

ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS: NOTAS SOBRE O USO DA PONDERAÇÃO COMO MÉTODO DE INAPLICAÇÃO DE REGRAS JURÍDICAS

Pedro da Silva Moreira¹

Sumário: Introdução; 1. A ponderação como método de aplicação de princípios; 1.1. A lei do sopesamento e o conflito entre princípios: uma aproximação descritiva; 1.2. Alguns limites da ponderação na aplicação de princípios; 2. A ponderação como método de inaplicação de regras jurídicas; 2.1. A superação de regras por princípios em Robert Alexy: breve exposição; 2.2. Desvios no uso da ponderação: das exceções implícitas às “reponderações”; Conclusão; Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO



á não é incomum, ao menos na prática judicial brasileira, o afastamento de regras para a aplicação de princípios. Não se está aqui a tratar – e já se adverte o que não é objeto deste escrito – de reduções ou extensões teleológicas, no seio da interpretação da regra à luz de sua finalidade. Esse problema, ainda que instigante e delicado, é distinto; cabe aprofundá-lo em outra oportunidade. O que provoca a elaboração deste artigo são as particularidades na interação entre princípios e regras, especialmente em relação a um detalhe: o uso da ponderação como método de superação de regras para fazer prevalecer princípios, como técnica para deixar de aplicar uma regra

¹ Mestrando em Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós graduando em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Assessor de Procuradoria de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

em um cenário de colisão com princípios.

Se há um assunto que tem dominado a teoria do direito nos últimos tempos é a ponderação de princípios, é a análise das relações entre direitos fundamentais e a sua incidência para a resolução de casos concretos. O assunto é importante não apenas pela complexidade, mas pela frequência com que surge – talvez sem que percebamos – em situações até corriqueiras. Enfrentaremos os conceitos no decorrer do trabalho, sempre tendo como referencial a obra de Robert Alexy, cujas ideias são indispensáveis a essa abordagem; mas – por ora – percebamos um exemplo bem atual.

Em setembro de 2012, uma revista francesa publicou fotos da *Duquesa de Cambridge*, Kate Middleton, fazendo *topless* na piscina de uma propriedade particular no interior da França. Em razão da exposição da intimidade da família real, uma ação judicial contra a revista foi movida pela realeza britânica². A controvérsia pode ser descrita sob o prisma da colisão entre princípios: de um lado, a liberdade de informação; de outro, o direito à privacidade. Ponderar, nesse sentido, significa verificar as relações de peso entre os princípios, a partir da análise das particularidades do caso. Se pensarmos que a publicação das fotos representa uma intervenção grave na privacidade da duquesa, sem uma contrapartida justificável no interesse da informação, já estaremos efetuando uma ponderação; e, portanto, um estudo sobre as ideias de Alexy se torna essencial.

Nesse contexto, a proposta metodológica deste escrito é bastante simples. O trabalho divide-se em dois capítulos. O

² Ver notícia na edição eletrônica do jornal *The New York Times*, em que há referência, inclusive, à memória do acidente que vitimou a “Princesa Diana”, em 1997, quando era perseguida pela imprensa paparazzi. COWELL, Alan. BURNS, John. *Royal Couple Sue Over Photos of Topless Duchess*. *The New York Times*. Publicado em 14.09.2012. Disponível em: http://www.nytimes.com/2012/09/15/world/europe/britain-rebuked-magazine-for-publishing-images-of-topless-kate-middleton.html?pagewanted=all&_r=0. Acesso em: 11.12.2012.

primeiro capítulo, um pouco mais extenso, cuida do uso da ponderação como técnica de aplicação de princípios. É exatamente o modelo que poderia ser utilizado para resolver o caso do *topless* da duquesa. Por vezes, apenas para demonstrar a exclusiva presença de princípios (sem regras incidentes), haverá referências ao caráter “puro” dessa colisão. A parte primeira do capítulo serve a uma descrição da teoria dos princípios de Robert Alexy; a segunda, a uma discussão acerca dos limites da ponderação, abordando-se, entre outros, problemas de racionalidade e objetividade.

Não se poderia chegar ao segundo capítulo, colocando-se uma regra no caminho dos princípios, sem o estudo primeiro, sem entender o que significa ponderar e, mais ainda, sem compreender o alcance do método. O capítulo segundo, portanto, segue a mesma linha metodológica do anterior: uma parte descritiva, na qual se aborda em que consiste superar regras por meio de princípios (sempre sob a ótica de Alexy); outra parte destinada à discussão, à exposição de alguns problemas relativos ao modelo apresentado.

De fato, conforme já adiantado na primeira linha introdutória, o que justifica esta breve investigação é não apenas a interação entre princípios, mas essencialmente a interação entre regras e princípios, quando estes terminam por afastar um dever-ser concreto e definitivo. Se repousarmos o olhar outra vez sobre o exemplo da duquesa, basta imaginar uma hipótese em que, além da incidência dos princípios, existisse uma regra que proibisse expressamente a publicação de fotos da realeza em momentos alheios às funções da monarquia. Que papel teriam os princípios nessa circunstância? Seria possível transportar a regra para o nível constitucional, refazendo a ponderação? Em que consiste submeter uma regra (ou o princípio subjacente a ela) à ponderação?

Responder a essas indagações não é tarefa fácil e, possivelmente, esta singela abordagem contribua mais para desper-

tar dúvidas e desconstruir imagens do que propriamente propor algo novo. É preciso saber, antes, os limites e debilidades daquilo que se estabelece com certa quietude na prática judicial. E, para tentar fazê-lo, passa-se à linha seguinte.

1. A PONDERAÇÃO COMO MÉTODO DE APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS

No posfácio à Teoria dos Direitos Fundamentais, ao retomar suas ideias e responder a críticos, Alexy define que a tese central de seu livro “*é que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização*”³. Nesse sentido, princípios são “*normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes*”⁴.

Regras, por sua vez, comportam-se de modo distinto e, assim, merecem uma definição particular: “*são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas*”⁵; ou seja, trata-se de uma determinação para que se realize exatamente o que a regra exige, sem gradações, no modo “*tudo ou nada*”⁶. Nessa linha, um conflito entre regras resolve-se apenas de duas maneiras: ou se introduz uma cláusula de exceção ou se declara uma das regras inválida. Como exemplo, uma regra que determina que o limite de velocidade de uma rodovia é 100 km/h não está sujeita à otimização; ou é cumprida em sua totalidade ou não é cumpri-

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 575. É importante notar que o posfácio é de 2002 e representa mais uma defesa do que propriamente uma revisão de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, publicada em 1986. Não houve alterações significativas nas ideias originais.

⁴ *Ibidem*, p. 90.

⁵ *Ibidem*, p. 91.

⁶ “All or nothing fashion”. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978.

da.

A otimização é, portanto, característica das normas-princípio⁷ e esse é o principal aspecto que distingue princípios e regras. Na verdade, Alexy passou a aceitar que princípios não são exatamente “mandamentos de otimização”, mas “mandamentos para serem otimizados”; ou seja, os princípios – no momento em que entram em conflito e que são submetidos à ponderação – são, mais precisamente, objeto de otimização⁸. Assim, quando o direito à honra entra em conflito com a liberdade de expressão, considerando-se ambos como princípios, ambos devem ser submetidos à otimização. Esse “dever-ser” decorre de uma regra (que Alexy chama de mandamento para otimizar⁹) que determina que um princípio seja otimizado.

Essa precisão técnica deixa as coisas mais claras, mas não é exatamente essencial, tampouco representa qualquer modificação significativa na teoria dos princípios. Um princípio segue possuindo dimensão de peso, segue tendo a qualidade da otimização (desta vez, como objeto) e segue participando de um processo de ponderação, na medida em que entra em conflito com outros princípios e regras colidentes.

1.1. A LEI DO SOPESAMENTO E O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS: UMA APROXIMAÇÃO DESCRITIVA

A ideia de que algo seja realizado na maior medida possível, de que um princípio seja otimizado, pressupõe a possibilidade de que esse mesmo princípio seja também relativizado, mitigado ou afastado. O fato de haver um mandamento para

⁷ Toda norma, para Alexy, ou é uma regra ou é um princípio. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*p. 91.

⁸ ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, 13, Oxford, 2000, p. 300. Nas palavras do autor: “Principles, therefore, as the subject matter of balancing are not optimization commands but rather commands to be optimized”.

⁹ *Ibidem*, p. 300.

que o princípio “x” seja otimizado não exclui (e até pressupõe) o fato de que o princípio “y” receba o mesmo mandamento. O problema surge quando “x” e “y” são, *prima facie*, aplicados (em sentidos opostos) à mesma situação fática, quando eles são exercidos simultaneamente e não se sabe – de antemão – a relação de prevalência entre ambos. O importante é notar que “x” restringe as possibilidades de realização de “y” e “y” restringe as possibilidades de realização de “x”¹⁰.

É por isso que uma decisão sobre princípios, na concepção de Alexy, não se restringe a observar a incidência isolada de “x” ou de “y”. O caminho é verificar essa tensão existente entre eles, é compreender em que situações e sob que condições um princípio restringe proporcionalmente o outro. Note-se que essa relação de proporcionalidade apenas pode ser verificada em concreto, quando se observam os elementos fáticos presentes no caso. O princípio “x” prevalece sobre “y” em uma circunstância “C”¹¹. Uma vez alteradas as circunstâncias, a relação de prevalência também pode ser modificada¹². Daí afirmar-se que não existe uma escala, uma hierarquia de princípios dada *a priori*.

A tensão existente entre os princípios exige uma necessária aferição de proporcionalidade, uma vez que as restrições têm de observar uma correta (ou, ao menos, pretensamente correta) medida de intensidade. Daí a afirmação de Alexy de que “*a teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria*

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*p. 96.

¹¹ Alexy fala em relação de precedência concreta ou relativa, utilizando a seguinte representação para as duas possibilidades de decisão nesse processo de colisão: (P₁ P P₂) C; (P₂ P P₁) C. “C” simboliza as condições de precedência entre P₁ e P₂. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*p. 97.

¹² GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 170.

dos princípios”¹³. Esse campo conceitual, por vezes, é bastante confuso¹⁴. Ponderação e proporcionalidade não são equivalentes, embora ambas as palavras permeiem o cenário da aplicação de princípios jurídicos. É correto afirmar que princípios são aplicados por meio de ponderação, mas é preciso entender que a ponderação constitui apenas uma parte do princípio da proporcionalidade¹⁵.

O princípio da proporcionalidade divide-se em três passos: (1) adequação, (2) necessidade e (3) proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros representam o âmbito das possibilidades fáticas¹⁶; o último, o das possibilidades jurídicas. O teste de adequação e necessidade é indispensável para que não se proceda a interferências injustificadas em algum princípio. Se o meio “M” é utilizado para realizar o princípio “P”, mas – para tanto – não é adequado ou idôneo, a questão se resolve no passo da idoneidade, pois a escolha do meio “M” (inadequado) restringiria sem justificativa um princípio P₁. Já na seara da necessidade, trata-se apenas do dever de escolha do meio menos custoso para a realização do princípio “P”: de dois

¹³ “Principle theory implies the principle of proportionality and the principle of proportionality implies principle theory”. ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, 13, Oxford, 2000, p. 297.

¹⁴ Sobre a definição da idéia de proporcionalidade, ver ÁVILA, Humberto. *A distinção entre regras e princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo 215 (1999). Ver também, especialmente pelas objeções apresentadas, DA SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

¹⁵ ALEXY, Robert. *On balancing and subsumption. A structural comparison*. Ratio Juris. Vol. 16. Nº 4. December, 2003, p. 436.

¹⁶ “Los subprincipios de idoneidad y necesidad exigen una optimización relativa a las posibilidades fáticas. Ahí no se trata de efectuar una ponderación, sino de evitar aquellas injerencias en los derechos fundamentales que son evitables sin detrimento de otros principios, es decir, se trata de la optimalidad de Pareto”. ALEXY, Robert. *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009), p. 83.

meios idôneos, utiliza-se aquele que realize o princípio “P” sem restringir “P₁”. No entanto, quando a realização do princípio “P” afeta necessariamente o princípio “P₁”, isto é, quando já não é possível evitar custos, passa-se ao âmbito das possibilidades jurídicas, ao campo das colisões, ao passo da proporcionalidade em sentido estrito¹⁷.

Essa é a etapa do princípio da proporcionalidade que interessa para o presente estudo. A ponderação aqui reside. Pode-se afirmar, portanto, que a proporcionalidade em sentido estrito corresponde à ponderação, que é identicamente representada no que Alexy chama de lei do sopesamento¹⁸: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹⁹. Há, ainda, uma espécie de decomposição dessa lei em três passos parciais: (1) comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio; (2) comprovação da importância de cumprimento do princípio contrário; (3) comprovação da importância do cumprimento de um princípio a ponto de justificar o prejuízo de outro²⁰. Alexy define uma escala triádica para classificar os graus de intervenção e de importância de cada princípio em jogo (dois primeiros passos parciais): os três estágios de intensidade podem ser caracterizados pelos termos “leve”, “médio” e “grave”²¹.

A aferição da intensidade de interferência (I_i e I_j) de cada princípio é apenas uma das variáveis que compõem a fórmula

¹⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 110-111.

¹⁸ Os termos lei da ponderação, lei da colisão ou lei do sopesamento, utilizados indistintamente na doutrina, aqui também representam sinônimos. Cumpre lembrar que a lei do sopesamento constitui, para Alexy, uma regra.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*...p. 167.

²⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 133.

²¹ ALEXY, Robert. *On balancing and subsumption. A structural comparison*. Ratio Juris. Vol. 16. Nº 4. December, 2003, p. 440.

do peso – instrumento construído para identificar e deixar explícitos os elementos que estão em jogo na ponderação e para que se possa chegar a um resultado concreto sobre as relações de peso. Há de se considerar, ainda, mais dois aspectos: o peso abstrato dos princípios²² (G_i e G_j) e a segurança das suposições empíricas (S_i e S_j). Com isso, chega-se à conhecida fórmula do peso:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Apenas as variáveis “ G_i ” e “ G_j ” são abstratas; ou seja, relacionam-se na mesma proporção independentemente das particularidades do caso. As demais, por sua vez, apenas se deixam reconhecer diante de circunstâncias concretas. Por isso, não raro a intensidade de intervenção e a segurança das suposições empíricas vêm acopladas a um “ C ”, que corresponde às condições do caso. O resultado da ponderação demonstrará a prevalência de um princípio sobre outro e permitirá que se extraia uma regra²³ após a colisão: dadas as circunstâncias “ C ”, “ P_i ” prevalece em relação a “ P_j ”, supondo-se inferior o peso concreto de “ P_j ”. Chega-se, portanto, ao final do processo ponderativo. O caso pode, então, ser subsumido à regra obtida a

²² *Ibidem*, p. 440. Alexy admite a possibilidade de que os pesos abstratos dos princípios sejam idênticos, o que tornaria, para a fórmula, o peso abstrato irrelevante. É interessante notar que ele atribui ao direito à vida um peso abstrato maior que o direito às liberdades em geral; contudo, como ele não apresenta maiores justificativas, é possível inferir que se trata de uma hierarquização meramente intuitiva. Não se nega que entre o direito à vida e o direito à liberdade de ação, por exemplo, é possível construir uma fundamentação superficial de que sem a vida não se exerce a liberdade (Ver PULIDO, Carlos Bernal. Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy. In: MONTEALEGRE, Eduardo. (Coord.). *La ponderación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.); todavia, não há critérios, a não ser os subjetivos e intuitivos, para estabelecer os pesos abstratos de cada princípio.

²³ ALEXY, Robert. *Two or Three?* In: On the nature of legal principles. Edited by Martin Borowski. Stuttgart: Nomos, 2010, p. 11.

partir do sopesamento²⁴.

Recorramos a um exemplo para ilustrar o mecanismo de obtenção da regra. Imagine-se que um determinado jornal noticie que certo parlamentar está sendo investigado por desvio de verbas públicas. O parlamentar, indignado com a exposição na mídia, decide ingressar com uma demanda judicial, suscitando violação a seus direitos de personalidade. Percebe-se, de modo sintético, que o exercício da liberdade de imprensa restringe os direitos de personalidade do político (direito à honra, privacidade, etc.). Tem-se, pois, um cenário de colisão: P_1 (liberdade de imprensa) colide com P_2 (direitos de personalidade). Nas condições “C”, o tribunal decide que, como as informações são verdadeiras (existe uma investigação) e a notícia é de interesse público, a importância de realização de P_1 é elevada. Para usar os termos da escala triádica de Alexy, é possível constatar que uma eventual proteção de P_2 restringiria de modo grave a liberdade de imprensa, cuja importância de realização é alta.

Dessa ponderação, uma regra é extraída (e pode ser aplicada a todos os casos em que “C” esteja presente): uma vez constatada a veracidade da informação, dotada de interesse público, a liberdade de imprensa prevalece diante dos direitos de personalidade. Mas a situação fática pode mudar. Imagine-se o cenário “ C_1 ”, em que as mesmas circunstâncias estejam em jogo, com o seguinte acréscimo: o veículo de comunicação utilizou palavras vexatórias para se referir ao investigado. Nesse contexto, a alteração poderia modificar o resultado da ponderação, criando-se uma segunda regra: sendo veraz e de interesse público a informação, e desde que a notícia não contenha expressões de cunho ofensivo ou vexatório, prevalece a liberdade de imprensa.

O essencial é constatar que o objetivo da ponderação é a

²⁴ Nas palavras de Alexy: “The case can now be subsumed under this rule. This shows that subsumption stands not only at the beginning of balancing but also at the end”. *Ibidem*, p. 11.

subsunção, pois do conflito entre dois princípios, obedecida à lei do sopesamento, sempre surge uma regra. É a circunstância fática que, ao exigir a medição dos pesos concretos de cada princípio, determina qual deles prescreve a solução do caso. Em outra circunstância, mesmo envolvidos os mesmos princípios, o resultado da ponderação pode mudar, e a regra obtida, por óbvio, será distinta.

Até aqui, houve um esforço para expor, ainda que em apertadas linhas, o cerne da teoria dos princípios de Robert Alexy, com especial ênfase na estrutura do método da ponderação como técnica de aplicação de princípios. No item seguinte, a descrição dá lugar a uma perspectiva substancialmente crítica. Não se expôs um modelo singelo e, muito menos, despretensioso de aplicação do Direito. As fórmulas matemáticas e a ideia de que essa técnica segue as regras da aritmética²⁵ lhe conferem uma objetividade ao menos aparente. É justamente nesse âmbito que se mostra possível identificar as debilidades e, sobretudo, os limites da ponderação.

1.2. ALGUNS LIMITES DA PONDERAÇÃO NA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Uma das críticas mais conhecidas à ponderação de princípios de Robert Alexy foi formulada por Jürgen Habermas²⁶. A crítica não é detalhada, mas também não é pontual; ela põe em questão a própria racionalidade da ideia de sopesar princípios. Habermas entende que a compreensão dos princípios co-

²⁵ “*The Subsumption Formula represents a scheme which works according to the rules of logic; the Weight Formula represents a scheme which works according to the rules of arithmetic*”. ALEXY, Robert. *On balancing and subsumption. A structural comparison*. Ratio Juris. Vol. 16. Nº 4. December, 2003, p. 448.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge, Massachussets: The MIT Press, 1998, p. 259-262.

mo mandamentos de otimização enfraquece os direitos fundamentais, na medida em que não haveria critérios racionais para o sopesamento. Os direitos fundamentais estariam à disposição do arbítrio do aplicador, correndo o risco de sofrer relativizações significativas para a promoção de objetivos coletivos.

Utilizaremos a crítica de Habermas como ponto de partida para demonstrar alguns problemas de controle e objetividade existentes na doutrina da ponderação. Por isso, a proposta é dividir o núcleo da crítica em duas frentes: (1) o enfraquecimento dos direitos fundamentais e (2) a ausência de critérios racionais para sopesar. Já se adianta que o segundo aspecto será mais bem explorado, na medida em que os autores céticos em relação à ponderação dedicam-se a atestar um suposto caráter vazio da fórmula do peso. Mas, de modo breve, passa-se ao primeiro ponto.

1.2.1. CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROBLEMAS DE QUALIFICAÇÃO: O QUE COLIDE?

A inquietação de Habermas de que os direitos fundamentais podem sofrer relativizações sem critério procede em parte²⁷. Não se vislumbra, até aqui, equívoco algum na ideia de que direitos fundamentais entram em colisão e que se restringem, caso a caso, de forma mútua. Parece acertada a tese de Alexy acerca da ocorrência de conflitos concretos entre princípios e em relação a isso não surgem objeções verdadeiramente fortes. Habermas, no entanto, supõe que o juiz, ao invés de proceder a valorações “irracionais” sobre pesos, deve analisar os argumentos que, de modo coerente, sustentam a aplicação de uma norma e não de outra.

²⁷ Alexy respondeu às críticas de Habermas no posfácio à Teoria dos Direitos Fundamentais. Nesse sentido, ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 578.

Nessa linha, se P_1 e P_2 são aplicáveis ao caso em abstrato, a solução concreta deve ser prescrita por um ou por outro, sem que seja necessária qualquer medição. No entanto, mesmo que se admita essa premissa, ela não anula um prévio processo de ponderação antes da decisão sobre a prevalência de P_1 ou P_2 . Quando Alexy desenvolve que princípios têm caráter *prima facie* e regras têm caráter definitivo²⁸, entende-se que o dever/direito definitivo, com base em princípios, apenas surge a partir de um processo de ponderação²⁹. Quando o dever/direito

²⁸ *Ibidem*, p. 105.

²⁹ Essa distinção estrutural entre princípios e regras, no ponto em que posiciona a ponderação apenas na esfera dos princípios, é criticada por Humberto Ávila, para quem as regras também sofrem um processo de ponderação. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88. Nas palavras do autor: “O modo de aplicação das espécies normativas, se ponderação ou subsunção, não é adequado para diferenciá-las, na medida em que toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação”. O que Ávila salienta é que também as regras exigem uma ponderação diante das circunstâncias fáticas, como se pode perceber nos casos em que a própria condição de aplicação exige a resolução de uma obscuridade ou mesmo a escolha entre significados possíveis para um determinado termo. Em nossa concepção, o essencial é observar se a ponderação de interesses na aplicação de uma regra pode ser equivalente à ponderação efetuada quando aplicáveis apenas princípios; ou seja, se ocorre, de fato, o mesmo fenômeno. Se a resposta é positiva, em nosso modesto entender, a própria distinção entre regras e princípios, ao menos na formulação de Alexy, perde o sentido. Contudo, até aqui, sequer Ávila oferece elementos para tanto. Na sequência de seu pensamento (*Ibidem*, p. 90), o autor afirma que as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm. Talvez aqui haja uma conexão com a distinção que Alexy constrói entre caráter definitivo (regras) e caráter *prima facie* (princípios), sendo possível extrair duas conclusões parciais: (1) o caráter definitivo das regras é apenas pretensamente definitivo (pois aqui entra a possibilidade de “ponderação” observada por Ávila e das exceções salientadas também por Alexy); (2) o caráter *prima facie* dos princípios justifica tratar com particularidade a ponderação que se dá entre eles. Uma discussão sobre as objeções de Humberto Ávila pode ser encontrada em DA SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e Regras: mitos e equívocos de uma distinção*. Revista Latina de Estudos Constitucionais 1

se torna definitivo, é porque já se está na seara das regras e, aqui sim, a solução pode ser prescrita pela incidência de apenas um dos princípios em jogo. Nesse sentido, mesmo que se entenda que uma decisão sobre princípios, no fundo, é uma decisão acerca da definição de âmbitos de aplicação (se P_1 ou P_2), essa definição não tem porque prescindir, necessariamente, de um processo anterior que avalie a importância de realização de cada princípio.

Um aspecto mais problemático, porém, está na escolha dos princípios que compõem a ponderação. Como os princípios não possuem condições de aplicação definidas *ex ante*, como possuem as regras³⁰ (mesmo que haja vagueza, imprecisão ou obscuridade), a incidência de princípios, ainda *prima facie*, a um determinado universo de casos depende, com maior grau de discricionariedade, de uma decisão interpretativa. Não se nega que pode haver problemas de qualificação também na seara das regras. Todavia, uma coisa é invocar uma regra sobre prazos processuais para resolver um problema de tempestividade recursal; outra coisa, distinta, é verificar quais princípios incidem em um caso não mediado por regras³¹. Aqui, parece que a críti-

(2003): 607-630, p. 617.

³⁰ Ver GUASTINI, Ricardo. *Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique*. Anali i diritto, 2007, p. 05.

³¹ O próprio Alexy utiliza princípios controversos (ao menos para o leitor que maneja o ordenamento brasileiro) em suas observações externas sobre conflitos resolvidos pelo Tribunal Constitucional Alemão. Quando fala em princípio do “Estado Social”, está a tratar de uma norma? Em que medida poderia ser ponderável o “Estado Social”? A “operacionalidade do direito penal” é um princípio explícito? Se não for, quais os critérios para a construção de princípios implícitos? O que dizer, então, do princípio da competência orçamentária do legislador para colidir com o direito à saúde? Trata-se de uma regra de competência ou de um princípio? Quando se afirma que a competência orçamentária (princípio formal) colide com o direito à saúde, não se está a estabelecer, mesmo nas premissas, alguma antecipação da conclusão? Ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 136, p.

ca de Habermas sobre certo perigo aos direitos fundamentais tem maior relevância.

Apenas a título ilustrativo, ainda que o exemplo desafie laudas e laudas de observações mais cautelosas, é interessante mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal de conferir efeitos retroativos à Lei da Ficha Limpa³². Vale recordar que apenas em 2010, por exemplo, a renúncia para escapar de eventual cassação de mandato (alínea k da referida lei) tornou-se hipótese de inelegibilidade. O STF compreendeu, em apertada deliberação, que um ato cometido antes da entrada em vigor da lei (em 2001, por exemplo) deveria ser alcançado pela consequência jurídica da inelegibilidade. Um dos argumentos utilizados, constantes no voto do Ministro Joaquim Barbosa, referiu-se a uma ponderação entre “*os valores concernentes aos direitos políticos individuais e os direitos políticos em dimensão coletiva*”³³, prevalecendo, na ótica do Ministro, a dimensão coletiva.

O caso denota a relativização de um direito fundamental de participação política, de exercício da capacidade eleitoral passiva, diante da prevalência de um suposto direito político de “dimensão coletiva”, sobre o qual se desconhece, ao menos na decisão, o conteúdo. No fundo, os interesses de consecução da moralidade política permitiram que uma lei fosse aplicada de modo retroativo, fulminando, assim, o direito individual – e

95, p. 512.

³² Trata-se da Lei Complementar n. 135/2010, que incluiu na Lei Complementar n. 64/1990 outras hipóteses de inelegibilidade. Um dos pontos mais controversos dos julgamentos, sobretudo no RE n. 63.1102-PA, que se referia ao caso do Senador Jader Barbalho, relacionava-se à possibilidade de uma hipótese de inelegibilidade que entra em vigor no ano de 2010 dar efeitos a atos cometidos no passado. O Ministro-Relator Joaquim Barbosa negou que houvesse retroatividade. Em suas palavras, “A lei complementar ora em discussão não retroagiu, apenas deu efeitos futuros a certos atos praticados no passado”.

³³ Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE n. 631102, Relator Min. Joaquim Barbosa, j. 27.10.2010.

fundamental – do político. Neste ponto, tem razão Habermas. Como não parece haver um critério seguro para a construção das premissas normativas, visto que Alexy não limita sequer aspectos textuais ou semânticos para a identificação de princípios, que podem ser também implícitos, é possível que – na manipulação do que está em jogo – os direitos fundamentais cedam a interesses mais “pesados” na concepção do aplicador.

1.2.2. A APARÊNCIA DE OBJETIVIDADE DA PONDE- RAÇÃO E OS PROBLEMAS DE RACIONALIDADE DO MÉTODO

O segundo aspecto da crítica de Habermas é a ausência de racionalidade da ponderação. Alexy responde a ela com exemplos³⁴, demonstrando que é possível chegar a um resultado racional a partir da passagem fundamentada pelas etapas da proporcionalidade; aqui, em especial, da proporcionalidade em sentido estrito. Uma coisa, porém, é aceitar que em alguns casos é possível chegar a resultados racionais; outra, diversa, é afirmar que a estrutura da ponderação conduz ao alcance de decisões racionais, corretas e até objetivas.

O essencial não é observar se, em casos em que se utilizou a ponderação, a decisão utilizou juízos racionais, mas se o uso do sopesamento foi decisivo para isso; ou seja, se a estrutura proposta por Alexy contribui, e em que medida contribui, para resultados não arbitrários. Antes de retomar a fórmula do peso, que contém os fatores (peso abstrato, intensidade de intervenção e segurança das suposições empíricas) que, no contexto da proporcionalidade em sentido estrito, devem ser ob-

³⁴ O caso Titanic é apresentado por Alexy no posfácio a Teoria dos Direitos Fundamentais, de modo a responder a Habermas no que atine à racionalidade da ponderação. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 594-595.

servados, é preciso ressaltar que o próprio Alexy adverte, e não apenas em um escrito, que a ponderação não é um método que conduz a soluções inequívocas ou a respostas objetivamente corretas³⁵.

Mesmo assim, ele leva a sério a fórmula do peso, atribuindo números às variáveis, definindo escalas, estabelecendo pesos numéricos e, inclusive, fazendo uma afirmação forte, aqui já reproduzida, de que a ponderação segue as regras da aritmética. Mas se a ponderação segue as regras da aritmética³⁶, então ela deve ter algum grau de objetividade; caso contrário, o uso da fórmula matemática não faz qualquer sentido. Para que se tenha uma noção da objetividade aparente que Alexy confere à fórmula, ele chega a afirmar que “*em casos de empate, a ponderação não determina nenhum resultado*”³⁷. Para que essa afirmação seja útil, é preciso entender possível chegar a resultados objetivos a partir da fórmula do peso, atingindo-se uma medida exata de cada princípio em jogo.

No entanto, neste ponto, compartilhamos do pensamento de Matthias Jestaedt, ao advertir que “*a doutrina da ponderação promete um grau de certeza e precisão na aplicação que seguramente não é capaz de cumprir*”³⁸. Essa pretensa segu-

³⁵ Ver ALEXY, Robert. Comments & Responses. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 334. Ver também ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 594.

³⁶ Ver nota de rodapé n. 25.

³⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 143.

³⁸ JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – Strengths & Weakness. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 163. Nas palavras do autor: “The doctrine of balancing holds out the promise of a degree of certainty and precision in application which it is quite unable to keep. The weight formula expresses the ideal of a precise, one might say mathematically precise, science, at least in its external form”.

rança não está exatamente contida na lei do sopesamento, mas na fórmula do peso, que acaba transformando a própria ponderação em algo maior do que ela pode ser³⁹. Note-se que os casos trabalhados por Alexy na Teoria dos Direitos Fundamentais⁴⁰ correspondem a observações externas sobre o comportamento dos princípios na colisão. É a partir da fundamentação das decisões que Alexy intui a escala triádica (intervensões leves, médias e graves) e atribui números às variáveis. Ele explica em detalhes como funciona (ou funcionou) a colisão, mas a capacidade orientadora desse esquema matemático é limitada.

A objetividade do método fica ainda mais comprometida quando um dos fatores é o peso abstrato dos princípios. Para Alexy, o peso abstrato independe da situação concreta; e por isso mesmo é abstrato. Para que o intérprete possa considerar a fórmula do peso como método orientador relevante para a tomada de decisões, pressupõe-se que deva possuir, em mãos, uma lista com a sua particular relação de prevalência entre os princípios⁴¹. Como definir, por exemplo, o peso abstrato do

³⁹ *Ibidem*, p. 159. Para Jestaedt, a doutrina da ponderação constitui, na verdade e na origem, uma estrutura teórica, a partir da perspectiva do observador, que analisa o processo de colisão de princípios como parte da estrutura dos direitos fundamentais.

⁴⁰ Ver, entre outros, o conflito entre direitos de personalidade e liberdade de radiodifusão. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 161.

⁴¹ Alexy rejeita uma ordem hierarquizada de valores e, inclusive, faz uma crítica direta à “tirania dos valores” de Carl Schmitt. Ele não aceita a possibilidade de uma ordenação rígida. Ele defende a ideia de uma ordenação flexível, na qual residiria o sopesamento. Para evitar a rigidez de uma escala hierárquica abstrata, Alexy confia nos resultados obtidos a partir da análise – concreta – das intensidades de realização de cada princípio (*Ibidem*, p. 162-163). Essa é, porém, uma maneira de ver o problema. É preciso ter em conta que, do mesmo modo que a análise dos graus de importância e intensidade pode limitar o peso abstrato, não se pode ignorar que o peso abstrato (ou seja, a concepção substancial anterior que cada aplicador tem sobre cada princípio) também pode influenciar na própria apreciação concreta dos graus de intervenção e importância. Em outras palavras, mesmo no esquema

“direito fundamental à saúde” em relação ao da “competência orçamentária do legislador”⁴² Que critérios intersubjetivamente controláveis poderiam ser oferecidos para sustentar uma relação hierárquica dessa espécie? O que dizer da atribuição de pesos abstratos no conflito entre liberdade de expressão e direito à honra? Até que ponto faz sentido preferir um ordenamento que otimize mais a liberdade de expressão que o direito à privacidade⁴³?

Em razão dessas objeções e dificuldades, que acabam evidenciando limites à técnica da ponderação, prefere-se aqui ficar com a afirmação do próprio Alexy, após expor as razões pelas quais a ponderação seguiria as regras da aritmética, enquanto a subsunção seguiria as regras da lógica, de que essa distinção não deve ser superestimada. Nas palavras do autor: “*as reais premissas da fórmula do peso não são números, mas juízos acerca de graus de interferência, importância de pesos abstratos e graus de confiança*”⁴⁴. Se isto é assim, a fórmula de peso, na sua conotação aritmética, possui ínfima relevância e acaba por obscurecer o problema.

A racionalidade da ponderação não depende, portanto, da estrutura construída por Alexy, mas da racionalidade dos critérios utilizados na fundamentação. E, para tanto, a ponderação fornece – sobretudo na decomposição da lei do sopesamento⁴⁵ -

da ponderação, é possível que, a depender do intérprete, o peso abstrato determine a própria atribuição de graus aos princípios em concreto.

⁴² Ver nota de rodapé n. 31.

⁴³ MORESO, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, p. 69.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *On balancing and subsumption. A structural comparison*. Ratio Juris. Vol. 16. Nº 4. December, 2003, p. 448.

⁴⁵ O essencial a ser fundamentado é o seguinte: “(1) comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio; (2) comprovação da importância de cumprimento do princípio contrário; (3) comprovação da importância do cumprimento de um princípio a ponto de justificar o prejuízo

um importante instrumento para demonstrar o que deve ser fundamentado em um caso de manifesta colisão entre direitos fundamentais, especialmente quando inexistente regra aplicável.

Essa constatação seria óbvia (de que a estrutura não garante objetividade) se não estivéssemos diante de dois fatores que justificam essa incursão pelos meandros da técnica.

O primeiro tem relação com o método utilizado pelo próprio Alexy, que – com o uso abusivo de expressões matemáticas – retira de decisões bem fundamentadas (aceitáveis racionalmente e com argumentos controláveis pelo discurso) a racionalidade que justifica a estrutura que ele constrói; ou seja, apenas é possível atribuir números e até desenhar fatores aritméticos porque a fundamentação sobre a qual se debruça o observador estrutura-se de modo racional e de certa maneira objetivo. O caminho inverso não está formulado. E daí surge a constatação evidente: se a fórmula é intuída a partir do fundamento, dele é dependente. A sua capacidade orientadora existe e ela se restringe a um único aspecto: explicar ao intérprete o que deve ser fundamentado e valorado quando há colisões entre direitos fundamentais. Mas não há nada de objetivo, tampouco de aritmético nisso⁴⁶.

O segundo aspecto justifica a próxima parte deste trabalho. De alguma maneira, a prática judicial brasileira incorporou

de outro”. Ver item 1.1 deste trabalho.

⁴⁶ Nesse sentido, e por se tratar não de um crítico, mas de um autor que acolhe a ideia de ponderar princípios, é muito importante a realista lição de Alexander Peczenick: “El contenido de la ponderación definitiva no puede ser determinado por un cálculo lógico, ni siquiera cuando el cálculo termina en una regla. La ponderación está afectada por todas las circunstancias relevantes del caso considerado. La lista de estas circunstancias es abierta y su peso relativo depende, en última instancia, de las preferencias y sentimientos personales. La argumentación puede terminar en una regla, pero la regla tiene que ser vaga: no hay certidumbre de antemano con respecto a cuáles actos individuales de ponderación se aplica y cuáles no”. PECZENICK, Alexander. *Derecho y Razón*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000, p. 38.

a técnica da ponderação no momento de superar uma regra jurídica – não para estabelecer uma exceção (frise-se), mas para criar – de modo universal – outra regra para uma determinada classe de casos. Talvez essa aparência de objetividade facilite as coisas. É para tratar desse fenômeno que dedicamos, de modo bastante breve, as linhas seguintes.

2. A PONDERAÇÃO COMO MÉTODO DE INAPLICAÇÃO DE REGRAS JURÍDICAS

Até aqui, este estudo limitou-se a apreciar o que se poderia chamar ponderação “pura” entre princípios; isto é, quando ausente uma regra jurídica, um dever/direito definitivo aplicável a determinado caso. Nas páginas anteriores, não houve menção senão a princípios em colisão, observando-se em que consiste ponderá-los, além de alguns problemas decorrentes desse mecanismo.

Neste capítulo, adota-se a mesma linha metodológica: uma breve exposição das ideias de Alexy e uma discussão em torno de possíveis problemas de aplicação do modelo apresentado. O debate em torno das limitações da ponderação como método de aplicação de princípios mostra-se mais pertinente quando uma regra jurídica é introduzida no esquema de sopesamento. Pondera-se, pois, a partir dela, para afastá-la. Veja-se: não se está a tratar de invalidação de uma regra por violação a um princípio constitucional (imagine-se o exemplo de uma lei que estabelecesse que homens e mulheres, ocupando o mesmo posto, devem ganhar salários diferentes). Trata-se, simplesmente, de inaplicação da solução normativa prevista na regra, sem invalidá-la, para aplicar solução diversa, que – na concepção do intérprete – surge da incidência de princípios constitucionais, de maior peso no caso.

2.1. A SUPERAÇÃO DE REGRAS POR PRINCÍPIOS EM

ROBERT ALEXY: BREVE EXPOSIÇÃO

É preciso trabalhar com um pressuposto já apontado por Dworkin: as regras nascem de um compromisso entre os princípios⁴⁷. Se isto é assim, admite-se que uma regra realiza, em concreto, um ou mais princípios⁴⁸. A sua pretensão de definitividade é também a pretensão de definitividade dos princípios que a fundam, que a justificam substancialmente. É, portanto, insubsistente uma visão que atribua às regras, por definição, um carácter exclusivamente formal, na medida em que a própria rigidez da regra cumpre uma função substancial – de concreção de um estado de coisas projetado por princípios.

A partir da leitura de Alexy, percebe-se que toda relação jurídica – mesmo aquela mediada por regras – pode ser reconstruída a partir de uma colisão entre princípios⁴⁹. É nesse contexto que o autor trabalha – ainda que isto não seja objeto de grande detalhe em sua obra – a possibilidade de superação de uma regra a partir do peso atribuído ao princípio em sentido contrário. O esquema⁵⁰ consiste, de modo sintético, nas relações entre uma regra “R” (que contém um princípio subjacente “PR”), suportada por um princípio formal “P_F” (que ordena o cumprimento de regras), e um outro princípio “P”, que entra em conflito com “PR”.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978, p. 77.

⁴⁸ Trata-se da eficácia de trincheira das regras, na medida em que solidificam um princípio, com proteção e conversão em razões definitivas. Ver ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 103.

⁴⁹ ALEXY, Robert. Comments and Responses. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 335.

⁵⁰ Essa análise tem base principal na nota de rodapé n. 24 do Capítulo 3 da Teoria dos Direitos Fundamentais, além de algumas observações feitas na página 105 da mesma obra. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90 e p. 105.

Alexy distingue duas situações. (1) A regra “R” vale estritamente e restringe o princípio “P”, sem que seja necessário perguntar-se sobre importâncias de realização; para ele, isso quer dizer que também vale uma regra “R₁”, que diz que R é insuperável (ou inderrotável), prevalecendo de modo estrito no conflito com “P”. O problema é que há circunstâncias em que é necessário perguntar-se pelo princípio “PR”. (2) Nessas situações, “R” já não vale mais estritamente. Vale, na verdade, um princípio “P₁”, que permite a superabilidade ou a restrição de “R” por “P” em alguns casos. Para Alexy, não é uma questão de observar – simplesmente – se o princípio subjacente à regra tem mais ou menos peso que o princípio “P”, o qual é restringido por “R”. Além disso, é preciso considerar também os princípios formais⁵¹, que ordenam o cumprimento de “R”⁵².

Imagine-se (para utilizar um exemplo do próprio Alexy) que exista uma regra⁵³ que imponha o comparecimento do acu-

⁵¹ Está correto que Alexy não fornece critérios (ou poucos critérios) para que se autorize essa superação ou restrição de uma regra por um princípio. Ávila tenta fazê-lo e se aproxima de Alexy em um ponto fundamental – quando afirma que uma das condições de superabilidade das regras é a consideração da segurança jurídica, do impacto na aplicação das regras em geral. Uma interpretação benevolente de Alexy, e aqui nos permitimos fazê-la, constatará que a sua consideração aos princípios formais, que determinam o cumprimento estrito da regra, abarca a preocupação de Ávila. Ver ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 119.

⁵² Esse é um esquema parecido com o proposto por Dworkin, que não faz referência – entretanto – aos princípios formais, preferindo uma abordagem mais singela da questão. Nas palavras de Dworkin: “When, then, is a judge permitted to change an existing rule of law? Principles figure in the answer in two ways. First, it is necessary, though not sufficient, that the judge find that the change would advance some principle, which principle thus justifies the change. (...). But not any principle will do to justify a change, or no rule would ever be safe. There must be some principles that count and others that do not, and there must be some principles that count for more than others”. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978, p. 37.

⁵³ Alexy não trata desse exemplo como um conflito entre princípios media-

sado na audiência de julgamento. Todavia, constata-se que o réu sofre de problemas cardíacos e a forte emoção a que pode ser submetido traz-lhe um risco grave à saúde e à vida. “R” seria o dever de comparecimento em audiência; “PR”, a operacionalidade do direito penal; “P”, o direito à integridade física ou à vida. A situação é simples: a realização da regra poderá conduzir à morte do réu. Nesse sentido, mostra-se possível permitir que um princípio “P” abra uma exceção à regra, de modo a conferir maior peso à proteção da vida em relação à operacionalidade do direito penal.

No fundo, cria-se outra regra, aplicável também universalmente: “*os acusados devem comparecer às audiências de julgamento, a menos que o comparecimento ponha em risco a integridade física do réu*”. Nesse contexto, é sempre valiosa a lição de Hart, ao advertir que uma regra que termine com “a menos que” continua sendo uma regra⁵⁴. E por qual razão? Porque a universalidade resta mantida; ou seja, o dever de comparecimento às audiências segue valendo de modo universal. Surgiu, porém, uma circunstância, não prevista pelo legislador, que tornou inevitável a exceção.

Isso nos conduz a duas possíveis interpretações sobre o esquema de colisão entre regras e princípios⁵⁵ apresentado por Alexy. (1) Ou se está diante de casos em que o legislador não conseguiu antecipar todas as circunstâncias fáticas que ensejariam a incidência da regra, sendo possível, pois, adequações no

do por regras. Mas, para o nosso objetivo, entender que existe uma regra que obriga o comparecimento do acusado em audiência mostra-se útil. *Ibidem*, p. 95.

⁵⁴ HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Second Edition. New York: Clarendon Press, 1994, p. 139.

⁵⁵ Sobre a derrotabilidade das normas jurídicas na interação entre regras e princípios, ver BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: BAYON, Juan Carlos e RODRIGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 167-168.

campo de aplicação da norma para que sejam evitados resultados não amparados pela sua razão subjacente; (2) ou, de outro lado, está-se diante de um esquema aplicado não apenas para a abertura de exceções interpretativas (ou melhor, implícitas), com vistas à preservação de um núcleo de sentido da norma, mas em um modelo que permite – para toda regra – uma recondução à seara dos princípios, substituindo-se a ponderação já efetuada pelo legislador por uma ponderação “constitucional” do intérprete.

O problema é que, na admissão da primeira interpretação, a ideia de ponderação (na presença de uma regra) se converteria em algo mais singelo. Estar-se-ia em terreno sinuoso, não se olvida, mas já previsto e trabalhado, por exemplo, pelo positivismo jurídico de Hart, para quem as regras, em determinados casos, exigem uma ponderação à luz das circunstâncias⁵⁶:

“A textura aberta do Direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento humano nas quais muita coisa deve ser desenvolvida pelos tribunais ou autoridades administrativas, buscando-se, à luz das circunstâncias, um equilíbrio entre os interesses em conflito, cujo peso varia em cada caso”.

É dentro desse contexto trabalhado por Hart, em consideração à “textura aberta” do Direito, à indeterminação da linguagem e à necessidade de reconstrução – pelo intérprete – do núcleo de sentido da norma, que surgem, entre outros, estudos sobre reduções ou extensões à luz da razão subjacente das regras, questões que se referem, em essência, à definição de campos de aplicação⁵⁷. O mencionado exemplo da audiência,

⁵⁶ No original: “The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case”. HART, H.L.A. Op. cit. p., 35.

⁵⁷ Nesse sentido, ver SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. Nas palavras de Schauer: “In this category the words do give an answer, but the answer seems unacceptable. At the extreme, the answer given by the words will simply appear absurd”. (p.163). Ver também SCHAUER,

se trabalhado dentro desse marco teórico, poderia ser classificado como uma exceção implícita, na medida em que o legislador não havia previsto um caso em que o cumprimento do dever definitivo conduziria, potencialmente, à morte do réu. A ponderação, nesse contexto, exerceria um papel importante (mas limitado⁵⁸) para a aferição de excessivas restrições a direitos e interesses em jogo, impedindo uma decisão substancialmente injusta.⁵⁹

A segunda interpretação, por sua vez, representaria um arbítrio injustificado, na medida em que não se realizariam sopesamentos no mesmo sentido da ponderação já efetuada pelo legislador, dentro de um marco de adequação do campo de aplicação da norma. Haveria, na verdade, a substituição da ponderação legislativa pela ponderação do julgador, refazendo-se o conflito entre direitos fundamentais, para fazer prevalecer – de modo universal e abstrato⁶⁰ – solução pretensamente cor-

Frederick. *Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 37.

⁵⁸ Uma crítica interessante ao uso da ponderação nestes casos é formulada por Garcia Amado, para quem a parte mais importante da fundamentação não está na aferição de proporcionalidade entre os princípios. O autor entende que a escolha dos princípios em jogo depende de uma definição anterior acerca da *ratio* da norma. Seria nesse momento que a prevalência de um princípio sobre outro estaria definida. Ver GARCIA AMADO, Juan Antonio. El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. Robert Alexy: *Derechos Sociales y Ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 259.

⁵⁹ Não se pode ignorar que, dentro da concepção de Alexy, é a pretensão de correção que funda a exigência dessa operação de abertura de uma exceção à regra, não a discricionariedade hartiana em torno da “textura aberta” do Direito. Sobre a pretensão de correção, ver ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ªed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 208.

⁶⁰ Uma objeção a essa generalidade e abstração da “nova” ponderação efetuada pelo intérprete, que cria outra regra para a resolução do caso, poderia ser levantada suscitando-se o particularismo das decisões judiciais, que – nesse sentido – não teriam eficácia *erga omnes*; ou seja, a regra legal (sem a

reta ou adequada à luz dos princípios constitucionais.

Diante das duas interpretações expostas, no que concerne ao modelo de superabilidade de regras por princípios, é possível concluir que Alexy não chancela expressamente o segundo modo apresentado e, de fato, cuida – ainda que sem muita profundidade – do primeiro. Contudo, mesmo que se entenda que a ponderação de princípios não fornece um esquema geral para a reconstrução de regras a partir de princípios, mas apenas se converte em um instrumento para o estabelecimento de exceções implícitas, transformando regras estritas em comandos *prima facie* (sujeitos a exceções)⁶¹, é preciso constatar que a prática judicial tem absorvido o segundo modo.

2.2. DESVIOS NO USO DA PONDERAÇÃO: DAS EXCEÇÕES IMPLÍCITAS ÀS “REPONDERAÇÕES”

Quando se efetua uma ponderação entre princípios, na presença de uma regra, deixa-se de aplicá-la para fazer incidir a Constituição? A pergunta é levemente capciosa; e isso justa-

ponderação judicial) seguiria valendo. Essa objeção, apesar de estar correta quanto ao ponto da eficácia, desconsideraria o dever de universalidade que devem possuir as decisões judiciais. Em outras palavras, se o juiz faz uma ponderação que exclui a ponderação legislativa, substituindo-a, deve aplicá-la a todos os casos que possuam as mesmas propriedades, universalizando a decisão. Aliás, essa é uma preocupação central de Robert Alexy. Ver ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ªed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 262. É exatamente por isso que a ponderação resulta em uma regra, a permitir a realização da universalidade.

⁶¹ A leitura de Thomas Bustamante é exatamente esta: Alexy está tratando de decisões *contra legem* como exceções implícitas. BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*. Direito, Estado e Sociedade, nº. 37, jul/dez de 2010, p. 174. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=200&sid=19>

mente pela aceitação da premissa que inicia a segunda parte deste trabalho: as regras nascem de um compromisso entre princípios. Em outras palavras, isso quer dizer simplesmente que também pondera o legislador; e pondera, frise-se, à luz da Constituição. Também é por isso que se justifica a existência da jurisdição constitucional, para controlar se a norma infraconstitucional é válida a partir dos princípios e regras contidos na Constituição. Substituir uma ponderação por outra (esta, judicial) apenas por julgá-la mais condizente com os princípios constitucionais, sem verificar nenhuma incompatibilidade com a Constituição, é ignorar – entre outras coisas – o pressuposto de que o legislador também configura princípios. Entendamos o problema a partir de um exemplo.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, há uma regra⁶² que estipula um limite para a realização de empréstimos consignados em folha de pagamento: o servidor estadual não pode, na soma dos descontos facultativos (empréstimos, financiamentos, etc.) e obrigatórios (imposto de renda contribuição previdenciária, etc.), ultrapassar o limite de 70% de sua remuneração bruta; ou seja, a norma protege 30% da remuneração mensal. O Tribunal de Justiça local consolidou entendimento em harmonia com o referido decreto⁶³. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, em recente posicionamento, compreendeu que ao caso devem incidir os princípios da dignidade da pessoa

⁶² Art. 15 do Decreto Estadual n. 43.337/04 (com redação dada pelo Decreto Estadual n. 43.574/2005): “A soma mensal das consignações facultativas e obrigatórias de cada servidor não poderá exceder a setenta por cento (70%) do valor de sua remuneração mensal bruta”.

⁶³ Trata-se de entendimento amplamente majoritário. Ver: TJ/RS, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70044641876, Rel.: José Luiz Reis de Azambuja, j. 14.11.2012; TJ/RS, 20ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70027898725, Rel.: Carlos Cini Marchionatti, j. 07.11.2012; TJ/RS, 16ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70051746816, Rel.: Paulo Sérgio Scarparo, j; 29.11.2012; TJ/RS, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70031901374, Rel.: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 27.09.2012.

humana e do mínimo existencial, invertendo-se os percentuais: o correto deve ser a proteção de 70% da remuneração do servidor, deixando-se apenas a margem de 30% para a efetivação dos descontos facultativos, o mesmo patamar de que dispõem os servidores federais e os celetistas⁶⁴.

Ora, está claro que a legislação federal estabelece um percentual e a legislação estadual outro. A Constituição, todavia, não chancela uma relação de hierarquia entre os entes federados; pelo contrário, observadas as regras de competência, há autonomia federativa para legislar, administrar e governar. O que não está respondido nos precedentes do STJ que tratam da matéria é a razão pela qual o Estado do Rio Grande do Sul não poderia estabelecer limite distinto para a soma dos descontos facultativos. Há um patamar objetivo obtido de uma leitura constitucional? Está-se a aplicar os 30% da legislação federal porque estes protegem “mais” a dignidade humana? Não poderia o Estado do Rio Grande do Sul, no exercício de sua competência constitucional, protegê-la “menos”, ampliando a margem de liberdade contratual para o uso da autonomia da vontade? Existe uma “meta-regra” que determina que, havendo conflito entre normas editadas em âmbitos de competência distintos, prevalece a mais protetora⁶⁵?

⁶⁴ STJ, Segunda Turma, REsp n. 1284145/RS, Rel.: Ministra Diva Malerbi, j. 13.11.2012.

⁶⁵ Uma das linhas de argumentação ventiladas no STJ trata de uma eventual aplicação subsidiária da norma federal quando silente a norma estadual. Sustenta-se, nessa concepção, que o fato de a norma estadual limitar os descontos obrigatórios e facultativos de forma conjunta, sem diferenciá-los, atrairia a aplicação da norma federal, que limitaria apenas os descontos facultativos. No entanto, em princípio, essa interpretação parece insubsistente, porque a regra estadual não silencia (Ver nota de rodapé n. 60). Supondo-se “D_o” os descontos obrigatórios e “D_f” os descontos facultativos, tem-se que a regra estadual proíbe que a soma de ambos ultrapasse 70% da remuneração mensal. Ora, se “D_o” corresponder a 20% da remuneração; por óbvio, “D_f” apenas pode corresponder a 50%, pois 30% da remuneração deve ser protegida. A interpretação do STJ parece esquecer que os descon-

Ressalte-se que não há – no caso – identificação de exceção implícita alguma. Há uma “reponderação”. Uma tentativa de explicar a decisão à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy poderia expor uma situação de conflito. O princípio da autonomia da vontade colide com o princípio da preservação do mínimo existencial; a regra estadual confere peso excessivo ao primeiro princípio, e há razões para que se confira maior peso ao segundo – o que justifica o afastamento do comando legislativo por razões de proporcionalidade. De novo, não se cuida de abrir exceções, mas de substituir juízos de ponderação, de construir uma regra totalmente nova para uma classe de casos determinada.

A situação pode ficar ainda mais curiosa. Em um determinado julgado, de primeira instância⁶⁶, o magistrado resolveu conferir peso maior ao princípio da autonomia da vontade e inaplicar a regra estadual – mas, note-se, não para otimizar mais os princípios do mínimo existencial e da dignidade humana. O intérprete compreendeu que permitir a limitação dos empréstimos voluntariamente firmados pelo servidor seria compactuar com uma prática paternalista e de calote contra as financeiras, como se o indivíduo (ao pedir o empréstimo e depois reclamar do excesso em juízo) se beneficiasse de sua própria torpeza. Uma tentativa de explicar a decisão à luz de pesos conferidos aos princípios poderia descrever o seguinte: a autonomia da vontade prevaleceu em relação à dignidade humana, de modo que os princípios que sustentam a liberdade econômica e de contratar tiveram maior peso na hipótese concreta.

Em nenhum dos casos, sublinhe-se, houve decisão sobre

tos compulsórios são descontos legais e, portanto, reservam seu espaço na folha de pagamento antes e com preferência aos facultativos. Isso está contido no próprio artigo 45 da Lei Federal n. 8.112/90. Ver STJ, Quarta Turma, REsp n. 1169334/RS, Rel.: Luis Felipe Salomão, j. 23.08.2011.

⁶⁶ 4ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS. Processo n. 001/1080013166-9, Julgador: Fernando Carlos Tomasi Diniz, j. 28.07.2009.

a validade da regra estadual; sequer cogitou-se uma menção à inconstitucionalidade. O uso dos princípios não serviu para abrir exceções, mas para refazer a ponderação a gosto do aplicador. E o que se extrai disso não pode ser que, em um caso, o juiz ponderou bem e, em outro, ponderou mal. Simplesmente não havia o que ponderar, a menos que se apontassem razões que (1) conduzissem à invalidade da regra ou (2) justificassem uma exceção implícita, na medida em que a aplicação – dada alguma particularidade do caso – levasse a um resultado inaceitável, inconstitucional ou avesso à razão subjacente da norma.

Essa prática judicial, que se traduz em um desvio ou excesso da doutrina da ponderação, simplesmente impede qualquer frustração ao aplicador, como se a lei não limitasse a sua discricionariedade (ou mesmo arbítrio) para reconstruir a regra a partir de uma ponderação em sentido diverso. A lei representa, nesse sentido, um tema simplesmente transitório⁶⁷, submetido ao juízo de sopesamento do intérprete, que, por sua vez, atribui a si uma capacidade ponderadora que nega ao legislador. Ademais, está-se, nessa linha, a ignorar os limites fornecidos pelo texto. A presença de regras incidentes exclui determinadas razões no momento da interpretação⁶⁸, pois a subsunção – em seu aspecto formal – exige o encaixe de uma hipótese fática na condição de aplicação da norma; e essa condição já contém os argumentos que devem ser considerados na interpretação.

Em outras palavras, descabe falar em autonomia da vontade quando existe uma regra determinando um limite percentual de descontos na folha de pagamento do servidor. O texto normativo exclui determinados argumentos, por mais relevan-

⁶⁷ JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – Strengths & Weakness. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 166.

⁶⁸ A respeito das propriedades das regras, ver LAPORTA, Francisco. *El Imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007, p. 83.

tes que pareçam ser.⁶⁹ Nas palavras de Hage e Peczenick, “*se uma regra é aplicável ao caso, ela determina as consequências do caso. Não há necessidade de ponderar razões contributivas e princípios, portanto, tornam-se irrelevantes*”⁷⁰. Princípios, nesse contexto, exercem um papel para criar eventual exceção à regra⁷¹ – nada mais.

A título de conclusão desta última parte, observe-se que foi apresentado, aqui, o problema da inaplicação de uma regra para a incidência de princípios, sem relação alguma com a ideia de regras *prima facie* e de exceções implícitas. Ainda que isso pareça ser (e é) um desvio da própria doutrina da ponderação, é preciso ressaltar dois aspectos nucleares, que talvez expliquem o fenômeno: (1) a aparência de objetividade da ponderação entre princípios (no sentido “puro” exposto na primeira seção) contribui para que se realizem ponderações também aparentemente objetivas no âmbito das regras; (2) a resolução de conflitos entre regras e princípios, da maneira apresentada por Alexy, vinculando o estabelecimento das exceções sempre a uma relação de peso entre direitos fundamentais (2.1) remete

⁶⁹ Nesse sentido, ver SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption & Legal Text. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 311.

⁷⁰ Nas palavras dos autores: “If a rule applies in a case, it determines the consequences of the case. There is no need to balance contributive reasons, and principles therefore become irrelevant”. HAGE, Jaap; PECZENICK, Aleksander. *Law, Morals and Defeasibility*. Ratio Juris, v. 13, n. 03, 2000, p. 307.

⁷¹ Isso porque (e este aspecto é muito importante!) as exceções implícitas guardam dependência com um núcleo de sentido da norma, com a ponderação efetuada pelo legislador. Quando se estabelece uma exceção, é porque há razões para afirmar que a situação fática não se encaixa na razão subjacente da norma. Em suma, o mais importante é definir essa *ratio*, a finalidade, pois disso depende o estabelecimento de uma exceção implícita. A “ponderação” que ora se critica não tem preocupação com razões subjacentes, tampouco com os limites textuais, nem representa a manutenção do caráter universal da regra.

à objetividade antes referida e (2.2) chancela a falsa ideia de que se está (ao ponderar em sentido contrário ao do legislador) inaplicando uma regra infraconstitucional para aplicar a Constituição.

Nesse sentido, é preciso questionar as vantagens de transportar a ponderação de princípios para a seara das regras, reconstruindo-se o mais singelo comando – caso a caso – à luz de uma relação de peso entre direitos fundamentais⁷². Este capítulo mostrou que desvios nesse caminho podem ser comuns e que a ponderação pode se transformar em pretexto⁷³ para a inaplicação de regras, desconsiderando-se limitações do texto normativo, a própria legitimidade do legislador e, além disso, as regras formais de competência, convertidas à dimensão de peso.

CONCLUSÃO

Este breve escrito, talvez não tão breve como se gostaria e não tão profundo como se ansiaria, limitou-se a uma relação

⁷² “Que la Constitución es Derecho, que todo el ordenamiento a ella está subordinado y de conformidad con ella debe interpretarse, que la ley contraria a la Constitución es inválida, que los españoles tenemos derechos fundamentales porque son derechos constitucionales, todo ello es, por ventura, una realidad en España a partir de 1978. Ahora bien, que la Constitución desplace a la ley de manera que problemas de arrendamientos urbanos, de operaciones bancarias, de disciplina urbanística, de contratación laboral, de seguridad social, de contratación administrativa, etc., hayan de resolverse aplicando la Constitución, como si éste fuese la única disposición normativa de nuestra Nación y en ella se contuviesen las reglas resolutorias de todos los conflictos, parece, cuanto menos, improcedente”. ARAGÓN REYES, Manuel. *El juez ordinario. Entre legalidad y constitucionalidad*. In: La vinculación del juez a la ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1997, p.194.

⁷³ GARCIA, AMADO. Juan Antonio. Derechos y Pretextos. Elementos de Crítica al Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007, p. 244.

entre descrição/discussão que, espera-se, deixa muitas dúvidas pelo caminho. Precisamente, esse era o objetivo – inclusive – anunciado. Se a ponderação de princípios mostra limitações importantes, isso se deve mais ao que pretende ser (e ao que acham que ela é) do que propriamente ao que ela pode ser ou ao que efetivamente é.

Evidentemente, as descrições são arriscadas; as discussões, mais ainda. Mas algumas coisas são importantes de retomar nestas considerações finais e o fazemos de modo sistematizado:

- 1) A ponderação de princípios, quando ausente regra aplicável, é um importante instrumento para a verificação de relações de prevalência entre direitos fundamentais, sobretudo porque exige fundamentações acerca de intensidades de importância e intervenção dos princípios em conflito.
- 2) O método da ponderação, no entanto, apesar de explicar o que está em jogo na fundamentação, não é um instrumento que garante objetividade e segurança, apesar de Alexy dar essa aparência com a fórmula do peso e com a (pretensiosa, talvez) afirmação de que a ponderação segue as regras da aritmética. Por isso, sua capacidade orientadora é limitada.
- 3) Quando incidente uma regra ao caso, a ponderação merece olhar mais cauteloso, sob pena de se estar não a identificar exceções implícitas, com manutenção da universalidade da regra, mas a efetuar ponderações divorciadas do texto normativo e da própria consideração ao legislador democrático, olvidando-se que as regras nascem de uma ponderação de princípios constitucionais. Isso justifica repensar a transposição das relações de peso para o âmbito das regras⁷⁴.

⁷⁴ Karl Larenz, ao descrever a doutrina da ponderação, restringe sua aplicação quando inexistente regra incidente. Ver LARENZ, Karl. *Metodología*

- 4) Uma modificação na regra (não pela exceção) a partir de uma ponderação de princípios apenas estaria justificada se a ponderação “pura” oferecesse alguma objetividade, como estrutura; todavia, trata-se de um instrumento que possui diversas restrições e limitações, devendo-se respeitar, assim, os espaços de configuração do legislador.

Uma objeção a este trabalho poderia apontar uma pretensão de segurança, de amarras ao juiz que o Direito não pode alcançar. A resposta a essa imaginária crítica constitui a inquietação deste artigo. Não é a segurança das regras, por exemplo, que se busca, mas a segurança de que não se está a aplicar o inseguro como se seguro fosse. Em palavras mais simples: conferir a um método, a uma estrutura, o tamanho que ela não tem ou a objetividade que ela não garante – como se garantisse – não apenas é um problema para a segurança jurídica, mas um grande problema para questões de legitimidade democrática, arbítrio e escolha pública⁷⁵.

A ponderação apenas ocupará uma posição relevante quando identificarmos a sua efetiva utilidade; ou seja, quando a doutrina souber posicioná-la onde ela pode atuar e emprestar capacidade de orientação. Nos casos em que ela constituir pretextos para nada mais que a imposição de concepções de justiça próprias do aplicador, não apenas se estará a deslegitimá-la como método, mas a converter o Direito em algo que ele não deve ser: um conjunto de normas de caráter exclusivamente

de la Ciencia del Derecho. Barcelona: Ariel, 2001, p. 409.

⁷⁵ Há inúmeras concepções de justiça nas sociedades atuais. Todos divergem sobre o que é ou não justo e a existência da lei, da regra, evidencia no mínimo duas coisas: o desacordo, na medida em que – se houvesse acordo generalizado – de regra não se precisaria; a presença de uma decisão legítima da comunidade a respeito de determinada controvérsia. Sobre essa reflexão, ver WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 37.

*prima facie*⁷⁶. Sequer Alexy admitiria essa hipótese.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ªed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- _____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Comments & Responses. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ARAGÓN REYES, Manuel. El juez ordinario. Entre legalidad y constitucionalidad. In: *La vinculación del juez a la ley*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1997.
- ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel, 2004.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁷⁶ Leia-se: sem pretensão de definitividade. Ainda que as regras necessitem, por óbvio, de interpretação, pretendem decidir um conflito de modo distinto que os princípios; estes sim, dotados de caráter *prima facie*.

- _____. *A distinção entre regras e princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo 215 (1999).
- BAYÓN, Juan Carlos e RODRIGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, 2003.
- BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*. Direito, Estado e Sociedade, nº. 37, jul/dez de 2010, p. 174. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=200&sid=19>.
- DA SILVA, Virgilio Afonso. *Princípios e Regras: mitos e equívocos de uma distinção*. Revista Latina de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630.
- _____. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978.
- _____. *Law's Empire*. London: Fontana Masterguides Editor: London, 1986.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?* Isegoría, No. 35 (2006), pp.151-172.
- _____. *Derechos y Pretextos. Elementos de Crítica al Neconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- _____. *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*. Robert Alexy: *Derechos Sociales y Ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007
- GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.
- _____. *Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique*. *Analisi i diritto*, 2007.

- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambrigde, Massachussets: The MIT Press, 1998.
- HAGE, Jaap; PECZENICK, Aleksander. *Law, Morals and Defeasibilty*. Ratio Juris, v. 13, n. 03, 2000.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Second Edition. New York: Clarendon Press, 1994.
- JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – Strenghts & Weakness. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LAPORTA, Francisco. *El Imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- MORESO, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.
- PECZENICK, Alexander. *Derecho y Razón*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000.
- PULIDO, Carlos Bernal. Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy. In: MONTEALEGRE, Eduardo. (Coord.). *La ponderación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon, Press, 1991.
- _____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- _____. Balancing, Subsumption & Legal Text. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason. The Jurispru-*

dence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012.

WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. New York: Cambridge University Press, 1999.