



PONDERADOR JUDICIÁRIO E A CINZENTA DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

JUDICIARY WEIGHT AND THE GRAY DISTINCTION BETWEEN PRINCIPLES AND RULES

Luana Renostro Heinen

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Mestranda em Direito na linha Filosofia, Teoria e História do Direito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). E-mail: luanarh@yahoo.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7671057803491130>.

Resumo

A distinção entre princípios e regras e a solução de controvérsias por meio da ponderação de princípios teoria de Robert Alexy como uma tentativa de racionalizar a decisão judicial é questionada por meio das críticas de Juan Antonio Garcia Amado. Questiona-se a existência de uma diferença estrutural entre princípios e regras e, ainda, se a ponderação é um método realmente diferenciado de solução de conflitos, que serviria a garantir direitos fundamentais ou se é um meio de se justificar decisões mais ou menos arbitrárias de juízes, por meio de exigências argumentativas muito menores ou, ainda, invocando razões de mais difícil controle intersubjetivo.

Palavras-chave: Princípios. Ponderação. Decisão Judicial.

Abstract

The distinction between principles and rules and dispute settlement through the balancing of principles of Robert Alexy's theory as an attempt to rationalize this decision is questioned by the criticism of Juan Antonio García Amado. We question the existence of a structural difference between principles and rules, and even if the weight is really a different method of conflict resolution, which would guarantee the fundamental rights or are a means to justify decisions more or less arbitrary Judges, through requirements argumentative much smaller or even on the ground of intersubjective control more difficult.

Keywords: Principles. Weighting. Judicial Decision.

Sumário: 1. Considerações Introdutórias. 2. Rápida passagem pelo neoconstitucionalismo. 3. A ponderação de princípios de Robert Alexy e as críticas de Garcia Amado. 3.1. Qual é a diferença entre princípios e regras?. 3.2. A colisão entre princípios – a lei da colisão. 3.2.1. As fases da ponderação. 3.3. Existem regras?. 3.4. De onde surgem os princípios?. 4. Conclusões. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Nos tribunais brasileiros hoje a ponderação de princípios é aplicada cotidianamente, sem muitos parâmetros argumentativos e até mesmo sem grandes questionamentos teóricos, sendo bastante aceita no mundo jurídico nacional. Basta uma breve folheada em um processo para averiguar que advogados, promotores e juízes recorrem aos princípios para fundamentar suas posições e escolhas.

Infelizmente, também nos cursos de graduação em geral, a doutrina dos princípios é transmitida aos alunos, futuros participantes do mundo jurídico, sem muitas considerações críticas. Trata-se, assim, de

mais um recurso argumentativo do qual se valerão na sua futura prática do Direito.

Entretanto, se recorrermos à teoria veremos que a questão do uso dos princípios como fundamentos teóricos das decisões não é uma questão tão pacífica quanto a prática jurídica parece demonstrar. Nem mesmo a distinção entre princípios e regras é “consenso” entre os teóricos do direito. Assim, o uso da técnica chamada de ponderação de princípios é bastante questionável. O presente trabalho propõe-se a analisar as críticas feitas por Juan Antonio Garcia Amado à ponderação de princípios teorizada por Robert Alexy. Ponderação teorizada por Alexy e outros que tem se transformado na verdadeira panaceia fundamentadora de decisões judiciais nos tribunais brasileiros.

2 RÁPIDA PASSAGEM PELO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo não é uma teoria unívoca. Há vários “representantes” teóricos dessa corrente, cujos construtos divergem ou diferenciam-se em alguns aspectos. Mas, pode-se afirmar em linhas gerais que a teoria vem se delineando nos últimos 50 anos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial e tem como características principais o governo das leis com uma Constituição que limita o poder, bem como a técnica de ponderação de princípios que possibilitaria variadas decisões de acordo com as especificidades do caso concreto, ou seja, sem decisões universalmente válidas previamente (cf. GARCIA, 2008, p. 21).

Para outros autores, entretanto, o neoconstitucionalismo teria surgido na década de setenta, com as críticas de Ronald Dworkin ao positivismo de Herbert Hart, tendo como seu principal traço distintivo “la idea de que el Derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos.” (BARBERIS, 2003, p. 260).

Há, ainda, uma percepção do neoconstitucionalismo como teoria, ideologia e metodologia feita em referência a mesma distinção proposta por Bobbio quanto ao positivismo (cf. COMANDUCCI, 2003, p. 76).

Assim, para Comanducci (2005, p. 83), o neoconstitucionalismo teórico se proporia a descrição de um novo modelo de sistema jurídico. Sistema jurídico típico do Estado Democrático de Direito que tem se desenvolvido com o fenômeno da constitucionalização, caracterizado por uma Constituição invasora, onipresente em todos os âmbitos do sistema por meio do catálogo de direitos fundamentais que consagra. Nesse novo modelo haveria peculiaridades interpretativas para as normas e princípios constitucionais, face às leis ordinárias. A teoria neoconstitucionalista, surgiria, assim, para conseguir explicar o fenômeno do “Estado Constitucional Democrático de Direito” para o qual o positivismo não teria mais força explicativa.

Ao neoconstitucionalismo teórico Comanducci (2003, p. 88-90) opõe algumas objeções. Entende que se o neoconstitucionalismo teórico aceita a tese da conexão só contingente entre direito e moral, seria ele um filho do positivismo e não o contradiria, seria um “positivismo jurídico de nuestros días”. E, ainda, critica as posições de Ferrajoli e Zagrebelsky ao reconstruírem o *status* e as tarefas da teoria do Direito, fazendo-a normativa, de tal maneira que caberia ao cientista do direito denunciar a invalidez das normas que contrariassem os valores consagrados na Constituição. Para Comanducci, ao cientista do direito¹ cabe explicar o direito e não prescrever um modelo ideal.

O neoconstitucionalismo como ideologia² não se limita a descrição, valora positivamente o processo de constitucionalização, o de-

¹ É importante salientar que Comanducci (cf. 2003, p. 89) diferencia teoria do direito e dogmática jurídica: a atividade da dogmática é essencialmente política, mas não a atividade da teoria jurídica realizada pelo cientista do direito.

² Para Luis Prieto Sanchis (2003, p. 124) o neoconstitucionalismo como ideologia apresenta diferentes níveis que ele resume em três basicamente: 1) “filosofia política que considera que el Estado constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política”; 2) “vinculación necesaria entre Derecho y la moral y postular por tanto alguna forma de obligación de obediencia al Derecho”; 3) “una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por

fende e propõe sua ampliação. Destaca, ainda, que o legislativo e o executivo devem atuar de maneira a promover a otimização e garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição. E, dado que alguns destes autores neoconstitucionalistas (como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy) veem uma conexão necessária entre Direito e moral nos ordenamentos contemporâneos democráticos e constitucionalizados, mostram-se propensos a entender que exista uma obrigação moral de obedecer a Constituição e as leis que lhe sejam conformes, aí, portanto, seu caráter ideológico (cf. COMANDUCCI, 2003, p. 86).

Criticando o neoconstitucionalismo ideológico Comanducci (2003, p. 91) ressalta sua perigosa consequência: “la disminución del grado de certeza del Derecho derivada de la técnica de 'ponderación' de los principios constitucionales y de la interpretación 'moral' de la Constitución”. Segundo ele, em termos reais e não ideias, a configuração de princípios pode ajudar os juízes a sempre encontrar uma justificação *ex post* para suas próprias decisões, mas não reduz e contrariamente aumenta a discricionariedade, a indeterminação *ex ante* do Direito. Isso se daria, fundamentalmente, por três fatores: maior vagueza dos princípios do que das normas; na ausência de uma moral comum os juízes se utilizam de sua moral subjetiva, de sua particular concepção de justiça; e, a técnica de ponderação que requer uma análise caso a caso, sem uma hierarquia estável, aumenta as possibilidades decisórias.

E, por fim, o neoconstitucionalismo metodológico, de maneira semelhante ao ideológico, sustenta a tese da “conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral” (COMANDUCCI, 2003, p. 87), isso nos casos de um sistema jurídico constitucionalizado em que os princípios constitucionais e direitos fundamentais constituam uma ponte entre direito e moral. Assim, toda decisão jurídica derivaria, em última instância, da moral. Quanto a isso, Comanducci questiona que moral seria essa. Caso seja uma moral *objetiva verdadera* (que corres-

parte del jurista, bien una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho”.

ponda a fatos morais), equivaleria a dizer que o juiz elegeria a moral que acredita ser verdadeira. Sendo uma moral *objetiva racional* (o sentido de aceitável parte de um grupo racional), cabe dizer que existem várias teorias morais divergentes e o juiz também deveria eleger uma delas. Tratando-se, ainda, de uma moral *subjetivamente escolhida*, assim como nos casos anteriores, estaria fundada na consciência do juiz, o que solapa qualquer possibilidade de segurança ou previsibilidade das decisões, além de tornar o direito legislado ou constitucional supérfluo. Por fim, uma última possibilidade de se compreender a moral seria uma moral *intersubjetivamente aceita*. Essa última possibilidade apresenta problemas epistemológicos dada a impossibilidade de um juiz precisar qual é a moral prevalecente em uma comunidade, em um país. Além disso, as normas morais compartilhadas não são homogêneas. Assim, parece retornar sempre a questão da escolha entre diferentes sistemas de moral.

3 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY E AS CRÍTICAS DE GARCIA AMADO

3.1 Qual é a diferença entre princípios e regras?

Como visto, uma das questões definidoras da teoria neoconstitucionalista é a diferenciação que se faz entre princípios e regras. Também como já afirmado há vários autores representantes da corrente que se denomina neoconstitucionalismo, diante disso optou-se aqui por fazer uma análise da proposta teórica de Robert Alexy na *Teoria dos Direitos Fundamentais*, em relação ao que entende por princípios e sua técnica de ponderação³.

³ Há vários critérios diferenciados para a distinção entre princípios e regras: "(...) a *determinabilidade dos casos de aplicação* (Esser); a *forma da gênese*; segundo este último critério, discute-se, por exemplo, a distinção entre normas criadas e normas desenvolvidas (Shuman), o caráter explícito do *conteúdo valorativo* (Canaris), a *referência à idéia do direito* (Larenz) ou a

Esta obra de Alexy foi escrita com o propósito de responder as indagações práticas que surgiram da positivação dos direitos fundamentais nas Constituições do pós-guerra. Direitos esses com uma grande vagueza, mas com pretensão de aplicabilidade imediata. Entendia este autor que “as teorias clássicas e o método subsuntivo eram insuficientes para resolver os delicados problemas (*hard cases*) que envolviam esses direitos” (AMORIM, 2005, p. 124).

Para Alexy as regras e princípios seriam *espécies* do *gênero* norma, tendo em vista que ambos estão no plano deontológico (dever ser). Mas, o que distinguiria os princípios das regras seria uma questão qualitativa e não de grau, não de generalidade. Os princípios seriam mandatos de otimização, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível e

que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas és determinado por los principios y reglas opuestos. (ALEXY, 1993, p. 86)

De maneira diferenciada, as regras seriam mandatos, normas que só podem ser cumpridas ou não. Quando uma regra for válida deve ser feito o que determina, nem mais, nem menos; isso porque conteria determinação no âmbito do fático e do juridicamente possível (cf. ALEXY, 1993, p. 87). A distinção estaria, portanto, na estrutura da norma e não na generalidade ou extensão das proposições.

uma *lei jurídica suprema* (Wolff) e a *importância para o ordenamento jurídico* (Peczenik). Além do mais, as regras e os princípios diferenciam-se se são *fundamentos de regras* ou se são *as próprias regras* (Esser), ou se tratam de *normas de comportamento* ou *normas de argumentação* (Gross).” (AMORIM, 2005, p. 125).

Por afirmar que a distinção entre princípios e regras é estrutural, Alexy (cf. 1993, p. 87) conclui que sua distinção fica ainda mais clara no momento de aplicação, quando se dão colisões entre os princípios e conflitos entre as normas. Em alguns casos a aplicação de diferentes normas ou diferentes princípios levaria a decisões totalmente diferenciadas, assim, para se resolver qual a norma a ser aplicada ou qual o princípio a ser aplicado recorre-se a diferentes maneiras de se resolver o conflito.

Para Alexy (cf. 1993, p. 88), um conflito entre regras só pode ser solucionado inserindo-se uma cláusula de exceção ou então declarando-se inválida ao menos uma das regras, que deverá ser eliminada do ordenamento jurídico. Assim, a decisão no caso de um conflito de regras será uma decisão sobre a validade, podendo-se para isso utilizar de regras como “*lex posterior derogat legi priori*” y “*lex specialis derogat legi generali*”, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia⁴ de las reglas en conflicto.”

Já no caso de uma colisão de princípios Alexy propõe outra solução, totalmente distinta: “uno de los principios tiene que ceder ante el otro.” (ALEXY, 1993, p. 89). Não se trata de declarar inválido um princípio ou de inserir uma cláusula de exceção. O que ocorre é que diante de determinadas circunstâncias um princípio precede ao outro, já em outras circunstâncias a precedência pode se dar de maneira diversa. Conforme o caso concreto os princípios tem pesos diferentes, portanto, sua colisão não se resolve no âmbito da validade, mas no âmbito do peso.

Questionando a distinção feita por Alexy, Juan Antonio Garcia Amado (cf. 2010, p. 299) faz interessantes apontamentos. Ora, o conflito entre regras se resolve mesmo pela validade? Para Garcia Amado a resposta é positiva nos casos de se aplicar o critério hierárquico ou cronoló-

⁴ Quanto a proceder conforme a “importância” da regra, adverte Garcia Amado (2010, p. 298) que só podemos compreender essa “importância” como hierarquia, pois, de outra maneira se torna incompreensível, ou, poderíamos dizer, arbitrário.

gico, mas negativa no caso do critério da especialidade, em que ambas as normas continuarão válidas. E, ainda, quando se trata de regras contemporâneas, de mesma hierarquia e com o mesmo alcance (gerais ou especiais), quem decidirá qual regra será aplicada será o juiz, fica, portanto, no âmbito de sua discricionariedade. Além disso, “la validez de las normas no es una cuestión que se establezca en el momento de su aplicación, sino dependiente de factores previos.” (GARCIA AMADO, 2010, p. 299). Assim, também é possível estabelecer uma relação de precedência para a aplicação das regras tal como Alexy estabelece para os princípios: a regra válida precede a inválida.

Questiona-se, então, a possibilidade de se estabelecer essa mesma relação de precedência também entre os princípios e Garcia Amado confirma sua possibilidade nos casos: de princípios de mesma hierarquia (um princípio constitucional tem preferência face um princípio infra-constitucional de conteúdo contrário) e de preferência do princípio posterior sobre o princípio anterior de conteúdo oposto.

Apesar de Alexy admitir que alguns princípios ao surgirem em um ordenamento deveriam ser declarados inválidos o faz baseando-se em um argumento moral e não lógico-semântico. Exemplificando com o caso do “princípio da discriminação racial”, afirma que o mesmo não pode ser válido no ordenamento jurídico da Alemanha porque não há casos em que tenha precedência e outros nos quais não tenha, jamais teria precedência. Ora, esse princípio seria inválido porque, como esclarece Garcia Amado, contradiria a Constituição e não se sustentaria em nenhum enunciado:

Pero, puesto que en Alexy los principios pueden tener existencia independiente de los enunciados normativos y puesto que la contradicción que se toma en cuenta no es la contradicción lógico-semántica, sino la incompatibilidad sustancial o material, entre entes de naturaleza axiológica, excluye que pueda ser válido un principio opuesto al

contenido axiológico debido. (GARCIA AMADO, 2010, p. 300)

Só assim é compreensível que não seja possível contradição entre princípios inválidos⁵, mas seja possível contradição entre regras inválidas. Essa construção teórica, bem como a concepção dos princípios como “mandatos de otimização” permite dizer que não há contradição entre eles, mas colisão. Elimina-se, assim, a possibilidade de contradição lógico-semântica. E ainda, segundo Garcia Amado (2010, p. 301):

lo esencial es que previamente se tienen que haber pasado los principios por una especie de test de validez no fundado en razones formales, de pertenencia formal del respectivo enunciado normativo al sistema jurídico, sino sustentado en razones de compatibilidad axiológica, razones basadas en que no cabe que forme parte de un ordenamiento jurídico un principio de contenido inmoral o injusto.

Por isso é que, para Alexy, o princípio da discriminação racial não seria nunca válido, pois o considera imoral ou injusto (cf. ALEXY, 1993, p. 105).

Ainda quanto à diferenciação feita entre princípios e regras por Alexy, pode-se afirmar que ela não apresenta toda a clareza que pretende. Não parece tão simples distinguir princípios e regras a partir de suas formulações. Veja-se que ele ressalta que a distinção ficará mais clara no momento de se solucionar um possível conflito, conclui-se que caso não haja um conflito essa distinção não será apreciável ou não existe. Se houvesse essa diferença, Alexy teria que dar uma definição estrutural, mostrar qual é essa característica que faz distintas às normas e aos

⁵ Afirma Alexy (1993, p. 89) que “sólo pueden entrar en colisión principios válidos”.

princípios e que é a razão de que os conflitos se resolvem diferentemente. Como não existe essa diferenciação independente da maneira de resolver os conflitos, conclui Garcia Amado (2010, p.302): “no se trata de que reglas y principios resuelvan distintamente sus conflictos porque tengan naturaleza estructural diferente, sino al contrario: *tienen naturaleza estructural diferente porque resuelven sus conflictos distintamente.*” A partir disso, ao se demonstrar que não há diferença na maneira de resolver os conflitos de princípios e regras, elide-se a diferenciação construída por Alexy.

3.2 A colisão entre princípios – a lei da colisão

Na colisão entre dois princípios deve-se utilizar da ponderação para averiguar qual deles tem maior peso conforme as circunstâncias do caso concreto. Assim, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, estabelece-se entre os princípios uma relação de precedência condicionada. Segundo Alexy (1993, p. 92): “la determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”. Exatamente este aspecto da ponderação é que reflete a lei da colisão, segundo ela

não há uma relação entre dois princípios de mesma categoria que seja uma relação de precedência incondicionada abstrata, absoluta; dizer o contrário significaria elaborar uma lista de princípios que sempre prevaleceriam sobre outros. Na verdade, não há uma hierarquia formal abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto. (AMORIM, 2005, p. 127)

Então, como sustenta Alexy (1993, p. 93) que só pode haver uma relação de precedência condicionada, relativa às circunstâncias do caso concreto, a questão decisiva é sob quais circunstâncias qual princípio deve ceder e qual deve prevalecer. Para isso, Alexy se utiliza da “metáfora do peso”: as circunstâncias de um caso determinam o maior peso de um princípio ou outro, quando há razões suficientes para atribuir-lhe mais peso.

Sobre esse aspecto da teoria de Alexy, Garcia Amado (2010, p. 305) observa:

no cabe más que concluir que la diferencia de peso es la diferencia de las razones: prevalecerá en el caso el principio en favor de cuya prioridad puedan darse razones suficientes. Que queramos expresarlo diciendo que pesa más ese principio no es más que optar por una hermosa metáfora.

As razões em questão tem que justificar a prevalência. Mas se trata de prevalência objetiva de razões ou de escolha subjetiva das razões (preferência)? A metáfora do peso atribui um aspecto de objetividade às razões prevalecentes, pois o peso é aferido por uma balança que é objetiva. Já quando se fala em preferência entre umas razões ou outras a ideia é de escolha e, portanto, subjetiva:

Quando yo digo “este objeto pesa más que este otro”, hay un matiz diferente de cuando digo “prefero este objeto a este otro”. En el primer caso, si alguien discute mi juicio, podemos acudir a un aparato llamado balanza, que demuestra si estoy en lo cierto o yerro; en el segundo caso, cuando se trata de preferencias subjetivas, no hay tal balanza, aunque yo puedo tratar de hacer que el auditorio comparta mis razones, las razones de mi preferencia. (GARCIA AMADO, 2010, p. 305-6)

Então, Garcia Amado (2010, p. 307-8) afirma que no caso da possibilidade de aplicação de duas regras a uma situação fática e que levariam a resultados diferenciados, também é necessário se analisar as circunstâncias concretas para afirmar qual regra se adequa melhor ao caso e aplicá-la. Parafrazeando Alexy, diz: “Las condiciones en las cuales una regla (válida) tiene precedencia sobre otra (válida) constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica de la regla precedente”.

Questiona, por fim, se há realmente diferença entre a preferência interpretativa que resolve a colisão inicial entre duas regras e a preferência que resolve a colisão entre dois princípios e conclui que não, “a no ser que presuponamos que la opción entre interpretaciones expresa una preferencia subjetiva, basada en razones con las que se intenta justificar, mientras que cuando se trata de resolver la colisión entre principios hay una prevalencia objetiva basada en razones demostrativas.” (GARCIA AMADO, 2010, 306).

Assim, Garcia Amado desconstrói a teoria da diferenciação entre princípios e regras considerando-se sua aplicação, tendo em vista que a chamada “lei da colisão” seria aplicável tanto a conflitos entre regras, quanto a conflitos entre princípios.

3.2.1 As fases da ponderação

Utilizando-se de uma sentença do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) de 19 de junho de 1979 (BVerfGE 51, 324), que denomina caso da “Sentença sobre incapacidade processual”, Alexy propõe ilustrar como funciona a *lei da colisão* e, assim, as fases da ponderação. O caso trata de se seria admissível conduzir uma audiência oral contra um acusado que, devido à tensão que tais atos poderiam ocasionar, corre perigo de sofrer um infarto.

Para Alexy, no caso o Tribunal constata que existe uma relação de tensão entre o dever do Estado de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na salvaguarda dos direitos

constitucionalmente garantidos. Assim, esse conflito deveria solucionar-se por uma ponderação de interesses contrapostos. Nesta ponderação, deve-se estabelecer qual dos interesses, que tem a mesma força em abstrato, possui maior peso no caso concreto. Então,

Si esta ponderación da como resultado que los intereses del acusado que se oponen a la intervención tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquel interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y, con ello, el derecho fundamental del acusado que deriva del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF. (ALEXY, 1993, p. 93)

Para Garcia Amado (2010, p. 309) o raciocínio do Tribunal não é exatamente conforme sugere Alexy. Afirma que

Alexy es un maestro en reformular los términos y esquemas de sentencias para que parezca que sus autores hacen algo diferente de lo que en verdad hacen, que no es más, fundamentalmente, que elegir valorativamente entre interpretaciones posibles de las normas y entre calificaciones posibles de los hechos sometidos a prueba.

Então, Garcia Amado (2010, p. 319) esclarece como de fato teria decidido o Tribunal e lançado seus argumentos. Ilustra os argumentos do Tribunal a partir de um esquema bastante objetivo:

1. (Norma de referencia: art. 2...LF) Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física.
2. (Enunciado interpretativo): Del derecho a la vida forma parte el derecho a que la vida de un sujeto

no sea gravemente puesta en peligro con alta probabilidad al someterlo a un juicio penal.

3. (Enunciado fáctico) En virtud de las circunstancias a, b, c..., atinentes al estado de salud del sujeto K, someterlo a un juicio penal pone en grave peligro su vida

4. (Conclusión) El sometimiento de K al juicio penal supone vulneración de su derecho a la vida.

Então, o que Garcia Amado (2010, p. 321) consegue demonstrar é que não há resolução de um conflito entre princípios mediante ponderação, que seria distinta da resolução de um conflito entre regras. O que se faz é um raciocínio jurídico corriqueiro que segue os seguintes passos: a) esclarece as dúvidas interpretativas das normas relevantes para a solução do caso; b) determina qual é a realidade e o significado dos fatos relevantes; c) realiza a subsunção dos fatos provados e valorados sob as normas interpretadas, de maneira que ou prevalece o direito de um ou do outro que estão em conflito.

O raciocínio que fazem os juízes dizendo que ponderam é, na verdade, um mesmo raciocínio interpretativo-subsuntivo (cf. GARCIA AMADO, 2007, p. 245-7): 1) o juiz delimita e precisa os fatos, configurando o perfil definitivo do caso que será levado a juízo; 2) ao mesmo tempo, precisa, concretiza, os significados correlativos das normas referidas ao caso (N¹ e N²), de maneira que as faz compatíveis para o caso; 3) De forma tal que precisado o caso e precisadas as normas, só uma delas se faz compatível, ou seja, o caso só se faz subsumível a N¹ ou N².

Esse esquema interpretativo se aplica sempre, com normas e princípios. A lógica que aplicam os tribunais é sempre uma lógica binária (“ou... ou...”), nunca “se... e também...”, mas um mais do que o outro”. O raciocínio é sempre interpretativo-subsuntivo. Assim, quando os tribunais dizem que ponderam, só chamam o raciocínio de outro nome e fazem o de sempre, mas com exigências argumentativas muito menores ou, ain-

da, invocando razões de mais difícil controle intersubjetivo, de objetividade mais duvidosa (cf. GARCIA AMADO, 2007, p. 248).

As advertências feitas por Garcia Amado podem ser verificadas na prática dos tribunais brasileiros que tem se utilizado da ponderação como uma técnica específica para a resolução da colisão de princípios, mas de forma que identificam um princípio e simplesmente optam por sua prevalência, sem muitas justificações que pudessem eventualmente ser questionadas. Isso pode ser verificado, especificamente no Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de uma pesquisa realizada por Ísis de Jesus Garcia em sua dissertação de mestrado apresentada em 2008 (Uma Torre de Babel chamada Constituição Federal: Reflexões a respeito do direito contemporâneo). Ísis analisou diversas decisões do STF em busca do paradigma teórico “dominante” presente em tais momentos decisórios. Quanto ao uso da técnica da ponderação de princípios, no julgamento dos Embargos Infringentes na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1289 (03/04/2002) concluiu:

O Tribunal, ao alegar choque entre princípios, deveria descrever como ocorre esta suposta ponderação. No entanto, não há nenhuma explicação a respeito, ou justificativa. Assim, pode-se dizer que já havia o entendimento de que um princípio deveria prevalecer sobre o outro, nas concepções pessoais do Ministro Moreira Alves. (GARCIA, 2008. p. 75).

A pesquisa de Ísis de Jesus Garcia, já mencionada, objetivava verificar o paradigma dominante nas decisões do STF, entender como os próprios ministros compreendiam sua prática, ou seja, sua tarefa teórica de interpretar a Constituição. Entretanto, a pesquisa realizada teve que ser alterada: as decisões dos Ministros do STF não se enquadravam predominantemente em um ou outro paradigma teórico (positivista, neoconstitucionalista ou reflexivo), mas perpassavam vários ao mesmo tem-

po. Suas conclusões são sugestivas quanto a maneira como decide o STF:

(...) há um amálgama que une os paradigmas de direito nestes documentos [decisões do STF analisadas], já que os dados empíricos, de um lado, demonstraram a impossibilidade de determinar qual o modelo dominante utilizado pelo STF e, de outro lado, a forma fragmentada como eles são utilizados nos julgados. Em outras palavras, pode-se dizer que esses documentos são marcados por um sincretismo paradigmático: não há um modelo dominante e, ao mesmo tempo, todos os paradigmas são utilizados. (GARCIA, 2008, p. 83-84).

Dessa maneira, a prática jurídica efetiva ultrapassa a própria crítica que aqui se faz aos construtos teóricos (como de Alexy) que defendem a existência dos princípios e a técnica da ponderação, porque os tribunais não decidem baseando-se em uma ou outra teoria, mas utilizando-se de um amálgama teórico. A ponderação de princípios trata-se, assim, de mais uma teoria da qual se utilizarão os juízes quando lhes sirva a justificar, sem a necessidade de um raciocínio coerente⁶, alguma posição ou decisão.

⁶ Comentando a decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 630147, que trata do indeferimento da candidatura de Joaquim Roriz por meio da aplicação da Lei da “Ficha Limpa” às eleições de 2010, lamentou o jornalista Claudio Weber Abramo (2010): “A doença não é apenas retórica, mas antes conceitual. O fiasco se alimentou da ideia esdrúxula, primeiro apresentada por Dias Toffoli e depois desenvolvida por Gilmar Mendes, de que 'processo eleitoral' não seria algo que começa num momento e termina em outro, mas algo intangível, vago, inefável. Na hermenêutica toffolo-mendesiana, 'processo' não procede, existe atemporalmente. A partir disso, é claro que a inferência leva à inaplicabilidade da lei às eleições deste ano. Não são necessárias 14 horas para desenvolver tal arremedo de raciocínio. E, caso os

3.3 Existem regras?

Alexy afirma que o critério da generalidade não serve para distinguir regras e princípios, tendo em vista que há “normas de alto grado de generalidad que no son principios” (1993, p. 104). Exemplifica com o art. 103, parágrafo 2º, da Lei Fundamental de Bonn (LFB), que seria uma regra: “Un hecho puede ser penado sólo si la punibilidad del acto estaba establecida por ley antes de la comisión del acto”. Sustenta que se trata de uma regra, por mais que apresente problemas interpretativos ou que exista um princípio ao qual se possa recorrer para realizar sua interpretação. A explicação dada por Alexy para que o enunciado seja considerado uma regra, ainda que contenha ou tenha por detrás um princípio, é de que “lo que exige es algo que siempre puede sólo ser o no ser cumplido” (1993, p. 104).

Face essas colocações de Alexy, Garcia Amado (2010, p. 330-1) lança várias dúvidas: 1) se uma norma é uma regra porque pode ser cumprida ou não, o que seria o mandato “O domicílio é inviolável” ou “Todos tem direito a intimidade”? Seriam regras? Se não, o que as diferencia daquela expressa no art. 103, § 2º da LFB?; 2) quais são as categorias intermediárias entre ser ou não ser cumprido? Às quais corresponderiam os princípios: ser cumprido a metade, ou ser cumprido em quinta parte?; 3) Essa regra do art. 103, § 2º da LFB seria de validade estrita ou não estrita? Pois, caso seja de validade não estrita poderia,

ministros de fato se preocupassem em discutir coisa com coisa, não seriam necessários mais do que alguns minutos para destruí-lo.”

7 “Cuando una regla R restringe un principio P y, correlativamente, no puede ser restringida por P, se dice que dicha regla “vale estrictamente”. ¿Y por qué vale de ese modo? Porque existe una “regla de validez R’ que dice que R precede a P, sin que importe cuán importante sea la satisfacción de P”. Lo decisivo, por tanto, es esa “regla de validez R’” ¿En qué parte del sistema jurídico se encuentra esa regla de validez R’? ¿Cómo se establece esa regla de validez R’? No es una propiedad que posean todas las reglas, pues, si así fuera, todas las reglas tendrían prioridad sobre los principios. Sólo algunas reglas están respaldadas por dicha “regla de validez”: las que pueden vencer a cualquier principio que entre en conflicto con ellas. No está,

segundo Alexy, ser derrotada por um princípio e, assim, o chamado princípio da legalidade penal, que está nela consagrado, poderia ser preterido em nome de outro princípio na aplicação ao caso concreto. Além disso, considerando-se que toda regra tem um princípio de fundo e que toda regra de validade não estrita pode ser derrotada por um princípio, a regra só será aplicada caso vença a ponderação quando enfrente um princípio⁸. Ou seja, a mesma técnica de aplicação de princípios valeria

por tanto, dicha regla de validez en la estructura de todas las reglas. Lo que se daría sería un modo diferente de “valer” unas reglas u otras: las unas incondicionalmente y las otras bajo condición de que no se enfrenten con un principio que “valga” más que ellas. Y, puesto que se trata de una propiedad de sólo algunas reglas, y mientras no se pueda -Alexy no puede- señalar una nota estructural dirimente, no queda más que una salida: es una cualidad moral la que marca la diferencia y dicha cualidad depende por entero de la atribución de valor moral que realice el analista, intérprete o aplicador. La cualidad de ser inderrotable por los principios se la imputa a una regla el intérprete en función de preferencias morales. En otros términos, una regla es inderrotable por un principio cuando está sostenida en un principio moral de carácter supremo.” (GARCIA AMADO, 2010, p. 295)

- ⁸ “Cuando un principio P se impone sobre una regla R, desplazándola o restringiéndola, se da un juego de pesos entre varios principios: el peso de P, el peso del principio que subyace a la regla (PR), el peso de un principio formal “que exige el cumplimiento de las reglas” y el peso de un principio P’ “que, bajo determinadas circunstancias, permite que P desplace o restrinja a R”. O sea, P debe pesar más que la suma del principio que soporta a R y del principio formal que opera en favor de la aplicación de las reglas. Sólo de ese modo queda justificada la excepción a la aplicación de la regla. Ahora, bien, ¿se trata del peso objetivo de P, P’ y PR? Parece claro que no, sino que se trata del pesaje que, a la luz de las circunstancias, ha de hacer el intérprete o aplicador. Pero como la de Alexy no es una teoría jurídica orientada a subrayar el carácter prioritariamente subjetivo de la decisión jurídica o la discrecionalidad del aplicador de las normas, no queda más vía que la de concluir que en su doctrina existe una escala de validez de las normas en general y para el caso concreto, escala de validez determinada por la relevancia material, moral, de las normas. Esa relevancia moral es la que con alcance general o para todo caso convierte algunas reglas en invulnerables, em inderrotables, y la que hace también que (i) las demás reglas se apli-

para as regras, o que novamente conduz a conclusão de que cai por terra a distinção de Alexy.

Mais um ponto contraditório em sua teoria é que apesar de Alexy afirmar que uma regra (R) só pode ser cumprida ou não cumprida, no caso de existir uma regra de exceção (RE) como ele mesmo diz, a regra (R) não será descumprida, mas será inaplicada para que outra (RE) seja aplicada em seu lugar. Nesse caso, portanto, a regra não se enquadrou na classificação cumprida ou não cumprida, mas, inaplicada.

Voltando a regra do art. 103, § 2º da LFB, que consagra basicamente o princípio *nullum crimen sine lege*, presente em vários ordenamentos jurídicos modernos e que pode ser vista como uma garantia máxima dos indivíduos contra a atuação arbitrária do Estado no campo do Direito Penal, comenta Garcia Amado (2010, p. 333): “En todo caso, tranquilos todos: la 'regla' del *nullum crimen sine lege* puede inaplicarse, pero cuando se inaplica por razones 'de principio', no se incumple, simplemente no tocaba aplicarla. ¿Será ése consuelo bastante?”

Ora, se, conforme exposto, essa “regra” pode ser inaplicada tendo em vista que um princípio pese mais do que ela (e seus princípios de apoio⁹) em determinadas circunstâncias específicas do caso concreto, esvai-se toda a segurança do Direito Penal.

3.4 De onde surgem os princípios?

Comentando as “múltiplas propriedades” dos princípios Alexy (1993, p. 104) afirma que podem “surgir naturalmente” e não precisam ser “estabelecidos explicitamente”:

quen o no al caso concreto si concurren con un principio, y (ii) que cuando el conflicto acontece entre principios impere en el caso concreto uno u otro.” (GARCIA AMADO, 2010, p. 296)

⁹ Princípios de apoio de uma regra seriam: o princípio que está detrás dela (a apoia materialmente) e, ainda, o princípio formal segundo o qual toda regra deve ser cumprida (cf. ALEXY, 1993, p. 48).

el hecho de que como normas 'surgidas naturalmente' puedan ser contrapuestas a las normas 'creadas' se debe al hecho de que los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de expedición detallada de normas y, de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo debe ser el derecho.

Considerando estas elaborações de Alexy, Garcia Amado analisa um princípio, assim classificado pelo próprio Alexy, qual seja, a liberdade de expressão e levanta alguns questionamentos: essa norma não seria uma norma porque foi criada pelo constituinte, visto que este não a criou, ela já existia antes e em si, como norma jusfundamental, assim, o constituinte se limitou a reconhecê-la e transcrevê-la? Ou haveria princípios que são criados e outros que surgem naturalmente?

A questão fica ainda mais complicada quando se reflete sobre esses princípios que surgem naturalmente e que não estão expressamente estabelecidos: como reconhecê-los? Considerando que são princípios de Direito em razão de “concepciones difundidas acerca de cómo debe ser el derecho”, Garcia Amado (1993, p. 334) questiona: “¿cuánto de difundidas y entre quiénes han de estar dichas concepciones engendradoras por sí de principios que son Derecho aunque no se hallen mencionados en ningún enunciado jurídico?”

As colocações de Alexy parecem nos encaminhar para uma única conclusão, em concordância com o que conclui Garcia Amado: reconheçamos que se trata de jusnaturalismo.

4 CONCLUSÕES

A teoria do neoconstitucionalismo surgiu com a pretensão de explicar um novo fenômeno para o qual o positivismo não teria mais valor explicativo: o Estado Democrático e Constitucional de Direito. Não

sendo uma corrente teórica a que se possa atribuir o caráter de escola teórica, seus vários representantes analisam de maneiras diferenciadas o fenômeno e compreendem a própria teoria neoconstitucionalista de formas divergentes.

Entretanto, pode-se afirmar que a técnica de ponderação de princípios está presente na maioria dos representantes dessa corrente teórica. Analisando-se a obra de Robert Alexy, que pretende contribuir com o que ele chama de ciência dos direitos fundamentais na tarefa de dar respostas racionalmente fundamentadas às questões vinculadas por tais direitos, foi possível apreender suas concepções de princípios, regras e sua proposta de ponderação de princípios.

Alexy faz uma distinção que ele chama de “estrutural” entre princípios e regras. Os princípios seriam mandatos de otimização, enquanto que as regras seriam mandatos que só poderiam ser cumpridos ou descumpridos. Face a nebulosidade de sua distinção, Alexy afirma que a mesma ficará mais clara quando da aplicação dos princípios e das regras, no momento em que seja preciso solucionar conflitos ou colisões surgidos.

Apesar disso, a construção teórica de Alexy se mostra cada vez mais contraditória. O conflito entre regras só poderia ser solucionado no âmbito da validade, enquanto os princípios só poderiam colidir quando válidos. E, mais, a validade ou não validade dos princípios também é diferenciada quanto à validade das regras, pois esta é aferida no âmbito do semântico, linguístico, já aquela é aferida no âmbito axiológico.

Essas supostas diferenciações desaparecem cada vez mais. Questionando a teoria de Alexy, Garcia Amado demonstra que a ponderação, que seria a técnica diferenciada de aplicação dos princípios acaba, ainda, sendo aplicada também às regras: regras de validade não estrita podem ser derrotadas por um princípio que tenha peso maior conforme as circunstâncias dadas, ou ainda, quando os princípios de apoio de uma regra não a sustentem diante de outro princípio de maior peso, a regra também deixará de ser aplicada.

A ponderação é também desconstruída por Garcia Amado como uma técnica diferenciada de decidir, de resolver qual norma será aplicada. Ora, o que os tribunais fazem sempre é o raciocínio interpretativo-subsuntivo. A lógica que aplicam é sempre binária (“ou... ou...”), nunca uma lógica do tipo “se... e também..., mas um mais do que o outro”. Assim, os tribunais dizem que ponderam, quando na verdade só dão outro nome ao mesmo raciocínio, infelizmente, com exigências argumentativas que dificultam o controle intersubjetivo.

Conforme os questionamentos de Garcia Amado são feitos, a teoria de Alexy parece cada vez mais insustentável. A construção teórica de Alexy parece conduzir a uma negação da própria existência de regras, vez que sua aplicabilidade será resolvida em última instância, caso confronte com um princípio, pela ponderação entre o princípio que a regra confronta e os princípios de apoio desta regra. Mas, o que mais assusta nessa teoria é sua fluidez. Nem mesmo é possível compreender com segurança o que são esses princípios. Tendo em vista que para Alexy eles podem surgir naturalmente, não precisam ser explícitos e podem corresponder a “expressão de concepções difundidas acerca de como deve ser o direito”. A vagueza destas colocações de Alexy conduz à conclusão de que sua teoria se funda num jusnaturalismo, sustenta-se na adequação axiológica dos princípios a uma determinada moral que não se sabe qual é. Não é possível saber a moral de quem ou qual moral prevalecerá no momento de dizer que um princípio é válido ou não ou, ainda, no momento de reconhecer um princípio que seja natural, não explícito e que expresse as concepções difundidas do que deve ser o direito.

Ainda que seja uma teoria em muitos aspectos contraditória e bastante questionável, tem sido bastante utilizada pelos “operadores do direito” – mesmo que não a conheçam a fundo. Por ampliar a discricionariedade dos juízes, traduz o problema que se tem nos tribunais brasileiros hoje: o uso da teoria dos princípios e da técnica de ponderação para fundamentar todo tipo de decisão.

Entretanto, é preciso esclarecer que a maneira contraditória, desconexa e incoerente que caracteriza, muitas vezes, a forma como decidem os juízes não pode ser atribuída totalmente ao neoconstitucionalismo e sua teoria da ponderação dos princípios. O que se sustenta aqui é que essa teoria amplia a margem de discricionariedade dos magistrados e dificulta o debate sobre sua fundamentação e, assim, evita o controle democrático argumentativo, algo como se a fundamentação ficasse mais superficial pelo uso de tal técnica, mas, ao mesmo tempo, com um véu de inquestionabilidade ou de certeza.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Claudio Weber. Macunaíma veste a toga: O bacharelismo tão bem retratado por Mário de Andrade encontra no STF sua expressão mais acabada. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 set. 2010, Poder. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2509201024.htm>>. Acesso em: 25 set. 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15545/15109>>. Acesso em: 01 set. 2010.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.259 – 278.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 75-98.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. In: Pablo Raúl Bonorino Ramírez (Edi-

tor). **Teoría del derecho y decisión judicial**. Espanha: Bubok Publishing, 2010, p. 285-343.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 237-264.

GARCIA, Ísis de Jesus. **Uma Torre de Babel chamada Constituição Federal**. Reflexões a respeito do direito brasileiro contemporâneo. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Pós-Graduação em Direito. 2008. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0885-D.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2010.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.123-158.

Recebido em: 01/12/2010

Aceito para a publicação em: 18/04/2011