

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais:

Coerência, razão pública, decomposição analítica e *standards* de ponderação

Cláudio Pereira de Souza Neto*

Sumário: Introdução. 1 Ponderação e coerência. 2 Ponderação e razão pública. 3 Decomposição analítica dos elementos envolvidos na ponderação. 4 Parâmetros (*standards*) de ponderação. Conclusões.

Introdução

O aspecto mais destacado do contexto contemporâneo de renovação da teoria do direito no Brasil talvez seja a progressiva adoção da técnica da ponderação de princípios, observada, sobretudo, a partir da divulgação, aqui, das contribuições inovadoras de Dworkin e Alexy. Contudo, a despeito do otimismo com que nossa doutrina vem recebendo a técnica da ponderação, também crescem, tanto no Brasil quanto no exterior, algumas preocupações concernentes à possibilidade de um uso abusivo da técnica. Argúi-se, sobretudo, que a ponderação leva a um aumento excessivo da discricionariedade judicial, com sérios prejuízos para a segurança jurídica e para a legitimação do Judiciário. Como consequência dessas preocupações, tem-se intensificado, mais recentemente, o esforço de se estabelecerem padrões metodológicos que levem ao incremento da racionalidade da ponderação. Muitas são as propostas engajadas nesse esforço. Este texto tem como finalidade elaborar um quadro sintético das quatro principais tendências em que se distribuem essas propostas. Tais tendências são dominadas pelas idéias de “coerência”, “razão pública”, “decomposição analítica” e “pré-definição de *standards*”. Cada uma

* Cláudio Pereira de Souza Neto é Professor da Universidade Federal Fluminense; Doutor em Direito pela Universidade do Estado Rio de Janeiro (UERJ).

delas será respectivamente examinada nos tópicos que se seguem. Preliminarmente, cumpre apenas ressaltar que o presente estudo pretende tão-só elaborar uma proposta de sistematização, sem proceder a um exame exaustivo das vertentes apresentadas.

1 Ponderação e coerência

A proposta mais influente de se reduzir a discricionariedade que marca a atividade de ponderação é a de se atribuir ao intérprete o dever prévio de reconstruir o sistema de princípios de modo a torná-lo coerente. Esse ponto de vista caracteriza a contribuição de diversos autores situados no debate jurídico contemporâneo. É o caso, p. ex., de Dworkin, Günther e Peczenik¹. Especificamente no âmbito da dogmática constitucional, não é diferente o que prescrevem os postulados da “unidade da constituição”, da “harmonização” e da “concordância prática”².

O dever de gerar coerência incide sobre o intérprete quando esse maneja colisões situadas em diferentes planos de abstração. Por um lado, exige-se que o sistema de princípios, abstratamente considerado, seja interpretado de modo a se conformar uma unidade coerente. Um exemplo importante, colhido na obra de Dworkin, é o da relação entre igualdade e liberdade³. Para superar a tradicional tensão entre os dois princípios, o autor estrutura, a partir dos pressupostos do liberalismo igualitário, um modelo de “igualdade de recursos”. Por esse modelo, Dworkin procura fazer jus simultaneamente à responsabilidade do indivíduo pelas escolhas que faz e à res-

¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 261; GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, n. 17-18, 1995; PECZENIK, Aleksander. A theory of legal doctrine. *Ratio Juris*, v. 14, n. 1, mar. 2001. p. 78 e ss.

² Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 188 e ss.; FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. *Ajuris*, n. 76, 2000; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 91; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 65 e ss.; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1096-1097.

³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 2000.

ponsabilidade social pelo estabelecimento de um contexto propício para que as escolhas individuais possam se tornar efetivas. Desse esforço de síntese, resulta a atribuição ao Estado do papel de estabelecer um sistema distributivo que garanta a todos iguais recursos para que possam realizar seus projetos de vida. As diferenças aleatórias, que decorrem, p. ex., dos talentos naturais ou da sorte de cada um, serão objeto de redistribuição. Mas as diferenças que resultarem das opções pessoais, feitas de forma materialmente autônoma, não serão anuladas⁴. Garante-se, com isso, simultaneamente e de modo coerente, a liberdade e a igualdade⁵.

Ainda no plano abstrato, um outro exemplo importante é o da síntese entre democracia e estado de direito operada por algumas vertentes da filosofia constitucional contemporânea. É tradicional na história do pensamento político se afirmar que há contradição entre democracia e estado de direito. Enquanto o princípio do estado de direito implica a limitação do poder político, o princípio da soberania popular consiste na sua afirmação. Não haveria, por conseguinte, a possibilidade de harmonizá-los⁶. Em contraposição a esse ponto de vista, argumenta-se que o estado de direito é uma condição para um exercício efetivo da soberania popular: se os direitos fundamentais,

⁴ Dworkin se diferencia, com a formulação desse modelo, dos velhos igualitários, os quais, embora afirmem que a comunidade possui a responsabilidade coletiva de tratar igualmente a todos, tal como Dworkin, ignoram, por outro lado, as responsabilidades dos indivíduos por suas escolhas pessoais. Em sentido inverso, Dworkin rechaça também o ponto de vista dos liberais conservadores, os quais, se, como ele, enfatizam a responsabilidade pessoal, deixam de reconhecer a responsabilidade coletiva (ibidem, p. 6-7).

⁵ Para reconstruir o sistema formado por esses dois princípios, de modo a lhes atribuir coerência moral, o autor lança mão daquilo que denomina “estratégia da ponte”. Para ele, “a liberdade e a igualdade não podem colidir, como duas virtudes políticas fundamentais, porque a igualdade não pode sequer ser definida senão levando em conta a liberdade [...]”; “a liberdade e a igualdade não são virtudes independentes, mas aspectos do mesmo ideal de associação política” (ibidem, p. 182).

⁶ Esse ponto de vista é compartilhado por inúmeros autores. Cf., em especial: CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. In: ———. *Écrits politiques*. Paris: Gallimard, 1997; BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: ———. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Organização Henry Hardy. Introdução Roger Hausheer. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002; SCHMITT, Carl. *Parlamentarisme et démocratie*. Tradução Jean Louis Schieggel. Paris: Éditions du Seuil, 1988. p. 96-116.

p. ex., não estão garantidos, não há uma formação livre e igualitária da opinião e da vontade coletivas. Portanto, o estado de direito institucionaliza o contexto adequado à manifestação da soberania popular, não havendo colisão entre ambos, mas harmonização e complementaridade.

Essa compreensão do estado de direito e da democracia como princípios complementares está presente na obra de diversos autores. A título informativo, cabe mencionar, p. ex., as contribuições de Holmes⁷ e Elster⁸. A posição dos autores pode ser esclarecida por meio das metáforas “Ulisses” e “Pedro embriagado”. Para os autores, a soberania popular deve se auto-restringir, por meio da constituição, justamente para evitar que, no futuro, maiorias eventuais ensejem a sua própria erosão, assim como Ulisses pede que lhe atem ao mastro do navio para poder ouvir o canto das sereias sem sucumbir a ele, e “Pedro sóbrio” pede que, se ele se embriagar, não o deixem dirigir seu próprio automóvel, mesmo contra sua vontade. O estado de direito figura, portanto, como uma autodefesa da soberania popular *vis-à-vis* a sua própria manifestação futura em momentos excepcionais.

Próximas a esse ponto de vista estão as contribuições de Ely⁹ e Habermas¹⁰. Esses autores, no entanto, justificam o estado de direito mediante a idéia de “condições procedimentais da democracia”. O estado de direito, se interpretado em termos procedimentais, não seria uma auto-restrição da soberania popular, mas um elemento constitutivo desse princípio. Sem as condições procedimentais estabelecidas pelo estado de direito, não haveria democracia. Esses autores, contudo, para operar essa harmonização, excluem do estado de direito os valores substantivos com ele identificados, embora divirjam, de modo bastante significativo, a respeito do que é substantivo e do que é procedimental. O procedimentalismo de Ely é, efetivamente, bastante mais minimalista que o de Habermas.

⁷ HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 195 e ss.

⁸ ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

⁹ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard: Harvard University Press, 1980.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Os exemplos acima se referem a harmonizações que se operam no plano abstrato. Mas a solução de casos concretos também deve ser levada a cabo de modo a ensejar a realização concomitante dos princípios envolvidos na colisão, sem que se tenha que abrir mão de um em favor do outro. Exemplo sempre citado desse tipo de harmonização é o conhecido caso da “huelga de hambre de los GRAPO”, apreciado pelo Tribunal Constitucional espanhol no início da década de 1990¹¹. O caso era atinente a uma greve de fome realizada por detentos ligados aos GRAPO (*Grupos Revolucionarios Antifascistas Primero de Octubre*). Estavam em choque a liberdade de consciência e expressão e o direito à vida e à integridade física, ambos titularizados pelos próprios detentos. Partindo do pressuposto de que os detentos não poderiam abrir mão da própria vida, a administração prisional pretendia alimentá-los à força. A solução encontrada foi determinar que os grevistas só fossem alimentados a partir do momento que perdessem a consciência. Observe-se que, com isso, realizam-se simultaneamente as duas constelações de princípios que estavam em colisão. Enquanto os detentos mantivessem a consciência e pudessem manifestar seu pensamento, garantia-se a liberdade de expressão. Quando perdessem a consciência, seriam alimentados. A decisão consegue, portanto, harmonizar, no caso concreto, os princípios cuja colisão era aventada.

A jurisprudência brasileira também tem resolvido diversas questões à luz dos postulados da harmonização e da concordância prática. O caso mais conhecido é o que envolve as ações de investigação de paternidade após o advento do exame de DNA¹². Aqui tem lugar uma colisão entre a intimidade e a integridade física, por um lado, e o direito ao estado de filiação, por outro. A solução desenvolvida pelo STF foi não coagir o suposto pai a fornecer material genético para a realização do exame, mas determinar que, caso ele se

¹¹ Recurso de Amparo n. 120/1990 – BOE: 19900730 (BOE n. 181). Sobre o caso, cf.: ATIENZA, Manuel. La huelga de hambre de los GRAPO. *Claves de razón práctica*, n.14, p. 8-19, jul./ago. 1991.

¹² Cf. HC 71373/RS – Relator: Ministro Francisco Rezek – Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio – Julgamento: 10/11/1994 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJ de 22 nov. 1996.

negue a fornecê-lo, a paternidade será presumida. Tal solução garantiria, portanto, a realização concomitante dos princípios em jogo. Contudo, o direito ao estado de filiação não tem só uma dimensão patrimonial; possui também uma dimensão moral, que envolve a expectativa da pessoa de identificar, com certeza, o seu progenitor. Essa dimensão moral não foi suficientemente protegida. A decisão logrou harmonizar os princípios mencionados apenas se interpretarmos um deles – o direito ao estado de filiação – em termos patrimoniais. No exemplo, não ocorreu, por conseguinte, verdadeira harmonização: para que a solução fosse construída, a decisão acabou elidindo uma das dimensões cruciais de um dos princípios colidentes. Em sentido contrário, os postulados acima referidos prescrevem uma interpretação comprometida com a integração da totalidade do sistema jurídico, mas sem desconsiderar o núcleo essencial das normas que nele têm lugar.

Observe-se, por fim, que a intensidade com que esse dever de gerar coerência incide sobre o intérprete varia de acordo com a proposta coerencista. Na versão extrema de Günther, a ponderação de princípios é uma técnica a ser abandonada. Segundo ele, todas as decisões podem ser extraídas de um juízo de adequação quanto à norma a ser aplicada ao caso concreto. Já para Dworkin, a ponderação de princípios não é eliminada. O autor deseja apenas confiná-la à condição de uma técnica de aplicação residual ou subsidiária. Somente quando não for possível levar a cabo a harmonização dos princípios, pode o intérprete licitamente atribuir a um deles um peso maior em um caso concreto. Tais questões possuem grande importância prática. Seu exame exige, todavia, um estudo autônomo. Aqui não se pretende problematizar a própria necessidade da atividade de ponderação. Por ora, fica estabelecida, apenas, a diretriz segundo a qual, antes de realizar a ponderação de princípios, deve o intérprete buscar harmonizá-los.

2 Ponderação e razão pública

Outra forma de se reduzir a discricionariedade judicial propiciada pela técnica da ponderação é atribuir conteúdo aos princípios a serem ponderados em conformidade com a “razão pública”. Contemporaneamente, o conceito de razão pública, em especial por

meio da obra de Rawls¹³, vem sendo definido em contraste com o de “doutrinas abrangentes”¹⁴. Essas são doutrinas compartilhadas por grupos particulares, mas que exibem a pretensão de formular um projeto abrangente, capaz de envolver diversas dimensões da vida social, indo além do âmbito estrito em que se situam os valores políticos informadores da “estrutura básica da sociedade”¹⁵. As doutrinas abrangentes podem ser filosóficas ou religiosas. É o caso, p. ex., do liberalismo econômico ou do socialismo, do catolicismo ou do protestantismo. A razão pública, por seu turno, caracteriza o campo do que é consensual, do que pode contar com o assentimento das diversas “doutrinas abrangentes razoáveis” que têm lugar nas sociedades hodiernas. Como propugna Rawls, a razão pública não é abrangente, mas concerne tão-só à democracia, aos direitos humanos e às teorias científicas incontroversas. Rawls enfatiza especial-

¹³ O autor desenvolve esse conceito em diversas oportunidades. Os dois textos fundamentais são: “A idéia de razão pública”, que é a sexta conferência de *O liberalismo político* (Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000) e “A idéia de razão pública revista” (*O direito dos povos*. Tradução Luis Carlos Borges. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001), publicados, originalmente, em 1993 e 1997. Este último texto representa uma reelaboração do primeiro. Há, sobretudo, a inserção da idéia de “reciprocidade” como requisito da razão pública. Tal modificação já tinha, no entanto, sido esboçada em um texto publicado entre os dois outros. Trata-se da introdução à edição brochura do *Liberalismo político* (*Introduction to the paperback edition*. In: Rawls, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996).

¹⁴ Segundo Catherine Audard, em glossário dos conceitos de Rawls, “tratam-se das doutrinas – filosóficas, morais e religiosas – pessoais que englobam, de maneira mais ou menos sistemática e completa, os diversos aspectos da existência humana e, portanto, que ultrapassam as questões meramente políticas, considerando-as como um caso particular de uma concepção mais ampla”. (Glossário. In: RAWLS, J. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 376). Tais doutrinas discordam, p. ex., acerca dos valores da autodeterminação, da felicidade e do bem-estar; dos méritos da vida contemplativa e da vida prática; da importância do compromisso pessoal e do compromisso político; da primazia da igualdade ou da eficiência econômica etc. Cf. COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 96.

¹⁵ O intuito de Rawls é o de que seu “liberalismo” se mova “dentro da categoria do político” e deixe “a filosofia como ela é”, vale dizer, deixe “intocados todos os tipos de doutrinas, religiosas, metafísicas e morais, com suas longas tradições de desenvolvimento e interpretação” (RAWLS, J. *O liberalismo político*, cit., p. 27).

mente que é a possibilidade de um uso público da razão que permite a cooperação social. Como seres razoáveis, capazes de agir e argumentar com “reciprocidade”¹⁶, podemos estabelecer termos justos para a cooperação social, i. e., termos com os quais os demais cidadãos, mesmo que adeptos de outras doutrinas abrangentes, devem concordar¹⁷.

O Poder Judiciário e, especialmente, as cortes constitucionais estão obrigados a restringir a justificação de suas decisões à razão pública. Como suas decisões não se legitimam pelo voto popular, devem se ater ao desiderato de contribuir para a consolidação das condições para a cooperação social. Para que a jurisdição constitucional seja exercida sem comprometê-la, “os juízes não podem invocar sua própria moralidade particular”; não podem recorrer, ao justificarem suas decisões, a “visões religiosas ou filosóficas”. O fundamento das decisões judiciais deve se limitar ao que os magistrados “julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública”. Tais valores são aqueles que os magistrados podem esperar que “todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem”¹⁸. Por isso, se os adeptos de determinada doutrina abrangente alentam a intenção de influenciar as decisões proferidas pelas cortes constitucionais, devem “traduzir” seus valores particulares para os termos adequados à razão pública, i. e., para a linguagem da democracia, dos direitos humanos e das teorias científicas incontroversas.¹⁹

No tocante à ponderação, o conceito de razão pública é especialmente importante, porque delimita, para o magistrado, um dever prévio à ponderação, que é o de atribuir um conteúdo razoável (no sentido acima exposto) aos princípios a serem ponderados. Isso é capaz de reduzir significativamente a colisão entre princípios, senão,

¹⁶ Idem, A idéia de razão pública revista, cit., p. 181.

¹⁷ Esses temas foram especialmente enfrentados por Alexy em sua *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹⁸ RAWLS, John. *O liberalismo político*, cit., p. 287.

¹⁹ Sobre o conceito de tradução, cf. FORST, Rainer. The rule of reasons: three models of deliberative democracy. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, p. 349, dez. 2001.

em alguns casos, até mesmo de eliminá-la. Lembre-se, p. ex., da polêmica recente acerca da interrupção da gestação do feto anencefálico²⁰. Se atribuirmos conteúdo ao direito à vida de acordo com a concepção de algumas religiões, chegaremos à conclusão de que o caso envolve a colisão entre ele e a autonomia e a integridade física e moral da gestante. Mas se atribuirmos conteúdo ao direito à vida por meio da razão pública, concluiremos que não há, de fato, colisão, pois não há, infelizmente, vida a ser protegida. Esse é um dado incontroverso no âmbito da ciência médica. Em todos os casos, ou o restante das funções vitais do feto cessam ainda durante a gestação ou logo após. Nesse caso, não há, portanto, aborto, já que o bem jurídico protegido pelo tipo penal não está presente.

Observe-se, contudo, que a noção de razão pública não é construída apenas em face de doutrinas religiosas. Também existem doutrinas laicas abrangentes, como é o caso, v.g., do libertarianismo. Sob esse prisma, pode ser criticada, p. ex., a interpretação do princípio do estado de direito feita por Hayek. Para esse precursor do libertarianismo, o monopólio do estado sobre determinada atividade econômica, o controle público de preços e as políticas tributárias distributivas violam o estado de direito, por não serem medidas capazes de se manifestar por meio de leis gerais e abstratas²¹. Evidentemente, o objetivo do autor é limitar o princípio da soberania popular em favor da autonomia privada. Mas essa é concebida em termos econômico-liberais, i. e., de acordo com sua doutrina abrangente particular. Essa postulação não passa, portanto, no teste da razão pública.

3 Decomposição analítica dos elementos envolvidos na ponderação

O que caracteriza o esforço de decomposição analítica é o intuito de tornar explícitos os elementos englobados pela ponderação. Uma vez identificados, tais elementos devem obrigatoriamente

²⁰ O tema está, atualmente, sendo apreciado pelo STF Cf. ADPF 54 MC/DF – Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Relator: Ministro Marco Aurélio – DJ de 2 ago. 2004.

²¹ HAYEK, F.A. *The constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960. p. 220 e ss.

ser considerados pelo intérprete, com o que a ponderação se torna mais controlável pelo público. Recentemente, Alexy veio a elaborar mais uma importante contribuição à teoria dos princípios, cujo propósito fundamental é operar essa decomposição. Trata-se de uma fórmula que decompõe os elementos a serem levados em conta na atividade de ponderação²². A fórmula é a seguinte:

$$P_{i,j} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot C_i}{I_j \cdot P_j \cdot C_j}$$

$P_{i,j}$: Peso concreto.

I : Intensidade da interferência no princípio.

P : Peso abstrato do princípio.

C : Confiabilidade das premissas empíricas.²³

Para Alexy, a atividade de ponderação deve considerar, por um lado, o peso abstrato de cada um dos princípios. Para o autor, os princípios que estão presentes no sistema constitucional não possuem o mesmo “peso abstrato”. A dignidade humana, p. ex., possui um peso abstrato maior que a liberdade de expressão, e essa, um maior que a livre iniciativa. Em seu conjunto, os princípios dão ensejo à conformação de um sistema de prioridades *prima facie*²⁴. O peso abstra-

²² ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

²³ Na tradução para o inglês, ora utilizada:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

$W_{i,j}$: concrete weight.

I : intensity of interference.

W : abstract weight.

R : reliability of the empirical assumptions.

²⁴ Tal sistema de prioridades está formulado, embora de maneira incompleta, no próprio Texto Constitucional, mas também na legislação e na jurisprudência. Assim, a Constituição, quando caracteriza a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores

to, no entanto, é apenas um dos critérios a serem levados em consideração. Além dele, existem, ainda, o “grau de interferência” nos princípios e a “confiabilidade” da realização dessa interferência.

Pode ser que um princípio possua uma considerável prioridade *prima facie*, se comparado a outro princípio, e, ainda assim, lhe ceda lugar, o que se dará quando, no caso concreto, a intensidade da interferência que incide sobre ele for consideravelmente leve. Recorde-se do exemplo acima citado do reconhecimento de paternidade mediante o exame de DNA. A integridade física tem um peso abstrato maior que o do direito ao estado de filiação. Mas a coleta de material genético para a realização do exame representa uma interferência leve naquele direito, razão pela qual poderia ser justificada em favor da realização deste, tendo-se em vista, sobretudo, a sua dimensão moral.

Por fim, pode ocorrer ainda que, embora o peso abstrato e o grau de interferência sejam fortes, determinado princípio não prevaleça: bastará, para tanto, que seja pouco confiável a realização concreta da interferência. O exemplo fornecido por Alexy é o da proibição do consumo de *cannabis sativa*. A saúde pública tem um forte peso abstrato, assim como a autonomia privada. O legislador, para justificar tal proibição, entendeu que o uso do produto pode interferir gravemente na saúde. Mas, para se solucionar o caso, deve ser observada ainda a “confiabilidade das premissas empíricas” nas quais o legislador se apoiou. Por isso, o autor critica decisão do Tribunal

sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político como fundamentos da República, estaria atribuindo-lhes uma posição hierárquica privilegiada. Isso não significa, no entanto, que tais princípios não sejam passíveis de ponderação. Caso contrário, perderiam sua característica de princípios. Segundo Alexy, “pode se dizer, de maneira geral, que não é possível uma ordem de valores ou princípios que fixe a decisão fundamental em todos os casos de maneira intersubjetivamente obrigatória. Mas, a impossibilidade de uma ‘ordem dura’ desse tipo não diz nada acerca da possibilidade de ordens mais ‘brandas’ e, assim, nada contra a concepção de ponderação. Ordens brandas podem surgir de duas maneiras: (1) através de preferências *prima facie* em favor de determinados valores ou princípios e (2) através de uma rede de decisões concretas de preferências” (*Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 156-157).

Constitucional alemão, o qual considerou a norma incriminadora compatível com a Constituição, mesmo reconhecendo que a confiabilidade das premissas empíricas que motivaram o legislador era apenas “sustentável”.

O autor exemplifica a aplicação da fórmula nos seguintes termos:

A possibilidade de o legislador proibir produtos de *cannabis* depende, principalmente, de que a interferência na liberdade constitucionalmente protegida, causada pela proibição, seja adequada e necessária para combater os perigos associados à droga. Se a proibição criminal não for adequada ou não for necessária, ela está definitivamente proibida pelos direitos fundamentais. O Tribunal declarou explicitamente que as premissas empíricas do legislador eram incertas. Considerou adequado que as suposições empíricas do legislador fossem ‘sustentáveis’ (BVerfGE vol. 90, 145, 182). Isso pode ser inserido na Fórmula da Ponderação da seguinte maneira: I_i representa a interferência da proibição de produtos de *cannabis* na liberdade constitucionalmente protegida. I_j representa as perdas causadas no lado dos bens coletivos, especialmente na saúde pública, se não forem proibidos produtos de *cannabis*. Os pesos abstratos dos princípios colidentes P_i e P_j são considerados iguais, o que permite elidi-los. Se os produtos de *cannabis* são proibidos, a interferência em P_i deve ser considerada como certa. O valor de R_i é então $2^0 = 1$. R_j representa, em nosso caso, a confiabilidade da suposição empírica do legislador de que a proibição de produtos de *cannabis* seja necessária para evitar perigos para bens coletivos, especialmente para a saúde pública. Os Tribunais classificam R_j como ‘sustentável’, quer dizer, como p . Pressupondo-se o modelo triádico simples, R_j recebe explicitamente o valor $2^{-1} = \frac{1}{2}$. Disto e do fato de que o Tribunal considerou constitucional a proibição de produtos de *cannabis*, segue que a interferência em P_i não é de grau mais alto. Seu valor

mais alto possível é 2, isto é, m . Isso fica claro pondo os seguintes valores na Fórmula da Ponderação:

$$1 = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}}$$

R_j deve ser $\frac{1}{2}$ porque o Tribunal explicitamente assume esse grau de confiabilidade. R_i deve ser 1, porque a interferência no caso de proibição é certa. W_i , j deve ser, pelo menos, 1, pois, se fosse abaixo de 1, a proibição seria inconstitucional. Porém, o Tribunal declarou a proibição constitucional. Nessa constelação, o valor mais alto possível que I_i pode alcançar é 2, quer dizer, moderado, porque I_j não pode alcançar no modelo triádico simples um valor mais alto que 4, quer dizer, s . Isso demonstra que a Fórmula da Ponderação permite que a pessoa capte a interação entre os seis elementos que são relevantes para determinar o peso concreto de um princípio no caso de uma colisão de dois princípios. Se mais de dois princípios estiverem envolvidos, a Fórmula da Ponderação tem de ser mais elaborada, mas isso não será considerado aqui²⁵.

Um outro exemplo: considere a proibição do uso de telefones móveis ao volante. A questão é averiguar a proporcionalidade da medida restritiva. Suponhamos que os dois primeiros critérios da proporcionalidade (adequação e necessidade) tenham sido atendidos. Deve-se, então, averiguar a “proporcionalidade em sentido estrito” da medida, tendo em vista a colisão entre a segurança e a autonomia privada. Em um primeiro momento, é preciso comparar o peso abstrato da segurança com o peso abstrato da autonomia privada. É importante observar se o peso abstrato de cada um dos princípios é leve, moderado ou sério, lançando-se mão não só do sistema de prioridades *prima facie*, estabelecido pelas normas de direito constitucional, pela legislação e pela jurisprudência, mas também do discurso

²⁵ ALEXY, On balancing and subsumption..., cit., p. 447-448.

de justificação dos princípios²⁶. Após isso, verifica-se qual é o grau de interferência em cada um dos princípios diante da aprovação ou não da medida restritiva. Se aprovada, a interferência na autonomia privada seria levíssima, já que é sempre possível ao motorista parar o carro e usar o telefone. Já a interferência na segurança em caso de um acidente de trânsito provocado pelo uso do telefone ao volante é seriíssima. Por fim, observa-se que, se a medida é aprovada, a confiabilidade da realização da interferência na autonomia privada é total: o indivíduo está proibido de usar o telefone. Já a averiguação da confiabilidade da interferência na segurança, no caso da desaprovação da medida, implicaria a realização de uma pesquisa empírica, que fornecesse dados concretos sobre a quantidade de acidentes efetivamente resultantes daquela prática.

Como se pôde observar acima, o autor vai além desse esforço de decomposição analítica, atribuindo valores a cada um desses elementos e inserindo-os na “fórmula da ponderação” antes apresentada. No presente estudo, não se pretende ir tão longe com Alexy. Mas a fórmula tem o mérito inegável de chamar a atenção do aplicador do direito para aquilo que efetivamente deve ser considerado na atividade de ponderação. Por vezes, parece que a ponderação se resume àquilo que o aplicador intuitivamente considera mais plausível no caso concreto. No entanto, existem certas questões específicas que obrigatoriamente devem informar o processo de formação da convicção judicial. O intérprete, ao explicitar de que modo está abordando cada uma delas, incrementa a racionalidade da atividade de ponderação, e a torna mais controlável pelo público²⁷.

²⁶ Como se sabe, Alexy defende a tese do “caso especial”, segundo a qual a argumentação jurídica é apenas um caso especial da argumentação prática geral. Cf. ALEXY, R. The special case thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, dez. 1999. Essa tese faz com que não seja pertinente a separação entre discursos de fundamentação e de aplicação de princípios. Não há a possibilidade de enfrentar o tema no presente momento. Por ora, importa apenas ressaltar que o discurso de justificação normativa é crucial na atividade de ponderação por conta do papel que exerce na atribuição de peso abstrato aos princípios em jogo.

²⁷ No Brasil, algumas contribuições recentes também se engajam nesse esforço de “decomposição analítica”. É o caso, p. ex., dos estudos de: ÁVILA, Humberto. *Têoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros para a ponderação constitucional. In:

4 Parâmetros (*standards*) de ponderação

Em nossa doutrina, os esforços que mais têm prosperado são os de se estabelecerem *standards* de ponderação, i. e., parâmetros predefinidos para a ponderação de alguns conjuntos de princípios, de forma a se criar uma expectativa razoável quanto à solução da colisão.²⁸ Alexy os caracteriza como relações de “precedência condicionada”²⁹. Tais padrões resultam, de modo geral, de uma reconstrução da experiência jurídica. Quando uma mesma colisão é recorrente e a solução se padroniza, a explicitação de tal padrão, na forma de uma máxima, cria previsibilidade em relação aos casos futuros e evita que, a cada colisão concreta, todos os argumentos envolvidos na ponderação sejam novamente mobilizados. Os magistrados não estarão obrigados a decidir de acordo com o *standard*, mas, para afastá-lo, devem estar dispostos a aceitar o ônus argumentativo daí decorrente.

Essa fixação de parâmetros tem caracterizado, p. ex., as reflexões acerca da colisão que decorre da “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”. Sarmiento, em obra sistemática sobre o tema, identifica dois *standards*:

Grau de desigualdade entre as partes: quanto maior a desigualdade entre os envolvidos na relação privada, menor será a proteção da autonomia privada, e maior a do outro direito fundamental; quanto menor a desigualdade, maior a proteção da autonomia privada, e menor a do outro direito fundamental.³⁰

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.

²⁸ Em nossa literatura jurídica, foi recentemente elaborado estudo dedicado especificamente ao tema: BARCELLOS, Ana Paula de. *A técnica da ponderação: metodologia e parâmetros jurídicos*. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

²⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 92; Idem, *Sistema jurídico y razón práctica*. In: ———. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução Jorge M. Seña. 1. ed. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 171. Alexy exemplifica essa exigência fazendo referência à prioridade *prima facie* que deve ter, quando se trata de desvendar um delito grave, a liberdade de informação sobre a proteção da personalidade. Isso não quer dizer uma prioridade definitiva (ALEXY, R. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. In: ———. *Derecho e razón práctica*. Tradução Manuel Aitzena. 1. ed. México, DF: Fontamara, 1993. p. 18).

³⁰ SARMIENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 303. Aqui está em jogo a noção de “liberdade real”. De fato, se a relação

Grau de essencialidade da autonomia privada: quanto mais a autonomia privada se aproxima de sua esfera nuclear, que é a esfera da intimidade, maior deve ser a sua proteção, e menor a do outro direito fundamental; quanto mais se aproxima de seu âmbito periférico, menor será a sua proteção, e maior a do outro direito fundamental³¹.

Um outro grupo de parâmetros tem sido proposto para informar a ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). Dentre outros parâmetros, Barroso³² propõe os seguintes:

Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia: a privacidade das pessoas que desempenham funções públicas é protegida de forma mais branda que a das pessoas que se dedicam unicamente à vida privada.

Local do fato: a privacidade dos fatos ocorridos em locais públicos é objeto de uma proteção significativamente mais leve que a dos ocorridos em locais privados: em regra, os eventos ocorridos no domicílio das pessoas não podem ser divulgados.

Existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos: em uma república, os negócios do

privada se erigiu em um contexto de desigualdade, é mais provável que não tenha havido tampouco uma verdadeira manifestação da liberdade. Sobre o tema, cf., também, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003. p. 145 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: ———. (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 128 e ss.

³¹ Para exemplificar a aplicação do *standard*, Sarmento propõe duas situações: 1ª) um proprietário de um imóvel deseja promover a rescisão de contrato de locação pelo fato de o inquilino ter se convertido a determinada religião; 2ª) aquela mesma pessoa, ao oferecer uma festa em sua casa, convida todos os vizinhos de seu edifício, exceto um deles, justamente pelo fato de tal morador ser adepto da tal religião. As duas situações são diferentes, mas envolvem uma colisão entre autonomia privada e liberdade religiosa. De acordo com o *standard* mencionado, no primeiro caso, deve preponderar a liberdade religiosa, no segundo a autonomia privada. Cf. SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 309-310.

³² BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, out./dez. 2003. p. 89-91.

estado são de evidente interesse público, e a regra é a possibilidade de divulgá-los.

Observe-se que *standards* como esses, propostos por Barroso e Sarmiento, não fixam normas de observância obrigatória. Eles estabelecem apenas uma prioridade *prima facie*, reduzindo o ônus argumentativo do aplicador que os privilegia na solução da colisão e aumentando o ônus do que os desconsidera. Obviamente, um caso concreto pode impor justamente a solução inversa à sugerida pelo *standard*. Tratar-se-á, então, de um “caso difícil”³³, cuja resolução exige um maior esforço de justificação por parte do magistrado. Pode-se, ainda, imaginar uma colisão entre dois parâmetros diferentes. Observe-se, p. ex., que os dois grupos de parâmetros ora apresentados podem, eventualmente, se referir a uma mesma situação e indicar soluções divergentes. A partir do parâmetro segundo o qual os direitos fundamentais dos hipossuficientes merecem uma proteção mais intensa, podem ser impostas maiores restrições à liberdade de expressão, com o intuito de proteger os direitos da personalidade, sobretudo em contextos marcados pela concentração do poder comunicativo, nos quais o público não tem acesso às diferentes versões e opiniões que, muitas vezes, são construídas sobre o mesmo fato.

Conclusões

As observações precedentes não tiveram a pretensão de extrair conclusões mais particulares. Buscou-se, apenas, apresentar uma notícia geral das tendências atuais de racionalização da atividade de ponderar princípios. A título conclusivo, cabe apenas ressaltar que as propostas acima sumariadas devem ser entendidas dialogicamente. Não há, aqui, a pretensão de que apenas o autocontrole metodológico do sujeito do conhecimento (no caso, o magistrado) leve a cabo a racionalização da atividade de ponderação. Essa tarefa depende da

³³ De acordo com grande parte da doutrina, “casos difíceis” são aqueles para cuja resolução o método da subsunção é insuficiente, e ao aplicador passa a caber operar com princípios. Essa tese é classicamente sustentada por: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978. p. 81 e ss. Contudo, uma vez fixado um parâmetro de ponderação, pode-se afirmar que são “difíceis” apenas os casos em que se exija a sua superação.

interação comunicativa que tem lugar nas diversas esferas da atividade judicial³⁴. É no âmbito dessa interação que as incorreções do raciocínio judiciário podem ser expostas à luz de outras visões. As propostas mencionadas de racionalização da ponderação exercem, de fato, as funções de aumentar ou reduzir o ônus argumentativo do aplicador e de tornar mais claros os vários elementos e etapas envolvidos nessa atividade. Com isso, evita-se que, em todas as colisões de princípios, as diversas premissas do processo decisório voltem a ser construídas. Ganha-se, portanto, em previsibilidade, clareza, controlabilidade e segurança jurídica.

Referências

- ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.
- . Sistema jurídico y razón práctica. In: ———. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução Jorge M. Seña. 1. ed. Barcelona: Gedisa, 1994.
- . Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. In: ———. *Derecho e razón práctica*. Tradução Manuel Atienza. 1. ed. México, DF: Fontamara, 1993.
- . *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

³⁴ Hoecke lembra que uma contenda judicial pode ensejar a formação de vários “círculos comunicativos”. O autor identifica cinco principais. O primeiro “círculo comunicativo” é aquele que deriva da troca de argumentos e contra-argumentos entre as partes, com o fito de convencer o juiz. Em caso de recurso, se instaura um novo “círculo comunicativo” no tribunal. Nesse, tomam posição não só as partes, mas também o juízo *a quo*, cujos argumentos são reapreciados, e os magistrados do órgão de 2ª instância. O terceiro “círculo comunicativo” tem início quando a decisão provoca o interesse da comunidade de especialistas e passa a ser objeto de discussão teórica e doutrinária. Em alguns casos excepcionais, a decisão desperta também a atenção da mídia, a qual constitui, portanto, um quarto “círculo comunicativo”. Por fim, em casos ainda mais raros, como são aqueles que versam sobre questões políticas e morais fundamentais, a decisão passa a ser discutida também pelos cidadãos em geral. Em tais casos, há um grande envolvimento dos cidadãos na determinação do conteúdo da lei. Esse é o quinto e mais amplo “círculo comunicativo”. Cf. HOECKE, Mark Van. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, dez. 2001. p. 414 e ss. e 420-421.

- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- . The special case thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, dez. 1999.
- ATIENZA, Manuel. La huelga de hambre de los GRAPO. *Claves de razón práctica*, n. 14, p. 8-19, jul./ago. 1991.
- AUDARD, Catherine. Glossário. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.
- . *A técnica da ponderação: metodologia e parâmetros jurídicos*. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, out./dez. 2003.
- . *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: ————. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Organização Henry Hardy. Introdução Roger Hausheer. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BENVABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. In: ————. *Écrits politiques*. Paris: Gallimard, 1997.

- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- . *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 2000.
- . *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.
- ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard: Harvard University Press, 1980.
- FORST, Rainer. The rule of reasons: three models of deliberative democracy. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, dez. 2001.
- FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. *Ajuris*, n. 76, 2000.
- GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, n. 17-18, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAYEK, F. A. *The constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- HOECKE, Mark Van. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, dez. 2001.
- HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- PECZENIK, Aleksander. A theory of legal doctrine. *Ratio Juris*, v. 14, n. 1, mar. 2001.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucio-*

nal: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.

RAWLS, John. A idéia de razão pública revista. In: ———. *O direito dos povos*. Tradução Luis Carlos Borges. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

———. *Introduction to the paperback edition*. In: ———. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

———. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: ———. (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl. *Parlamentarisme et démocratie*. Tradução Jean Louis Schiegel. Paris: Éditions du Seuil, 1988.