



Recebido em: 08.10.2018  
Aceito em: 28.11.2018

DOI: <http://doi.org/10.33239/rtdh.v1i1.10>

**1** Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito do Sil de Minas - FSDM, juiz federal do trabalho no TRT da 2ª Região - SP

<https://orcid.org/0000-0001-8937-9958>

**2** Advogada trabalhista atuante predominantemente perante as Varas do Trabalho abrangidas pelo TRT da 3ª Região - MG

<https://orcid.org/0000-0003-3892-5394>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

# Ponderação à brasileira: a racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy como desafio do Estado Constitucional Democrático

Brazilian weighting: the rationality of the judicial decision in Robert Alexy as a challenge of the Democratic Constitutional State

Ponderación a brasileña: la racionalidad de la decisión judicial en Robert Alexy como desafío del Estado Constitucional Democrático

*Paulo Eduardo Vieira de Oliveira*<sup>1</sup>  
*Nívea Andreza de Oliveira Costa*<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo objetiva analisar os processos de construção de discursos e decisões jurídicas a partir da Teoria da Argumentação de Robert Alexy em diálogo com o Constitucionalismo Discursivo no Estado Democrático de Direito. Ancorado no método analítico e técnica de pesquisa bibliográfica, o trabalho possibilitará abordar como questão central a ponderação de princípios, que é utilizada como principal metodologia para justificação de uma decisão judicial e não para a sua construção racional, como originalmente propõe a teoria. A principal hipótese levantada é que a concepção de princípios como mandados de otimização permite a relativização dos direitos fundamentais e sociais a partir do uso seletivo da técnica da ponderação. Devido a essa característica de indeterminação, a teoria da ponderação tornou-se conveniente para a não vinculação de direitos fundamentais no Constitucionalismo Discursivo, um desafio no Estado Democrático de Direito. Como resultado, observa-se que a teoria da ponderação é utilizada como concepção de discurso e decisão jurídica que reproduz e mantém desigualdades sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito. Decisão. Ponderação. Princípios. Robert Alexy.

## ABSTRACT

The present article aims to analyze the processes of construction of discourses and juridical decisions from the Theory of Argumentation of Robert Alexy in a dialogue with the Discursive Constitutionalism in the Democratic State of Law. Based on the analytical method and on the technique of bibliographical research, the present work will make it possible to approach as a central issue the weighting of principles, which is used as the main methodology for justification of a judicial decision and not for its rational construction, as originally proposed by the theory. The main hypothesis raised is that the conception of principles as mandates of optimization allows the relativization of fundamental and social rights through a selective use of weighting technique. Due to this feature of indeterminacy, the theory of weighting has become a convenient way for the fundamental rights to not be binding in the Discursive Constitutionalism, a challenge in the Democratic State of Law. As a result, it is observed that the theory of weighting is used as a conception of discourse and juridical decision that reproduces and maintains social inequalities.

**KEYWORDS:** Law. Decision. Weighting. Principles. Robert Alexy.

**RESUMEN**

El presente artículo tiene como objetivo analizar los procesos de construcción de discursos y decisiones jurídicas a partir de la Teoría de la Argumentación de Robert Alexy en diálogo con el Constitucionalismo Discursivo en el Estado Democrático de Derecho. Basado en el método analítico y la técnica de investigación bibliográfica, el trabajo posibilitará abordar como cuestión central la ponderación de principios, que es utilizada como principal metodología para justificación de una decisión judicial y no para su construcción racional, como originalmente propone la teoría. La principal hipótesis planteada es que la concepción de principios como mandamientos de optimización permite la relativización de los derechos fundamentales y sociales a partir del uso selectivo de la técnica de la ponderación. Debido a esta característica de indeterminación, la teoría de la ponderación se hizo conveniente para la no vinculación de derechos fundamentales en el Constitucionalismo Discursivo, un desafío en el Estado Democrático de Derecho. Como resultado, se observa que la teoría de la ponderación es utilizada como concepción de discurso y decisión jurídica que reproduce y mantiene desigualdades sociales.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho. Decisión. Ponderación. Principios. Robert Alexy.

**INTRODUÇÃO**

O positivismo jurídico, concebido sob os dogmas da segurança e imparcialidade da lei, manteve suas sólidas convicções como instrumento ideológico indispensável ao projeto político e histórico de dominação a que serviu (FOUCAULT, 2002, p. 32). O esbatimento, crise e superação do positivismo no sistema do Direito, em lento processo histórico, instaurado ao longo do século XX (BARCELLOS, 2002, p. 14), constitui obra dialética, emergida da iniludível contradição exposta, em nome da legalidade, na instituição de constituições humanitárias e libertárias, como a de Weimar, oferecidas a serviço da barbárie instaurada na história, ao longo da primeira metade desse século, e a fundamentalismos econômicos e políticos diversos (AURER, 1993).

No Direito, a ideologia e os interesses se organizam em torno de parâmetros metodológicos, instituídos como paradigmas que emergiram de revoluções científicas (KUHN, 1998), impulsionadas pela incapacidade de determinado paradigma satisfatoriamente enfrentar a complexidade oferecida por novas relações sociais, pelo surgimento de novos sujeitos de direito e pelas exigências ideológicas daí decorrentes. Desta forma, incapaz de enfrentar a realidade histórica, as convicções positivistas sobre o texto da lei ruíram.



No contexto de superação do positivismo jurídico, a Constituição adquiriu nova importância, figurando como ideal de justiça, e a partir disso, toda construção teórica visa à introdução de princípios morais e valores éticos no Direito positivo. Neste contexto pós-positivista, a fundamentação das decisões jurídicas a partir de critérios racionais destaca-se no estudo do Direito, o que oportuniza o desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica (SIMIONI, 2014, p. 236-237).

Busca-se a fundamentação das decisões judiciais como critério de racionalidade e exigência contra o subjetivismo judicial, o que implica a necessidade de critérios objetivos e determinados para orientação da decisão. Neste sentido, destaca-se a construção teórica de Robert Alexy (2001) desenvolvida a partir de um procedimento metodológico de argumentação.

Trata-se de proposta desafiadora para o Estado Democrático de Direito, que aposta na sua eficácia para legitimação do seu poder jurisdicional, e teoria que se tornou hegemônica na prática jurisdicional do Brasil. Contudo, a realidade jurisdicional brasileira apresenta decisões que, embora justifiquem uma fundamentação em ponderação de princípios de Robert Alexy, utilizam-na de forma equivocada, eivada de subjetivismo, em desconformidade com os critérios procedimentais teóricos propostos.

Desta forma, cuida o presente artigo de discorrer a respeito da teoria da argumentação em Alexy, a ponderação de princípios e os desafios enfrentados a partir de sua aplicação, que tem permitido a relativização dos direitos fundamentais e sociais e a não vinculação de garantias constitucionais, alçado como problema central do presente trabalho. A hipótese levantada é de que a relativização advém da concepção de Alexy (1993, p. 83-88) de que princípios são mandados de otimização, objetivos a serem realizados na melhor medida possível, e que, por isso, sofrem restrições voluntárias no contexto da justificação da decisão judicial.

Para realizar a exposição do tema, o método de pesquisa utilizado será analítico, empregando-se a técnica de pesquisa e revisão bibliográfica. Primeiramente, analisar-se-ão as proposições estabelecidas por Robert Alexy em sua obra Teoria da



Argumentação Jurídica (2001), Teoria dos Direitos Fundamentais (1993) em diálogo com a obra Constitucionalismo Discursivo (2007); em seguida serão tratados os desafios do Estado Democrático de Direito para controle de racionalidade da decisão judicial que, após superação do positivismo jurídico, ainda apresenta questões de subjetivismo e de desconformidade com os procedimentos metodológicos da teoria.

A presente pesquisa revela sua importância científica, pois trata de relevante assunto do Direito, qual seja, a higidez da fundamentação da decisão judicial, cristalizada como garantia constitucional, e que se revela um desafio no Estado Democrático de Direito, uma vez que a teoria da ponderação é utilizada, para resolução de diversos casos, de forma equivocada, como concepção de discurso e decisão jurídica subjetiva e voluntarista que reproduz, mantém e legitima desigualdades sociais.

## **1 RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY**

No contexto de superação do positivismo jurídico, a Constituição adquiriu nova importância, figurando como ideal de justiça, constituindo-se instrumento de construção social da modernidade, capaz, não apenas de diferenciar direito e política, mas, principalmente, de atuar como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas funcionais e delinear contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivamente vinculantes (NEVES, 2009, p. 56-57).

Naquele contexto pós-positivista, as construções teóricas visam à introdução de princípios morais e valores éticos para dentro do Direito positivo. Neste sentido, a teoria da argumentação de Robert Alexy (2001) busca conciliar o positivismo normativo de Hans Kelsen (2009) com o jusnaturalismo que concebia a justiça como um valor superior ao próprio direito positivo (SIMIONI, 2014, p. 235).

Busca-se, portanto, a justificação racional de discurso de correção que relacione argumentos jurídicos e valores morais a partir de pressupostos e estratégia



procedimentalista, sem, contudo, comprometer a operacionalidade do Direito. Trata-se de proposta desafiadora para o Estado Democrático de Direito, que aposta na sua eficácia para legitimação do seu poder jurisdicional.

Outros teóricos pós-positivistas, de igual maneira, formularam propostas e teorias metodológicas para a realização prática do Direito a partir de uma justificação racional, como Ronald Dworkin (2002), Jürgen Habermas (2003) e Castanheira Neves (1993). Contudo, em razão da delimitação do presente estudo, cuida este artigo de discorrer a respeito da teoria proposta por Alexy e os desafios enfrentados a partir de sua aplicação, que se tornou hegemônica na prática jurisdicional brasileira, em especial no Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>1</sup>.

Não pretende o presente artigo analisar de maneira pormenorizada a teoria de Robert Alexy, em especial por já ser conhecida e por possuir estudiosos e críticos que o fizeram com maestria, bem como pela limitação e formato do presente trabalho. Contudo, as principais características de sua proposta serão relacionadas para o necessário desenvolvimento do tema.

Alexy utiliza como ponto de partida para o desenvolvimento de sua teoria um exame prévio, que se faz necessário para sustentar a possibilidade de introdução de princípios e valores éticos na argumentação jurídica. Tal exame consiste em responder as seguintes perguntas:

“(1) onde e até que ponto os julgamentos de valor são necessários, (2) como esses julgamentos de valor se relacionam com os argumentos designados como ‘especificamente jurídicos’ e a dogmática jurídica e (3) se esses julgamentos de valor são racionalmente justificados” (ALEXY, 2001, p. 21).

---

1 Em pesquisa de jurisprudência disponível no site do Supremo Tribunal Federal, a busca pelas expressões livres “Alexy” e “Ponderação de Princípios” encontra mais de 60 (sessenta) acórdãos como resultados, enquanto a busca por “Dworkin” apresenta 24 (vinte e quatro) resultados, “Habermas” 4 (quatro), e “Castanheira Neves” apenas 2 (dois). Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 fev. 2018.



Desta forma, pode-se destacar como pressupostos (SIMIONI, 2014, p. 243-244) da teoria da argumentação de Alexy que: primeiro nem toda decisão jurídica exige fundamentação em princípios e valores, e isso deve ser utilizado quando necessário; que há uma relação de complementação entre julgamentos jurídicos e julgamentos morais, que se relacionam e não se substituem; e que é possível promover uma fundamentação racional através de um procedimento válido.

A explicação do conceito de argumentação jurídica racional neste exame consiste na apresentação de um número de regras que a argumentação tem de seguir e de um número de formas que a argumentação tem de assumir, se é para tornar boa a exigência implícita nela. Quando uma discussão está de acordo com estas regras e formas, então o resultado oferecido por ela pode ser chamado de “correto”. As regras e formas do discurso jurídico assim constituem um critério para a correção das decisões jurídicas. (ALEXY, 2001, p. 273)

Ademais, faz-se necessário, para adentrarmos a compreensão do problema a ser abordado no presente trabalho, a apresentação das definições e conceitos que Alexy propõe para regras e princípios, uma vez que isso define as limitações de aplicação da proporcionalidade e ponderação. Para, após, discorrermos a respeito dos desafios do Estado Democrático que se utiliza da teoria da argumentação em Robert Alexy, para realizar a justificação racional de discurso de correção.

### 1.1 Regras e princípios

Ao conjunto normativo positivo reconhecido foi inserido um complexo sistema principiológico capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição, composto por conceitos jurídicos indeterminados, axiológico, de conteúdos morais e que ressoam efeitos em todo o ordenamento. Para fazer uso desse conteúdo na argumentação jurídica, Alexy estabelece uma distinção entre regras e princípios, a partir de vários critérios (ALEXY, 1993, p. 81-82).



Para o autor, regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica, e ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deônticas básicas de permissão ou proibição. Princípios, são mandados de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, cujo cumprimento depende das possibilidades reais e jurídicas existentes. Por outro lado, regras são determinações que não aceitam graduações de cumprimento, ou são cumpridas ou descumpridas, pois possuem determinações de baixa generalidade (ALEXY, 1993, p. 82-83).

A partir desta distinção, Alexy apresenta como consequência da aplicação das normas jurídicas os conflitos de regras e colisões de princípios, ou seja, quando a aplicação independente de dois padrões de normas conduz a um resultado jurídico contraditório, pois diferem na forma como o resultado do conflito é resolvido (ALEXY, 1993, p. 87).

O conflito de regras soluciona-se pela dimensão da validade, como inserção de cláusulas de exceção, invalidação de uma das regras, ou pela adoção de critérios específicos de hierarquia de regras como por exemplo *“lex posterior derogat legi priori”*<sup>2</sup>, que se refere ao início da vigência das leis, indicando que a mais recente deverá prevalecer sobre a mais antiga (ALEXY, 1993, p. 88).

Contudo, as colisões de princípios não podem ser solucionadas desta forma, uma vez que princípios não se encontram hierarquizados como as regras, nem podem ser declarados inválidos; essa colisão deve ser solucionada na dimensão do peso. Quando, em termos gerais, um princípio permite algo que outro princípio proíbe, um deve ceder perante a força do outro diante das circunstâncias do caso concreto, sem que seja invalidado. O que não impede que em outras circunstâncias, os mesmos princípios em colisão possam apresentar diferentes pesos e oferecer outros resultados (ALEXY, 1993, p. 89). Trata-se, portanto, de uma questão de ponderação e proporcionalidade de princípios.

---

2 “Lei posterior derroga lei anterior.” Tradução livre.



## 1.2 Ponderação e proporcionalidade

Para direcionar a teoria da argumentação jurídica com fundamentação racional, Alexy propõe uma orientação baseada em proporcionalidade, a ser alcançada do modo mais satisfatório possível, uma vez que refere-se à justificação de colisões de princípios. A partir da distinção entre regras e princípios, da metáfora dos pesos e diante das circunstâncias fáticas dos casos de colisão, preconiza-se a máxima da proporcionalidade, uma metodologia desenvolvida para a realização da ponderação de princípios e sua argumentação de forma racional.

Desta forma, o postulado da proporcionalidade, que pretende uma argumentação de forma racional e objetiva, é capaz de demonstrar qual dos princípios deve prevalecer diante de uma eventual colisão, em um ambiente com reais condições para a sua realização, conforme já exposto pelas delimitações e conceitos abrangidos pela teoria. O caráter procedimentalista das regras da proporcionalidade é sua divisão em três princípios parciais (ALEXY, 2007, p. 110), quais sejam: adequação/idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 1993, p. 112).

A adequação refere-se à uma análise empírica do caso, que permite a avaliação dos meios fáticos possíveis para cumprimento dos objetivos dos princípios. Sua análise é capaz de determinar se o meio eleito para solucionar o caso pode atingir a finalidade proposta pelo princípio sem prejudicar a realização dos demais. Trata-se, portanto, de uma otimização em relação às possibilidades fáticas e jurídicas.

Diante da impossibilidade de se otimizar as possibilidades fáticas e jurídicas do caso e realizar a substituição de um meio por outro, a argumentação racional deve encaminhar-se para a justificação da necessidade. Refere-se este à tentativa de equilibrar a satisfação de um princípio frente a violação de outro, ou seja, exige a escolha do julgador, o que requer uma justificação argumentativa, o que mantém estreita relação com a ponderação em sentido estrito.





Por fim, a ponderação em sentido estrito refere-se à justificação racional de que “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2007, p. 111). Ou seja, demonstra o que significa a otimização que se referem às possibilidades jurídicas. Ademais, expõe o dever de cumprir procedimento racional.

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro. (ALEXY, 2007, p. 111)

Nota-se, portanto, que as etapas indicadas no procedimento da ponderação de Robert Alexy para se proceder a uma argumentação no critério de proporcionalidade de princípios exige o cumprimento de etapas, o que mantém a racionalidade e correção do discurso. Primeiramente, devem-se identificar quais são os princípios em colisão; após apontar o grau de satisfação de cada um deles diante das circunstâncias fáticas; deve-se comprovar a importância de satisfação e os motivos que justificam a consideração de maior importância a um e não a outro; e ainda, a indicação das consequências sobre a proporcionalidade e pesos avaliados para os princípios (SIMIONI, 2014, p. 289-296).

Uma decisão jurídica que realizou os juízos de adequação/idoneidade, necessidade e adentrou a ponderação em sentido estrito, cumpriu etapas de um procedimento capaz de comprovar de forma racional a argumentação da autenticidade da colisão de princípios. Afinal, tal procedimento apresenta-se também como um afastador de subjetivismo e voluntarismo, ao exigir que sejam justificados e comprovados os prejuízos das consequências de aplicação dos princípios em ponderação.



Observa-se, portanto, que a teoria da argumentação de Robert Alexy não garante uma decisão correta, contudo, garante que uma argumentação racional seja desenvolvida, o que constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito. A ponderação e a proporcionalidade de princípios constituem, assim, mecanismos capazes de indicar o que deve ser fundamentado, e a teoria da argumentação, como dever ser fundamentado, uma vez que “o instrumento de justificação que irá realizar a função de limitação do poder e, conseqüentemente proporcionar o controle da atuação do Poder Judiciário, é a fundamentação das decisões judiciais” (MIRANDA, 2018).

## 2 OS DESAFIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Brasil, a Constituição da República representa a ruptura de uma ordem constitucional autoritária, cujo fundamento histórico decorre de ato de força, restituindo ao Estado a credibilidade e legitimidade decorrentes do exercício do poder popular, caracterizando o Estado Constitucional Democrático de Direito, a exemplo de constituições promulgadas após períodos ditatoriais, como a da Alemanha de 1949, de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978, que profunda influência exerceram na doutrina nacional.

O sentido democrático da nova ordem posta no tocante ao Direito, reflete-se principalmente através da decisão judicial, que é capaz de criar e organizar situações diversas no mundo plural e multicultural, controlar comportamentos, conferir poder, garantir direitos, e, apresentar-se, inclusive, como regra contramajoritária (BAHIA, 2012). Desta forma, a introdução de um sistema principiológico, permeado por conceitos jurídicos indeterminados, amplia a interpretação e a atividade do julgador, e, por esta razão, exige uma maior densidade argumentativa, que, se não observada, pode gerar uma complexa crise de credibilidade, legitimidade e racionalidade nas decisões judiciais, uma vez que substitui os dogmas pelo voluntarismo e subjetivismo na aplicação da nova metodologia jurídica (BERGEL, 2001, p. 122).



Diante disso, a interpretação do julgador deve dialogar com a sociedade, e a fundamentação da decisão judicial deve ser racional, afastando-se o subjetivismo, uma vez que não se constitui ato de vontade, sob pena da discricionariedade transformar juízes em legisladores (CAPPELLETTI, 1999), garantindo-se, ainda, aos jurisdicionados a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais (NERY JÚNIOR, 2010, p. 288-301), com o objetivo de obstaculizar o arbítrio, pois, “a legitimação da atuação do magistrado decorre da fundamentação da decisão judicial, sendo a falta de fundamentação verdadeiro atentado à democracia e aos valores inseridos na Constituição Federal” (OLIVERIA NETO, 2002, p. 212).

## 2.1 Críticas à ponderação e proporcionalidade

Robert Alexy propõe argumentação jurídica baseada em procedimento racional capaz de articular discursos jurídicos, discursos práticos, argumentos de valores morais e éticos e, ainda, resolver o problema da colisão de preceitos fundamentais, apresentando procedimento de justificação baseado em pesos de princípios e ponderação a partir das circunstâncias fáticas. Trata-se de teoria sofisticada e difundida, o que a faz ser objeto de estudos e críticas, o que não perfaz o objeto do presente estudo.

Kai Möller (2012, p. 709-731) apresenta artigo com análise das críticas e argumentos lançados contra a ponderação e à proporcionalidade. Afirma que a ponderação se constitui uma ferramenta doutrinária (*doctrinal tool*) e que, portanto, depende de circunstâncias de aplicação, o que é levantado como hipótese do presente artigo. Möller direciona sua conclusão às concepções particulares de proporcionalidade e não contra a ideia de proporcionalidade em si. A relativização de direitos fundamentais realizada pela teoria da ponderação na prática jurisdicional brasileira advém da concepção de que princípios são mandados de otimização e que, por isso, sofrem restrições voluntárias no contexto da justificação da decisão judicial.



Stavros Tsakyrakis (2009, p. 468-493) argumenta que a proporcionalidade, embora em muitos países elevada a um princípio constitucional básico de resolução de conflitos, possui equívocos de precisão e objetividade, pois proporciona argumentação que permite a sonegação de direitos. Afirma que a teoria é vulnerável aos argumentos que possibilitam um ataque aos direitos humanos (*assault on human rights*), pois no contexto da proporcionalidade a subjetividade corrompe o próprio significado de Direito, transformando-o em algo quantificável, ou seja, substituindo a distinção entre o que é certo e o que é errado, pelo que é adequado e conveniente.

Em contrapartida, Matthias Klatt e Moritz Eister (2012, p. 687-708) apresentaram artigo em que analisam argumentos de Tsakyrakis e asseveram, em suma, que a proporcionalidade é uma abordagem estruturada capaz de equilibrar os direitos fundamentais com outros direitos e interesses da melhor forma possível, incorporando padrões de racionalidade desempenhar um papel como elemento uma argumentação fundamentada.

## 2.2 Ponderação à brasileira

A teoria da argumentação em Alexy atende e reafirma o caráter racional da prestação jurisdicional no Estado Constitucional Democrático de Direito, uma vez que constitui garantia de que a decisão judicial se apresente fundamentada, e que o julgador exponha suas motivações e cumpra o papel fundamental do devido processo legal e do contraditório, para o controle da legitimidade do poder do Estado, enquanto juiz, e, desta forma, para a democracia.

Embora hegemônica no Brasil, e indo ao encontro das críticas no que tange às peculiaridades de sua aplicação, a teoria não se apresenta recepcionada e aplicada na prática brasileira em exato cumprimento aos procedimentos teóricos propostos. Como problema a ser analisado pelo presente artigo, observa-se que a maioria das demandas



levadas à apreciação do poder judiciário são decididas a partir de proporcionalidade e ponderação.

Independentemente de quais sejam as origens do conflito ou as normas em discussão, grande parte das pretensões resistidas são transferidas para o ambiente da ponderação e todas são tratadas a partir da concepção de colisão de princípios. A hipótese de que se parte é de que a concepção de Alexy sobre princípios constituírem mandados de otimização, objetivos a serem realizados na melhor medida possível é favorável ao desenvolvimento de uma argumentação subjetiva, que permite restrições de direitos no contexto da justificação da decisão judicial.

O fator determinante da resolução de colisão de princípios na teoria da argumentação em Alexy, refere-se ao cumprimento das etapas do procedimento para construção da decisão correta e racional. O que não ocorre nos casos concretos, pois, conforme indicado por Tsakyrakis, por possuir uma abertura singular para subjetivismos a teoria suporta argumentação que sonegue e relativize direitos.

No Brasil, os direitos e garantias fundamentais, e até os direitos sociais previstos na Constituição Federal, são sonogados diante de fundamentação baseada em ponderação e proporcionalidade de princípios em Alexy. As etapas da fundamentação racional são dispensadas, ou realizadas sem comprometimento com a integridade e correção, permitindo ao judiciário uma adequação metodológica da teoria à brasileira. Não são atendidos os requisitos objetivos de conflitos de regras, não são consideradas as distinções entre regras e princípios; e até a própria redação do novo Código de Processo Civil apresenta a possibilidade de ponderação entre normas<sup>3</sup>, não a restringindo à princípios.

Para exemplificar o problema central do presente estudo, destaca-se que o STF adota diferentes posições no que se refere à metodologia de ponderação e utiliza-se da

---

3 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 2º No caso de *colisão entre normas*, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.” BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. (grifo nosso).



teoria de argumentação e proporcionalidade de forma que difere do modelo proposto e, ainda o faz de forma seletiva, a depender do tema a ser julgado, conforme demonstra Simioni (2017).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado do Ceará, o STF apresentou acórdão fundamentado em ponderação de princípios, contudo apresentou justificativa contrária aos fundamentos da teoria e metodologia proposta por Alexy. O acórdão aponta que no conflito entre manifestações culturais e proteção ao meio ambiente, na Corte predomina o entendimento a favor de afastar práticas de tratamento inadequado a animais, mesmo dentro de contextos culturais<sup>4</sup>.

Ou seja, não foi realizada uma análise individualizada capaz de cumprir as etapas do procedimento para ajustar os critérios e pressupostos de atendimento aos princípios da adequação, necessidade e ponderação do princípio diante da realidade fática, uma vez que o STF já havia uma predeterminação do julgamento a partir do entendimento jurisprudencial, ou seja, foi realizada uma ponderação à brasileira.

O STF já decidiu pela não aplicação e afastamento da ponderação, optando pela não relativização dos direitos dos condenados à individualização da pena e à legalidade da execução penal à qual foram condenados<sup>5</sup>. Neste caso, o acórdão explicita a

---

4 “Diz que o Supremo usa a técnica da ponderação para resolver conflitos específicos entre manifestações culturais e proteção ao meio ambiente, predominando entendimento a favor de afastar práticas de tratamento inadequado a animais, mesmo dentro de contextos culturais e esportivos.” Ação Direta de inconstitucionalidade ADI 4983; Relator: Ministro Marco Aurélio; Data: 26/04/2017; Origem: Ceará. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4164232&ext=RTF>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

5 “Disso *concluo que não se pode ponderar o interesse da segurança pública com os direitos à individualização da pena e à legalidade*, sem se desconsiderar que os presos também são pessoas, dotadas de imanente dignidade. Dessa forma, não será a ponderação de princípios que autorizará o Estado a deixar de cumprir a lei que confere direitos aos condenados durante a execução das penas. Na medida em que os regimes existem, resta ao Estado disponibilizar vagas em estabelecimentos penais adequados à execução da pena no regime adequado.” (grifo nosso). Recurso Extraordinário nº 641.320; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Data: 11/05/2016; Origem: Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4076171>>. Acesso em: 15 fev. 201



seletividade da Corte para aplicação da teoria, demonstrando que alguns casos, embora versem sobre direitos fundamentais em princípios não podem ser ponderados. Salientando característica da ponderação à brasileira, qual seja, sua utilização como um princípio instrumental de solução de colisões, a ser afastada por ser inadequada a certos casos e não a outros.

Por fim, cumpre destacar que a teoria de Alexy apresenta-se conveniente para exercício do poder jurisdicional do Estado, o que a faz hegemônica no Brasil. Seu método oportuniza justificação subjetiva, sem, contudo, estabelecer controle ou responsabilidade democrática, em razão desse subjetivismo.

No plano da aplicação, justifica-se o ativismo judicial sobre questões políticas e sobre os meios fáticos necessários para a satisfação das finalidades políticas instituídas por princípios fundamentais (SIMIONI, 2014, p. 314). As condições de satisfação, constitui-se tema generalizado socialmente pela escassez de recursos econômicos, socialmente aceito, e justificado pela própria teoria de Alexy.

A ponderação não oferece solução apenas aos problemas de colisão de princípios, mas também aos problemas de vinculação e flexibilidade, justamente quando se faz necessário encontrar um caminho intermediário entre o cumprimento e o afastamento da norma, citando como exemplo, a constituição brasileira “que conhece direitos fundamentais numerosos e sociais generosamente formulados” (ALEXY, 2007, p. 68-69).

Em que pese uma concepção teórica bem construída, cuja racionalidade reside na obediência às regras de discurso e formas de argumentação, nota-se que a concepção de princípio como mandado de otimização oportuniza a criação de uma ponderação à brasileira.

### **3 A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAL E INTERNACIONALMENTE RECONHECIDOS**



Em que pese tratar-se a ponderação de princípios de uma das principais formas de interpretação constitucional no Brasil (SIMIONI, 2010, p. 142), os estudos decorrentes desta recepção apresentam-se genéricos e simplistas, que relativizam os pressupostos teóricos, negando-lhe o caráter importante e independente no que se refere à teoria da decisão. Tem-se, portanto o desvirtuamento de uma complexa teoria da decisão e argumentação jurídica, sua aplicação incorrendo em inúmeros equívocos e a formação de um senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1994, p. 15) sobre um tema tão complexo.

A ponderação de princípios caracteriza-se um mero fragmento teórico, cuja recepção e aplicação refere-se a uma argumentação que pode até referir-se aos pressupostos teóricos de Robert Alexy, mas não se caracteriza efetivamente tal técnica. Trata-se da simplificação que vai desde o uso impreciso da terminologia até a inadequação total dos procedimentos, aplicada como mera escolha subjetiva do julgador, uma técnica empregada como se fosse uma faculdade do juiz escolher o melhor princípio a ser efetivado, como se a norma e os fatos estivessem a sua disposição.

Ocorre que a escolha do julgador entre um princípio e outro, por vezes retira por completo a efetivação dos direitos preteridos, como direitos fundamentais de trabalhadores, cuja efetividade é constitucional e internacionalmente garantida. O reconhecimento pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) objetiva promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, contudo, em razão da ponderação na fundamentação do acórdão do STF da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.066 (BRASIL, 2017a), ao direito a saúde do trabalhador foi negada efetividade.

O referido julgado tratou sobre a constitucionalidade de lei que dispõe sobre extração, industrialização, utilização e comercialização de produtos que contenham amianto, nocivo à saúde dos trabalhadores. Em que pese os votos apresentados





possuírem fundamentação em ponderação de princípios, os resultados foram divergentes (cinco votos a quatro), ou seja, através da teoria, cada ministro justificou a sua escolha entre os princípios em debate no caso concreto, de um lado ordem econômica, desenvolvimento nacional, e as atividades de mercado sobre este produto, e de outro, os princípios sobre o direito à saúde do trabalhador.

O exemplo demonstra com clareza a possibilidade de discricionariedade da decisão a partir da justificação em ponderação, o que pode desvelar, mas não determinar que a ponderação de princípios de Robert Alexy é articulada nas decisões judiciais brasileiras porque constitui-se instrumento capaz de conferir credibilidade ao discurso argumentativo e elevar a importância da justificação que fundamenta a decisão judicial. A ponderação que foi formulada para afastar o subjetivismo e atribuir racionalidade à decisão é utilizada sem compromisso com os critérios técnicos, e seus pressupostos teóricos encontram-se banalizados pelo senso comum teórico brasileiro.

Outra decisão cuja fundamentação ocorreu pela ponderação foi do recurso extraordinário nº 654.432 (BRASIL, 2017b) que tratou sobre a possibilidade de se estender a vedação ao direito de greve, disposto no artigo 142§3º, IV da Constituição aos policiais civis. Ao longo da história greve foi utilizada para reivindicar direitos e melhores condições de trabalho, formaram-se piquetes nas portas de entrada das fábricas e os locais de trabalho foram ocupados como expressão de revolta e violência, “de um lado, a organização política burguesa, dominante, triunfante, com seus aparelhos constituídos (o aparelho de Estado); e, de outro, a organização política proletária dominada, contaminada, continuamente reduzida à luta Econômica, à qual é negado o caráter político” (EDELMAN, 2016, p. 46), ocorrendo até mesmo uma mudança do reconhecimento legal da greve, que passou a ser tratada como canal de diálogo de uma relação coletiva de trabalho, o que se caracteriza como o embrião do Direito do Trabalho.

Utilizando-se da técnica da ponderação, sem apresentar resposta aos critérios técnicos metodológicos como adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito,



o acórdão apresenta o resultado de uma escolha entre o direito da incolumidade dos bens públicos sobre o direito de greve para policiais. O acórdão apresenta argumentos que possuem consenso social, como a segurança pública para justificar a restrição de direitos.

No Estado Constitucional Democrático de Direito a decisão necessita obter a adesão da sociedade para que obtenha credibilidade e possa ser considerada legítima e representativa da cultura jurídica do país e dos valores constitucionalmente recepcionados como fundamentais, “pois, o critério decisivo de validade duma ordem normativa, e em especial da ordem jurídica, é o reconhecimento, é o consenso (teorias do reconhecimento e teoria do consenso)” (KAUFMANN, 2014, p. 299). Desta forma, quando o discurso argumentativo vincula-se a uma realidade social de economia e escassez ele se faz automaticamente aceito.

Os motivos fáticos extrajurídicos constituem estratégia de argumentação jurídica fascinante, uma vez que permite um extenso conjunto de justificações, e perigosa, pois oportuniza uma “concorrência econômica de princípios” (SIMIONI, 2010, p. 135-150), como se só devesse prevalecer a efetividade de direitos que atendam o consenso. Trata-se da retomada da discricionariedade sob o argumento de razoabilidade aceito pela sociedade em um contexto de vulgarização da escassez e possibilidades fáticas e jurídicas.

O direito dos trabalhadores não pode reduzir-se a mera normatização, pois não serve somente para solução de conflitos em uma relação de trabalho. Ao longo da história, a sua evolução demonstra que o papel de equilibrar a tensão entre as forças de capital e trabalho, ele desenvolveu-se principalmente como instrumento de justiça social, uma vez que se ocupa em essência com a realização das condutas que promovem a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, possuindo exigências morais que dão sentido ao Direito (SOUTO MAIOR, 2000, p. 244). A justiça social constitui-se como o bem e o justo para todos, o que não se reduz apenas aos estudos filosóficos, mas encontra-se arraigado na vida pública, em construções históricas eminentemente



marcadas por processo de luta e superação, e, no que efetivamente constitui-se social, e faz parte do mundo da vida, da vida prática e da vivência do homem.

Uma decisão judicial baseada em ponderação de princípios, mas que não atende as técnicas da teoria e não mantém vínculo com o com a produção histórica e científica do direito no que diz respeito ao seus objetivos, eficácia e legitimidade de direitos fundamentais, escolhendo discricionariamente um direito em detrimento de outro, limita sua eficácia a ato de força do Estado em prejuízo da credibilidade da jurisdição e legitimidade das instituições democráticas frente às pretensões e finalidades emergentes dos valores advindos das complexas, conflitivas e alternantes realidades sociais.

Aceitar restrições de direitos fundamentais a partir de motivos fáticos extrajurídicos, de regras e de mandados de otimização consiste, no constitucionalismo brasileiro, em uma estratégia de argumentação jurídica fascinante, uma vez que permite um extenso conjunto de justificações, e perigosa, pois oportuniza uma “concorrência econômica de princípios” (SIMIONI, 2010, p. 135-150), como se os direitos fundamentais devessem ser satisfeitos na melhor medida do possível diante das condições de escassez de recursos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo reafirmou a necessidade de fundamentação racional das decisões judiciais, como garantia do Estado Constitucional Democrático. Analisaram-se os pontos mais relevantes da teoria da argumentação de Robert Alexy, relacionando as proposições estabelecidas nas obras, Teoria da Argumentação Jurídica, Teoria dos Direitos Fundamentais em diálogo com a obra Constitucionalismo Discursivo.

Verificou-se que a fundamentação das decisões judiciais constitui-se instrumento de limitação do poder e garantia do controle da atuação do Poder Judiciário, desta forma, a demonstração de sua racionalidade e exigência contra o



subjetivismo judicial, implica a necessidade de critérios objetivos e determinados para orientação da decisão.

A apresentação da construção teórica de Robert Alexy, desenvolvida a partir de um procedimento metodológico de argumentação, e a aproximação da teoria dos direitos fundamentais com a teoria da argumentação, realizada no presente trabalho, possibilitou a demonstração da busca pela racionalidade através de um procedimento válido, com pressupostos e etapas.

O procedimentalismo de Alexy é capaz de permite relacionar discursos jurídicos e introduzir valores morais e éticos, cristalizados através de princípios, concebidos como mandados de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, cujo cumprimento depende das possibilidades reais e jurídicas existentes. Para solução de caso concreto que envolva princípios, o autor propõe metodologia de ponderação e proporcionalidade baseada na máxima de pesos.

Conclui-se que Robert Alexy não garante uma decisão correta, contudo, garante que uma argumentação racional seja desenvolvida, o que constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito. Por esta razão, a teoria sofre críticas de estudiosos, uma vez que proporciona a possibilidade de que argumentação construída permita a sonegação de direitos, uma vez que o contexto da proporcionalidade apresenta lacuna para a subjetividade

Tal crítica, desperta para o objeto do presente artigo, que é a ponderação à brasileira. Em que pese ser de aplicação hegemônica no Brasil, a teoria da argumentação em Alexy não se apresenta recepcionada e aplicada na prática jurisdicional em exato cumprimento aos procedimentos teóricos propostos. No Brasil, os direitos e garantias fundamentais, e até os direitos sociais previstos na Constituição Federal, são sonegados diante de fundamentação baseada em ponderação e proporcionalidade de princípios em Alexy.

Foram apresentados julgados do Supremos Tribunal Federal que demonstram as diferentes posições sobre a teoria de argumentação, utilizando-se da metodologia de



ponderação e proporcionalidade de forma contrária do modelo proposto, e ainda, de forma seletiva, a depender do tema a ser julgado, criando o que se pode denominar de ponderação à brasileira. Ademais, foram apresentadas decisões que, baseando-se na técnica da ponderação, expuseram a instabilidade do direito nacional, uma vez que, ora vinculam, ora flexibilizam garantias constitucionais, ora efetivam, ora dispensam a eficácia de direitos internacionalmente garantidos aos trabalhadores, rompendo com a segurança jurídica e efetividade dos direitos.

É possível concluir que, no Brasil, a teoria da argumentação em Alexy justifica o ativismo judicial sobre questões políticas e sobre os meios fáticos necessários para a satisfação das finalidades políticas instituídas por princípios fundamentais. A ponderação não oferece solução apenas aos problemas de colisão de princípios, mas também uma alternativa de vinculação e flexibilidade, quando se faz conveniente a escolha política e ideológica de determinada posição, em afastamento a teoria do Direito, aplicada de forma sincrética e discricionária.

A concepção de princípios como mandados de otimização constitui, na presente realidade histórica, efetivo aparelho ideológico destinado a consolidar posicionamentos ideológicos hegemônicos, neste momento, contrários a efetivação dos direitos fundamentais e sociais; impondo um desafio a Teoria do Direito e ao Estado Constitucional Democrático de Direito e a seus compromissos éticos frente à sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.



ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução para o castelhano Ernesto Garzon Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AUER, Andreas. O princípio da Legalidade como Norma, como Ficção e como Ideologia. In HESPANHA, António Manuel Botelho (organizador). **Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito In. FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes (coord.). **Constitucionalismo e Democracia** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.066. Distrito Federal. Relatora: Rosa Weber. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 24 de agosto de 2017a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>>.

Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo nº 654.432**. Goiás. Relator: Edson Fachin. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. 05 de abril de



2017b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14980135>>.

Acesso em: 25 nov. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais.**

Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

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

EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária.** Coord. Tradução Marcus Orione. 1ª. Ed.- São Paulo: Boitempo, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito.** Tradução: António Ulisses Cortês. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.



KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KLATT, Matthias; EISTER, Moritz. Proportionality: a benefit to human rights? Remarks on the I COM controversy. In **International Journal of Constitutional Law**. Volume 10. 2012. p 687/708. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30063.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MIRANDA, Felipe Arady. **A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2014, p. 53. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1066-a-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-como-pressuposto-do-estado-constitucional-1/file>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the critics. In **International Journal of Constitutional Law**. Volume 10, 2012, p. 709–731. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mos024>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In OLIVEIRA NETO, Olavo de. LOPES, Maria Elizabeth de Castro (organizadores). **O Princípios processuais civis na constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.





SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Ponderando a ponderação: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais**. 2017. No prelo.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy. In: **Revista do Curso de Direito da FSG Caxias do Sul**. ano 4 n. 7 jan./jun. 2010.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? In **International Journal of Constitutional Law**. Volume 7. 2009. p. 468–493. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mop011>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

