por sofrer de um suposto déficit de racionalidade. Por esses motivos, o desafio permanente que se apresenta à teoria dos princípios é o de se colocar em uma posição de equilíbrio entre concepções diametralmente diferentes tanto sobre o papel dos direitos fundamentais e do tribunal constitucional em um Estado Democrático de Direito como sobre as potencialidades da aplicação da ponderação de princípios como técnica de justificação racional de decisões jurídicas.

No caso dos direitos fundamentais, as críticas oscilam entre a afirmação, de um lado, de que o modelo de princípios de Alexy retira a força necessária dos direitos fundamentais para que eles possam fazer frente a argumentos de finalidade coletiva e a tese, de outro, de que a compreensão dos direitos fundamentais como princípios — e, assim, como mandamentos a serem otimizados — conduz a um perigoso excesso, com sérios impactos institucionais, desses direitos na ordem jurídica. Tal excesso seria o produto de uma combinação perversa entre onipresença e suficiência dos direitos fundamentais para a definição de cursos de ação.⁴

No plano da racionalidade da ponderação, normalmente as críticas se dirigem à afirmação de um suposto déficit. Habermas, provavelmente quem formulou de maneira mais profunda e complexa essa objeção, na medida em que conecta os problemas da racionalidade da ponderação com a concepção de direitos fundamentais como princípios, refere-se aos resultados dos processos de tomada de decisão com base em princípios jurídicos como “arbitrários ou irrefletidos”.⁵ Seu argumento é o de que à ponderação faltariam mecanismos racionais capazes de conduzir as construções das relações de preferência que deveriam ser estabelecidas em cada caso concreto para que essa “técnica” pudesse ser considerada controlável. A crítica, no fundo, sustenta-se sobre os perigos relacionados à possibilidade de prevalência de argumentos funcionalistas sobre argumentos normativos na tomada de decisão jurídica,⁶ autorizada pela teoria dos princípios no momento em que ela reconhece uma correspondência estrutural entre *normas*, expressões de juízos cuja validade se extrai da universalidade e da imparcialidade, e *valores*, representações do que é melhor em determinado tempo, lugar e para certos indivíduos.⁷ Sem a possibilidade de demarcar claramente os limites entre os planos axiológico e deontológico, os processos jurídicos decisórios se tornariam permanentemente permeáveis a

⁴ *Id.*, p. 575 e ss.

⁵ HABERMAS. *Faktizität und Geltung*, p. 316. Esta e todas as demais referências em língua estrangeira foram traduzidas livremente.

⁶ *Id.*, p. 316.

⁷ Veja, nesse sentido, ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, p. 125 e ss.

considerações teleológicas (típicas do primeiro plano), orientadas na busca por resultados que só poderiam ser justificados “agora” e “para algum grupo”. Da impossibilidade, assumida por Habermas, de existência de parâmetros capazes de controlar objetivamente análises funcionalistas ou do tipo custo-benefício, decorreria a desqualificação definitiva da ponderação de princípios como mecanismo capaz de garantir resultados racionais.⁸

Habermas, porém, não é o único a expor uma suposta irracionalidade da ponderação de princípios. Na mesma linha, Schlink ataca a racionalidade da ponderação ao caracterizá-la como essencialmente subjetiva e decisionista.⁹ Leisner, por sua vez, descreve a ponderação como uma “varinha mágica” capaz de produzir pseudoconsensos.¹⁰

Críticas desse tipo não são desconhecidas no Brasil. Ao contrário, elas vêm se tornando cada vez mais recorrentes. O Ministro Eros Grau, no julgamento da ADPF nº 101, embora tenha concordado no mérito com a decisão da relatora, Ministra Cármen Lúcia, sobre a inconstitucionalidade da importação de pneus usados no país, divergiu quanto aos fundamentos da decisão exatamente porque os mesmos estavam amparados sobre uma *ponderação* entre princípios constitucionais — no caso, entre os princípios da livre-iniciativa, de um lado, e da promoção do meio-ambiente e da saúde, de outro. Em seu voto, afirmou explicitamente o ministro: “recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos”. E, mais adiante, justificou seu ponto de vista: “[...] a ponderação entre princípios é operada *discricionariamente*, à margem da interpretação/aplicação do direito, e conduz à incerteza jurídica”.¹¹ Em linha próxima, mas sem afirmar uma intrínseca irracionalidade da ponderação, reconhece Humberto Ávila que “o paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo”.¹² Por fim, Carlos Ari Sundfeld, criticando mais a práxis do direito público brasileiro do que formulando uma crítica teórica profunda sobre a ponderação, denuncia a falta de previsibilidade e as incertezas relacionadas ao amplo recurso a princípios como fundamentos de decisão entre nós por meio de expressões como “ambiente de geleia geral”, sobretudo relacionada ao uso de princípios vagos para a tomada de decisão,¹³ modismo,¹⁴ “arma de espertos e preguiçosos”¹⁵ e porta de entrada para

⁸ SCHUARTZ. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy, p. 182.

⁹ SCHLINK. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, p. 460 e ss.

¹⁰ LEISNER. “Abwägung überall” – Gefahr für den Rechtsstaat, p. 6.

¹¹ ADPF nº 101, fls. 209, grifos no original. Texto completo disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 1º out. 2014.

¹² ÁVILA. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência, p. 9.

¹³ V. SUNDFELD. Princípio é preguiça, p. 60. A respeito v. também LEAL, Fernando. *Decidindo com normas vagas*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação da UERJ, 2006.

¹⁴ SUNDFELD, *op. cit.*, p. 67.

¹⁵ *Id.*, p. 70.

se “julgar nas nuvens”.¹⁶ Na mesma linha denuncia Marcelo Neves uma tendência à superestima, à trivialização e ao uso inconsistente no tratamento dos princípios constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁷

Esse recorrentemente afirmado *déficit* de racionalidade da ponderação¹⁸ — seja ele estrutural, seja ele decorrente do uso real que se faz do discurso dos princípios — conduz a objeções metodológicas, dogmáticas e institucionais à Teoria dos Princípios. Por um lado argumentam os críticos que a operação fundamental¹⁹ para a solução de conflitos entre princípios (i) desenvolve-se meramente com base nas convicções pessoais do tomador de decisão e (ii) que a Teoria dos Princípios é incapaz de fornecer ferramentas dogmáticas suficientes para lidar com tal inevitável subjetivismo. A Teoria dos Princípios não disponibilizaria, com outras palavras, parâmetros de decisão capazes de manter os níveis de incerteza do sistema jurídico minimamente suportáveis. A ideia fundamental de otimização, que orientaria a ponderação de princípios, seria apenas uma imagem desprovida de qualquer racionalidade e praticidade. No limite, ela não seria útil nem para descrever corretamente a estrutura do raciocínio jurídico nem para orientar normativamente a aplicação do direito.²⁰

No plano institucional, o uso frequente da ponderação implicaria uma proeminência exagerada do Judiciário, especialmente do tribunal constitucional. Essa onipotência dos tribunais comprometeria as margens de conformação do legislador, já que todas as suas avaliações estariam sujeitas à revisão constante do tribunal constitucional por meio de uma técnica de decisão desprovida de parâmetros. Ademais — ainda no plano institucional — essa possibilidade de revisão das decisões legislativas amparada na ponderação levaria à constitucionalização de todos os conflitos jurídicos, já que “cada resposta deveria ser identificada como a otimização de princípios em colisão”.²¹ Fala-se, assim, que a Teoria dos Princípios implica não só decisionismo e eliminação das margens de conformação do legislador, como também uma *sobreconstitucionalização* do direito. Por todos esses fundamentos haveria razões suficientes para se rejeitar a ponderação e os seus corolários. No máximo deveria ela permanecer como *ultissima ratio* “e deveria se limitar às correções periféricas”.²²

Como antecipado, esse conjunto de objeções expressa as razões pelas quais a ponderação é criticada como técnica de aplicação do direito, especialmente dos

¹⁶ *Id.*, p. 79.

¹⁷ Cf. NEVES. Princípios e regras: do juiz Hidra ao juiz lolau, p. 1149-1172.

¹⁸ SCHUARTZ. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy, p. 185.

¹⁹ ALEXY. Die Gewichtsformel, p. 771.

²⁰ Cf. KLEMENT. Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik, p. 756-763.

²¹ POSCHER. *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, p. 82.

²² LEISNER. “Abwägung überall” – Gefahr für den Rechtsstaat, p. 639.

direitos fundamentais. O que há de comum nessas críticas é a referência constante a uma suposta subjetividade e a uma suposta irracionalidade do balanceamento de princípios.²³ Sua incapacidade de oferecer parâmetros suficientes para impedir o arbítrio dos juízes condenaria a ponderação, no máximo, a um papel residual na metodologia jurídica. Todavia, seriam esses argumentos necessariamente corretos? Não seria possível fundamentar racionalmente os resultados da ponderação? Em que sentido se poderia falar em racionalidade no direito? Estaria o problema da ponderação realmente em sua sub-racionalidade? Ao contrário do que os mais céticos em relação à ponderação responderiam, creio ser possível justificar por que o arsenal metodológico oferecido por Robert Alexy é capaz de, no mínimo, problematizar o real alcance da objeção de irracionalidade direcionada à Teoria dos Princípios.

As respostas dadas por Robert Alexy e sua escola, entretanto, não evitariam que novas críticas pudessem ser dirigidas à ponderação e aos autores que a defendem. Neste trabalho será acentuada a possibilidade de uma completa inversão no eixo das críticas: talvez o maior problema da ponderação não se encontre em sua sub-racionalidade, mas justamente nas suas supostas pretensões de soberracionalidade. Este é um novo flanco de críticas pouco explorado, sobretudo no Brasil, que merece especial atenção. Isso porque as discussões em torno da racionalidade de um método de decisão não podem ser resumidas a um binômio do tipo racional/não racional, sob pena de essa simplificação levar a distorções a respeito das potencialidades do próprio método sob consideração. Esse é um ponto crucial para que, no caso específico da aplicação de princípios, a defesa da racionalidade da ponderação, em um sentido ainda a ser apresentado, não sirva como incentivo para a consideração frequente dessas normas e o empreendimento permanente de ponderações para a tomada de decisões jurídicas. O reconhecimento da racionalidade da ponderação não deve, com outras palavras, tornar-se pretexto para a sua afirmação como critério geral de aplicação do direito, uma vez reconhecida a normatividade dos princípios. Evitar problemas desse tipo requer, portanto, não apenas que se rechace a objeção da sub-racionalidade, mas também que se discuta o que a ponderação de princípios pode oferecer para a justificação racional de decisões.

Visando, assim, a lidar com os dois tipos de críticas que podem ser dirigidas à teoria dos princípios, este trabalho se estrutura em duas partes. Na primeira será apresentada e enfrentada a crítica da sub-racionalidade; na segunda o foco recairá sobre os possíveis problemas de hiper-racionalidade das ferramentas metodológicas desenvolvidas pela teoria para orientar a ponderação. Na parte final tentar-se-á justificar a validade dos esforços metodológicos de autores como

²³ Assim também SILVA. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional, p. 364. No trabalho, Virgílio faz referência ainda a críticas formuladas contra a ponderação de princípios por Friedrich Müller e Böckenförde, além de Habermas.

Alexy para a determinação da estrutura da ponderação, ainda que as objeções de hiper-racionalidade possam ser consideradas, em alguma medida, plausíveis.

2 Enfrentando a crítica da sub-racionalidade

Contra a afirmação da sub-racionalidade da ponderação podem ser levantadas duas ordens de problemas. Em curtas palavras, pode-se dizer que esses problemas podem ser resumidos em uma confusão e uma falácia.

Por um lado parece que os críticos da ponderação negligenciam importantes diferenças conceituais entre racionalidade, objetividade e certeza,²⁴ ou, pelo menos, pressupõem níveis ambiciosos de objetividade para que se possa atribuir adequadamente o epíteto “racional” a qualquer método de interpretação e aplicação do direito. Apesar da real dificuldade em se definir esses três conceitos, seria suficiente dizer que o fato de a ponderação não levar eventualmente a graus elevados de certeza e objetividade não significa que ela seja *tout court* irracional. A objeção seria correta se, no domínio da ponderação, por um lado “certeza” significasse que ela — *qua* procedimento — conduziria sempre a um resultado exato, enquanto que, por outro, a afirmação de “objetividade metodológica” implicasse que ela — a ponderação — pudesse, no plano epistêmico, permitir que o tomador de decisão fosse capaz de identificar, a partir da aplicação de um roteiro completamente estruturado e independentemente das suas crenças, enunciados verdadeiros e falsos e, dessa forma, conduzi-lo sempre a juízos de valor imparciais e corretos. Os equívocos, no entanto, estão relacionados às associações não necessárias entre “certeza”/“única resposta correta” e “objetividade”/“ausência de subjetividade do aplicador”. Os segundos termos desses pares poderiam, ainda, ser apresentados, respectivamente, como *ausência de variabilidade* dos resultados a que aplicadores do método poderiam chegar e *plena previsibilidade/ausência de indeterminação*.²⁵ Ambos os sentidos para “racionalidade” são intrinsecamente problemáticos quando erguem a pretensão de ser referenciais para o manejo de métodos de decisão em contextos decisórios *reais*, repletos de limites que afetam as capacidades epistêmicas de tomadores de decisão de carne e osso.²⁶

A teoria dos princípios, porém, ao contrário do que as críticas parecem enfatizar, pressupõe e investe em sentidos de “certeza” e “objetividade” mais débeis, na medida em que a ponderação é caracterizada como um modelo (procedimental) de fundamentação a ser aplicado nos limites de discursos não ideais de justificação.²⁷

²⁴ A respeito v. SCHAUER. *Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text*, p. 308.

²⁵ SCHAUER, *op. cit.*, p. 311.

²⁶ V. LEAL. *Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico*. Tese de Doutorado apresentada junto ao programa de pós-graduação da UERJ, cap. 1.

²⁷ ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, p. 144.

De acordo com tal modelo, os graus de certeza e objetividade esperados de uma decisão jurídica se restringem à possibilidade de fundamentação de “enunciados que definem preferências condicionadas entre valores ou princípios”,²⁸ consideradas as limitações a que se submetem discursos reais de justificação. A racionalidade desse procedimento é, na teoria dos princípios, garantida pela lei de sopesamento,²⁹ pela fórmula do peso,³⁰ pela lei de colisão (para fins de orientação da solução de casos futuros em que os mesmos princípios estejam em colisão em circunstâncias semelhantes nas propriedades relevantes)³¹ e, residualmente, pelos ditames de uma teoria procedimental da argumentação jurídica, as quais orientam a ponderação de princípios por meio de regras e ônus de argumentação.³² De fato, esse quarteto está longe de garantir que os resultados da ponderação sejam dotados de objetividade verificável ou certeza matemática. Alexy reconhece que “a ponderação não é um procedimento que em cada caso conduz irrefutavelmente a um único resultado”.³³ Ainda, então, que elementos de lógica formal ou fórmulas aritméticas sejam utilizadas por Alexy e pelos discípulos da doutrina da ponderação, elas são simples representações simplificadas de procedimentos argumentativos complexos, que mais levantam a pretensão de *orientar* do que de *determinar* o conteúdo de juízos normativos singulares. A previsibilidade da ponderação está, assim, estritamente vinculada à fixação dos ônus *de argumentação* a serem superados para a justificação dos resultados de colisões entre princípios. Os roteiros argumentativos relacionados, sobretudo, à proporcionalidade e à fórmula do peso, como indica Schauer, não deixam o tomador de decisão livre “não apenas para decidir quais são

²⁸ *Id.*, p. 144.

²⁹ A lei de sopesamento (*Abwägungsgesetz*) é o centro da relação colocada pela proporcionalidade em sentido estrito, momento no qual, de fato, ocorre a ponderação, já que as dimensões da adequação e da necessidade do dever de proporcionalidade pretendem aferir o grau de realização dos princípios jurídicos envolvidos relativamente às possibilidades *fáticas*. De acordo com a referida lei “quanto maior o grau de não realização ou restrição de um princípio, maior deve ser a importância de realização do outro”. Cf. ALEXY. *Die Gewichtsformel*, p. 772.

³⁰ A fórmula do peso (*Gewichtsformel*) é a expressão de um esquema de justificação que ergue a pretensão de estruturar a argumentação em torno da orientação sugerida pela lei de sopesamento. A fórmula é composta por três frações que pretendem medir (i) o grau de restrição dos princípios em colisão (li/lj), (ii) a relação entre os pesos abstratos dos princípios envolvidos (Gi/Gj) e (iii) a confiabilidade das premissas empíricas sobre o que a não implementação da medida sob consideração implica para a realização e não realização dos princípios imbricados (Si/Sj). Cf. Alexy, *Die Gewichtsformel*, p. 790. Esses fatores são avaliados por meio de uma escala triádica, de acordo com a qual os graus *leve*, *médio* e *grave* podem ser atribuídos a cada parte da fração. A expressão reduzida da fórmula, sendo $G_{i,j}$ o peso concreto de um princípio P_i relativamente a um princípio P_j , é:

$$G_{i,j} = \frac{li \cdot Gi \cdot Si}{lj \cdot Gj \cdot Sj}$$

³¹ De acordo com a lei de colisão, o resultado de uma colisão de princípios é uma regra de preferência condicionada entre essas normas. A referida lei prescreve que “as condições, sob as quais um princípio prevalece sobre os outros, cria a hipótese de incidência de uma regra, que enuncia a consequência jurídica dos princípios precedentes”. Cf. ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, p. 84.

³² Sobre a importância desses elementos na construção do projeto teórico alexyano cf. ALEXY. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 151-166.

³³ *Id.*, p. 143.

os fatores relevantes, mas também para decidir qual peso cada um desses fatores deve ter”.³⁴

Além disso, pelo fato de a teoria dos princípios não trabalhar com algum conceito metafísico de “verdade”, mas com a noção mais débil de “crença justificada”, não seria correto afirmar que o controle da legitimidade das decisões é fruto da verificabilidade do resultado das valorações do juiz, mas tão somente da correção da argumentação desenvolvida para fundamentar o seu ponto de vista.³⁵ E, nesse aspecto, a racionalidade da ponderação está estritamente vinculada à possibilidade de *controle intersubjetivo* dos seus resultados.³⁶

É fato, porém, que os mecanismos disponibilizados pela teoria dos princípios para promover algum grau de certeza e objetividade para a ponderação são criticáveis. Leisner, por exemplo, denomina certas expressões usadas por essas fórmulas como palavras vagas ou guarda-chuva.³⁷ Até mesmo Sieckmann, um dos defensores da ponderação, reconhece que “os problemas da ponderação são caracterizados por ela não oferecer qualquer critério prévio definido para a decisão, ou seja, nenhum critério que seja suficiente para determinar cognitivamente os resultados da ponderação”.³⁸ Mas isso não significa que se possa afirmar que a ponderação ou a proporcionalidade em sentido estrito sejam procedimentos absolutamente livres ou sem limites. Mesmo críticos da ponderação, como Jestaedt, reconhecem ser a destinação dos ônus de argumentação na decisão com princípios um dos pontos fortes da teoria dos princípios.³⁹ Tanto a lei de colisão como a lei de sopesamento e a fórmula do peso pretendem orientar o caminho argumentativo que deve ser pavimentado pelo juiz em suas decisões. Isso significa que a racionalidade da ponderação não emerge prioritariamente do resultado — ao contrário, um dos problemas da ponderação está na sua potencialidade para sustentar alternativas incompatíveis⁴⁰ — mas do *procedimento* de fundamentação das decisões.⁴¹ É, portanto, desse procedimento de fundamentação estruturado que se extrai a racionalidade da ponderação. Ao contrário das associações extremadas pressupostas por críticos, o sentido de racionalidade vinculado ao modelo procedimental de justificação proposto pela Teoria dos Princípios pode ser considerado mais fraco, na medida em que a

³⁴ SCHAUER. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text, p. 311.

³⁵ Aqui é possível falar-se em uma objetividade discursiva em oposição a uma objetividade metafísica. V. MARMOR. *Three Concepts of Objectivity*, p.112-134. Na teoria dos princípios, a ideia de objetividade semântica desempenha um papel fundamental (Cf. SIECKMANN, *Recht als normatives System*, p. 32).

³⁶ V. SILVA. Ponderação e objetividade..., p. 368.

³⁷ LEISNER. “Abwägung überall” – Gefahr für den Rechtsstaat, p. 638.

³⁸ SIECKMANN. *Recht als normatives System*, p. 32.

³⁹ JESTAEDT. Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, p. 259.

⁴⁰ SIECKMANN. *Recht als normatives System*, p. 33.

⁴¹ No âmbito da teoria do discurso isso significa: “Não o consenso, mas sim o desenvolvimento do processo em conformidade com as regras do discurso é o único critério de correção da teoria do discurso” (ALEXY, Robert. *Probleme der Diskurstheorie*, p. 120). Cf. também HWANG. *Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume*, p. 616.

racionalidade dos mecanismos metodológicos propostos pela teoria estaria, por um lado, associada à sua efetiva capacidade de tornar os juízos de valor efetuados por tomadores de decisão nos procedimentos de ponderação mais claros, organizados, transparentes e compreensíveis (mas não plenamente objetivos), enquanto que, por outro lado, a racionalidade por trás do desenvolvimento de cadeias estruturadas de argumentação se revelaria pela possibilidade de restrição da discricionariedade do tomador de decisão, ainda que pelo caminho da exclusão de certos resultados (mas não pressupondo que o emprego adequado dos métodos conduzirá a uma única resposta correta).

Reconhecido, assim, que a ponderação não é um procedimento irracional,⁴² pergunta-se até que ponto a sua racionalidade seria suficiente para garantir decisões jurídicas aceitáveis em um Estado Democrático de Direito *vis-à-vis* outros candidatos. Isso nos conduz ao segundo tipo de problema relacionado à afirmação de um déficit de racionalidade da ponderação. Tal problema poderia ser resumido em uma questão de comparação. Dado o fato de que à vista de soluções ideais todos os modelos de decisão jurídica garantem respostas subótimas em ambientes decisórios reais, é preciso saber se o roteiro metodológico fornecido pela teoria dos princípios para orientar a ponderação é equivalente em termos de racionalidade aos outros métodos de interpretação e aplicação do direito disponíveis para a tomada de decisão em casos difíceis. E, nesse caso, não parece defensável que os ônus de argumentação vinculados à lei de colisão, lei de sopesamento e fórmula do peso sejam menos objetivos do que as sugestões de outros candidatos, como a “interpretação sistemática”, a aplicação sem parâmetros concretos de pressupostos da hermenêutica filosófica no direito ou modelos de justificação como os propostos por coerentistas e pragmatistas.⁴³ Assim, a afirmação da irracionalidade da ponderação não pode se seguir de uma “falácia comparativa”. Essa falácia ocorre quando diferentes objetos, embora comparados teoricamente com base no mesmo critério, são avaliados diferentemente porque o *sentido* do padrão de comparação é alterado quando ele é aplicado a cada um dos objetos a serem valorados. Isso significa que critérios como “racionalidade”, “objetividade” e “certeza” também devem ser usados com o mesmo sentido quando se compara a ponderação com outros modelos de aplicação do direito.⁴⁴ O ponto quase trivial que se pretende defender com isso é que escancarar os limites da ponderação para levar a respostas únicas e corretas ou para controlar completamente as influências da subjetividade

⁴² HWANG, *op. cit.*, p. 618; SCHAUER. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text, p. 311: “Alexy’s argument that balancing is not irrational, therefore, is substantially correct”.

⁴³ V. sobretudo SCHAUER. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text, p. 309.

⁴⁴ Nesse sentido defende, por exemplo, Schauer a concepção de que, quando Habermas se refere à ponderação como arbitrária, ele quer dizer “sem limitações” (*unconstrained*). SCHAUER. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text, p. 310.

de tomadores de decisão não leva necessariamente à maior racionalidade de alternativas teóricas ou metodológicas oferecidas como redentoras, mas que, no geral, são tão ou mais problemáticas para o alcance dos níveis aceitáveis de variabilidade e previsibilidade por elas mesmas denunciadas nas críticas formuladas contra a ponderação de princípios.

3 A crítica da sobreracionalidade

Se a ponderação não é menos racional do que diversos outros métodos de decisão jurídica e, em si, não necessariamente incerta, indeterminada e imprevisível, nada obsta, porém, que novos problemas possam ser apontados sobre a sua utilidade efetiva para orientar as valorações levadas adiante nas tentativas de fixação de ordens de preferência entre princípios. Assim, a nova questão que se coloca é a de saber se as tentativas de racionalizar a ponderação por meio de fórmulas e regras de argumentação não criariam incentivos para que os seus defensores a considerassem como claramente *mais racional* do que outros candidatos. Esses incentivos revelariam que as pretensões de objetividade das ferramentas metodológicas oferecidas pela teoria dos princípios vão além das pretensões modestas anteriormente apresentadas. Nesse sentido, a formalização de roteiros de argumentação, antes de garantir níveis de previsibilidade e controle da subjetividade suficientes para rechaçar qualquer alegação de irracionalidade da ponderação, teria como alvo o alcance de níveis elevados de racionalidade. Nessa hipótese, o perigo não estaria na impotência da ponderação, mas na crença em sua *onipotência* para lidar com problemas jurídicos concretos. Em outras palavras, o risco que se denuncia é o de que o desenvolvimento de critérios cada vez mais sofisticados voltados para reforçar a determinação da ponderação poderia gerar um *paradoxo* na teoria dos princípios. Por um lado, a ponderação de princípios, se manejada adequadamente, seria tão racional que sua aplicação seria inevitável, porquanto desejável, para explicar e orientar racionalmente a solução de qualquer problema jurídico. Por outro lado, porém, como a ponderação se desenvolve sob condições reais, seria também inevitável conjecturar que o uso permanente da ponderação traria *mais incerteza* para o sistema jurídico, já que o seu “manejo adequado”, ou não seria possível de fato, ou não seria compatível com certas propriedades importantes que diferenciam o direito de outros domínios normativos, como a importância de se levar a sério regras e precedentes apenas por razões autoritativas. Em resumo, quanto mais se investiria na formalização das condições de argumentação adequada da ponderação, maiores seriam os incentivos para a sua aplicação, e mais indeterminação poderia ser gerada, já que as propostas metodológicas não seriam capazes de constranger *completamente* o processo decisório. Podemos chamar essa relação de o “paradoxo da determinação” na Teoria dos Princípios.

A defesa da visão de que as objeções de sobreracionalidade têm o maior potencial para atingir o alvo quando direcionadas à teoria dos princípios e à ponderação está relacionada a três pontos. O primeiro deles diz respeito a uma possível inconsistência existente entre as verdadeiras motivações subjacentes ao comportamento de tomadores de decisão em certos ambientes e as pretensões normativas da teoria, que pode ser instrumentalizada para atingir finalidades *opostas* às visadas por ela. O segundo ponto está relacionado à afirmação de similaridades estruturais entre a subsunção e a ponderação, ainda que elas não sejam idênticas. O terceiro, finalmente, diz respeito aos pressupostos de operacionalização adequada da proporcionalidade, sobretudo da fórmula do peso. Em curtos meios, a possibilidade de desenvolvimento de uma objeção de hiper-racionalidade aos instrumentos metodológicos desenvolvidos para orientar a ponderação depende do quão plausíveis podem ser os argumentos de que a teoria dos princípios (i) parte de uma visão *ingênua* das predisposições e do comportamento de tomadores reais de decisão, (ii) é excessivamente *otimista* em relação aos potenciais dos métodos de decisão para trazer racionalidade nos dois sentidos apresentados para a ponderação e (iii) é excessivamente *exigente* em relação às capacidades epistêmicas dos aplicadores desses métodos.

No primeiro caso, a explicação do paradoxo decorre de uma possível inconsistência entre uma perspectiva *descritivo-explicativa* a respeito das predisposições de tomadores de decisão para usarem desparametrizada e estrategicamente a ponderação e uma perspectiva *normativa* que parte daquele diagnóstico — ou, no mínimo, leva-o a sério — e assume que o investimento em mecanismos de racionalidade é capaz de impedir a aplicação estratégica do método ou, pelo menos, incentivar a sua manipulação adequada. O paradoxo, neste contexto, decorre da tentativa de orientar juízes e outros participantes do processo de tomada de decisão jurídica a não fazer o que, desde o início, reconhece-se que provavelmente vão fazer. Com outras palavras, a busca incessante pela determinação da ponderação em um ambiente em que, assume-se, decisões tendem a ser tomadas com base em fatores bastante diferentes da busca por correção, pode trazer efeitos perversos para as próprias pretensões de controle da incerteza por trás da sofisticação do método.⁴⁵

⁴⁵ Esse é estruturalmente o mesmo tipo de argumento por trás da alegação de Eric Posner e Adrian Vermeule de uma “esquizofrenia metodológica” vinculada ao uso de estudos de ciência política sobre o comportamento judicial para o oferecimento de respostas para problemas derivados de ações autointeressadas que pressupõem que juízes não agirão dessa forma. A tentativa de adotar, ao mesmo tempo, duas perspectivas simultaneamente diferentes — e tensionantes — sobre o comportamento judicial, uma externa e outra interna, é caracterizada por Posner e Vermeule como uma “falácia do dentro ou fora”. O argumento dos autores, por sua vez, é inspirado na visão de um “paradoxo da determinação”, criado para problematizar as pretensões normativas de economistas que sugerem medidas pressupondo que agentes políticos são “bonecos” predispostos a ouvi-los. Cf. POSNER; VERMEULE. Inside or Outside the System?, p. 1743-1797; e O’FLAHERTY; BHAGWATI. Will free trade with political science put normative economists out of work?, p. 207-219.

Argumento desse tipo parece estar por trás do diagnóstico feito por Marcelo Neves ao se referir à recepção da teoria dos princípios no país. Para o autor, “a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e ‘completas’, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade”.⁴⁶ Se o argumento é plausível, o que se nota é que o discurso dos princípios e da ponderação, mesmo que teoricamente consistentes, pode ter caído como uma luva para a realização de interesses específicos diferentes daqueles por trás da empreitada teórica de Alexy e outros. A consistência dessa visão, porém, depende fundamentalmente da confiabilidade de modelos explicativos sobre o comportamento judicial e de outros atores em determinados arranjos institucionais, já que a inconsistência alegada pressupõe que a busca por determinação da ponderação pretende lidar com o problema do seu uso irracional desconsiderando as reais intenções de tomadores de decisão quando se servem frequentemente da ponderação.

No segundo ponto, o perigo a ser denunciado é o do esvaziamento do papel desempenhado pelas regras no raciocínio jurídico. O fundamento para essa visão estaria na possibilidade de transição permanente entre o uso da subsunção e da ponderação para justificar, com níveis próximos de racionalidade, juízos normativos singulares. Aqui, ao contrário do primeiro argumento em favor de uma compreensão soberracional da teoria, o problema apontado não decorre de uma compreensão inadequada das condições de operacionalização do método ou do uso estratégico da ponderação, mas de uma possível inconsistência *interna* do próprio edifício teórico. Neste momento, o risco denunciado é o de que a afirmação de uma aproximação estrutural entre subsunção e ponderação permitiria que tomadores de decisão ignorassem os limites textuais dentro dos quais aquela se opera, o que deixaria nas mãos dos próprios tomadores de decisão uma tarefa que deveria ser fundamentalmente desempenhada pelas regras incidentes no caso concreto, qual seja, a de *seleção* das características relevantes do problema para a atribuição da resposta jurídica apropriada.⁴⁷

No terceiro e último caso, o problema é eminentemente *epistêmico*. Neste nível, o que se questiona é a possibilidade efetiva de tomadores de decisão obterem e processarem os dados necessários para a maior realização possível de princípios em colisão relativamente às possibilidades jurídicas nos termos exigidos pela proporcionalidade e pela fórmula do peso.⁴⁸ Aqui, mais uma vez, o problema

⁴⁶ NEVES. Princípios e regras: do Juiz Hidra ao Juiz Iolau, p. 1162.

⁴⁷ Nesse sentido: SCHAUER. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text, p. 312.

⁴⁸ SCHUARTZ. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy, p. 218 e ss.

levantado diz respeito mais a aspectos da própria empreitada teórica de Alexy do que a dificuldades decorrentes de um uso inadequado ou estratégico da ponderação.

Neste trabalho, gostaria de enfrentar as duas últimas objeções, que se revelam cruciais para que se possa determinar se o uso constante da ponderação de princípios sustentado sobre a pretensão de busca — e *alcance* — de níveis mais elevados de objetividade é, de fato, um problema interno da teoria, ou simplesmente o produto de uma compreensão errada ou ingênua dos seus enunciados por tomadores de decisão de contextos de recepção e aplicação dos mecanismos metodológicos desenvolvidos para orientar a ponderação.

3.1 Dissolução da textualidade e particularismo

Os riscos de uma suposta super-racionalidade atrelada aos instrumentos fornecidos por Robert Alexy para orientar a construção de relações concretas de preferência entre princípios foram especialmente apontados por Schauer. O ponto de partida para a crítica se localiza na afirmação de que a fórmula do peso é, para a solução de colisões entre princípios, um esquema análogo ao que a subsunção representa para a aplicação de regras. A proximidade esquemática entre subsunção e ponderação se deixaria justificar pelo fato de que é possível identificar em ambos estruturas *formais* sobre um conjunto de premissas a partir das quais seria possível garantir a inferência de um resultado jurídico.⁴⁹

É certo, por um lado, que Alexy não equipara as duas formas de argumentação. A relação entre a aceitabilidade dos resultados é diferente nos casos de aplicação da ponderação e da subsunção. O esquema da subsunção trabalha de acordo com as regras da lógica; o esquema da ponderação, por sua vez, com as regras da aritmética.⁵⁰ O que isso significa? No caso da subsunção, que a força das conclusões é retirada da sua compatibilidade interna com as premissas das quais o raciocínio parte. No caso da ponderação, que a aceitabilidade dos seus resultados decorre da força atrelada aos juízos de valor subjacentes a cada uma das variáveis da fórmula do peso, o mecanismo mais sofisticado fornecido pela teoria para orientar o processo de justificação no nível da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que são esses juízos de valor as bases para a atribuição dos “números” correspondentes às valorações realizadas pelo tomador de decisão em cada fração da fórmula. Essa, no entanto, embora relevante, não é para Alexy uma diferença a ser superestimada.⁵¹

Para Schauer, contudo, é exatamente na tentativa de demarcar as diferenças entre subsunção e ponderação *sem* enfatizar a importância dos traços distintivos

⁴⁹ ALEXY. On balancing and subsumption..., p. 448.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

de cada uma delas para diferenciar dois esquemas racionais de decisão que se localiza o problema da tese de Alexy. Para Schauer, assumir estreitas conexões, sobretudo em termos de garantia de resultados racionais, entre a ponderação e a subsunção tende a colocar de lado uma questão central para a decisão jurídica: até que ponto o material jurídico impõe limites aos juízos de valor potencialmente variáveis de tomadores de decisão?⁵² A diluição das fronteiras entre ponderação e subsunção sustentada sobre a proximidade formal dos seus respectivos esquemas de orientação de decisões e a crença, ainda que indireta, de que essa aproximação é capaz de garantir níveis similares de racionalidade para os resultados derivados da operacionalização adequada de cada um dos esquemas (e é neste ponto em que se faz presente as pretensões de sobreracionalidade da teoria) tende a ignorar uma característica central do direito, que, de alguma forma, também está no centro da distinção entre regras e outros padrões decisórios, como princípios: a vinculação à *textualidade*.⁵³

No fundo, Schauer aponta para os riscos de uma *particularização* endêmica dos processos jurídicos de tomada de decisão. A possibilidade de aplicação do direito por subsunção depende do quão se pode levar a sério o texto do material jurídico preexistente ao momento da tomada de decisão como limite para que um determinado caso receba uma resposta do direito. Isso porque o texto, por si só, limitaria as possibilidades de escolha do tomador de decisão ao incluir uma *seleção prévia* dos elementos considerados importantes para que determinada consequência seja descarregada. O artigo 328 do Código de Processo Penal, por exemplo, estatui que “o réu afiançado não poderá, sob pena de quebraimento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado”. Se o texto (e, para fins de argumentação, somente ele) é — e pode ser considerado — um limite para a tomada de decisão a respeito de quebraimento da fiança, as condições consideradas relevantes para a emissão de um juízo a respeito do tema se resumem à aferição (i) de mudança de residência do réu, (ii) sem prévia autorização da autoridade processante ou (iii) de ausência do réu de sua residência, (iv) por mais de 8 dias, (v) sem comunicar o lugar onde será encontrado (vi) àquela autoridade. Presente algum desses conjuntos de circunstâncias, já é possível, em regra, admitir-se o quebraimento da fiança. Como se nota, essas são as propriedades relevantes de qualquer caso singular consideradas previamente pelo direito como suficientes para a tomada de decisão. Outros aspectos potencialmente relevantes de um determinado caso são, pelo texto, previamente excluídos.

A ponderação de princípios, ao contrário do exposto, não encontra limites na seletividade prévia das referências textuais imediatas das normas imbricadas.

⁵² SCHAUER. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text, p. 312.

⁵³ SCHAUER. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text, p. 312.

Liberdade de imprensa, Estado de Direito, moralidade e dignidade humana são exemplos de rótulos incapazes, sem prévio trabalho dogmático e/ou definição de sentido por ato de autoridades oficiais do direito, de limitar, por si sós, o processo decisório. Em oposição à estrutura das regras, a concepção de princípios como *mandamentos de otimização* exige a consideração de todos os fatores relevantes do problema, já que, em casos de colisão — exatamente quando a ponderação é exigida —, o grau de realização de cada princípio envolvido depende das circunstâncias fáticas e jurídicas.⁵⁴ Nesse sentido, a ponderação pode ser definida como um modelo *holista* de justificação em casos de colisões de princípios.⁵⁵ E se a associação entre o modo de aplicação de princípios jurídicos e holismo faz sentido, então parece realmente que Schauer tem um ponto quando alerta para a possível perda da textualidade do direito quando se vincula à ponderação de princípios alguma pretensão de sobrerracionalidade (no caso, a sobrerracionalidade como produto da afirmação de uma proximidade estrutural entre ponderação e subsunção). Esse argumento, parece-me, pode ser aprofundado como uma crítica *interna* à teoria.

A caracterização da ponderação como holista resulta do fato de que a proporcionalidade em sentido estrito requer a consideração de todos os elementos normativos relativos ao caso que sejam relevantes para a decisão da colisão,⁵⁶ ao pressupor — este seria o cerne do problema que se apresenta — que as orientações das razões fundadas sobre princípios podem *variar* em razão das circunstâncias. De forma mais clara: a teoria dos princípios se sustentaria sobre a crença de que princípios podem aparecer em casos diferentes com sentidos diversos, já que, dependendo da situação concreta, um princípio pode ser a norma promovida ou restringida por determinada medida, o que exigiria a consideração de todos os elementos relevantes do caso para que se possa justificar determinado juízo normativo singular.⁵⁷ Esse é o ponto central para que se diga que esse tipo

⁵⁴ ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, p. 76. Posteriormente Alexy, em razão de críticas levantadas por Aarnio e Sieckman, passou a caracterizar os princípios como “comandos para serem otimizados”. Os mandamentos de otimização correspondem, na verdade, a mandamentos definitivos, ou seja, eles possuem uma estrutura de regra e se localizam em um metanível. Os princípios são, por isso, os *objetos* da ponderação, não os comandos que determinam a otimização. Cf. ALEXY. On the structure of legal principles, p. 294-304.

⁵⁵ Críticas a esse respeito podem ser encontradas em KLEMENT. Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik, p. 762 e ss.; POSCHER. *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, p. 77 e ss.; JESTAEDT. Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, p. 267 e ss.

⁵⁶ SIECKMANN. *Recht als normatives System*, p. 29.

⁵⁷ Embora a crítica aqui desenvolvida pressuponha um sentido mais fraco de particularismo, entendido como uma exigência de consideração de todas as circunstâncias para a formulação de um juízo normativo singular, não me parece de todo excluída a possibilidade de se vincular à teoria dos princípios uma ética particularista, tal qual defendida, sobretudo, por Jonathan Dancy. Nesse sentido mais forte, o particularismo se sustentaria sobre a visão de que uma razão favorável à adoção de certo curso de ação em um caso pode ser uma razão para a adoção do curso de ação oposto em outro cenário. Essa ubiquidade das razões para agir relacionadas a princípios jurídicos poderia ser vista, sobretudo, nos princípios mais vagos (como dignidade humana, democracia e Estado de Direito), que, em um mesmo caso, podem gerar razões multidirecionais excludentes. V. DANCY. *Ethics without principles*, p. 73; e DANCY. The Particularist’s Progress, p. 130-156. Sobre argumentos multidirecionais vinculados à dignidade humana v. LEAL. Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, p. 41-67.

de holismo pode ser caracterizado como um tipo de *particularismo*. A liberdade de imprensa pode ser, em um caso 1, o valor que está sendo *promovido* às custas de outros direitos fundamentais restringidos (a privacidade, por exemplo), enquanto que, em um caso 2, com circunstâncias diferentes, ela pode ser o valor *restringido* em relação a outras finalidades constitucionais que, na hipótese, estão sendo promovidas. São as circunstâncias do caso, portanto, que definem se um determinado princípio pode ser considerado promovido ou restringido. Nas palavras de Pozzolo “é o *contexto da ação* que faz a diferença prática e explica a diversa valoração atribuída às propriedades relevantes objeto de julgamento”.⁵⁸ Nos limites da teoria, é, então, da justificação dos resultados *sob determinadas circunstâncias* que decorre a *validade* das normas definitivas que resultam do procedimento de balanceamento. Por sua vez, a *legitimidade* dos resultados da ponderação, como visto, decorre de sua *racionalidade*,⁵⁹ que — já vimos — depende das contribuições de uma teoria da argumentação jurídica e de instrumentos metodológicos que definem a sua estrutura.

O holismo típico do processo de tomada de decisão com base em princípios jurídicos não seria, porém, um problema, se a teoria dos princípios também não levantasse pretensões explicativas sustentadas sobre o conceito de princípio a respeito da estrutura das regras e do sistema jurídico. Com efeito, a ponderação como procedimento argumentativo expande-se por toda a estrutura do sistema jurídico, na medida em que todos os seus elementos normativos podem ser reconstruídos como resultados de interações entre princípios. Dessa forma, a validade e a conseqüente força vinculante de todas as normas definitivas do sistema jurídico deixar-se-ia justificar por meio da possibilidade de recondução à ponderação que lhes são subjacentes.⁶⁰ No âmbito da teoria dos princípios, o sistema jurídico deixaria, por conseguinte, de ser concebido como uma ordem escalonada fundada prioritariamente pela ideia de autoridade para se tornar uma ordem racional,⁶¹ que se expressaria por meio de uma grande rede composta por normas passíveis de ponderação e de resultados de ponderações. Nessa estrutura do sistema jurídico, a força das decisões definitivas, que possuem a natureza de regra, não se basearia na autonomia do seu enunciado em relação às suas respectivas justificações subjacentes,⁶² ou seja, na sua força *qua* regra, mas em uma truncada interação entre princípios. Por um lado, a legitimidade das regras poderia ser explicada nos termos de uma ponderação entre princípios materiais, enquanto, por outro, a sua força normativa seria justificada por meio de princípios formais, “que estatuem

⁵⁸ POZZOLO. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico, p. 109.

⁵⁹ ALEXY. Die Gewichtsformel, p. 771.

⁶⁰ SIECKMANN. *Recht als normatives System*, p. 16 e ss.

⁶¹ *Id.*, p. 20. V. Também SIECKMANN. Grundrechte als Prinzipien, p. 27 e ss.

⁶² SCHAUER. *Thinking like a lawyer*, p. 18.

a vinculação ao resultado de procedimentos anteriores”.⁶³ Em resumo, tanto a estrutura como a racionalidade de todas as normas definitivas do sistema seriam, nos termos da teoria, explicadas a partir da referência ao resultado da consideração de diversos elementos envolvidos em uma ponderação, já que, independentemente da natureza formal ou material, princípios seriam, por definição, comandos para serem otimizados.⁶⁴

A conjugação da centralidade do conceito de princípio para explicar a natureza e funcionamento das normas jurídicas com o holismo e a minimização das diferenças estruturais entre subsunção e ponderação traz relevantes consequências para a aplicação do direito. Como antecipado, a doutrina da ponderação pressupõe um particularismo de princípios. Esse não é conceitualmente um problema, já que os princípios são definidos como comandos para serem otimizados à luz de circunstâncias específicas. Ao que parece, no entanto, essa concepção poderia implicar também um *particularismo de regras*, no sentido apresentado pelo próprio Schauer,⁶⁵ ao incentivar julgamentos equitativos orientados na consideração dos princípios que suportam as regras e outros que possam estar presentes no caso. O processo de tomada de decisão jurídica se tornaria, assim, refém da variação do sentido das razões morais incorporadas no sistema jurídico por meio dos princípios, que não poderiam deixar de ser consideradas em qualquer processo de justificação.⁶⁶ A meu ver, aí se localiza, nos termos da própria teoria, a base para a crítica de Schauer.

Tal qual esboçado, a tese central do tipo de particularismo apresentado como um problema interno na teoria dos princípios pode ser resumida na crença de que o papel e o peso de uma razão em um caso concreto dependem da consideração de todas as circunstâncias do problema. A roupagem que uma dada razão possui depende, com outras palavras, fundamentalmente do contexto em que ela emerge. Dessa forma, como uma mesma razão pode funcionar em diferentes circunstâncias como argumento pró ou contra certa conclusão (na medida em que, dependendo do caso, um princípio pode ser a norma promovida ou restringida), a tomada de decisões práticas não se deixaria orientar por regras gerais ou princípios universais, mas sempre pela análise minuciosa de todos os elementos de cada caso. Definir, portanto, princípios como mandamentos de otimização significaria simplesmente reconhecer sua capacidade de sustentar razões ubíquas em diferentes circunstâncias. Isso é suficiente para justificar um particularismo de princípios nos seguintes termos:

⁶³ SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 147.

⁶⁴ Esse é, aliás, um fundamento capaz de contribuir para a dissolução da existência de uma distinção do tipo *estrutural* entre regras e princípios.

⁶⁵ Cf. a respeito especialmente SCHAUER. *Playing by the Rules: a philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, p. 136-137 e 192. O caso parece estar mais próximo de um particularismo sensível a regras, nos termos do autor.

⁶⁶ V. POZZOLO. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico, p. 110.

todas as vezes em que se constatar a incidência de princípios em colisão, deve-se considerar todas as circunstâncias para a tomada de decisão.⁶⁷ Isso, contudo, não difere do que prescreve a teoria. A questão espinhosa é saber se esse mesmo raciocínio se aplica para a tomada de decisão diante da incidência de *regras*.

A defesa mais forte que se pode fazer dessa tese parece-me recorrer tanto à impossibilidade de princípios formais efetivamente entrincheirarem as regras contra a consideração de outras razões em contextos específicos — ou, na formulação de Raz,⁶⁸ *excluírem* razões — como ao citado paradoxo da determinação.⁶⁹ Começando pelo final, de acordo com esse paradoxo, o desenvolvimento de mecanismos destinados ao aumento de racionalidade da ponderação visa, em primeiro lugar, ao correspondente aumento de sua determinação. Essa determinação pretende atuar tanto nos planos explicativo como normativo dos processos de compreensão e aplicação do direito. Assim, por um lado, tanto a lei de colisão, como a lei de sopesamento e a fórmula do peso visam a esclarecer como comandos definitivos do sistema jurídico (que detêm a estrutura de regras) são justificados nos termos de uma ponderação. Por outro, aqueles três elementos também erigem a pretensão de servir de norte para o tomador de decisão, ao definirem os seus ônus de argumentação com o máximo de objetividade possível. Especificamente em relação à fórmula do peso, ressalte-se novamente que ela “representa um esquema que funciona de acordo com as regras da aritmética”,⁷⁰ o que a tornaria para a ponderação o que as regras da lógicas seriam para a subsunção,⁷¹ caracterizada como “a primeira racionalidade da ciência do direito”.⁷²

Nessas bases, ao investir na racionalidade da ponderação como mecanismo de tomada de decisão jurídica e tentar explicar toda a estrutura do sistema jurídico e de suas normas definitivas a partir de ponderações, o modelo de princípios de Alexy criaria incentivos para um *particularismo global* do raciocínio jurídico. Dessa maneira, a soberracionalização da ponderação e o papel de protagonista que ela desempenharia na estrutura do sistema jurídico, contribuiriam para o escamoteamento

⁶⁷ Essa afirmação é especialmente adequada para países como Alemanha e Israel, nos quais comumente a aplicação da máxima da proporcionalidade atinge o último nível. V. a respeito STONE-SWEET; MATHEWS. Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism, p. 64.

⁶⁸ RAZ. *Practical reason and norms*, p. 35 e ss.

⁶⁹ Há naturalmente outras possibilidades de justificar o uso frequente da proporcionalidade e da ponderação, o que implica análises particularistas. Segundo Stone-Sweet & Jud, por exemplo, “[j]udges could develop and maintain strong deference doctrines, assuring that ‘judicial’ authority to supervise ‘political’ authority — when it comes to balancing situations — would be exercised only at the margins, rather than systematically. In our view, *traditional reasonableness postures are defensible, but not from the standpoint of modern constitutionalism*” (STONE-SWEET; MATHEWS. Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism, p. 64, grifos nossos). Conformações institucionais podem ser também determinantes para fomentar um ativismo judicial. V. HIRSCHL. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*.

⁷⁰ ALEXY. On Balancing and Subsumption..., p. 448.

⁷¹ *Id.* Para Schauer, Alexy trata tanto a ponderação como a subsunção praticamente como “equally formally rational and, more important, equally objective”. SCHAUER. *Thinking like a lawyer*, p. 5.

⁷² SCHLINK. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, p. 455.

das suas limitações e para a deterioração do lado formal do direito.⁷³ No coração do problema está, como já dito, a tese problemática de que subsunção e ponderação são esquemas formais capazes de garantir a satisfação em níveis próximos das expectativas de racionalidade dos participantes do discurso jurídico e, sobretudo, os de *efeitos* uma tal crença para o raciocínio judicial. O principal desses efeitos é, como já dito, algum tipo de ingenuidade sobre os potenciais da ponderação na solução de casos concretos. Este é um outro tipo de problema relacionado à objeção de superracionalidade. Um exemplo dessa visão pode ser retirado das palavras de Beatty:

A proporcionalidade permite que o casuísmo opere na sua melhor forma. [...] Porque a proporcionalidade recusa-se a conceder direitos ou a numerar qualquer status especial, ela pode reivindicar uma objetividade e integridade que não podem ser equiparados a nenhum outro modelo de revisão judicial. Ela evita a subjetividade e indeterminação que afligem de maneira similar a interpretação e os cálculos de custo/benefício. [...] A forma como os pragmatistas pensam sobre os princípios jurídicos que os juízes usam para decidir casos se encaixa na proporcionalidade como uma luva. [...] Pragmatistas também acreditam que todos os julgamentos são contextuais e contingentes em relação às circunstâncias particulares nas quais eles são feitos [...].⁷⁴ A proporcionalidade faz do pragmatismo o melhor que ele pode ser. A proporcionalidade permite que juízes pragmáticos alcancem um nível de objetividade e imparcialidade acima de tudo o que eles já tinham atingido até então.⁷⁵

Mas quais são os limites para o desenvolvimento de ponderações? Se a proporcionalidade permite, de fato, que análises casuísticas possam ser feitas da melhor forma possível, o que impede o tomador de decisão de entender a teoria dos princípios e seus mecanismos de racionalidade como incentivos para empreender, sempre que julgar adequado, julgamentos sob a consideração de todas as circunstâncias em casos específicos? Aharon Barak, juiz da Suprema Corte de Israel e conhecido entusiasta da máxima da proporcionalidade, já foi chamado, por exemplo, de “déspota esclarecido”⁷⁶ por sua postura extremamente ativista baseada na ponderação. Ao contrário das críticas tradicionalmente dirigidas à ponderação, o risco aqui — ainda que não o exclua — não está na afirmação da sua suposta

⁷³ SCHAUER. *Thinking like a lawyer*, p. 315 e ss.

⁷⁴ Ao contrário em relação ao pragmatismo jurídico, cf. POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*.

⁷⁵ BEATTY. *The Ultimate Rule of Law*, p. 170, 171, 183, 184 e 187. Outros exemplos: “Impartially applied, proportionality permits disputes about the limits of legitimate lawmaking to be settled on the basis of reason and rational argument (p. 169)”. “On a proportionality model, the day-to-day practice of judicial review has nothing to do with interpretative puzzles. [...] It is, as Habermas emphasizes, a process of rule or norm application pure and simple. It is all and only about proportionality” (p. 170).

⁷⁶ POSNER. *Enlightened Despot*, p. 53-55. Contra cf. MEDINA. *Four Myths of Judicial Review: A Response to Richard Posner’s Critique of Aharon Barak’s Judicial Activism*.

irracionalidade,⁷⁷ mas na crença excessivamente otimista de que os instrumentos fornecidos pela teoria dos princípios pode torná-la suficientemente racional a ponto de legitimar análises particularistas sem maiores dificuldades. Na ausência de maiores limites, porém, a consequência do empreendimento de análises equitativas pretensamente seguras, porquanto pretensamente racionais, seria o aumento de indeterminação no sistema jurídico, já que todo o processo de aplicação do direito passaria a depender de juízos *all things considered*, o que significa mais variáveis no processo decisório e maiores exigências de processamento de informações.

Para o modelo de regras desenvolvido pela teoria, as consequências desse raciocínio seriam perversas. Se as regras são caracterizadas como resultados de ponderações de princípios e sua força vinculante decorre também de um princípio (independentemente de sua natureza *formal*, já que, por definição, princípios são normas ponderáveis), bastaria, então, reconhecer a potencial variação do sentido dos princípios em casos concretos para que o tomador de decisão tivesse sempre que voltar à ponderação original para saber se os princípios que sustentam a regra aplicável em um caso desempenham, nas circunstâncias *atuais*, o mesmo papel de outrora. Caso contrário, terá o juiz que justificar a derrotabilidade da regra, o que também é realizado e explicado pela teoria nos termos de uma nova ponderação.⁷⁸ Por conseguinte, seria suficiente que o tomador de decisão tivesse qualquer dúvida a respeito da aplicabilidade de uma regra em um dado caso para que uma ponderação não limitada pela presença de uma regra no caso fosse iniciada. Não fazê-lo seria contradizer as bases do modelo de princípios. Quando, por exemplo, Alexy diz que, quando os princípios mais fundamentais da Constituição alemã “ou os seus diversos subprincípios são aplicáveis em um caso duvidoso, então o juiz é juridicamente obrigado a realizar uma otimização relativa ao caso concreto”,⁷⁹ poder-se-ia entender que sua teoria endossa um modelo não entrincheirado de regras. Afinal, como a teoria dos princípios não esclarece quando exatamente um caso difícil aparece, isso implicaria que “todas as questões políticas de objetivos [tomar-se-iam] questões jurídicas [...]. O direito legal (positivo) [seria] com isso em princípio questionado sobre se ele foi posto pela legislação sob a estampa de uma otimização constitucional satisfatória”.⁸⁰ Dessa forma, a aplicação de uma regra incidente, de acordo com um modelo particularista de decisão, seria apenas o reconhecimento, após um juízo realizado à luz de todas as circunstâncias, da

⁷⁷ Pozzolo é um exemplo de quem acusa a ponderação de princípios de particularista, mas a partir da sua suposta irracionalidade. Com as suas palavras: “[c]omo me parece claro, o debate sobre o juízo de ponderação, ou melhor, sobre o modo de resolver o conflito entre princípios constitucionais, deriva do fato de que parece não ser possível oferecer uma solução racionalmente fundada e controlável”. V. POZZOLO. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico, p. 114.

⁷⁸ WANG. *Defeasibility in der juristischen Begründung*, p. 94 e ss.

⁷⁹ ALEXY. *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 130.

⁸⁰ STARCK. *Buchbesprechung von Alexys, Begriff und Geltung des Rechts*, p. 475 e ss.

imutabilidade e da força, no caso, das razões que a sustentam. Por esse motivo, parecem corretas as críticas que afirmam o caráter *prima facie* das razões sustentadas por regras e a perda da vinculação ao texto no modelo de princípios,⁸¹ mesmo quando uma nova ponderação não é realizada.

3.2 Os pressupostos epistêmicos da fórmula do peso e as suas condições reais de operacionalização

Se a primeira base para se especular sobre possíveis pretensões hiper-racionalistas subjacentes ao instrumental metodológico desenvolvido por Alexy para estruturar a ponderação se localiza no reconhecimento de uma proximidade estrutural entre subsunção e ponderação em um modelo teórico que relaciona a aplicação de princípios com particularismo, a segunda dessas bases está relacionada às prováveis exigências epistêmicas elevadas vinculadas aos sofisticados métodos de decisão fornecidos pela teoria. Esse é o centro de uma proposta de “tomada de consciência”⁸² a respeito das potencialidades do trabalho desenvolvido por Alexy articulada por Schuartz.

Nesta dimensão da crítica, o problema da ponderação se localizaria na pressuposição de que a realização de princípios em colisão relativamente às possibilidades jurídicas exige uma série de informações de difícil obtenção e o respectivo processamento desses dados.⁸³ O referencial da própria teoria usado como ponto de partida para a formulação da crítica é o conceito de princípios como mandamentos de otimização, ideia-chave em torno da qual são desenvolvidas as estruturas de argumentação racional. De acordo com a definição, mais uma vez, princípios são normas cuja realização em concreto se dá *na maior medida possível* de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. É na referência ao “máximo possível”, corretamente apresentado como um “misto de princípio regulador e variável de restrição em problemas de maximização do tipo trade-off”,⁸⁴ que se localiza o perigo de oferecimento de regras de argumentação excessivamente exigentes destinadas a orientar a práxis de aplicação de princípios em colisão.

A fórmula do peso pode ser compreendida como a tentativa mais sofisticada de fixação de um roteiro argumentativo para a justificação dos resultados de ponderações. Ela ergue ao mesmo tempo as pretensões de ser o produto da *reconstrução racional* da prática do tribunal constitucional federal alemão e um

⁸¹ KLEMENT. Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik, p. 759.

⁸² SCHUARTZ. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy, p. 220.

⁸³ *Id.*, p. 218 e ss.

⁸⁴ *Id.* p. 190.

referencial normativo para o desenvolvimento dessa prática e para a avaliação dos seus produtos. Como referência a uma práxis que se quer compreender, organizar e estruturar racionalmente para que ela mesma, reconstruída, possa servir de base para a condução de processos decisórios, sua importância como instrumento metodológico é retirada exatamente da possibilidade real de elaboração de juízos passíveis de universalização — ou pelo menos com pretensão de validade intersubjetiva, como é o caso da teoria — sobre as suas variáveis, ou seja, sobre (i) a intensidade da intervenção em cada um dos princípios envolvidos no caso, (ii) a relação de peso abstrato entre os mesmos e (iii) a confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a realização de um princípio e a não realização do outro.⁸⁵ E é em um suposto descompasso entre o “possível” vislumbrado pela teoria e o “possível” efetivo que se localiza o problema da racionalidade da ponderação, desta vez apresentado em um sentido completamente diverso daquele mais comumente relacionado ao discurso dos princípios.

O ataque quase óbvio a uma empreitada desse tipo, que se sustenta sobre a figura de um “ponto de ótimo” a ser perseguido, é o de vincular as ambições de racionalidade da teoria com a *existência* e a possibilidade *efetiva* de alcance de uma única *resposta correta*. Hiper-racionalidade, neste ponto, não significa mais do que confiar no potencial epistêmico do método e dos seus manipuladores para o alcance de níveis ideais de certeza e objetividade. As expressões “ótimo” e “maior medida possível” não seriam, assim, apenas metáforas na teoria, mas fontes para a criação, nos seus destinatários, de expectativas realizáveis sobre o funcionamento adequado da ponderação, que são reforçadas a cada nova tentativa de Alexy e de seus seguidores de criar ou refinar modelos de tomada de decisão em casos concretos que envolvam princípios em colisão.⁸⁶ Esse parece ser realmente o caso quando Alexy afirma que um discurso ideal⁸⁷ é uma ideia regulativa na qual devem se orientar discursos reais. Ao representar os “objetivos ou o ponto final” destes, aquele exige a maior aproximação possível entre os dois para que se satisfaçam níveis desejáveis de correção.⁸⁸ Uma única resposta correta parece ser, dessa forma, um objetivo a perseguir. E, se este é o caso, não é estranha a conclusão de que o desenvolvimento de mecanismos normativos de argumentação, ainda que inspirados na reconstrução racional das operações implícitas vinculadas às valorações empreendidas por

⁸⁵ ALEXY. Die Gewichtsformel, p. 790.

⁸⁶ Assim, SCHUARTZ. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy, p. 196.

⁸⁷ Um discurso ideal é definido pela busca de uma resposta para uma questão prática “sob as condições de tempo ilimitado, participação ilimitada e completa ausência de coerção na direção da produção de completa clareza linguístico-conceitual, completa informação empírica, completa capacidade e disposição para a troca de papéis e completa imparcialidade”. V. ALEXY. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, p. 157.

⁸⁸ *Id.*, p. 157.

participantes de processos decisórios reais, visem ao alcance metodologicamente orientado das melhores respostas possíveis.

Esta, porém, não é uma objeção nova. E, como visto, sustentável. Alexy se refere à utilidade prática da orientação em discursos ideais como o “problema do conhecimento”. Como as condições ideais de deliberação que permitiriam o alcance das melhores respostas possíveis não são, por definição, realizáveis, torna-se naturalmente questionável até que ponto faz sentido orientar-se em algum tipo de ideal. A resposta de Alexy parte da possibilidade de uma aproximação efetiva entre discursos reais e ideais. No entanto, essa aproximação está longe de significar a aceitação (i) da existência de um único resultado para cada problema prático, mesmo no âmbito de discursos ideais, e (ii) da possibilidade de alcance desses resultados. Como admite o próprio Alexy, “[a] conexão do discurso ideal com o real é capaz de eliminar a indefinição de resultados apenas de modo altamente limitado”.⁸⁹ Alexy reconhece a possibilidade teórica de que questões práticas possam admitir um conjunto não unitário de soluções igualmente corretas. É possível, como também afirma Schuartz, haver soluções *melhores* do que outras, sem que, para tanto, seja preciso pressupor a existência de uma resposta melhor do que *qualquer* outra. Não há, nesse ponto, qualquer contradição, seja no nível semântico, seja no nível pragmático, entre chamar uma decisão de incorreta e, simultaneamente, afirmar que não existe a decisão correta.⁹⁰ O que Schuartz nesse aspecto parece apresentar como fundamentos para a crítica converge, na verdade, com pressupostos da teoria. Esse ponto de vista é claramente defendido por Alexy quando ele diferencia resultados discursivamente impossíveis (como a escravidão), de resultados discursivamente necessários (os direitos humanos, por exemplo) e de resultados discursivamente *possíveis*.⁹¹ Nesses últimos casos, caracterizados pela existência de desacordos racionais, não há violação de regras discursivas, o que exclui a possibilidade de afirmação de não serem ambos os resultados, ainda que reciprocamente excludentes, aceitáveis do ponto de vista das condições internas de racionalidade pressupostas pelo modelo. A afirmação de que discursos ideais possuem uma utilidade limitada para resolver problemas de indefinição de resultados se justifica, assim, apenas na medida em que a aproximação entre ideal e real é especialmente útil para justificar resultados necessários e, sobretudo, excluir os discursivamente impossíveis. Mas mesmo essa utilidade marginal não seria capaz de excluir qualquer investimento em ideais regulativos. Além disso, ela não submete julgamentos sobre a importância de mecanismos como a fórmula do peso à possibilidade de alcance permanente de respostas ideais.

⁸⁹ ALEXY. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 158.

⁹⁰ SCHUARTZ. *Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy*, p. 197.

⁹¹ ALEXY. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 158.

O problema da única resposta correta, ainda que possa ser teoricamente aprofundado, não me parece, assim, um fator decisivo para o desenvolvimento de uma crítica de hiper-racionalidade da ponderação e dos instrumentos metodológicos desenvolvidos por Alexy que pretendem orientá-la. O tipo de objeção epistêmica que parece ter o potencial para atingir o alvo quando direcionada à teoria dos princípios diz respeito, portanto, não ao conhecimento dos resultados que possam servir de parâmetro para o controle crítico de ponderações, mas à dificuldade de acesso e processamento dos dados pressupostos pela teoria para a realização de uma ponderação adequada, entendida como a resultante da aplicação efetiva das variáveis da fórmula do peso. Isso porque, se a objeção é correta, sem esses dados, ao contrário do que a teoria promete, a sofisticação metodológica alcançada por Alexy, em vez de reduzir a incerteza relacionada a qualquer processo de realização de princípios relativamente às possibilidades jurídicas, tem o potencial para aumentá-la descontroladamente.

Essa potencialidade de elevação dos níveis de incerteza não decorreria, neste caso, de uma compreensão inadequada da teoria em ambientes de aplicação, mas seria uma consequência das pretensões reconstrutivas da fórmula do peso, que pretende modelar fidedigna e racionalmente a práxis ponderativa tal qual ela se desenvolve.⁹² Como já dito, a fórmula do peso é substancialmente uma tentativa de identificar e estruturar os espaços de valoração no âmbito dos quais a ponderação de princípios é levada adiante nas salas do tribunal constitucional, que, ao final, pretende (re)conduzir processos reais de justificação ao permitir a extração de conclusões a partir de certas premissas. Ela se inspira na realidade que observa e reconstrói para, retornando a ela, tentar reorientá-la por meio de um esquema de decisão. Essa condensação, ao mesmo tempo sintetizadora e ordenadora da práxis, porém, tende a se tornar um problema quando os esforços de reconstrução aspiram a representar tão detalhadamente o processo decisório que dificulta ou inviabiliza a reorientação dessa mesma práxis nos termos do próprio modelo, que se torna excessivamente exigente para os seus aplicadores. A meu ver, esse potencial caráter excessivamente exigente do modelo pode decorrer tanto da determinação cada vez mais minuciosa das trilhas argumentativas pelas quais o tomador de decisão deve passar, o que tende a levar o aumento das variáveis a serem consideradas em processos reais de justificação, como, independentemente dessa granulação da argumentação, das capacidades para a obtenção e processamento de informações pressupostas para a operacionalização adequada do modelo. Para Schuartz, o risco a se considerar está, sobretudo, nesse segundo nível, na medida em que parece haver uma confiança excessiva pressuposta pela teoria “na nossa capacidade de

⁹² SCHUARTZ. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy, p. 219.

obtenção e na qualidade das premissas requeridas e continuamente utilizadas” no processo de passagem das premissas colocadas pelo modelo para as conclusões.⁹³

O alerta para os limites epistêmicos que afetam tomadores reais de decisão, sejam eles intrinsecamente vinculados à condição humana, sejam eles impostos pelo próprio direito ou pelo arranjo institucional dentro do qual as competências desses agentes são exercidas, não chega a ser uma novidade.⁹⁴ Ao contrário, levar a sério as habilidades e limites cognitivos de tomadores de decisão são, para alguns, preocupações pragmáticas a serem necessariamente consideradas em qualquer modelo normativo de decisão jurídica que precisa ser operacionalizado por pessoas de carne e osso.⁹⁵ A força da crítica de Schuartz, porém, não se extrai apenas de exigências pragmáticas externas ao modelo de ponderação, mas da articulação, sustentada por uma crítica filosófica mais profunda, de uma objeção interna à relação entre o seu processo de construção e a sua efetiva operacionalização. Nesse nível da crítica, o paradoxo da determinação é um resultado quase que esperado da tentativa de submeter, ao menos em alguma medida, as condições de correção prática de decisões dentro do direito a condições de racionalidade epistêmica, ou, como coloca o próprio Schuartz, de relacionar “justiça” com “verdade”.⁹⁶ A tensão entre esses dois objetivos que parecem nortear a construção da fórmula do peso é evidente, sobretudo, quando a variável sobre a *confiabilidade das premissas empíricas* que suportam a realização e não realização dos princípios colidentes está em jogo.

Se a dificuldade de operacionalização das duas primeiras variáveis — respectivamente sobre o grau de interferência entre os princípios e a relação de peso abstrato entre os dois — já parece evidente, o manejo adequado da terceira tende a aumentar perigosamente os níveis de incerteza de processos decisórios reais, na medida em que a solução de uma questão jurídica pode exigir conhecimentos *extrajurídicos*, cuja validade ou confiabilidade estão sujeitas aos critérios fixados pela ciência para a atribuição de predicados como “seguro”, “plausível/defensável” ou “não evidentemente falso”, exatamente os parâmetros de valoração sugeridos pela fórmula para a manipulação da fração (Si/Sj).⁹⁷ A questão complexa de fundo, aparentemente não resolvida pela teoria, diz respeito à composição adequada das relações, inevitáveis, mas necessariamente problemáticas, entre direito e ciência. De fato, como indica Schuartz, “o significado de expressões como *verdade*, *certeza*, *plausibilidade* etc. quando empregadas para referências a premissas utilizadas

⁹³ SCHUARTZ. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy, p. 220.

⁹⁴ LEAL, Fernando. Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica, cap. 1.

⁹⁵ Cf. SUNSTEIN; ADRIAN VERMEULE. *Interpretation and Institutions*, p. 885-951; e POSNER. *The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation (a Reply to Sunstein and Vermeule)*, p. 952-971.

⁹⁶ SCHUARTZ. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy, p. 221.

⁹⁷ ALEXY. *Die Gewichtsformel*, p. 789.

em inferências jurídicas não é igual ao significado dos mesmos termos quando empregados para referências a premissas utilizadas em inferências científicas, e os critérios de correção de inferências de um desses tipos não servem como critérios de correção de inferências do outro tipo”.⁹⁸ Essa constatação impõe o desenvolvimento de mecanismos propriamente jurídicos capazes de permitir uma transição minimamente controlável entre os discursos jurídico e científico, sob pena de o direito ser inundado pelas incertezas típicas da construção e evolução do conhecimento científico. Quando isso não é feito, o que parece ser o cerne do pedido de “tomada de consciência” sugerido pelo autor, coloca-se não apenas a utilidade do direito como mecanismo de estabilização de expectativas normativas em xeque, como o tomador de decisão na desconfortável posição de um pretense conhecedor e mediador — quase sempre como um árbitro despreparado — de disputas não apenas jurídicas, mas também científicas. O problema estrutural entre direito e ciência se une, aqui, ao problema das capacidades epistêmicas de “juristas” quando são chamados a lidar com questões enfrentadas por “cientistas”.

A decisão Cannabis do Tribunal Constitucional Federal Alemão⁹⁹ e as discussões recentes no Brasil sobre o uso de amianto¹⁰⁰ exemplificam como conhecimentos não jurídicos podem ser decisivos para a tomada de decisão. Afinal, a identificação do grau de restrição do direito à saúde nos casos depende do modo como a comunidade científica se posiciona a respeito do assunto. E essa visão é crucial para que o tribunal constitucional possa determinar se medidas que venham a proibir o consumo de maconha ou o uso de certas fibras de amianto para a construção de caixas d’água são constitucionais ou inconstitucionais.¹⁰¹ Mas será que a fórmula do peso espera realmente que um juiz seja capaz de conhecer e, em caso de visões diferentes dentro da própria ciência, valorar as premissas empíricas relacionadas à promoção e restrição de cada princípio em jogo? Se é este o caso, a necessidade de obtenção e processamento adequado de dados como o grau de prejuízo para a saúde relacionado ao consumo de maconha ou a possibilidade efetiva de uso de fibras de amianto causarem câncer revelaria como o problema da fórmula estaria localizado exatamente na dificuldade efetiva de emissão de juízos confiáveis a respeito desses e outros temas. Ampliando o alcance do argumento para abranger também as dificuldades de operacionalização das outras variáveis da fórmula — ainda que elas não lidem com incertezas relacionadas ao conhecimento ou prova de fatos —, o

⁹⁸ SCHUARTZ. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy, p. 224.

⁹⁹ BVerfGE 90, 145.

¹⁰⁰ ADI nº 3.937/SP.

¹⁰¹ No caso do amianto, a busca por algum tipo de *legitimidade epistêmica* da decisão levou o STF a convocar uma audiência pública para ouvir especialistas sobre a matéria. A audiência foi realizada em 24 e 31 de agosto de 2012.

que se tem no final do dia é: em vez de as variáveis da fórmula contribuírem para aumentar a racionalidade de ponderações, elas apenas escancarariam, de forma organizada, mas *desorientada*, as valorações realizadas por tomadores de decisão quando ponderam. O abismo entre as promessas teóricas por trás da fórmula e os ganhos efetivos vinculados à sua aplicação por pessoas com limitadas capacidades epistêmicas é que permitiriam entendê-la como um delírio racionalista. Como tal, a ponderação orientada pela fórmula do peso passaria apenas uma pseudoimpressão de racionalidade, e o seu uso frequente sustentado sobre uma miopia a respeito dos seus verdadeiros potenciais só traria mais incerteza para a tomada de decisão jurídica, especialmente quando aos problemas epistêmicos da fórmula se unissem os problemas da perda de textualidade.

4 A teoria das boas perguntas

Tanto a crítica da erosão da textualidade do direito como a objeção relativa ao caráter excessivamente exigente da ponderação evidenciam problemas que parecem bem mais críveis do que a afirmação de uma plena irracionalidade dos métodos propostos pela teoria dos princípios para conduzir processos decisórios reais que envolvem princípios colidentes. O investimento constante em regras de argumentação, sobretudo aqueles que partem de esforços de reconstrução racional de esquemas de decisão difusamente assentados sobre uma determinada práxis, antes de diluir o exercício da autoridade do direito em arbítrio, contribui para a estabilização no longo prazo dessa mesma práxis, ao permitir que processos decisórios complexos se guiem por roteiros previamente existentes, ainda que eles não levem a *resultados* unívocos. É o trabalho em torno de campos de argumentação predeterminados que possibilita (i) a explicitação dos espaços relevantes de argumentação implicitamente reconhecidos no âmbito da própria práxis que se reconstrói, (ii) a identificação dos titulares dos deveres de argumentação e de prova e das soluções para os casos em que os respectivos ônus não são superados, (iii) a organização das expectativas normativas dos participantes de processos decisórios em torno do roteiro a ser observado na solução de casos difíceis e (iv) aprendizado institucional por meio de ganhos de qualidade discursiva.¹⁰² Isso acontece exatamente quando Alexy oferece uma estrutura específica para o desenvolvimento da ponderação — a fórmula do peso —, na medida em que ela fixa quais são os espaços argumentativos relevantes que devem ser ocupados por juízes, advogados e observadores críticos da prática do tribunal na solução de casos que envolvem princípios em colisão. A aposta da teoria se dá, sobretudo, na crença de que, quando todos aceitam, internalizam e

¹⁰² SCHUARTZ. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy, p. 186.

esperam a observância de determinado roteiro, é possível estabilizar o processo decisório e permitir que ele se aperfeiçoe ao longo do tempo, seja pela inclusão de novos roteiros argumentativos, seja pela melhoria do processo de justificação dentro dos roteiros já existentes. É por esses motivos que a ponderação de princípios, desde que devidamente estruturada e que essa estrutura seja observada, não é necessariamente um procedimento irracional de tomada de decisão em casos difíceis.

Os problemas da hiper-racionalização do processo decisório, porém, continuam abertos. A hipótese de que a ponderação e o instrumental metodológico a ela vinculado pelo trabalho de Alexy, por um lado, conduzem a um particularismo de regras que traz graves consequências para a dimensão de autoridade do direito e para as pretensões dogmáticas da teoria dos princípios. A possibilidade de o modelo de justificação vinculado à ponderação de princípios não ser operacionalizável na prática, por outro lado, impede que a incerteza atrelada à solução de casos difíceis no direito seja controlada ou reduzida. Ambas as críticas, porém, não levam diretamente ao descarte da ponderação e desqualificam os esforços metodológicos destinados à definição dos esquemas argumentativos relevantes, por mais complexos que possam ser, para a justificação racional de decisões. Eles sugerem, a meu ver, ajustes no edifício teórico geral de Alexy e esforços complementares voltados a tornar possível o desenvolvimento de cadeias argumentativas confiáveis pelos participantes do discurso jurídico.

No caso das críticas de Schauer, o que se pretende evidenciar é uma dissonância entre algumas bases fundamentais sobre o conceito de direito do projeto teórico alexyano, anunciado como uma tentativa de *institucionalização da razão*,¹⁰³ a teoria dos princípios e o modelo decisório desenvolvido para orientar processos decisórios reais. As peças que precisam ainda se encaixar e, em alguns casos, precisam ser lapidadas são (i) a afirmação da prioridade *prima facie* da dimensão autoritativa do direito sobre a dimensão ideal,¹⁰⁴ que sustenta a inadmissibilidade de desvios frequentes do material jurídico autoritativo e leva a sério as referências textuais como limites à tomada de decisão, (ii) a estrutura dos princípios formais, que garantiriam a força das regras na teoria dos princípios,¹⁰⁵ e (iii) o papel dos princípios formais na construção de um modelo de regras não transparente. A articulação adequada entre esses elementos parece-me fundamental para que seja possível, à luz da teoria dos princípios, demarcar as diferenças estruturais entre ponderação e subsunção a

¹⁰³ Cf. ALEXY. *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason*, p. 23-45.

¹⁰⁴ ALEXY. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 159 e ss.

¹⁰⁵ Tais normas são definidas em razão de sua independência de conteúdos materiais. Sua função é “fundamentar a vinculação de decisões específicas independentemente da sua correção interna”. Cf. SIECKMANN, *op. cit.* p. 137. Segundo Alexy “cada princípio formal é [...] o fundamento para inúmeras margens de conformação que o tribunal constitucional federal reconhece ao legislador”. V. ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, p. 120.

partir da própria distinção entre os ônus de argumentação envolvidos no trabalho de tomada de decisão com princípios e regras, sobretudo nos casos de *derrotabilidade* de regras.

No caso dos riscos apontados por Schuartz, alerta-se especialmente para a importância do desenvolvimento de regras de *regulação da prova* no processo judicial por meio da construção de *standards* de prova e de mecanismos de distribuição de ônus da prova.¹⁰⁶ Essas regras jurídicas complementares poderiam atuar exatamente no espaço deixado pela fração (Si/Sj) da fórmula do peso para impedir que os limites do tomador de decisão para conhecer e arbitrar debates científicos redundassem em aumento descontrolado dos níveis de incerteza e de erro nas fronteiras do direito. Novos parâmetros capazes de atuar dentro do espaço argumentativo indicado pela referida fração possibilitariam que juízes desempenhassem adequadamente o papel de *gatekeepers* que permitem uma transição estável de conhecimentos científicos para o processo decisório sem desconsiderar as condições de racionalidade do próprio direito.¹⁰⁷ Não se trata, é certo, de, por meio da criação dessas regras de regulação de fatos, dificultar a entrada de argumentos científicos no direito ou de tratar o testemunho de expertos com desconfiança.¹⁰⁸ Ao contrário, o investimento em regras de coordenação do uso de argumentos científicos pretende apenas fixar *ex ante* condições gerais de confiabilidade de afirmações de especialistas para que elas possam contribuir, sem o aumento na solução de cada caso dos custos de decisão e de erro, para a justificação de juízos normativos. Esse parece ser um esforço necessário para que a metáfora da ponderação continue sendo apenas um referencial argumentativo para a proteção de direitos fundamentais “in a *relatively standardized, easy-to-use form*”.¹⁰⁹

Como anteriormente dito, a racionalidade da ponderação decorre substancialmente da identificação dos caminhos pelos quais participantes de processos de tomada de decisão jurídica devem passar. E a observância de um roteiro de justificação previamente fixado pode contribuir para a racionalidade dos resultados da ponderação, como visto, em dois sentidos. Por um lado, os métodos podem tornar a ponderação mais organizada, transparente, compreensível e clara; por outro, eles podem limitar, mesmo que de maneira fraca, a discricionariedade do tomador de decisão, na medida em que podem reduzir o conjunto de alternativas decisórias disponíveis. A meu ver, os riscos reais de excesso de racionalidade

¹⁰⁶ Essa é a sugestão do próprio Schuartz para lidar com os problemas subjacentes às relações entre direito e ciência. Cf. *Interdisciplinariedade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência do direito*, p. 7.

¹⁰⁷ SCHUARTZ. *Interdisciplinariedade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência do direito*, p. 34.

¹⁰⁸ Sobre os problemas relacionados ao tratamento diferenciado entre o testemunho de especialistas e de não expertos nos tribunais, sobretudo os decorrentes da tentativa de, ao aumentar os níveis de exigência de confiabilidade dos testemunhos de expertos, impedir a entrada de *junk science* em processos decisórios, cf. SCHAUER; SPELLMAN. *Is Expert Evidence Really Different?*, p. 1-26.

¹⁰⁹ STONE-SWEET; MATHEWS. *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, p. 11.

umentam quanto mais se crê na possibilidade de uma ponderação bem estruturada contribuir efetivamente para ganhos de racionalidade no segundo sentido. Se o argumento é plausível, como o primeiro sentido de racionalidade não leva necessariamente ao segundo, colocar a racionalidade da ponderação em seu devido lugar talvez dependa de uma ênfase no que o instrumental metodológico desenvolvido pela teoria dos princípios para guiar a ponderação pode oferecer de melhor. O foco do desenvolvimento dos métodos de decisão não deveria estar, nesse sentido, diretamente centrado nos resultados da ponderação, mas nas *perguntas* que devem ser feitas e em torno das quais deve girar o processo decisório para que os resultados possam ser considerados admissíveis. Assim, a proporcionalidade e a fórmula do peso são convites ao desenvolvimento das melhores respostas possíveis, entendidas aqui como o produto da satisfação de um dever de justificação, para questões previamente definidas. Estas, e não aquelas, deveriam ser vistas como as protagonistas do modelo procedimental de justificação de decisões sugerido por Alexy. Sob essa perspectiva, as críticas de soberracionalidade só mostram que, em alguns casos, as boas perguntas não precisam ser respondidas para que se chegue a boas respostas. E que, em outros tantos, novas perguntas ainda precisam ser feitas para que as boas respostas possam ser encontradas.

Irrational or Hyper-Rational? Balancing of Colliding Principles between Skepticism and Naïve Optimism

Abstract: Balancing of colliding principles is usually contested due to its asserted intrinsic deficit of rationality. The core claim of this paper is the possibility of a complete inversion in the axis of the criticisms against balancing. I argue that the most problematic issues concerning balancing and the methodological toolkit developed by the principles theory to guide it — notably the efforts of Robert Alexy to that effect — are not related to an insurmountable irrationality of balancing, but rather to the hyper-rationalist ambitions behind the methods that aim to conduct it. In this sense, I claim, on the one hand, that this objection is plausible on the basis of elements of the principles theory itself and I suggest, on the other hand, a different perspective to assert the role that the methodological arsenal developed by Robert Alexy could play in concrete decision-making processes.

Key words: Balancing, Rationality. Legal decision-making. Uncertainty and Particularism.

Referências

- ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. München: Karl Alber, 1992.
- ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel. In: JICKELI, J.; KREUTZ, P.; REUTER, D. (Org.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter Recht, 2003. p. 771-779;
- ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. *ARSP*, v. 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009.
- ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.
- ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 294-304, sept. 2000.

- ALEXY, Robert. Probleme der Diskurstheorie. In: *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main, 1995. p. 109-126.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Posfácio. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 575-669.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2006.
- ALEXY, Robert. My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason. In: WINTGENS, L. J. (Org.). *The Law in Philosophical Perspectives*. My Philosophy of Law. Dordrecht/Boston/London: Kluwer, 1999. p. 23-45.
- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2014.
- BEATTY, David. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- DANCY, Jonathan. *Ethics without principles*. Oxford: Clarendon Press, 2008.
- DANCY, Jonathan. The Particularist's Progress. In: HOOKER, B.; LITTLE, M. O. (Org.). *Moral Particularism*. Oxford: Clarendon Press, 2008. p. 130-156.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1998.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- HWANG, Shu-Perng. Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume. *AöR*, Band 133, p. 606-628, 2008.
- JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen. In: DEPENHEUER, Otto et al. (Org.). *Staat im Wort*. Festschrift für Josef Isensee. Heidelberg: C.F. Müller, 2007. p. 253-275.
- KLEMENT, Jan Henrik. Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik. *JZ*, p. 756-763, 2008.
- LEAL, Fernando. Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 7, p. 41-67, 2007.
- LEAL, Fernando. *Decidindo com normas vagas*. Dissertação de Mestrado apresentada no programa de pós-graduação da UERJ, 2006.
- LEAL, Fernando. *Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: Mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico*. Tese de Doutorado apresentada junto ao programa de pós-graduação da UERJ, 2012.
- LEISNER, Walter. “Abwägung überall” – Gefahr für den Rechtsstaat. *NJW*, p. 636-639, 1997.
- MARMOR, Andrei. Three Concepts of Objectivity. *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- MEDINA, Barak. Four Myths of Judicial Review: A Response to Richard Posner's Critique of Aharon Barak's Judicial Activism. *Harvard International Law Journal Online*, 1, 49, p. 1-9, 2007. Disponível em <http://www.harvardilj.org/online/116#_ftnref2>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- NEVES, Marcelo. Princípios e regras: do juiz Hidra ao juiz Ioulau. In: COSTA, José Augusto F.; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery H. (Org.). *Direito: teoria e experiência*. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2013. t. II, p. 1149-1172.
- O'FLAHERTY, Brendan; BHAGWATI, Jagdish. Will free trade with political science put normative economists out of work? *Economics and Politics*, 3, p. 207-219, 1997.

POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit. Baden-Baden: Nomos, 2003.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or Outside the System? *University of Chicago Law Review*, n. 80, p. 1743-1797, 2013.

POSNER, Richard. Enlightened Despot. *The New Republic*, n. 23, 2007. Disponível em: <<http://www.newrepublic.com/article/enlightened-despot>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

POSNER, Richard. The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation (a Reply to Sunstein and Vermeule). *Michigan Law Review*, n. 101, p. 952-971, 2003.

POZZOLO, Suzanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford: OUP, 1999.

SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Matthias (Org.). *Institutionalized Reason*. The Jurisprudence of Robert Alexy. New York: Oxford University Press, 2012. p. 307-318.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick; SPELLMAN, Barbara. Is Expert Evidence Really Different? *Notre Dame Law Review*, 89, p. 1-26, 2013.

SCHLINK, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: BADURA P.; DREIER, H. (Org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 445-465.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy. In: *Norma, contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 179-228.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Interdisciplinariedade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência do direito*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2174/TpD%20008%20-%20Schuartz%20-%20Interdisciplinariedade%20e%20adjudica%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

SIECKMANN, Jan-Reinard. Grundrechte als Prinzipien. In: SIECKMANN, Jan-Reinard (Org.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007.

SIECKMANN, Jan-Reinard. *Recht als normatives System*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p. 363-380. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2011-Interpretacao_objetividade.pdf>. Acesso em: 1º out. 2014.

STARCK, Christian. Buchbesprechung von Alexys “Begriff und Geltung des Rechts”. *Der Staat*, 32, 1993.

STONE-SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Faculty and Affiliate Scholarship Series, Paper 14*, 2008. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14/>. Acesso em: 1º out. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Direito FGV/Malheiros, 2012. p. 60-84.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, 101, p. 885-951, 2003.

WANG, Peng-Hsiang. *Defeasibility in der juristischen Begründung*. Baden-Baden: Nomos, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

Recebido em: 30.10.2014

Aprovado em: 21.11.2014