

UMA ARQUEOLOGIA DA REGRA DA PONDERAÇÃO: DE ERNST STAMPE À ROBERT ALEXY

PAULO HENRIQUE GUILMAN TANIZAWA¹

RAFAEL FERNANDES CALDEIRÃO²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. O ESTATUTO DO MÉTODO NA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO NOS ESTADOS MODERNO E CONTEMPORÂNEO. 3. A TEORIA DO DISCURSO DE ROBERT ALEXY E O MECANISMO DA PONDERAÇÃO. 4. AS DIVERSAS FACETAS DA PONDERAÇÃO: ENTRE STAMPE E ALEXY. 5. A PONDERAÇÃO NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: A investigação teórica ora conduzida colima descortinar a construção histórico-institucional do fenômeno discursivo da Ponderação. Partiu-se da questão do estatuto do método como instrumento de implementação do Direito na Sociedade Moderna, perpassando pelas escolas clássicas da jurisprudência alemã e francesa até atracar na efetivação da Ponderação como mecanismo de racionalização do Direito, durante a jurisprudência dos valores alemã, por meio da Teoria de Robert Alexy. Dessa forma, tem-se a confecção dos alicerces teóricos do presente trabalho, viabilizando, portanto, seu objetivo principal: analisar a evolução teórica do mecanismo da ponderação, assim como promover um cotejo entre as idiosincrasias de cada modelo aplicado ao trilhar da história. O método empregado nesta investigação reveste-se em uma roupagem

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de Processo Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). E-mail: paulohenrique.guilmant@gmail.com.

² Especialista em Direito Penal Econômico e Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). E-mail: caldeirao.gtc@gmail.com.

qualitativa, que, por seu turno, congrega a revisão de farta bibliografia pautada em escritos confeccionados por Robert Alexy e, igualmente, seus comentadores. Colimando, diante do aludido método, desvelar as características que assinalam a marca da ponderação em cada marco temporal da Teoria do Direito.

PALAVRA-CHAVE: Método. Ponderação. Princípio da Proporcionalidade.

AN ARCHEOLOGY OF BALANCING RULE: FROM ERNST STAMPE TO ROBERT ALEXY

ABSTRACT: The theoretical investigation conducted aim to, preliminarily, uncover the historical-institutional development of the Balancing's discursive phenomenon. It has been assumed that the method is an implementation tool of Law in Modern Society, running through classical schools of german and french jurisprudence until it reaches the Balancing's effectiveness as a rationalisation mechanism of Law through Robert Alexy's Theory. Accordingly, there's the elaboration of the theoretical foundation of this project, enabling, therefore, its main goal: to analyze the theoretical evolution of the weighting mechanism, as well as to promote a comparison between the idiosyncrasies of each model applied to the course of history. The method employed in this investigation takes on a qualitative guise, which, in turn, brings together a review of a rich bibliography based on writings made by Robert Alexy and, likewise, his commentators. Collimating, in the face of the aforementioned method, unveiling the characteristics that mark the weighting mark in each time frame of the Theory of Law.

KEYWORDS: Method. Balancing. Proportionality principle.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem, em síntese, como objetos de estudo e investigação: as ferramentas teóricas que deram guarida à evolução do mecanismo da ponderação, para, conseqüentemente, promover um cotejo amiúde entre as idiosincrasias que conceberam cada modelo aplicado ao trilhar da história, os

quais foram forjados, em fundamento, sob a égide das premissas do arquétipo estatal vigente.

Preliminarmente, cumpre registrar, desde já, à título elucidativo, que em situações de colisão principiológica, a Teoria Geral do Direito – pós 1945 - dispõe de alguns mecanismos teóricos para dirimir o referido choque, dentre os quais, a doutrina, os Tribunais Brasileiros e até supostamente o Código de Processo Civil de 2015, elegeram - como instrumentos para mitigação de tensão entre princípios constitucionalmente válidos - a Teoria procedimental de Robert Alexy, popularmente, conhecida apenas como “ponderação”.

A sua utilização tem sido demasiadamente marcante e questionável. Das aulas de Direito à sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, a “ponderação” tem ocupado um importante espaço para a (não) efetivação de Direitos Fundamentais.

Isto demonstra como uma questão antes vinculada somente à Teoria Geral do Direito, acaba, por fim, trazendo uma repercussão expressiva nas demais áreas do Direito. Interessante notar como a Teoria Geral do Direito foi, por um longo período, tratada como uma seara complementar doutras matérias presentes nos currículos acadêmicos. Todavia, quase como uma virada copernicana, tais discussões vinculadas à Teoria do Direito – que eram debates matriculados no espaço acadêmico e nas discussões abstratas - vêm se tornando protagonistas nos litígios estratégicos que tramitam no Poder Judiciário.

De mais a mais, o Brasil foi – até o momento da edição deste estudo - o único país que positivou o procedimento da Ponderação, embora a forma como a legislação o projetou ainda dá azo para a inserção de subjetivismos demasiados do julgador, uma vez que a Lei não balizou, de forma técnica, qual a forma de aplicação daquilo que ela chama de “critérios gerais de ponderação”. Isso descortinou quão necessário e demandado será o conhecimento e manejo da referida corrente teórica alemã, posto que ao ocorrer uma “colisão entre normas” (sic), a prolação da sentença estará condicionada a tais elementos.

Contudo, cumpre advertir que o termo “normas” empregado pelo Legislador no artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, viabilizará, outrossim, e de maneira paradoxal, uma *Ponderação de Regras*, de sorte que Regras são textos normativos, textos estes que confeccionarão – dependendo de cada caso concreto – um programa normativo, ou seja, a norma. Logo, pode-se ponderar Regras, algo que não é recepcionado pela Teoria de Robert Alexy, está-se, portanto, diante de uma potencial omissão técnica do Parlamento, que poderá: I) ocasionar um canal autorizativo – por meio de uma razão de segunda ordem (Raz) - para relativização do teto hermenêutico das Regras, inserindo a razão prática do julgador; II) restar à construção jurisprudencial o sentido, bem como os parâmetros para tais “critérios gerais de ponderação”.

A máxima da proporcionalidade tem sido utilizada em decisões judiciais de forma recorrente, do primeiro grau de jurisdição à Corte Constitucional. Porém, em grande parcela das vezes, este procedimento não é efetuado de maneira correta e acaba, ao fim, desempenhando o papel similar a um artifício retórico, que viabiliza a inserção de prejuízos inautênticos do julgador no processo compreensivo do caso sub judice.

2 O ESTATUTO DO MÉTODO NA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO NOS ESTADOS MODERNO E CONTEMPORÂNEO

Tem-se como manancial histórico desse capítulo, as discussões filosóficas versando sobre a confecção de métodos como fio condutor da filosofia ou da ciência (do Direito), para tanto, cumpre salientar que o cotejo conceitual acerca do tema foi um objeto estudado por inúmeras correntes filosóficas, dentre tais, salienta-se a hermenêutica de Wilhelm Dilthey, a qual propôs a construção do método como capitaneador – projeção esta, também, inserida no fenômeno

do Direito - alinhado ao âmbito das cognominadas “ciências humanas ou do espírito” (*Geistwissenschaften*)³.

Nada obstante a isso, esta questão explicitará uma certa polaridade existente entre a manifestação metodológica semeada em um terreno rigorosamente científico e o imaginário social vinculado aos fenômenos que circundam o *ser*, este imaginário é, tradicionalmente, nominado como *senso comum*⁴.

No entanto, com o caminhar histórico da humanidade, nota-se que o discurso metodológico avoca-se como um fator unificador do debate que gravita sobre o método, de sorte que a clivagem científica propiciada nos últimos séculos e somada a emergência constante de técnicas científicas com o advento do *Iluminismo*, tais fatos criaram um quadro de instabilidade metódica na criação científica/filosófica, deste modo, o discurso metodológico vem no afã de pacificar este *estado de natureza epistêmico*⁵.

O corolário desta postura teórica atingirá o desenvolvimento das mais diversas áreas do Direito, posto que a regulamentação metodológica cientificamente irresoluta constituirá um contexto lastreado por produções acadêmicas enrijecida através de uma linguagem meramente instrumental⁶, entretanto, a situação piora quando publicações deste jaez adquirem uma presença volumosa nas bibliografias acadêmicas.

Assim, as fileiras acadêmicas permitirão a ascensão de uma *muralha epistemológica*, a qual separará o jurista de uma verdadeira possibilidade de se visualizar um denominador comum que recepcione a universalidade do mundo

³ DILTHEY, Wilhem. **Introdução às ciências humanas: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história**. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 40.

⁴ WARAT, Luís Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. In. *Sequencia*, V. 03, n. 05, 1982, p. 52-53.

⁵ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 383.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 167-168.

jurídico, ou seja, a construção de uma Teoria Geral do Direito hermeneuticamente correta.

Com efeito, esta confecção científica rígida, dará azo para a já conhecida figura dos “especialistas”, uma vez que estes personagens dominam, profundamente, as respectivas searas, todavia, de forma paradoxal, apresentam dificuldades abissais para dialogar acerca de questões vinculadas a fundamentos econômicos, sociais e políticos que influem no fenômeno do Direito. Isto posto, conclui-se que é corriqueira a agrura de grande parcela dos juristas em implementar um canal de acesso que abarque o fenômeno jurídico em uma totalidade.⁷

À vista disso, tem-se engendrada uma bifurcação teórica delineada da seguinte forma: I) evidenciação/consecução, logo em primeiro plano, de uma ciência do direito, deste modo, instaurar-se-ia uma teoria geral do direito que poderia dar azo ao ingresso do/no fenômeno jurídico; II) A criação, conforme a linha teórica de Larenz, de uma “*ciência dogmática do Direito*”⁸, cujo o desiderato conceitual entende-se a apreciação de casos judiciais que, serão dirimidos a partir desta ciência, assim sendo, torna-se objetivo do jurista encontrar a resposta de discussões jurídicas imersos em determinado contexto, e, com fulcro no *ordenamento jurídico determinado*.⁹

Embora, aparentemente, estes entendimentos se encontram pacificados, há de se indagar a definição de um método que, ao final, discipline a bifurcação acima relatada, desta maneira, exsurge a questão: O que é um método? Para se responder a indagação, está-se diante de um vasto rosário filosófico de possíveis respostas.

A Fenomenologia Hermenêutica/Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger constrói o método, por intermédio de uma compreensão etimológica grega, como seguinte significado: “o caminho pelo qual sigo uma coisa”¹⁰. Ao

⁷ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. cit.*, p. 390.

⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5 ed. Trad. José Lamego: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 22.

⁹ LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 23-24.

¹⁰ HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da Metafísica: Mundo – Finitude – Solidão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 98-99.

passo que, anterior à hermenêutica heideggeriana, a filosofia racionalista-cartesiana provocara uma (r)evolução copernicana neste contexto, de modo que conceituara, outrora, de forma radical, que o método seria uma partícula teórica atrelada a uma filtragem racionalista para determinada teoria/ciência central, assim sendo, haverá uma aplicação de estratégias epistemológicas que organizem o pensamento proposto (teoria/ciência central). Por conseguinte, o conhecimento extraído deste procedimento se dará através de fórmulas e asserções certas e inexoráveis.¹¹

Para além de uma mera conceituação de *método*, deve-se observar outras divergências teóricas que gravitam em torno deste termo, mormente, o nexo entre *método* e *metodologia*, exprimindo-se a ideia advinda deste cotejo: quanto ao *método*, não importa muito o seu lastro teórico, isto é, se advém da metafísica clássica ou moderna, uma vez que o *método* sempre construirá um agrupamento de mecanismos e procedimentos colimados a construção do objeto estudado.

Todavia, quanto ao conceito de *metodologia* revela-se uma espécie de faceta discursiva de aplicação do método, razão pela qual Larenz assevera que, “a metodologia é uma reflexão da ciência sobre sua própria atividade”¹², logo, a *metodologia* figura como a teoria provinda e destinada para o próprio *método*, assemelha-se a um caráter *metacientífico*. Encontra-se, à título exemplificativo, presente o conceito de *metodologia*, quando se cuida da aplicação do método dedutivo, ou seja, uma racionalidade dedutiva-lógica de determinados enunciados textuais situados em um arquétipo axiomático-dedutivo (conceito geral para particular).

Sem embargo, tem-se, outrossim, o método indutivo, cuja peculiaridade seria a construção de um conceito geral promanado de um evento pontual (conceito particular para geral). Observando todo o quadro relatado até o momento, a *metodologia* demonstrou-se como um mecanismo intentado a

¹¹ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. Maria Emartina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 32-33.

¹² LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 30.

discutir qual o melhor método a ser aplicado para se dirimir o problema posto (neste caso, se *indutivo* ou *dedutivo*).¹³

Conquanto, nesta quadra da história, tem-se apresentado uma metodologia jurídica de cariz vanguardista, de sorte que se propõe como estratégia de construção, dos sentidos do fenômeno do Direito, uma equalização existente entre o nexos do âmbito textual (sistema jurídico) e do âmbito fáctico-normativo (problema surgido). Esta corrente teórica é inaugurada pela metódica estruturante de Müller¹⁴.

Observando o retrovisor histórico-institucional da construção dos diálogos acerca da metodologia jurídica, percebe-se que esta vem com o objetivo de auxiliar o intérprete, trazendo-lhe critérios de interpretação e, mormente, no que se convencionou a chamar de hermenêutica jurídica.

Posto isto, a *metodologia* assenta-se a partir de inúmeras estratagemas empregados com o intuito de alçar a significação do texto normativo¹⁵. Cumpre salientar que, historicamente, a significação do texto legal tinha, um elo teórico, ora com teorias de evidências (*vontade do legislador*), outrora com teorias voluntaristas (*vontade da lei*).¹⁶

Nos últimos séculos, observa-se certa polarização metodológica ainda arraigada em vícios teóricos da Filosofia antiga e moderna, a qual se evidencia na oscilação da forma de aplicação do Direito pelo Estado, quais sejam:

I) a primeira linha, o Estado Moderno pautou-se a aplicação da Lei em uma metafísica ontoteológica/clássica essencialista-universalizante de jaez

¹³ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. cit.* p. 395.

¹⁴ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4ª ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 57-61.

¹⁵ Sob o prisma proposto pela linha teórica forjada pela Crítica Hermenêutica do Direito, compreende-se a relação entre texto-norma à luz dos dois teoremas fundamentais da Hermenêutica Filosófica de Gadamer, quais sejam: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico. Isto posto, vê-se que a corrente liderada por Lenio Streck maneja a confecção de um elo contencioso entre o âmbito e o programa normativo, com o intuito de elidir a cisão ou coadunação entre ambos os fenômenos, sob pena de incorrer em uma aporia metafísica de cariz de evidência ou voluntarista, a depender da relação existente entre *ente* e *ser*, sendo-os, respectivamente, o texto e a norma. Para maiores informações, *vide*: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 285.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 138-149.

aristotélico-tomista¹⁷, razão pela qual nota-se uma espécie de autofundação do ente para o ser, desconsiderando qualquer processo compressivo lastreado a partida de uma ontologia existencial, por natural consequência, percebe-se que o Direito, nessa quadra da história, se reduz ao simples enunciado textual constante no texto legal, ou seja, acaba reduzindo o Direito à Lei.

Esta postura cientificamente metodológica se fará presente, ainda, a partir do advento das grandes codificações europeias (*Code civil* de 1804 e *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900), capitaneadas pela escola da exegese francesa (Positivismo Exegético-legalista), da Jurisprudência dos Conceitos alemã¹⁸ (provinda da escola histórica e do positivismo pandectista) tendo como fio condutor um *conceitualismo-dedutivista*¹⁹.

II) a segunda linha, o Estado Moderno, sofrendo a sua primeira crise institucional em razão da Revolução dos Povos de 1850, inaugura uma nova forma de aplicação da Lei, a qual se fundamenta a partir de uma metafísica moderna de inclinação (neo)kantista, com presença marcante da sociologia, desta maneira, essa corrente foca mais em individualizar os eventos estudados, dando azo, pois, a evidenciação, pragmaticamente, de uma “realidade efetiva” em detrimento a abstração do texto legal²⁰. À vista disso, conclui-se que a segunda linha apresenta um certo teor *industivista*²¹, tem-se como principais escolas: escola do direito livre, jurisprudência dos interesses²², jurisprudência sociológica e o realismo jurídico norte-americano/escandinavo.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 479.

¹⁸ DANTAS, Marcus. **Jurisprudência dos Conceitos**. In.: BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de Filosofia do Direito. Editora Unisinos: São Leopoldo. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 483-485. Além disso, ressalta-se: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 103-107.

¹⁹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.* p. 397-398.

²⁰ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. cit.* p. 396

²¹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. cit.* p. 398.

²² BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de Filosofia do Direito. Editora Unisinos: São Leopoldo. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 485-489. Além disso, ressalta-se: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 109-114. Cumpre ainda registrar, que a Jurisprudência dos Interesses congregou um plexo de três fases de seu desenvolvimento, respectivamente, sendo-o a ascendência, auge e queda dessa linha de pensamento, a despeito de ter sido uma corrente sobejamente controversa, ela conseguiu colocar novas tonalidades na roupagem positivista vigente à época, posto que se tratava ainda de um modelo meramente descritivo, isto é, a Teoria do Direito – bem como o

III) A terceira linha exsurge no momento pós-segunda guerra, há de se salientar desde já que essa corrente traz consigo uma alta carga axiológica, uma vez que ela pretendia – à época – superar a *jurisprudência dos valores* nacional socialista de Heinrich Lange, que, por seu turno, cultuava em seus escritos a imposição dos ideias nazista como canal de superação do imbróglio metodológico ocasionado pela polarização derivada do embate entre *Jurisprudência dos Conceitos* e *Jurisprudência dos Interesses*, isto é, as duas correntes acima descritas²³.

Destarte, essa última corrente apegar-se-ia, em um primeiro plano, a uma legitimidade – que não detinha critérios ou alguma forma de metodologia correlata – para o julgador empregar fatores morais como mecanismo para correção de supostas imperfeições de decisões legislativas vinculantes. Essa

julgador - estavam incumbidos de investigar o que o Direito “é”. O Direito era a Lei, sendo-a a responsável por manifestar a vontade do povo (*Volksgeist*). Imutável e expressa pelo legislador. Contudo, com o advento da *Jurisprudência dos Interesses*, tal fator acaba sofrendo uma reviravolta, uma vez que a atividade do julgador não era mais apenas descrever o Direito, mas sim efetivar uma espécie de *abordagem crítico-valorativa* do fenômeno jurídico. Portanto, possível depreender que – nesse momento histórico - a Teoria do Direito, em certo grau, elidiu significativamente os enunciados meramente descritivos, dando azo para o ingresso de proposições valorativas no âmbito de julgamento do juiz. À título de curiosidade, nota-se, ainda, a presença arraigada de uma espécie de jogo metafísico na relação entre Direito e Teoria da Decisão Judicial, no qual há um oscilação circular e periódica entre o Sujeito (julgador) e Objeto (Direito), ou seja, ora o Direito torna a sua faceta para uma metafísica clássica de relação objeto-sujeito, que acaba impondo aquela figura do *juiz-boca-da-lei*, outrora o Direito sofre quase que *turning point*, tonando-se, agora, um fenômeno lastreado por um horizonte metafísico moderno delineado pela relação sujeito-objeto de natureza voluntarista.

²³ RÜCKERT, Joachim. **Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional**. Trad. Thiago Reis. In. Revista Direito GV, v. 14, n. 1, jan-abr 2018, p. 240-267.

primeira fase foi chamada de *Jurisprudência dos Valores*²⁴, cujo precursor maior fora Gustav Radbruch, responsável por instituir a *Fórmula de Radbruch*²⁵.

Nada obstante a isso, e levando em consideração essa inexistência de qualquer critério racional para a contenção de discricionariedade judicial no emprego da Fórmula de Radbruch, Robert Alexy, no afã de elidir a latente subjetividade do julgador, bem como atribuir ares de racionalidade a essa corrente, inaugura a sua Teoria Discursiva-procedimental do Direito²⁶.

3 A TEORIA DO DISCURSO DE ROBERT ALEXY E O MECANISMO DA PONDERAÇÃO

²⁴ Com a retomada da normalidade institucional na Alemanha no momento pós-segunda guerra mundial, os países vencedores do conflito – a coalizão dos aliados – procurando criar instrumentos institucionais rígidos para controlar e fiscalizar a possível nova ascensão do nazismo, outorgam à República Federativa da Alemanha um texto normativo que, para efeitos teóricos, se equipara a uma Constituição, chamaram-no de *Lei Fundamental (Grundgesetz)*. Ela consagra regras e princípios que atendiam estritamente aos interesses dos países aliados, ou seja, não houve a execução de um processo institucional interno para instituir o Poder Constituinte autônomo e constituído por nacionais, para promover a manifestação legítima do povo, relegaram as vontades, anseios e valores da sociedade, sob o fundamento de que o corpo social ainda estava imbuído em ideais nazifascistas, fato que poderia se tornar impeditivo para a implementação de um Estado Democrático. Dessa forma, a *Jurisprudência dos Valores* surge como um *establishment* face ao *status quo* vigente na época, de modo a procurar estratégias teóricas para driblar o texto constitucional imposto pelos países vencedores. Para tanto, a comunidade jurídica germânica precisava forjar algum arranjo teórico que fosse capaz de afastar o teor normativo estrito e inserir fatores morais da sociedade alemã, ou seja, iniciou-se uma intensa investigação colimando descortinar as implicações e consequências existentes entre o Direito e os conceitos *realidade* e *valor*, *natureza* e *cultura*. Assim, inaugurava-se a famigerada *Jurisprudência dos Valores* ou *Jurisprudência da Valoração*, a qual tem como precursor Gustav Radbruch. DUTRA, Jeferson Luiz. **Jurisprudência dos Valores**. In.: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Editora Unisinos: São Leopoldo. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 492. Além disso, ressalta-se: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 115-118.

²⁵ A *Fórmula de Radbruch*, em síntese, envolve dois fatores fulcrais, sendo-os: a finalidade do Direito e o conceito de justiça aplicado. À vista disso, consoante delineamento traçado por SCHOLLER (2009): *o conceito de justiça de Radbruch não é positivista, já que a norma somente pode ser vista como Direito quando a justiça pelo menos é intencionada. (...) Como a ideia de finalidade ele entende o direito do bem geral ou a justiça social. Aqui se mostra uma tensão entre a segurança do direito e a justiça, ou seja, dois postulados que têm o mesmo peso. Radbruch tenta a solução por intermédio da consciência individual, ou seja, por uma decisão subjetiva, que impede a obediência no caso de uma Lei Vergonhosa (Schandgesetz), ou seja, uma lei contrária à consciência. Ele se apoia aqui na consciência individual e nega um direito à resistência*. Para maiores informações, vide: SCHOLLER, Heinrich. **RADBRUCH, Gustav, 1878-1949**. In.: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Editora Unisinos: São Leopoldo. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 686-687. Em consequência, ao que Radbruch chama de “Lei Vergonhosa”, pode-se extrair a forma de operacionalização de sua *Fórmula*, que consiste em uma frase, qual seja: Lei Injusta não é Lei. Logo, vê-se a presença marcante de elementos axiológicos no balizamento teórico de Radbruch, posto que o conceito de Justiça – até a atualidade – ainda persiste indefinido.

²⁶ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**. A Structural Comparison. In. *Ratio Juris*. Vol 16. Nº 4, December, 2003, p. 450.

Por se tratar de um campo teórico vasto, elegeu-se na pesquisa ora desenvolvida em discutir, estritamente, acerca do método da ponderação. Porém, é imperativo chamar a colação alguns elementos diversos que constituem os alicerces da concepção teórico-discursiva de Alexy, posto que são fatos que compõem, indiretamente, a “Ponderação”.

A Teoria originalmente exposta por Alexy, colocou-se, preliminarmente, como um processo capitaneado, sob o prisma do ideal metodológico, por quatro procedimentos básicos, quais sejam: o discurso prático geral (P^p), o procedimento de criação de Direito pelo Estado (processo legislativo – P^r), o processo argumentativo jurídico (ou discurso jurídico - P^j), e o processo judicial (P^g)²⁷. Ao conjugar tais procedimentos ter-se-ia a base da teoria discursiva de Robert Alexy, a qual tem como objetivo criar uma espécie de elo entre a teoria do discurso, que avocar-se-ia, na qualidade de pensamento fundante, uma “versão particularmente promissora de uma teoria moral procedimental”, com a “teoria do direito”²⁸.

De forma sintética, compreende-se o discurso prático geral como aquele procedimento discursivo por meio do qual as questões e razões morais, éticas e pragmáticas serão deliberadas, resultando na criação de um canal entre tais elementos²⁹. Por conseguinte, nota-se, por fim, que a teoria alexyana consagra esse discurso prático como condição de possibilidade para a construção de argumentos morais, contudo, isso não significa que a construção de argumentos morais se dá somente com o uso da discursividade de mesma natureza³⁰.

Entretanto, esse primeiro procedimento de jaez prático carrega uma construção discursiva que – por si só - pode resultar em um rosário de

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivissano. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 322. Cita-se ainda: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3^a ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 17-18.

²⁸ BÄCKER, Carsten. **Direito como razão institucionalizada**. Sobre a concepção teórico-discursiva do Direito de Robert Alexy. Trad. Bráulio Borges Barreiros. In. Revista Direito GV, V. 14, N. 1, Jan-abr, 2018, p. 224-225.

²⁹ ALEXY, Robert. **Derecho y Razon Practica**. México: Distribuciones Fortamara, 1993, p. 25-26.

³⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 27.

possibilidades discursivas, ou seja, acaba por não apresentar uma decisão definitiva. Para tanto, a teoria discursiva de Robert Alexy assegura o processo de criação de Direito pelo Estado, que designa ao legislador o poder de decisão, por intermédio do processo legiferante, em optar entre os discursos disponíveis³¹.

Diante disso, na visão do jurista alemão aqui debatido, o sistema jurídico é formado, em seu alicerce, por um corpo legislativo lastreado à luz de uma conjugação entre o exercício do discurso prático geral e as tomadas de decisão legítimas do legislador³². Contudo, a confecção do discurso jurídico combinado com o processo judicial são os responsáveis pelo balizamento do exercício do sistema jurídico³³.

A justificativa para atribuir a esses dois pontos fulcrais da teoria alexyana a condição privilegiada de *Responsáveis pelo funcionamento* do sistema jurídico sob o prisma das leis aprovadas pelo legislador. Assim, nota-se que as leis em seu sentido abstrato e geral não conseguem abarcar todas as suas possibilidades de ocorrência no mundo prática em seu bojo textual³⁴. O fato que corrobora esse status da limitação de compreensão do texto, em abstrato, da lei se deve a finitude da capacidade teórica de descrever o mundo, a isso, Bäcker chama de *derrotabilidade*³⁵. O aludido conceito assenta a possibilidade da *derrotabilidade* como um aprimoramento do parâmetro de diferenciação entre Regra e Princípio advinda, originalmente, da teoria discursiva de Alexy³⁶.

Para não se furtar do fato aqui apurado, far-se-á apenas uma explicação elucidativa: a projeção de Bäcker sobre a teoria alexyana versa acerca de uma nova proposição teórica sobre a distinção entre Regras e Princípios, a qual a *derrotabilidade* se torna a nova fronteira entre a Regra Jurídica e o Princípio, ou seja, quando a Regra não conseguir abarcar o evento ocorrido no mundo prático (Gadamer), de modo que o legislador não consegue, por limitações da existência

³¹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 30.

³² ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 30-31.

³³ BÄCKER, Carsten. *Op Cit.*, p. 230.

³⁴ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**. A Structural Comparison. In. *Ratio Juris*. Vol 16. Nº 4, December, 2003, p. 459.

³⁵ BÄCKER, Carsten. *Op Cit.*, p. 231-232.

³⁶ BÄCKER, Carsten. *Op Cit.*, p. 232.

humana, decidir previamente todas as questões que podem se tornar hipóteses de incidência da Lei, portanto, caberá ao princípio, por meio de sua faceta de mandado de otimização de direitos fundamentais, abarcar a ocorrência dos fatos no mundo³⁷.

Vê-se que Carsten Bäcker, paradoxalmente, conjuga em seu pensamento elementos basilares de teorias opostas, de modo que sua proposta se aproxima – por demasiado – *mutatis mutandis*, do horizonte teórico integrativista dworkiniano e, de maneira paralela, introjeta pontos da Teoria de Alexy em sua visão³⁸.

Perlustrando essa impossibilidade de o texto normativo abarcar todas as hipóteses de aplicação em um caso específico, a teoria discursiva alemã de Robert Alexy acaba por delegar ao processo argumentativo jurídico o papel de balizar os limites da aplicação da Lei abstrata e criar o elo entre esta e o caso concreto. Isso posto, é possível averiguar que a diferença entre discursos prático (P^p) e o jurídico (P^j) reside, mormente, no fato deste procurar não apenas a solução mais racional a um determinado caso – como é no discurso prático feito pelo legislador – mas sim, procurar e construir, argumentativamente, a solução ao caso, alinhado ao sistema jurídico posto³⁹.

Nada obstante, a última fase que a corrente defende para a implementação do sistema jurídico é o *processo judicial*, que, por seu turno, torna-se resultado da fragilidade do próprio sistema jurídico, essa faceta exerce o papel de controlar e selecionar os comportamentos alinhados à estrutura discursiva anteriormente construída pelo intérprete⁴⁰.

Em síntese, o método na teoria discursiva de Alexy é confeccionado, basilamente, pelo discurso geral prático que engendra a base discursiva dos alicerces institucionais e dos legisladores para proceder com os instrumentos de criação de Direito por intermédio do exercício legislativo.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3ª ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 30.

³⁸ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 30-31.

³⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 31.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 32.

Contudo, o pensador alemão reconhece que, caso o sistema se atenha tão somente a essa roupagem basilar ($P^p + P^r$), ele incorrerá em sua própria falência, uma vez que a lei não congrega todos os fatos que ocorrem no mundo, para isso, exsurge-se o discurso argumentativo jurídico para coadunar - à luz do arranjo argumentativo manejado, subjetivamente, pelo intérprete - o caso concreto ao disposto no âmbito normativo⁴¹. Sendo o espaço para esse ato, o processo judicial, *locus* para a incidência da *máxima da proporcionalidade* (Ponderação), procedimento este que fará o elo entre o plexo do discurso argumentativo jurídico e o processo judicial.

4 AS DIVERSAS FACETAS DA PONDERAÇÃO: ENTRE STAMPE E ALEXY

Desde a aurora da civilização ocidental, o Estado, se preocupou demasiadamente em atribuir ao Direito uma rigidez normativa para pacificar uma “certeza” e “previsibilidade” da estrutura jurídica. Contudo, antes de qualquer conclusão precipitada, deve-se proceder com a construção histórico-institucional desse fenômeno.

Observando através de uma lente histórica, vê-se que modelo que conhecemos do Estado dá-se com o advento da Revolução Francesa, momento segundo o qual o habitat político fora tomado pela classe dominante – comerciantes e proprietários das pequenas indústrias que surgiam durante a primeira fase da Revolução Industrial – que institucionalizou seus interesses, bem como aqueles pertencentes a classe, por meio do processo legislativo⁴².

Conseqüentemente, levando em consideração que – à época – a estrutura do Direito se lastreava, em síntese, à luz do Positivismo exegético-legalista, tal situação acabou por forjar uma relação precária entre o cidadão (lê-se o proletariado) e o Estado (constituído pela burguesia), posto que restava ao

⁴¹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 37-38.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 160.

juiz apenas aplicar o Direito⁴³ produzido pelo Estado, isto é, aquela roupagem jurídica confeccionada para atender, exclusivamente, os interesses da classe dominante. Eis o momento histórico que consagra a imagem do *juiz-boca-da-lei*.

O fundamento utilizado pelos legisladores/burgueses, para dar ares de legitimidade a essa atividade rígida de fazer a lei e julgar sua aplicação, se calcava, sobretudo, na procura de um sistema jurídico previsível e seguro, ou seja, essa rigidez normativa que o juiz era vinculado acabava por reproduzir e reforçar os interesses da burguesia sobre o proletariado⁴⁴.

Portanto, nota-se que essa estrutura de reforço circular inerente ao arranjo estatal – naquela época – contribui para a deflagração da Revolução dos Povos de 1850, bem como na emergência do pensamento anarcosindicalista, ou seja, iniciaram-se movimentos sociais para insta(la)r uma resistência contra aquela aplicação burguês legalista do Direito, melhor dizendo, a redução do Direito a apenas o disposto na Lei⁴⁵.

Com isso, alguns anos depois – em específico – com o surgimento da turbulência advinda das discussões de inclinação social provocadas na sociedade europeia, somada a diversas outras fermentações existentes naquele contexto histórico, acabaram por resultar em uma mudança copernicana na estrutura do sistema jurídico, mormente, no que tange à Teoria da Decisão Judicial.

Interessante notar que uma grande mudança – também que é vivenciada nessa mesma época (1870-1930) – foi a revolução nas artes por meio da *art nouveau* e das demais correntes da vanguarda artística europeia, tais como: simbolismo, expressionismo e dadaísmo. Aqui é possível traçar dois eixos em comum entre essas escolas artísticas, quais sejam: a valorização de elementos orgânicos e complexos, bem como a enaltecimento de linhas curvas e

⁴³ Vale uma nota apenas a título de curiosidade. Interessante notar como a estrutura *standard* das petições que - hegemonicamente – são recebidas pelo Judiciário Brasileiro se assemelham à forma de apreciação judicial do Positivismo Exegético, de modo que ao juiz interessava somente “os fatos”, e ao legislador tão só “o Direito”. Vê-se aqui a origem histórica da separação entre fatos e direito. Algo que – hermeneuticamente – é uma atividade impossível.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.*, p. 161.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.*, p. 161-162.

assimétricas, posto que os artistas gostariam de simbolizar a superação daquela rigidez e simetria vinda dos espaços industriais gerenciados pela burguesia⁴⁶, ou seja, nota-se que os mesmos elementos que ensejaram uma reviravolta artística na Europa Moderna, foram mesmos responsáveis pela instituição da “*Ponderação*”.

Assim, vê-se a seara do Direito - nessa época - vivenciando o apogeu das codificações pós-1870. Imperava-se, portanto, a crítica ferrenha à legislação (aqui representando a simetria e rigidez construída pela burguesia, ou seja, aquela forma de “*arte antiga*”). Essa impugnação ao *establishment* legal foi liderada, inicialmente, pela Escola do Direito Livre, que pregava a confecção de um Direito não estatal (nota-se que a construção do Direito não é mais uma linha rígida provinda da burguesia estatal/industrial, mas sim uma curva livre, assimétrica e moldável pelo artista - o julgador - que representa a personificação da vontade jurídica do povo⁴⁷. Além disso, a construção do Direito, nesse momento, não dá atenção a seu abstratismo legalista, mas sim a organicidade e complexidade da realidade social).

Nada obstante a isso, a *Ponderação* surge calcada nessa mesma estrutura, a despeito de pertencer a uma corrente teórica distinta, sendo-a a *Jurisprudência dos Interesses*⁴⁸. Cumpre registrar – a título elucidativo - que embora grande parcela dos teóricos aponte a figura de Philipp von Heck como o responsável por cunhar o termo *Ponderação*, tal afirmativa resta, historicamente, inconclusiva, de modo que meses antes da publicação de sua obra *Jurisprudência dos Interesses e lealdade à lei*, em 1905, na qual Heck emprega o termo ora discutido, o jurista alemão Ernst Stampe redigiu três artigos já tratando do tema. Utilizando até o termo “ponderação de interesses”⁴⁹.

⁴⁶ PISSETI, Rodrigo Fernandes; SOUZA, Carla Farias. **Art Déco e Art Nouveau: confluências**. In. Revista Imagem, V. 1, nº 1, jun-dez, 2011, p. 18-19.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Princípios da Interpretação Constitucional**. In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes.; MENDES, Gilmar Ferreira.; SARLET, Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 75-76.

⁴⁸ RÜCKERT, Joachim. *Op. Cit.*, p 257.

⁴⁹ RÜCKERT, Joachim. *Op. Cit.*, p 258.

Em seu primeiro escrito, Stampe se colocou a engendrar – de maneira crítica – um modelo de Teoria da Decisão Judicial que se pautava em uma construção do Direito⁵⁰. Pautando-se naquele Direito não estatal da Escola do Direito Livre (reitera-se novamente que são movimentos teóricos distintos, apesar de alguns pontos se assemelharem). Em seguida, no segundo artigo, o jurista alemão sustenta a possibilidade da construção do Direito, por meio de uma *ponderação de interesses*, na Decisão Judicial. Encerrando a triologia de artigos, Stampe alega a existência de um poder social do magistrado para efetivar e, sobretudo, legitimar essa *ponderação de interesses*, sendo-o o responsável por instituir aquilo que Stampe chama de “ciência social do direito”⁵¹.

Conquanto tenham sido colegas em Greifswald, Heck criticou fortemente a corrente teórica proposta por Stampe em sua obra *Jurisprudência dos Interesses e lealdade a lei*, dado que para aquele, Stampe incorreria em um equívoco injustificável ao elidir a eficácia da Lei, atribuindo a figura do juiz plena construção “social” do Direito, ao passo que a Ponderação para Heck dar-se-ia em momentos pontuais, tais como: lacunas no direito e avaliação de interesse⁵². Não ocorrendo nenhuma dessas situações, deveria ainda o juiz se vincular à Lei.

Contudo, essa estrutura de construção do Direito trouxe um efeito colateral, à época, inimaginável. Certa vez, o órgão de acusação da Alemanha denunciou Adolf Hitler por ter ele praticado o crime de *conspiração contra a segurança do Estado*⁵³ (em referência ao *golpe da cervejaria*), a lei penal daquele país assentava que, no caso de *golpe de estado*, aplicar-se-ia, como reprimenda, a expulsão do acusado do país⁵⁴.

Restou infrutífera essa pretensão do Estado, uma vez que o julgamento do III Reich foi marcado por uma audiência assídua de inúmeros apoiadores do partido nazista. Ele – na frente dessa plateia - afirmou que todos os fatos eram

⁵⁰ RÜCKERT, Joachim. *Op. Cit.*

⁵¹ RÜCKERT, Joachim. *Op. Cit.*

⁵² RÜCKERT, Joachim. *Op. Cit.*, p 259.

⁵³ Aqui em alusão ao evento capitaneado por Adolf Hitler, em 1923, para tomar o poder do executivo alemão.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Decisão Judicial e Contemporaneidade*. Disponível em:<https://www.youtube.com/results?search_query=lenio+streck> Acesso em 15/10/2018.

verdadeiros, contudo, negou ser culpado, posto que em sua visão ele *lutara para o bem de seu povo*⁵⁵.

No entanto, como o juiz detinha essa autorização para construir socialmente o Direito, ele acabou afastando a aplicação da lei, e em sua motivação aduziu que as leis do país não poderiam ser aplicadas a um homem que perpetrou um ato “justo”, disse, ainda, o magistrado que não se pode condenar um homem que pensa e sente como *um verdadeiro cidadão da grande nação alemã*. Assim, o magistrado acabou por afastar, com base na *ponderação de interesses*, a pena de expulsão e condenou o réu à reclusão por 5 anos⁵⁶.

Durante o período de sua custódia, Hitler redigiu o livro antissemita chamado *Mein Keimpf*, e, posteriormente ascendeu ao poder do executivo alemão. Tornou-se o III Reich. Ocasinou o maior conflito bélico da humanidade, conduzindo-a à barbárie, pautando-se em discurso de ódio, discriminação de minorias e violação massiva de direitos. Tal fato, estimulou a revisão de diversas teorias do Direito, incluindo uma Teoria dos Direitos Fundamentais, que, por seu turno, foi desenvolvida pelo jurista Robert Alexy⁵⁷.

Em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy congrega diversos conceitos determinantes para a noção de Direitos de envergadura fundante, tais como: a diferenciação de regra e princípio e a lei da ponderação (máxima da proporcionalidade) no caso de colisão de princípios constitucionalmente válidos.

5 A PONDERAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

⁵⁵ SILVA, Ricardo José Barbosa da. **História Invisível**: uma análise psicossocial das raízes mágico-religiosas do Nacional-Socialismo. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 121.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 167. E ainda: SILVA, Ricardo José Barbosa da. **História Invisível**: uma análise psicossocial das raízes mágico-religiosas do Nacional-Socialismo. Tese de Doutorado em Psicologia Social pela Universidade de São Paulo. Orientador: Prof.^a Dr.^a Sueli Damergian. São Paulo, 2009, p. 122.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39-40.

Doravante, a Ponderação adquiriu uma nova faceta distinta daquela vivenciada pela Jurisprudência dos Interesses. A teoria discursivo-procedimental de Robert Alexy, com origem na Alemanha, vem no afã de projetar um instrumento para dirimir eventuais “colisões” entre princípios⁵⁸.

Por conseguinte, o jurista alemão apresenta, em sua corrente teórica, um mecanismo procedimental delineado por três fases, sendo as duas primeiras incumbidas por explicitarem as questões vinculadas às possibilidades fáticas da *Ponderação*.⁵⁹

Assim, surgirá a obrigatoriedade de se verificar a respectiva adequação (I) e necessidade (II) de sua aplicação para a resolução do conflito, a seguir, haverá a terceira fase, sendo-a encarregada por dirimir o conflito em suas possibilidades jurídicas. Neste momento, aparecerá a lei do sopesamento (ou ponderação) a partir da proporcionalidade stricto sensu (III), que segue como conceito basilar a proposição: “*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*”⁶⁰.

Com isso, a teoria alexyana proporá uma fórmula do peso, representada pela máxima da proporcionalidade stricto sensu, que dará azo ao intérprete atribuir graus de intervenção e importância (leve, moderado ou sério-forte) aos princípios colidentes com a finalidade de encontrar qual princípio prevalecerá.⁶¹

Ao encontrá-lo, constata-se que, a partir da ponderação, surgirá uma norma de direito fundamental atribuída (*zugeordnete grundrechtsnorm*), sendo-a

⁵⁸ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**. A Structural Comparison. In. Ratio Juris. Vol 16. Nº 4, December, 2003, p. 462-463. Ressalta-se ainda: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-99.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**. A Structural Comparison. In. Ratio Juris. Vol 16. Nº 4, December, 2003, p. 463. Cumpre citar ainda: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-99. ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisano. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 340.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Op Cit.*, p. 95.

regra que será aplicada “subsuntivamente” (então, em suma, a ponderação avoca uma faceta análoga à uma racionalidade subsuntiva-dedutiva lógica, destarte, conclui-se que, ao fim e ao cabo, a ponderação emerge-se, no momento de sua aplicação, como uma regra, não um princípio^{62 63}.

Cumprido salientar que para a teoria alexyana, estará presente a incidência da regra da ponderação nos chamados “casos difíceis”, ou seja, serão *cases* que envolvem colisão de princípios⁶⁴. Para tanto, deve-se salientar a diferença existente entre regra e princípio na Teoria de Alexy. Onde se apresenta a regra como uma norma que exige uma aplicação plena e integral, desta maneira, serão, somente, cumpridas ou não cumpridas⁶⁵. Logo, a regra é validamente obrigatória em seus conteúdos, contendo determinações nos lócus fático e juridicamente possível⁶⁶.

Ao passo que a teoria dos princípios é descrita a partir da ponderação e da lei de colisão inerentes a teoria alexyana, por natural consequência, vem à lume a ideia de que os princípios acolhem a tese da otimização, assim, corroborando com o caráter de norma dos princípios, apontando, portanto, que os princípios têm envergadura normativa⁶⁷.

Além disso, acaba por projetar o princípio como o ser responsável por otimizar a efetivação de algo maior enquadrado nas possibilidades jurídicas e fáticas do respectivo princípio. À vista disso, nota-se que os princípios se projetam como mandados de otimização cuja peculiaridade é a variação de graus de concretização de cada princípio⁶⁸.

⁶² ALEXY, Robert. *Op Cit.*, p. 95-96.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 544.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Op Cit.*, p. 97. Cite-se ainda: MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 69.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**. A Structural Comparison. In. Ratio Juris. Vol 16. Nº 4, December, 2003, p. 466. Deve-se citar ainda: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91. ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivissano. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 211.

⁶⁶ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 181-182.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 168-169.

Logo, vê-se que a teoria discursiva de Robert Alexy não é lastreada por uma espécie de razão prática de princípios a serem aplicados pelo julgador, tem-se uma estrutura teórica complexa.

Em brevíssima síntese, vislumbra-se que a teoria de Robert Alexy apresenta um alto grau de complexidade e, sobretudo, é marcada por uma alta carga procedimental, demandando do intérprete um vínculo estrito para com o que apregoa as fases da regra da ponderação.

Com isso, dia após dia, os efeitos colaterais advindos supostamente de uma leitura suspeitamente equivocada e descontextualizada da teoria alexyana⁶⁹ reforçam, em tese, a ocorrência de inúmeras decisões judiciais eivadas de discricionariedade, e que, portanto, acabam corroborando para a manutenção de um quadro de baixa constitucionalidade⁷⁰ no Judiciário.

CONCLUSÃO

Partindo para a encerramento da presente investigação, foi possível averiguar a construção histórico-institucional de um dos mecanismos mais controversos do Constitucionalismo Contemporâneo. Procurou-se colocar Ponderação em xeque desde sua origem, bem como desvelou-se fatos históricos vinculados ao conceito, por exemplo, a incidência do referido mecanismo na decisão que deu azo para a ascendência de Adolf Hitler ao poder.

⁶⁹ À título de saneamento, cumpre advertir que, em evento formulado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, o próprio Robert Alexy aventou a descontextualizada roupagem aplicada teórica aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **A Baixa Constitucionalidade como obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis**. In: Revista Seqüência (Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC). Florianópolis. v. 35, n. 69. p. 83-108, dez, 2014. Em resumo, detecta-se que a teoria alexyana já é, por si só, atrelada às teorias voluntárias, dentre tais, a de maior relevo para a filosofia moderna - a Filosofia da Consciência, que vê o subjetivismo do intérprete (juízos morais, axiológicos, etc.) como instrumento racional para sua implementação. Isto é, a consciência pensante será o lócus privilegiado portador dos limites dos sentidos e sentidos dos limites do Direito, colocando, em xeque, o grau de autonomia do Direito e solapando a legalidade constitucional (Diaz), sendo-a condição de possibilidade para o paradigma democrático, para maiores informações, vide: STRECK, Lenio Luiz. **E a professora disse: “Você é um positivista”**. In: Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico, v. 1. 2a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.).

De mais a mais, quanto à práxis jurisdicional, nota-se que a problemática da inserção da máxima da proporcionalidade tem adotado um papel de grande relevância, de sorte que o Supremo Tribunal Federal tem-se utilizado da (o) “Ponderação” / (princípio da) proporcionalidade como uma “fundamentação” meramente retórica para dar azo, em suas decisões, à posturas discricionárias, conseqüentemente, decisões que soçobram a concretização do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Tanto assim que, ao observar este pano de fundo, no ano de 2014, o Prof. Dr. Fausto de Santos Morais redigiu sua tese doutoral⁷¹ cujo desiderato fora a execução, amiúde, de uma pesquisa por meio da qual explicitou a quantidade de decisões da Suprema Corte que se pautaram no método da Ponderação. Constatou, por seu turno, a inserção do termo “ponderação” 182 vezes nas decisões prolatadas, no período de 02/02/2002 à 02/02/2012, das quais nenhuma era atrelada a teoria alemã.

Por fim, embora ainda seja um desafio a desconstrução do *modus operandi* por meio do qual o Judiciário e, igualmente, o Código de Processo Civil operacionalizam a ponderação, nota-se que a compressão histórico-institucional da regra da ponderação se torna imprescindível devido ao seu alto grau de complexidade discursivo-procedimental, a assimilação teórica se faz percuciente em razão do papel protagonista avocado pela ferramenta na dissolução de matérias constitucionais associadas ao tensionamento de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁷¹ MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3402/Fausto%20Morais.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Recomenda-se, de forma complementar, outrossim, a leitura do seguinte livro: MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: JusPODIVM. 2016.

ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**. A Structural Comparison. In. Ratio Juris. Vol 16. Nº 4, December, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivissano. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3ª ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Derecho y Razon Practica**. México: Distribuciones Fortamara, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.

BÄCKER, Carsten. **Direito como razão institucionalizada**. Sobre a concepção teórico-discursiva do Direito de Robert Alexy. Trad. Bráulio Borges Barreiros. In. Revista Direito GV, V. 14, N. 1, Jan-abr, 2018.

DANTAS, Marcus. **Jurisprudência dos Conceitos**. In.: BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de Filosofia do Direito. Editora Unisinos: São Leopoldo. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. Maria Emartina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DILTHEY, Wilhem. **Introdução às ciências humanas: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história**. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DUTRA, Jeferson Luiz. **Jurisprudência dos Valores**. In.: BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de Filosofia do Direito. Editora Unisinos: São Leopoldo. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da Metafísica**: Mundo – Finitude – Solidão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

JÚNIOR, Torquato Castro. **Jurisprudência dos Interesses**. In.: BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de Filosofia do Direito. Editora Unisinos: São Leopoldo. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5 ed. Trad. José Lamego: Calouste Gulbenkian, 2009.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4ª ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: a Abertura de Novos Horizontes interpretativos no Marco da Integridade no Direito**. In. STRECK, Lenio Luiz.; ALVIM, Eduardo Arruda.; LEITE, George Salomão (Coords.) *Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: Coerência e Integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PISSETI, Rodrigo Fernandes; SOUZA, Carla Farias. **Art Déco e Art Nouveau: confluências**. In. *Revista Imagem*, V. 1, nº 1, jun-dez, 2011.

RÜCKERT, Joachim. **Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional**. Trad. Thiago Reis. In. *Revista Direito GV*, v. 14, n. 1, jan-abr 2018, p. 240-267.

SCHOLLER, Heinrich. **RADBRUCH, Gustav, 1878-1949**. In.: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Editora Unisinos: São Leopoldo. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, Ricardo José Barbosa da. **História Invisível: uma análise psicossocial das raízes mágico-religiosas do Nacional-Socialismo**. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O senso (in)comum das -obviedades- desveladas: um tributo a Luís Alberto Warat**. RECHTD. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, p. 185-192, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **A Baixa Constitucionalidade como obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis**. In: *Revista Seqüencia* (Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC). Florianópolis. v. 35, n. 69. p. 83-108, dez, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Decisão Judicial e Contemporaneidade**. Disponível em:<
https://www.youtube.com/results?search_query=lenio+streck> Acesso em: 15 out. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Princípios da Interpretação Constitucional**. In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes.; MENDES, Gilmar Ferreira.; SARLET, Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** In ConJur. <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 13 out. 2018.

WARAT, Luís Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. In. Sequencia, V. 03, n. 05, 1982.