



PONDERANDO A PONDERAÇÃO: CRÍTICA À RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE EM PAÍSES DESproporcionais

*BALANCING AND RATIONALITY: THE RELATIVIZATION OF HUMAN RIGHTS
AND THE PROPORTIONALITY IN DISPROPORTIONATE COUNTRIES*

Rafael Lazzarotto Simioni ¹

 0000-0002-8484-4491

Resumo

Esta pesquisa objetiva discutir a relevância da teoria da ponderação (*Gewichtung*) de Robert Alexy nos tribunais superiores brasileiros. A questão central é por que uma teoria que potencialmente relativiza direitos fundamentais se torna uma concepção quase hegemônica de argumentação jurídica no Brasil. A concepção de princípios como mandados de otimização (*Prinzipien als Optimierungsgebote*) permite tanto a relativização dos direitos fundamentais-sociais, quanto um uso seletivo da ponderação. A principal hipótese levantada é a de que, devido a esse caráter relativista dos direitos fundamentais, essa teoria se tornou conveniente para países com índices brutais de desigualdades sociais, como o Brasil. Para serem alcançados esses resultados, utiliza-se uma metodologia de análise da relação entre os motivos que justificam as decisões conceituais de Robert Alexy e as razões – ou falta delas –, invocadas em precedentes exemplares do Supremo Tribunal Federal, de modo a se estabelecer uma reflexão crítica sobre a estrutura discursiva que essa teoria propicia para a justificação de possíveis relativizações seletivas de direitos fundamentais. Como resultado, observa-se que a teoria da ponderação é uma concepção de argumentação que transforma profundamente o conceito de princípio, cujos impactos precisam ser melhor discutidos, especialmente em sociedades periféricas e desiguais como o Brasil.

Palavras-chave: Direito. Interpretação jurídica. Ponderação. Proporcionalidade. Robert Alexy.

¹ Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de pós-graduação em Direito. Av. Dr. João Beraldo, 1075, Pouso Alegre, MG.

Como citar este artigo/ *How to cite this article*

Simioni, R. L. Ponderando a ponderação: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 2, e215104, 2021.



Abstract

This research discuss the relevance of Robert Alexy's theory of balancing (Gewichtung) in Brazilian courts. The central question is why a theory that relativizes humans rights becomes a hegemonic conception of juridical argumentation in Brazil? The conception of principles as optimization mandates (Prinzipien als Optimierungsgebote) mean the relativization of human rights and a selective use of balancing. The main hypothesis raised is that, because of the relativistic nature of human rights, this theory becomes convenient for countries with brutal indexes of social inequalities, such as Brazil and other Latin American countries. In order to achieve these results, a methodology is used to analyze the relationship between the motives that justify the conceptual decisions of Robert Alexy and the reasons – or lack thereof – invoked in exemplary precedents of the Supremo Tribunal Federal, in order to establish a critical reflection on the discursive structure that this theory provides for the justification of possible selective relativizations of fundamental rights. As a result, that theory transform the concept of principle, whose impacts need to be better discussed, especially in peripheral and unequal societies such as Brazil.

Keywords: Law. Juridical interpretation. Balancing. Proportionality. Robert Alexy.

INTRODUÇÃO

A teoria da proporcionalidade de Robert Alexy é uma concepção de interpretação, argumentação e decisão jurídica que se tornou relevante na prática jurisdicional Brasileira. Em especial nos tribunais superiores, parte-se do pressuposto de que haveria um dever de ponderação (*Gewichtung*) diante de colisões entre princípios, sem colocar em discussão o fato de que essa teoria é apenas uma dentre outras concepções argumentativas das decisões jurídicas. A promessa de racionalidade baseada em conceitos como razoabilidade, “princípio da proporcionalidade” (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), adequação, necessidade e ponderação promoveu importantes avanços na transparência das decisões jurisdicionais, se comparadas com os positivismos jurídicos do Século XX. Mas ela permite também alguns retrocessos, especialmente para uma cultura jurídica periférica como a brasileira, que gostaríamos de submeter à reflexão nesse artigo.

Estranha coincidência: essa teoria tem conquistado espaço em países com altos graus de desigualdades sociais. Não é na Alemanha, no Reino Unido ou nos Estados Unidos da América que se verifica a aplicação dessa teoria. A ponderação que circula nesses países é a referência à “ponderação de interesses” da tradição de Jhering e Heck. A ponderação de Robert Alexy é a ponderação de princípios, que conquistou os judiciários de países periféricos como o Brasil e outros da América Latina. Tratam-se de países com ordens jurídicas diferentes entre si, mas que possuem



características políticas semelhantes. Queremos discutir a hipótese de que justamente esses países periféricos, marcados por altos índices de desigualdade social, parecem ser propícios para a escolha desta e não outra teoria da interpretação, argumentação e decisão jurídica, porque essa teoria da ponderação permite, dentre outras coisas, relativizar direitos fundamentais.

Nossa hipótese de que ela relativiza direitos fundamentais se fundamenta no fato dela conceber os princípios jurídicos não como fundamentos incondicionais de uma ordem jurídica, não como cláusulas pétreas, mas como mandados de otimização (*Prinzipien als Optimierungsgebote*), como objetivos a serem realizados na melhor medida possível. E isso significa que os princípios não são mais concebidos como fundamentos, como normas que constituem tanto as condições de possibilidade, quanto os limites de uma atuação política comprometida com aquilo que nos une em um projeto civilizacional. Conceber os princípios como mandados de otimização significa transformá-los em objetivos que merecem ser realizados na melhor medida possível. Como objetivos, princípios deixam de ser fundamentos incondicionais de uma ordem jurídica ou de uma cultura política. Como objetivos, os princípios jurídicos tornam-se objeto de negociação.

Nesta pesquisa, queremos estabelecer uma reflexão crítica no sentido de questionar a escolha quase hegemônica da teoria da ponderação de Robert Alexy como uma teoria interessante para países de modernidade periférica justamente porque ela relativiza direitos fundamentais. Ela permite despolitizar a atividade jurisdicional, convocando razões de ordem econômica, política, moral etc., de modo a suscitar colisões que justificam a relativização de direitos fundamentais importantes. Ela permite tratar, em termos de otimização econômica, assuntos que poderiam ser tratados em termos de correção normativa. Mesmo assim, ela é uma teoria interessante do ponto de vista de uma tradição histórica de concepções de interpretação jurídica, porque exige uma fundamentação explícita dos motivos pelos quais o julgador está conferindo um peso maior para um e não para o outro princípio em estado de colisão.

Todavia, justamente esse ganho de transparência e discernimento na fundamentação das decisões jurídicas não aparece na práxis jurisdicional brasileira, como observado em Moraes (2016) e em Laurentiis (2017). Desde os tribunais superiores até as primeiras instâncias, a jurisdição brasileira tem utilizado a ponderação, em geral, sem justificar a utilização desta concepção de argumentação, tampouco o porquê de um princípio, no caso concreto, prevalecer sobre outro.

Habermas (1998), nos anos noventa, observou que a concepção de princípio de Alexy como mandado de otimização esvaziava o sentido deontológico (dever-ser) do direito e o transformava



em um complexo axiológico (valores). Habermas (1998) foi mais longe ao perceber, também, que a proposta de trazer o mundo prático para o direito não resolvia bem o problema da relação entre direito e moral, já que, em Alexy, os discursos morais (prático-gerais) se situavam em uma categoria hierarquicamente superior ao direito, como uma instância corretiva. E mais: a noção de um juiz solipsista poder decidir os casos era incompatível com uma moral pós-tradicional, destranscendentalizada, que pressupõe, não relações conceituais baseadas em métodos, mas relações intersubjetivas baseadas em procedimentos discursivos. Essa discussão foi bastante aprofundada e discutida inclusive no Brasil (Silva, 2011; Trivisonno, 2015, Steinmetz; Freitas, 2014).

Outra crítica importante ao pensamento da ponderação no Brasil foi realizada pela perspectiva da hermenêutica crítica de Streck (2001, 2002, 2009), que sinalizou, dentre outras coisas, o compromisso teórico de Alexy com pressupostos ligados ao positivismo: solipsismo judicial, subjetivismo, discricionariedade interpretativa, ausência de compromisso com as tradições autênticas e não superação da relação entre sujeito e objeto do conhecimento. Streck (2001, 2002, 2009) demonstrou que a ponderação é uma concepção teórica inadequada para uma compreensão hermenêutica do direito. Isso porque, baseada em regras metodológicas de argumentação, a ponderação afasta o intérprete da dimensão autêntica do direito, que são as tradições presentes no horizonte hermenêutico da Constituição.

Sob uma perspectiva teórica de matriz sistêmica, pode-se observar que, por trás de uma metodologia comprometida com a racionalidade da argumentação, a teoria da ponderação de princípios institucionaliza uma “economia de colisões”, que pode romper as amarras interpretativas dos tribunais e constituir níveis mais sofisticados de decisionismo judicial, com impactos negativos sobre a tensão entre constitucionalismo e democracia. A ponderação permite empoderar a subjetividade dos juízes e não das instituições jurídicas, desestabilizando a relação entre constitucionalismo e democracia.

Nesta pesquisa, queremos percorrer um caminho diferente, nem melhor ou pior, apenas diferente. Queremos estabelecer uma reflexão crítica sobre a conveniência de uma concepção gradualista de princípios fundamentais em países com graves índices de desigualdade social, como o Brasil. Nossa questão central, portanto, está na seguinte pergunta: por que a teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy tornou-se uma concepção importante de interpretação, argumentação e decisão jurídica na prática jurisdicional brasileira? Por que, dentre tantas outras



concepções teóricas diferentes, esta teoria conquistou a práxis jurídica no Brasil e justamente em outros países com índices igualmente agressivos de desigualdades sociais?

No que segue, objetiva-se descrever os motivos que justificam as decisões conceituais de Robert Alexy e compará-los com as razões invocadas em alguns importantes precedentes jurisdicionais brasileiros, de modo a se estabelecer uma reflexão crítica sobre a estrutura discursiva que essa teoria propicia para a justificação de possíveis relativizações de direitos fundamentais.

Para serem alcançados esses resultados, utiliza-se uma metodologia de análise da relação entre as razões históricas da justificação teórica de Robert Alexy e as razões – ou falta delas – presentes nos discursos jurisdicionais que invocam a ponderação como estratégia de fundamentação da decisão jurídica. Em um segundo momento, a pesquisa observa o paradoxo da autoimplicação da teoria da ponderação – ponderar a ponderação –, de modo a identificar o tipo de contradição presente nos desenhos institucionais propícios para a reprodução e proliferação desta teoria.

Importante observar que, nesta pesquisa, não afirmamos que a teoria de Robert Alexy apresenta inconsistências ou problemas conceituais. Pelo contrário, trata-se de uma excelente concepção pós-positivista de decisão jurídica. Mas ela é apenas uma, dentre outras concepções contemporâneas igualmente interessantes. Nosso argumento questiona, de modo crítico e com um estilo ensaístico, por que a ponderação se tornou dominante nos discursos judiciais brasileiros, em especial nos tribunais superiores? Em nossa perspectiva, a questão não é o juiz, mas a estrutura social que institucionaliza esse regime de verdade e que afirma ser óbvia a existência de um dever de ponderação. A questão não é o sujeito, mas os sistemas de organização, os desenhos institucionais que permitem e legitimam esse tipo de compreensão da cultura jurídica da qual fazemos parte.

1. POR QUE PONDERAR?

Quando comparamos os ganhos intelectivos da teoria de Alexy (1993, 2008a, 2010a, 2010b) em relação ao neopositivismo jurídico de Hans Kelsen (1985), não há dúvidas de que a conclusão aponta para as importantes contribuições da distinção, inspirada em Dworkin (1967), entre regras e princípios. Sem dúvida, a metodologia da proporcionalidade, para a solução dos problemas de colisões entre preceitos fundamentais, implementou um dever de fundamentação sem precedentes nos positivismos jurídicos do século XX.

Em Kelsen (1985), qualquer possibilidade sintática de interpretação do ordenamento jurídico realizada por uma autoridade competente era considerada uma interpretação jurídica



correta. Naquela época, a correção do direito não podia estar em uma referência externa a ele. No âmbito da coerência e da consistência lógica de uma teoria pura, a correção só poderia ser encontrada nos limites sintáticos – lógicos e formais –, da própria linguagem do direito. Mas a linguagem do direito, como toda linguagem ordinária, possui indeterminações, conceitos vagos, aberturas semânticas e incompletudes de sentido, então era impossível, naquele contexto, satisfazer o ideal de que haveria uma única resposta correta no direito².

Kelsen (1985) sabia que a referência externa a um sistema moral, para completar a incompletude do sistema simbólico do direito, era uma referência arbitrária e contingente. Cada “escola” interpretativa do direito produziu uma referência externa considerada adequada em cada época. Escola da Exegese, Escola Histórica, Movimento do Direito Livre, Jurisprudência dos Interesses, dos Valores, dos Bens e, atualmente, dos Princípios, são sistemas de pensamento que apontam para referências consideradas “corretas” para a interpretação, argumentação e decisão jurídica. Referências que, em suas respectivas épocas, eram consideradas corretas, mas que logo eram abandonadas e substituídas por outras.

Kelsen (1985) foi importante porque ele não caiu nessas armadilhas do pensamento metafísico. Engajado nos ideais antimetafísicos do neopositivismo lógico do Círculo de Viena, ele construiu um sistema autológico de produção de sentido do direito: direito é aquilo que é criado a partir e de acordo com o direito previamente estabelecido. Direito não é lei, não é costume, interesses ou valores. Direito é norma jurídica. Uma linguagem especial, que trabalha com a lógica deôntica (do dever-ser) e que se define a partir de procedimentos de construção dos novos direitos previamente definidos pelo próprio direito.

O problema é que, no campo da interpretação jurídica, essa determinação formal do acontecer do direito apresenta uma série de desafios: como garantir um critério de correção do direito injusto? Como pensar na possibilidade de um direito válido, eficaz, porém, imoral e antiético? Qual é o parâmetro de controle transpositivo ou suprapositivo que pode ser utilizado para que o direito não se transforme em um instrumento de dominação, de autoritarismo e de arbítrio por parte daqueles que detêm o poder de dizer o direito?

² Gödel já havia demonstrado, na matemática, que a consistência de um sistema formal de sentido depende de referências externas a outros sistemas de sentido. E se esse problema de incompletude da linguagem acontece na mais perfeita das linguagens inventadas pelo ser humano, que é a matemática, imagine-se no campo da linguagem do direito, que utiliza o mesmo sistema simbólico da comunicação ordinária. O problema da indeterminação da linguagem impedia a possibilidade de se pensar em uma única resposta correta do direito, salvo mediante o estabelecimento de referências externas que, por sua vez, também seriam contingentes e arbitrárias (Gödel, 1992).



A resposta de Kelsen (1985) foi inteligente. Coerente com o ideal de pureza da sua teoria, Kelsen não buscou outro fundamento transcendente ao direito para fundamentar a sua validade e sua eficácia. Lacrou o argumento com o conceito hipotético de norma fundamental, que é equivalente aos conjuntos hipotéticos de Bertrand Russell e Alfred Whitehead³. No lugar de um sistema externo de referência, Kelsen traçou uma distinção entre interpretação autêntica e inautêntica, segundo a qual a autoridade competente para produzir interpretações vinculantes possui a interpretação autêntica, enquanto que os advogados, a doutrina, os cientistas do direito e todos os que não possuem competência para produzir interpretações vinculantes possuem a interpretação inautêntica.

Assim, direito correto, válido e eficaz, em Kelsen, é aquele criado pela autoridade competente. E dessa forma, a questão metafísica da validade transcendental do direito se recoloca no interior do próprio sistema simbólico do direito: a competência. Essa referência à autoridade competente mantém a pureza do direito e, ao mesmo tempo, resolve o problema do construtivismo interpretativo que, antigamente, era entendido como o problema das lacunas. Em Kelsen não há problemas de lacunas. O problema é mais sofisticado: é a indeterminação da linguagem do direito, que produz um quadro, uma moldura de diferentes possibilidades de construção interpretativa do direito. Dentre as quais prevalecerá aquela escolhida pela autoridade competente pela simples razão de ser ela a autoridade competente (Kelsen, 1985).

Há, contudo, um paradoxo nessa fundamentação kelseniana. O paradoxo está na competência da autoridade competente. Afinal, pode o judiciário decidir sobre a sua própria competência? Qual é o órgão competente para decidir sobre a competência de si mesmo para decidir sobre sua competência? O esforço de Kelsen tornou obscura essa questão. E é exatamente ela que vai desencadear os motivos que tornarão a teoria de Robert Alexy um interessante caminho para uma fundamentação mais convincente daquele arbítrio judicial baseado em normas de competência que, paradoxalmente, estariam fora de qualquer arbítrio.

Vamos colocar a questão do seguinte modo: Kelsen (1985) concluiu, diante da insuperável indeterminação da linguagem do direito, que sempre haverá uma margem de discricionariedade na interpretação jurídica. E isso significa que não é possível o ideal de uma única resposta correta no

³ Uma releitura da influência do neopositivismo lógico do Círculo de Viena no pensamento de Hans Kelsen pode ser lida em Simioni (2014).



direito. A resposta correta será aquela escolhida, discricionariamente, pela autoridade competente para interpretar o direito, de modo vinculante, para o caso concreto.

A pergunta pós-positivista então foi: mas será que não há um jeito de controlar ou de, ao menos, garantir a racionalidade daquela escolha discricionária de uma, dentre outras, possibilidades igualmente corretas da interpretação jurídica? Será que não há como se exigir, ao menos, um dever de fundamentação do porquê se está escolhendo a interpretação A e não as interpretações B e C do direito para o caso concreto? Ao persistir o sistema kelseniano de interpretação jurídica, bastaria a autoridade fundamentar suas decisões judiciais com o recorrente: “Eu entendo que..., porque sou a autoridade competente”.

Na perspectiva kelseniana, os advogados, os delegados de polícia, os representantes do Ministério Público e das procuradorias são apenas opinadores de uma interpretação jurídica possível. Eles pedem e sugerem uma determinada interpretação do direito para o caso concreto. Mas essa interpretação não vincula, nem a parte contrária, tampouco o magistrado. Do mesmo modo a interpretação oferecida pela doutrina jurídica ou pelos cientistas do direito: tratam-se de análises de possibilidades interpretativas do direito que, contudo, não possuem nenhum valor de vinculação. Por outro lado, a interpretação realizada pela autoridade competente, pelo simples fato de ser uma autoridade competente, produz vinculação normativa, produz o status de direito válido e eficaz, mesmo quando aquela interpretação tenha sido feita na forma de uma escolha absolutamente discricionária, em detrimento de outras possibilidades igualmente corretas de interpretação (Kelsen, 1985).

Em um cenário como esse, de absoluto autoritarismo jurisdicional, qualquer teoria que apresente uma perspectiva de racionalidade para substituir o arbítrio na escolha da alternativa interpretativa da moldura do direito se torna uma teoria interessante. Qualquer teoria que dissesse, nesse cenário, que existe a possibilidade de fundamentar de modo racional essa discricionariedade baseada puramente na competência – e não na virtude dos juízes – tornar-se-ia uma teoria de interesse para a comunidade política.

Robert Alexy (1997, 2003, 2004, 2008b, 2010b) apresentou uma proposta desse tipo. Uma teoria que não resolvia o problema kelseniano da discricionariedade, mas que ao menos apresentava um dever de justificação argumentativa do porquê se estaria escolhendo esta e não outras interpretações jurídicas igualmente possíveis para o caso concreto. Uma teoria que continuava a afirmar a impossibilidade de uma única resposta correta no direito, mas que apresentava a proposta



de uma garantia de racionalidade na escolha da alternativa correta do direito. Uma proposta, em última análise, de transformação da discricionariedade interpretativa em racionalidade argumentativa.

2. POR QUE A PONDERAÇÃO E NÃO OUTRA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA?

Todavia, a teoria de Robert Alexy foi apenas uma dentre várias outras propostas de interpretação, argumentação e decisão jurídica que procuraram superar as perspectivas neopositivistas, tanto nas suas versões analíticas quanto normativistas. A diferença entre regras e princípios, por exemplo, foi proposta por Dworkin, não por Alexy. E foi proposta em um sentido muito diferente, inclusive contraditório, ao sentido de princípios em Alexy. Além disso, a hermenêutica política de Dworkin não reconhece colisões. Para ela, a questão não é de ponderação mas sim de entender, no nível da hermenêutica da integridade e da coerência do direito, a resposta correta e não as possibilidades interpretativas geradas pelas armadilhas semânticas do positivismo jurídico.

Do mesmo modo que Alexy, também Habermas, Luhmann, Müller, Castanheira Neves, Lenio Streck e tantos outros pensadores desenvolveram teorias completas de interpretação, argumentação e decisão jurídica. Todas elas diferentes, mas igualmente engajadas em um esforço de pensar a realização dos direitos fundamentais no mundo contemporâneo. Tão estudadas no âmbito da academia, mas tão ignoradas no campo das decisões judiciais. Por quê?

Uma hipótese inicial poderia partir do fato de que alguns ministros dos tribunais superiores brasileiros realizaram seus estudos de pós-graduação em universidades da Alemanha. Mas essa hipótese é frágil, pois a teoria da ponderação de Robert Alexy não é uma teoria dominante na Alemanha, especialmente nos círculos acadêmicos, como é aqui no Brasil (Fischer-Lescano, 2016; Campos; Ladeur, 2016). Há uma certa imagem construída aqui no Brasil de que essa teoria se baseia nas práticas argumentativas do Tribunal Constitucional Alemão. Entretanto, a ponderação é um conceito que vem, pelo menos, desde a Jurisprudência dos Interesses de Rudolf Von Jhering e seus seguidores, em especial Philipp Heck. Primeiro, veio a ponderação de interesses, depois a ponderação de bens, após, a dos valores e, atualmente, a proposta de Alexy, de ponderação de princípios. Mas não há uma relação descritiva entre a teoria de Alexy e a prática argumentativa do Tribunal Constitucional Alemão, inclusive nos “cases” de privacidade que geralmente são trazidos para ilustrar a aplicação da teoria.



Outra hipótese, talvez mais plausível, é a de que a teoria da ponderação de Robert Alexy, embora exija uma construção sofisticada de fundamentação das decisões judiciais, possui uma abertura singular para ativismos judiciais. A submáxima da necessidade, que constitui a segunda etapa da máxima da proporcionalidade, permite não só o julgamento do mérito de políticas públicas definidas democraticamente pelo governo, como também permite um juízo da relação de adequação jurídica e fática entre os meios e os fins (Simioni, 2010). E isso significa que essa teoria permite ao judiciário não só criar direito novo como autonomia em relação às tradições jurídicas, mas também criar relações de adequação fática entre meios e fins. É uma teoria que, no quadro dos freios e contrapesos entre judiciário, legislativo e executivo, confere bastante poder para o intérprete.

Mas esse ativismo judicial propiciado pela teoria de Alexy não sobreviveria à crítica acadêmica se não houvesse a concorrência de outros fatores importantes. Streck (2009) já tem denunciado uma série de problemas ligados ao decisionismo judicial e ao arbítrio do julgador presente no desenho teórico da ponderação. Habermas (1998), na Alemanha, destacou o problema democrático grave que existe na proposta de Alexy em conceber a moral como uma instância corretiva do direito. No Brasil, Mastrodi (2014) e Morais (2016) sinalizaram problemáticas profundas na ponderação. Portanto, não faltaram críticas, tanto da filosofia hermenêutica quanto da filosofia crítica e outras perspectivas teóricas, a essa concepção de interpretação, argumentação e decisão jurídica. Mesmo assim, ela se tornou a concepção teórica mais reproduzida no Brasil.

Outra hipótese que se poderia conjecturar é o fato de a teoria de Alexy ser uma concepção metodológica, técnica e formal de argumentação jurídica. O que a torna mais fácil de ser compreendida e reproduzida. A facilidade de compreensão e reprodução é um ponto forte para qualquer teoria. A de Alexy possui essa grande vantagem de ser, se comparada com as demais perspectivas contemporâneas, de Dworkin, Castanheira Neves, Habermas, Müller, Luhmann, dentre outros, uma teoria muito mais simples do ponto de vista dos seus pressupostos teóricos. A teoria de Alexy mantém uma série de pressupostos teóricos da tradição positivista do século XX. Ela é compatível com a compreensão positivista do direito, com o monopólio da jurisdição e com a noção moderna de racionalidade.

Todavia, nossa hipótese mais plausível, que gostaríamos de submeter à crítica da comunidade acadêmica, é a de que essa teoria institucionaliza um novo regime de verdade, que tanto propicia um ativismo judicial sem compromisso com uma compreensão substancial do d,



quanto uma relativização dos direitos fundamentais, que é conveniente para a manutenção das estruturas sociais em países com altos índices de desigualdade social, como o Brasil.

3. ECONOMIA DE COLISÕES: POR QUE PONDERAR DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL?

Robert Alexy apresentou uma justificação sofisticada para a existência de um dever de ponderação nas decisões jurídicas, mas limitou a existência desse dever apenas quando o caso concreto suscita uma colisão de princípios. Assim, segundo Alexy, há um dever de ponderação apenas quando estamos diante de uma colisão de princípios fundamentais. Quando estamos diante de uma contradição entre regras, a questão deve ser resolvida através dos critérios jurídicos que institucionalizam cláusulas de exceção, como são as máximas da anterioridade da lei no tempo, espacialidade, especialidade, hierarquia e competência. Isso porque, tal como Dworkin, para Alexy as regras são questões de tudo ou nada: ou as cumprimos integralmente ou as descumprimos integralmente.

Entretanto, diferentemente de Dworkin, os princípios, para Alexy, não são fundamentos, não são convicções que justificam nossas melhores práticas: para Alexy princípios são objetivos a serem realizados na melhor medida possível, são finalidades políticas inscritas no direito que merecem ser realizadas de modo otimizado. Princípios são, portanto, mandados de otimização. Isso significa que, ao contrário de Dworkin, que concebe os princípios jurídicos como direitos que devem ser “levados à sério”, para Alexy os princípios são propostas de sentido que admitem uma graduação no seu cumprimento. Admitem uma elasticidade no seu grau de eficácia. Um princípio pode ter uma eficácia mais ou menos potente dependendo do caso concreto. E isso significa, em última análise, uma proposta de relativização dos princípios fundamentais.

Admitir-se uma graduação na eficácia dos princípios fundamentais significa relativizar esses mesmos princípios. Significa que princípios como liberdade, igualdade e dignidade podem ser tratados de modo diferente conforme o caso concreto. Podemos entender que em alguns casos é possível garantir-se uma liberdade plena. Noutros, para otimizar os princípios em colisão, devemos reduzir a plenitude da liberdade de modo a fazê-la respeitar os limites traçados pelos outros princípios em estado de colisão. Trata-se de uma teoria econômica, o ótimo de Pareto, aplicada à gestão estratégica dos princípios.



À primeira vista, essa economia de colisões parece ser justificável. Afinal, diante da escassez de recursos materiais que permitem o equilíbrio entre os princípios em estado de colisão no caso concreto é preciso reestabelecer o equilíbrio entre princípios reduzindo a eficácia de um deles: o estado ótimo de equilíbrio entre as diferentes forças gravitacionais dos princípios em colisão. Entretanto, esse argumento só se justifica diante uma teoria econômica que trabalha com situações de escassez de recursos. Princípios jurídicos fundamentais talvez não devam ser concebidos como bens escassos. Devem ser entendidos como garantias incondicionais e não como bens, mercadorias ou como moeda de troca.

Em países marcados por desigualdades sociais graves, como o Brasil, esse estilo de justificação teórica da ponderação pode fazer muito sucesso entre os círculos sociais das elites jurídicas, políticas e econômicas, que possuem suas liberdades e dignidades bem conservadas por outras estruturas sociais. Mas nos círculos sociais das periferias, que são exatamente as pessoas que mais precisam das garantias fundamentais-sociais, essa justificação teórica da ponderação apresenta a possibilidade de introduzir princípios como o da reserva do possível ou do núcleo essencial de direitos fundamentais justamente para negar ou reduzir a plenitude da realização dos direitos fundamentais-sociais das periferias sociais.

Uma teoria que permite a algumas pessoas o uso do Estado para realizar seus interesses e que, ao mesmo tempo, nega os serviços do Estado exatamente para quem mais precisa dele deveria ser melhor discutida em sua aplicação no Brasil. Relativizar para reduzir direitos fundamentais sociais de quem mais precisa deles é justamente a estratégia de um país que, historicamente, foi pensado para não dar certo para todos, mas apenas para uma elite endinheirada. Um país marcado por estruturas de produção e reprodução de desigualdades sociais. Para os ricos, todos os direitos fundamentais, inclusive a coisa julgada e o ato jurídico perfeito para manter privilégios. Para os pobres, reserva do possível e apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais, como se houvesse uma periferia não essencial em direitos fundamentais.

No Brasil já sabemos previamente o resultado de colisões entre segurança pública e dignidade. A segurança das elites geralmente vale mais que a dignidade dos pobres. Como também é fatídico, como observou Assis (2012), ver a questão da educação limitada a uma discussão liberal sobre vagas e não sobre a qualidade da educação. Como se a inclusão de uma criança no espaço físico de uma sala de aula desse por satisfeito o direito fundamental à educação. A liberdade dos



ricos geralmente prevalece diante de outros direitos fundamentais. Mas a dos pobres geralmente encontra obstáculos-colisões em outros princípios fundamentais.

A ponderação no Brasil é seletiva. Escolhe-se quais princípios exercem forças gravitacionais mais importantes conforme pré-conceitos. A ponderação permite uma relativização racional e justificável dos direitos fundamentais, para que o ruído das desigualdades sociais não ensurdeça a pauta ascética das militâncias políticas brasileiras.

4. PONDERANDO A PONDERAÇÃO

Uma teoria jurídica contemporânea precisa lidar bem com o paradoxo da sua autoimplicação. Precisa poder oferecer um recurso metodológico que não se aplique apenas para os outros, mas também para si própria. As teorias jurídicas da modernidade em geral foram teorias que recomendavam tarefas hermenêuticas apenas para os outros e não para elas mesmas. A Escola da Exegese, por exemplo, recomendava uma interpretação estritamente gramatical, literal, lógica, formal, subsuntiva do único texto legal que era o Code Civil de Napoleão Bonaparte. Mas ela não recomendava a interpretação de si mesma como uma interpretação literal e sim histórica. Seus motivos, suas razões, estavam no Iluminismo francês e não na literalidade do texto legal.

Assim também na Escola Histórica, que recomendava a referência interpretativa às consuetudes, mas excluía dessa referência o fato de ela mesma, a Escola Histórica, não ser um costume e sim uma ciência pandectista. Do mesmo modo, a ponderação de interesses da Jurisprudência dos interesses nunca se colocou ela mesma na balança da ponderação para refletir se sua concepção de direito fazia parte de um ou de outro grupo de interesses. E mesmo Hans Kelsen, cujo rigor científico extrapolou os limites tanto do direito quanto da ciência do direito, nunca pensou no problema da norma fundamental como um problema ontológico de um ordenamento jurídico, mas apenas como um problema de lógica, de validade formal. A questão que escapou a Kelsen, contudo, está na interpretação autêntica, cuja validade vem de uma regra de competência. Mas em nenhum momento se cogitou a questão da interpretação de uma regra de competência ser uma interpretação autêntica.

O pensamento moderno é um pensamento linear no geral. Ele não se coloca a si mesmo sob uma relação autorreferencial. Ele não assume a autologia das suas próprias proposições. Somente depois das viradas linguísticas o pensamento começa a perceber que, para falar da linguagem estamos a utilizar linguagem. Para falar do pensamento estamos pensando o pensamento. E para



falar de interpretação jurídica estamos, desde-já-sempre, interpretando o direito. Quem tem o direito de decidir sobre o que é o que não é direito válido é, segundo Kelsen, a autoridade competente. Mas uma autoridade competente que possa decidir sobre sua própria competência é uma proposição autológica, paradoxal, como nas aventuras do Barão de Münchhausen que, submerso na lama, conseguiu levantar-se do pântano puxando-se pelos próprios cabelos.

A ponderação de princípios padece da mesma problemática teórica que acompanha o estilo do pensamento científico moderno: a ponderação não pode ser ponderada. A ponderação é uma metalinguagem que só se aplica para o nível da linguagem. Não se aplica a si mesma. Todos os princípios no direito podem ser ponderados, como mandados de otimização. Mas a ponderação mesma fica excluída do seu próprio âmbito de aplicação. Ela é uma regra metodológica e, como tal, não se permite ponderar a si mesma.

Uma teoria contemporânea precisa lidar com a capacidade de aplicar-se a si mesma. Precisa poder aplicar-se de modo coerente aos seus próprios pressupostos teóricos. De outro modo, uma teoria que não possui essa capacidade de reflexão apresenta problemas de consistência. Ponderar a ponderação significa, portanto, a possibilidade de comprovar a consistência de uma teoria interpretativa do direito aplicando as suas próprias proposições a ela mesma. Significa avaliar a possibilidade de justificar a utilização prática da máxima da proporcionalidade porque ela é proporcional (adequada, necessária e ponderada em relação a outras possibilidades interpretativas do direito) e não porque há um pressuposto inquestionado que transformou a ponderação em uma resposta óbvia para o problema das colisões entre princípios fundamentais.

A ponderação, portanto, é uma opção teórica e metodológica, uma decisão política dentre outras possíveis e, por isso, não pode ser uma imposição normativa como a do art. 489, §2º, do Código de Processo Civil. Além disso, a concepção de princípio como valor, como objetivo, como mandado de otimização transforma o incondicional da deontologia dos fundamentos-princípios em uma otimização econômica. Um “estado de exceção” hermenêutico, uma justificável relativização de direitos fundamentais que deveriam ser cláusulas pétreas. Outrossim, a questão da racionalidade é uma concepção modernista, ingênua. As concepções contemporâneas de ciência não falam mais em racionalidade, mas em pluralidade de razões, racionalidades sistêmicas, policontexturais, discursivas. E, como observado acima, a teoria da ponderação não lida bem com sua própria reflexividade científica, afinal, ela evita a seguinte pergunta: a ponderação pode ela mesma ser



ponderada? O suposto dever de ponderação passou pelas máximas da adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito?

Uma teoria cujas proposições não se aplicam a ela mesma é uma teoria típica da modernidade, não do mundo contemporâneo. Como diz a teoria da ponderação: “para as contradições entre regras, aplicam-se os critérios tradicionais; para colisões, a proporcionalidade”. Mas para justificar a sua própria aplicação, dentre outras teorias contemporâneas da argumentação, a teoria da ponderação se justifica com base no ideal da racionalidade metodológica – ou, como no caso do Brasil, com base na equivocada institucionalização da ponderação na forma de uma norma jurídica positivada no art. 489, §2º, do novo Código de Processo Civil.

Somente se pode justificar a existência de um dever de ponderação no âmbito da estrutura discursiva da própria ponderação. Fora dessa estrutura discursiva não existe nem ponderação, tampouco colisões. Isso porque, não ponderamos princípios porque eles colidiram no caso concreto e sim: só há colisão porque ponderamos.

5. PONDERAMOS PORQUE HÁ COLISÕES OU HÁ COLISÕES PORQUE HÁ PONDERAÇÃO?

Embora isso pareça ser um jogo de palavras heideggeriano, a colisão de princípios não possui uma existência ontológica independente da correlação com a noção de ponderação. Embora os juristas em geral pensem que a ponderação e a máxima da proporcionalidade constituem uma metodologia para solucionar de modo racionalmente fundamentado os problemas de colisão entre princípios fundamentais, na verdade, a ponderação é que constitui a colisão. Em outras palavras, não ponderamos para resolver colisões de princípios e sim: há colisões porque ponderamos.

A ponderação e a máxima da proporcionalidade em geral não são apenas etapas de uma estratégia metodológica de argumentação jurídica racional, inteligentemente pensada por Robert Alexy. Elas são, também, formas de construção de sentido. Como toda boa teoria, também a teoria da argumentação jurídica constrói mundos, edifica moradas de sentido, institui relações simbólicas entre significantes e significados. Quando compreendemos o significado da possibilidade de perguntar pela adequação, pela necessidade e pela proporcionalidade em sentido estrito – ponderação – de princípios fundamentais em estado de colisão, compreendemos também o sentido da colisão. Antes dela, todavia, não havia colisão.

O sentido da diferença entre colisões e contradições entre normas jurídicas igualmente válidas em abstrato pressupõe, antes, o sentido da diferença entre regras e princípios. Sem a



distinção prévia entre regras e princípios, a distinção entre colisões e contradições não faria sentido. Claro que, historicamente, podemos falar de antinomias, choques, contradições entre proposições normativas. Essa bagagem conceitual histórica, sem dúvida, constitui pressuposto da possibilidade de compreensão do sentido das colisões. Todavia, sem a distinção entre regras e princípios e, com ela, a diferença entre contradição e colisão, as colisões de princípios simplesmente não existiriam para nós. Isso porque, a diferença é constitutiva do sentido. Sem a diferença, não há referência. Sem a diferença, não há sentido. E sem sentido, não há existência, ao menos para nós.

Um sistema simbólico não é apenas um modo de designar uma realidade que preexiste ao pensamento. Uma relação linguística entre conceitos é um modo de construir realidade a partir de uma rede histórica de referentes interpretativos. A ponderação, portanto, não é uma palavra que veio depois da colisão. Veio antes. A ponderação é um pressuposto da possibilidade de compreensão de uma colisão. É o percorrer um caminho de volta. O caminho parece ser exatamente igual ao caminho de ida, mas a volta nunca é igual à ida. A ponderação é um voltar à colisão. Embora aparentemente a linearidade da linguagem fale em ponderar princípios em estado colisão, na verdade, colidimos princípios para a ponderação.

Não é a colisão, portanto, que fundamenta a necessidade de ponderação. Pelo contrário, é a necessidade da ponderação que fundamenta a existência de colisões. A ponderação, no Brasil, não foi institucionalizada porque aqui há problemas de colisões entre princípios fundamentais. Ela foi institucionalizada porque o Brasil é um país com desigualdades sociais brutais, que exigem essa indecorosa relativização dos direitos fundamentais operada pela ponderação. Em outras palavras, no Brasil, ponderamos não porque há colisões, mas porque precisamos criar colisões para reduzir, seletivamente, a normatividade dos direitos fundamentais. Precisamos separar, no caso concreto, os direitos fundamentais dos pobres e os direitos fundamentais dos ricos. Para os ricos, o império da incondicionalidade dos direitos fundamentais, sem colisões. Para os pobres, ponderação de colisões.

No Brasil, e possivelmente em outros países latino-americanos que também abraçaram acriticamente a ponderação de princípios, a questão não é resolver colisões entre direitos fundamentais. A questão é resolver o problema estrutural de desigualdades sociais que os tribunais, de um modo ou de outro, acabam produzindo e reproduzindo em suas práticas interpretativas, quando criam colisões ponderáveis para justificar uma prática seletiva de afirmação de direitos



fundamentais. A questão não é resolver o problema das colisões, é criar e reproduzir esse problema para justificar uma prática seletiva de afirmação de direitos fundamentais.

A ponderação cria colisões. Ela constrói um sentido especial para os problemas jurídicos do mundo prático, na forma de colisões e contradições. Ela organiza as relações entre significantes e significados na forma de colisões e contradições. Primeiro, ela separa dois mundos: um mundo desenhado em termos lógicos e formais, das regras, e outro mundo, separado, da referência a princípios como objetivos, como mandados de otimização. Depois dessa separação, que já é, por si só, constitutiva da diferença entre regras e princípios, a ponderação confirma e condensa essa separação por meio da seleção apenas dos princípios, mediante a exclusão das regras, como o seu âmbito de aplicação. Observa-se que, nessa operação lógica dos conjuntos, a ponderação não é apenas uma metodologia de argumentação racional. Ela constitui também um conjunto, uma categoria de entendimento, uma condição de possibilidade para se pensar na existência de uma diferença entre regras e princípios.

Em Dworkin, por exemplo, a categoria dos princípios não é definida pela ponderação, mas sim pela noção de moralidade política de uma comunidade. A diferença entre regras e princípios em Dworkin, portanto, não se define por uma relação de oposição, mas sim por uma relação de fundamentação. Na hermenêutica política de Dworkin os casos difíceis não são compreendidos como casos de colisão entre direitos fundamentais, mas sim como casos nos quais a resposta correta do direito não é clara e exige, portanto, uma fundamentação em princípios de moralidade política (Dworkin, 1967), isto é, exige uma teoria política de fundo convincente à prática interpretativa do direito. Integridade, coerência e consistência na interpretação do direito não têm nada a ver com princípios em estado de colisão e sim com problemas na compreensão da resposta correta do direito para o caso, segundo uma teoria política convincente.

O problema das antinomias, das contradições, da incoerência e da inconsistência em uma ordem jurídica ilustram, também, o fato da noção de colisão surgir apenas depois da ponderação tal como a conhecemos hoje, como estratégia metodológica de balanceamento de preceitos normativos. A rota de colisão dos princípios é uma rota previamente desenhada pela ponderação e não o inverso. Ponderação de interesses, de bens, valores ou, como hoje, a ponderação de princípios é que constitui o sentido da dúvida sobre qual norma jurídica é a correta de ser aplicada em uma colisão. Transforma a dúvida a respeito de qual norma é a adequada para o caso em uma certeza sobre o dever de ponderação.



A ponderação de princípios, como também foram as velhas ponderações de valores, bense interesses, possibilita transformar a incerteza da solução correta na certeza do procedimento correto: não sabemos qual é a resposta correta do direito, mas sabemos qual é o procedimento correto para justificar, de modo racional, nossa melhor resposta possível. Tal como a ponderação de interesses foi um “Cavalo de Tróia” da dogmática jurídica daquela época (Luhmann, 1995), também a ponderação de princípios acaba deslocando os referentes interpretativos para elementos transcendentais ao direito. O que, muitas vezes, sob a aparência de uma fundamentação moral, acaba redundando em argumentos ad hoc e ad hominem, isto é, argumentos do tipo: “mas isso não tem nada a ver” ou “você não entendeu a teoria”.

6. PONDERAÇÃO SELETIVA

Durante a realização desta pesquisa buscou-se uma verificação empírica do sentido da expressão “ponderação” na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Morais (2016) já havia sinalizado a existência de equívocos ou adaptações arbitrárias na utilização dos conceitos da teoria da ponderação nos tribunais brasileiros. Queremos complementar essa observação destacando também a seletividade do uso desses conceitos e os efeitos práticos que esse regime de verdade, institucionalizado pela máxima da proporcionalidade, opera sobre algumas decisões jurídicas exemplares do STF.

A primeira coisa que chama a atenção é a quantidade de ocorrências dessa expressão. Na jurisprudência do STF, por exemplo, a ponderação é utilizada tanto no sentido técnico da máxima da proporcionalidade para as colisões de princípios, quanto no sentido sinonímico de escolha, decisão, análise, reflexão, discussão ou até mesmo no sentido de ponderação como observações feitas por alguém: “fulano ponderou que”. Também aparecem referências à ponderação como técnica de balanceamento de modo indiscriminado, ora como ponderação de princípios, ora como ponderação de valores, de bens e, inclusive, referências à ponderação de interesses, que são operações distintas, mas que os tribunais, no geral, tratam como sinônimos.

Selecionando casos exemplares de um uso mais técnico da ponderação de princípios de Robert Alexy, pode-se observar resultados interessantes, como por exemplo, no RE 631240/MG, de 03/09/2014, do Tribunal Pleno do STF, a afirmação ambivalente de que “o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível”. Isso significa que o INSS não tem mais o dever legal de conceder a prestação correta, a prestação de direito, ou seja, a prestação correta se



transforma: não mais uma questão de correção, mas de vantagens. Substitui-se a distinção entre o que é certo e o que é errado pelo que é adequado e conveniente, como observou Tsakyrakis (2009). A relativização do direito fica evidente: não se trata de uma relativização no sentido mais vantajoso, mas no sentido “mais vantajoso possível”, isto é, no sentido mais vantajoso de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas da situação concreta que, no caso do Brasil, sempre é uma situação pouco vantajosa para os grupos sociais periféricos. É justamente essa ambivalência que permite a seletividade: pensões mais vantajosas possíveis para privilegiados não são iguais, no Brasil, para as mesmas pensões mais vantajosas “possíveis” para trabalhadores das periferias sociais, especialmente em tempos de crise econômica como a que estamos envolvidos neste momento histórico. Em uma realidade como a brasileira, seria melhor tratar o valor da pensão do INSS como uma questão de correção e não de vantagem, uma questão do que é certo e do que é errado e não uma questão gradualista de maior vantagem “possível”.

A seletividade da ponderação aparece também quando, como na ADI 4.983/CE (p. 75 do interior teor), o STF julga a questão das vaquejadas, afirmando, dentre outras coisas, que “Ora, se nós temos uma colisão de princípios, de duas uma: ou o Judiciário faz a ponderação, ou a ponderação é legislativa”. Isso significa um suposto de que a ponderação não é apenas uma questão de interpretação construtiva (ou destrutiva) dos direitos fundamentais pelos tribunais, mas também de opção democrática do legislador. Mas a escolha entre ver a questão como uma problemática constitucionalista ou democrática é seletiva. Não é ela mesma ponderada⁴.

Outra ilustração da seletividade da ponderação pode ser observada no RE 641.320/RS, de 11/05/2016. No caso da execução penal em regime mais gravoso em razão de ausência de vagas no regime correto, o Ministro Gilmar Mendes, de modo correto, preferiu não ponderar, justamente para não relativizar os direitos dos condenados à individualização da pena e à legalidade da execução penal à qual foram condenados.

No HC 126.292/SP, de 17/02/2016, no voto do Min. Luiz Roberto Barroso, do STF, pode ser encontrado outro raciocínio interessante que ilustra a relativização de princípios fundamentais e a seletividade da ponderação. Na questão da possibilidade de cumprimento de pena decorrente de condenação criminal em segunda instância, ainda que pendente o julgamento pelas instâncias

⁴ Essa mesma situação pode ser observada também na ADI 5.136-MC/DF, de 30/10/1914, que tratava da violação, pela Lei Geral da Copa, ao princípio da liberdade de expressão e outros. O STF considerou que a limitação das manifestações foi uma ponderação do legislador e que, por isso, deveria valer, apesar da interferência à liberdade de expressão.



especial ou extraordinária, o STF decidiu que o princípio da presunção de inocência vale muito mais no início do processo do que no final, pois na medida em que o processo avança e as condenações vão ocorrendo, o princípio da presunção de inocência vai perdendo seu peso em relação aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Mas no fundo, tudo isso não passa de uma construção de sentido operada pela própria ponderação, já que a presunção de inocência também poderia ser considerada como uma regra constitucional, que se verifica ou não se verifica, e não como um princípio para ser considerado como um objetivo a ser alcançado na melhor medida possível. Afinal, é difícil sustentar, na realidade que transborda ao regime de verdade da ponderação, que alguém possa ser presumido mais ou menos inocente.

CONCLUSÕES

Partimos da pergunta sobre o porquê, no Brasil e em países com índices igualmente brutais de desigualdades sociais, a noção de princípios como mandados de otimização se tornou importante. Por que uma concepção teórica que relativiza direitos fundamentais se torna relevante justamente nas periferias da modernidade.

Analisamos diversas hipóteses plausíveis, mas a escolha de uma teoria da argumentação jurídica em detrimento de outras não é uma questão pessoal, de autoridade ou de um grupo social, tampouco é uma questão de verdade, correção ou sinceridade: é uma questão de estrutura, de organização, de desenho institucional. Em última análise, uma questão de poder.

Os tribunais superiores brasileiros são sistemas de organização, que fazem parte de um Estado que tem uma história de produção e reprodução de desigualdades sociais, de políticas públicas de inclusão seletiva, de distribuição seletiva de oportunidades e chances. Essa estrutura seletiva encontra-se inscrita nas organizações, comunidade, família e também na práxis forense dos tribunais e nos discursos da academia. A diferença entre a casa grande e a senzala subsiste em nós em vários aspectos. E é justamente esta estrutura social segregadora que precisa de uma concepção de princípios fundamentais como mandados de otimização, como objetivos que devem ser realizados na melhor medida possível. Isso porque, a noção de princípios como cláusulas pétreas ou como direitos que precisam ser “levados à sério”, para usar a expressão de Dworkin, provocaria uma transformação importante nessa estrutura de produção e reprodução de desigualdades sociais.

No Brasil, precisamos cuidar para que não só a distribuição de renda e as políticas públicas deixem de ser seletivas: a interpretação jurídica também precisa deixar de ser seletiva. Precisamos



evitar a seletividade no uso da ponderação de princípios, que permite, para os ricos, “levando os direitos à sério”, enquanto para os pobres, ponderação, relativização de direitos, princípios como objetivos a serem realizados apenas na melhor medida possível. Para os ricos, “o império do direito”. Para os pobres, realização do direito na melhor medida possível. Para os ricos, direitos fundamentais incondicionais, cláusulas pétreas. Para os pobres, mutação constitucional baseada em regras que advém de normas seletivamente adscritas. Para os ricos, ato jurídico perfeito, coisa julgada, irretroatividade, legalidade. Para os pobres, orientação às consequências, exigências de equilíbrio econômico, reserva do possível, interesse público, núcleo essencial e outras versões mitológicas das velhas razões de Estado.

A concepção de princípios como mandados de otimização é uma interessante estratégia teórica para garantir maior transparência nos fundamentos contingentes da escolha de um em detrimento de outro princípio constitucional em estado de colisão em cada decisão judicial, mas precisamos cuidar para não usar essa teoria para reproduzir a diferença entre casa grande e senzala. Não é correto usar a ponderação para relativizar direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alexy, R. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Alexy, R. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. *Doxa*, v. 23, p. 197-230, 2000.
- Alexy, R. The nature of arguments about the nature of Law. *In*: Meyer, L. H. S. L.; Paulson; Pogge, T. W. (ed.). *Rights, culture and the Law*: themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 3-16.
- Alexy, R. The nature of legal philosophy. *Ratio Juris*, [online], n. 2, v. 17, p. 156-167, maio, 2004.
- Alexy, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.
- Alexy, R. On the concept and the nature of Law. *Ratio Juris*, [online], v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008b.
- Alexy, R. The dual nature of Law. *Ratio Juris*, [online], v. 23, n. 2, p. 167-182, 2010a.
- Alexy, R. *Direito, razão, discurso*: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b.
- Assis, A. E. S. Q. *Direito à educação e diálogo entre poderes*. 2012. 259 f. Tese (Doutorado em Educação) –, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.



- Campos, R.; Ladeur, K.-H. Entre teorias e espantalhos: deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. *In*: Campos, R. (org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 37-61.
- Dworkin, R. Model of Rules. *Faculty Scholarship Series*. Yale Law School, 1967. Paper 3609. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609. Acesso em 17 ago. 2017.
- Fischer-Lescano, A. Crítica da concordância prática. *In*: Campos, R. *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 37-61.
- Gödel, K. *On formally undecidable propositions of Principia Mathematica and related systems*. New York: Dover Publications Inc., 1992.
- Habermas, J. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- Kelsen, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- Laurentiis, L. C. *A proporcionalidade no Direito Constitucional: origens, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- Luhmann, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- Mastrodi, J. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. *Revista Direito GV*, n. 10-2, p. 577-596, 2014.
- Morais, F. S. *Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- Silva, V. A. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 2, p. 273-301, 2011. Doi: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqr004>
- Simioni, R. L. Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy. *Revista do Curso de Direito da FSG*, n. 7, a. 4, p. 135-150, 2010.
- Simioni, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.
- Steinmetz, W.; Freitas, R. S. Modelo seriatim de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 30, n. 1, p. 221-236, 2014.
- Streck, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- Streck, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- Streck, L. L. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- Trivisonno, A. T. G. O que significa “a injustiça extrema não é direito?” Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 16, n. 3, p. 97-122, 2015. Edição Especial.



Tsakyraakis, S. Proportionality: an assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3, p. 468–493, 2009. Doi: <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>

