

MODELO *SERIAM* DE DELIBERAÇÃO JUDICIAL E CONTROLABILIDADE DA PONDERAÇÃO: UMA QUESTÃO INSTITUCIONAL E METODOLÓGICA PARA O CASO BRASILEIRO

SERIAM MODEL OF A JUDICIAL DELIBERATION AND CONTROLLABILITY OF WEIGHTING: INSTITUTIONAL AND METHODOLOGICAL QUESTION FOR A BRAZILIAN CASE

Wilson Steinmetz*
Riva Sobrado de Freitas**

RESUMO

Este artigo tem por objeto a teoria dos princípios e da ponderação, tais como formuladas por Robert Alexy, em um contexto, como é o caso do Brasil, onde se adota o modelo *seriatim* de deliberação pelos órgãos judiciais colegiados. O objetivo é demonstrar que esse modelo, comparado ao modelo *per curiam*, apresenta dificuldades adicionais para o controle racional intersubjetivo da aplicação da ponderação. Contudo, a adoção do modelo *seriatim* pelos tribunais brasileiros, por si só, não é uma objeção irrefutável ao uso da ponderação. Do ponto de vista metodológico, o modelo *seriatim* de deliberação demanda, das partes envolvidas no processo judicial e daqueles que observam e analisam as decisões (judiciais) para fins de controle racional e crítico, em especial naqueles casos em que se decidiu ou supostamente se decidiu aplicando a ponderação, um ônus adicional de reconstrução analítica e argumentativa.

Palavras-chave: Deliberação judicial; Modelo *seriatim*; Princípios; Ponderação; Controlabilidade.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc – e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul – UCS. Consultor jurídico. Correspondência para/*Correspondence to*: E-mail: wilson.steinmetz@gmail.com.

** Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Correspondência para/*Correspondence to*: E-mail: rivafreit@ig.com.br.

ABSTRACT

This article focuses on the principles theory of weighting, such as formulated by Robert Alexy, in a context, as it is the case in Brazil, where it adopts *seriatim* model of deliberation by collegiate courts. The goal is to demonstrate that this model, compared to the *per curiam* model, presents additional difficulties for intersubjective rational control of the application of weighting. All in all, the adoption of the *seriatim* model by Brazilian courts, by itself, is not a compelling objection to the use of weighting. From the methodological point of view, the *seriatim* model of deliberation demands from stakeholders in the judicial process and from those who observe and analyze the decisions (judicial) for purposes of rational control and critical, especially in those cases where it is decided or supposedly decided by applying the weighting as an additional burden of analytical and argumentative reconstruction.

Keywords: Judicial deliberation; *Seriatim* model; Principles; Weighting; Controllability.

INTRODUÇÃO

222

Na última década do século 20 e na primeira década do século 21, a teoria dos princípios – em especial a teoria dos princípios de Robert Alexy – exerceu grande influência na teoria e na dogmática do direito público brasileiro. Dissertações de mestrado, teses de doutorado, artigos e inúmeros livros tiveram por objeto específico a teoria dos princípios e muitas outras dissertações, teses, artigos e livros a adotaram como teoria de base ou ponto de partida para descrever e explicar problemas específicos de interpretação e aplicação de direitos fundamentais institucionalizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹.

As ideias nucleares da teoria dos princípios e o discurso sobre o resgate e a importância da normatividade dos princípios logo cruzaram as fronteiras da investigação acadêmica especializada, passando também a influenciar o pensamento doutrinário em sentido amplo, incluídos aqui os livros-textos (cursos, manuais e demais livros com fins didáticos e profissionais)². Progressivamente também as práticas jurídicas, exercidas pela comunidade dos operadores do

¹ Segundo informações do CONPEDI – *IndexaDireito*, Robert Alexy é o 5º autor mais citado no *ranking* dos autores mais citados por quantidade total de citações, e o 9º autor mais citado por quantidade de documentos. Pelo Índice H, Alexy ocupa a 4ª posição. Disponível em: <<http://150.162.138.7/authors/report.jsessionid=610AC52A66B2C1E1F41DF96DF522F8F5>>. Acesso em: 13 maio 2014.

² Nem sempre nos livros-textos para fins didáticos e profissionalizantes há referências expressas à teoria dos princípios de Robert Alexy. Mas é fato que o discurso sobre a normatividade e a relevância interpretativas-aplicativas dos princípios está presente.

direito, tornaram-se sensíveis ao discurso dos princípios, embora ainda sejam raras as referências expressas a Alexy e à sua teoria dos princípios nas decisões judiciais. Os pareceres, as sentenças e os acórdãos expressam a ressonância da teoria dos princípios no âmbito da aplicação concreta do direito, em especial dos direitos fundamentais, citando autores que se filiam, desenvolvem ou são influenciados pela teoria dos princípios. É verdade que em muitos casos trata-se de referência mais nominal aos conceitos fundamentais da teoria dos princípios que interpretação e aplicação metodologicamente argumentadas.

Mais recentemente, a teoria e a dogmática do direito constitucional desenvolvidas no Brasil passaram também a repercutir as objeções à teoria dos princípios e à teoria da ponderação – muitas delas já formuladas no próprio contexto de origem dessas teorias (Alemanha). Neste artigo, não se faz um inventário analítico e crítico dessas objeções. Faz-se apenas uma breve referência àquela objeção que mais tem repercutido no Brasil, que é a formulada por Jürgen Habermas.

O propósito principal deste artigo é pôr em evidência, como desafio para o controle racional e crítico da ponderação, uma questão adicional: o modelo *seriatim* de deliberação adotado pelos tribunais judiciais brasileiros. Parte-se da suposição que essa questão é relevante do ponto de vista institucional e tem repercussões metodológicas na aplicação dos princípios por meio da ponderação. O problema objeto pode ser formulado concisamente nestes termos: o modelo *seriatim* constitui um óbice institucional que impossibilita o controle racional intersubjetivo da aplicação de princípios por meio da ponderação?

Metodologicamente, este artigo orienta-se por uma abordagem analítica e crítica do problema. Inicialmente, faz-se uma reconstrução analítica e descritiva das ideias fundamentais de Alexy sobre a teoria dos princípios e o exame de proporcionalidade, em especial o exame de ponderação. Depois, de forma concisa, expõe-se a crítica de Habermas, pela sua relevância metodológica e sua repercussão. Por fim, argumenta-se sobre as dificuldades adicionais de controlabilidade, racional e intersubjetiva, da ponderação no âmbito do uso do modelo *seriatim* de deliberação judicial.

PRINCÍPIOS E PONDERAÇÃO

Aqui, é oportuno retomar, com brevidade, as ideias centrais da teoria dos princípios de Alexy³ e que influenciaram a teoria e a dogmática dos direitos fundamentais no Brasil.

³ Na literatura especializada brasileira, exposições detalhadas encontram-se, entre outros, em STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 202-216; e SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 43 e ss.

O ponto de partida da teoria dos princípios é a distinção teórico-estrutural das normas em princípios e regras⁴. Para Alexy, entre normas-princípios e normas-regras, para além de uma diferença gradual – abstração e generalidade –, há também e sobretudo uma diferença qualitativa que consiste nisto:

o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são *mandamentos de otimização* enquanto as regras têm o carácter de *mandamentos definitivos*. Como mandamentos de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Isso significa que podem ser satisfeitos em graus diferentes e que a medida ordenada de sua satisfação depende não só das possibilidades fáticas mas também das jurídicas, que estão determinadas não só por regras mas também, essencialmente, pelos princípios opostos. Isso implica que os princípios são suscetíveis de ponderação e, ademais, dela necessitam. A ponderação é a forma de aplicação do direito que caracteriza os princípios. Em contrapartida, as regras são normas que sempre ou bem são satisfeitas, ou não o são. Se uma regra é válida e é aplicável, então está ordenado fazer exatamente o que ela exige; nada mais e nada menos. Nesse sentido, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Sua aplicação é uma questão de tudo ou nada. Não são suscetíveis de ponderação e tampouco dela necessitam. A sub-sunção é para elas a forma característica de aplicação do direito⁵. (Grifos no original.)

224

Essa distinção teórico-estrutural mostra-se correta e útil quando se consideram, como banco de provas, as colisões de princípios e os conflitos de regras⁶. Ambos se caracterizam – e isto é o que eles têm em comum – pelo fato de, em um determinado caso, serem aplicáveis duas normas cujos resultados, para a solução do caso, são incompatíveis ou opostas, isto é, as duas normas são aplicáveis, contudo, se aplicadas isoladamente, conduzem, uma e outra, a soluções opostas ou excludentes entre si. Não obstante esse traço comum, o método de solução de colisões de princípios e conflitos de regras é diferente.

Os conflitos de regras podem ser solucionados de dois modos: (i) ou com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, ou, não sendo isso

⁴ Antes de Alexy, contribuição decisiva para distinção entre princípios e regras foi formulada por Dworkin em 1967. Em edição portuguesa, ver: DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35 e ss.

⁵ ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razón práctica. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Tradução de Jorge M. Sená. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997b. p. 162. Ver também ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Gertzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997a. p. 86-87; e ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, Alicante, n. 5, 1988, p. 143-144.

⁶ Cf. ALEXY, 1997a, p. 87-90; 1988, p. 142-143; 1997b, p. 162-164.

possível, (ii) com a declaração de invalidade – um juízo de (in)validade – de ao menos uma delas, com base em critérios como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Essas formas de solução, enfatize-se, decorrem das regras como mandamentos definitivos, do tipo “tudo ou nada”.

As colisões de princípios exigem um método de solução diferente. Não há introdução de cláusula de exceção em um nem declaração de invalidade de um dos princípios. Com base nas circunstâncias relevantes do caso – são elas que determinam o peso relativo de cada um dos princípios no caso –, um dos princípios precede o outro, ou, o que é dizer o mesmo, um princípio cede ante o outro.

Contudo, isso não significa que em diferentes casos de colisão com os mesmos princípios envolvidos – e.g., P_1 versus P_2 – sempre o mesmo princípio (e.g., P_1) tem precedência (em relação, e.g., a P_2). Se assim fosse, estar-se-ia ante uma ordem (hierarquia) “dura” (abstrata) de princípios, isto é, ante uma relação de precedência absoluta. Essa ordem “dura” não é possível, porque os princípios constitucionais *in abstracto* têm idêntica hierarquia e igual peso. Conforme Alexy, “[...] o que sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso”⁷.

225

Como se vê, a precedência de um dos princípios resulta da consideração das condições – leia-se: circunstâncias do caso – sob as quais e em razão das quais há a precedência. São essas condições que determinam, no caso concreto, qual é o peso de cada princípio. Esse procedimento racional de identificar e valorar as condições sob as quais, *in concreto*, um princípio precede outro e fundamentar por que sob essas específicas condições um princípio precede o outro é o método da ponderação de bens.

O que se acaba de descrever faz referência a outros dois elementos fundamentais da teoria dos princípios de Alexy: à tese da *relação de precedência condicionada*, formalizada concisamente na *lei de colisão*, e à ponderação de bens, estruturada no princípio da proporcionalidade.

A estrutura das soluções de colisões de princípios pode ser resumida na *lei de colisão*⁸. Para a análise que conduz à *lei de colisão*, Alexy toma como exemplo de colisão de princípios o caso da incapacidade processual⁹, no qual o Tribunal Constitucional alemão tinha de decidir se era admissível a realização de uma

⁷ ALEXY, 1997a, p. 89.

⁸ ALEXY, 1997a, p. 90-95; 1988, p. 146-147; 1997b, p. 170-171.

⁹ BVerfGE 51, 324.

audiência ante a possibilidade de o acusado sofrer um infarto. De um lado, estava o princípio que ordena a aplicação do direito penal no maior grau possível; de outro, o princípio da proteção da vida e da integridade física do acusado. Isoladamente considerados, os princípios, de idêntica hierarquia constitucional, conduzem a resultados opostos. No caso concreto, um limita as possibilidades de realização do outro. Como se trata de uma colisão de princípios, a solução consiste em, tomando em conta as circunstâncias do caso, estabelecer entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*. Que isso significa precisamente? Segundo Alexy, “a determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, indicam-se as *condições* sob as quais um princípio precede o outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”¹⁰.

Contudo, sob quais condições um princípio precede o outro? O Tribunal Constitucional alemão utiliza a metáfora do peso. Segundo o Tribunal, há que se verificar se “os interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso essencial maior que o daqueles interesses a cuja preservação deve servir a medida estatal”¹¹. Mas que significa peso nesse contexto? Para Alexy, a resposta é esta: “o princípio P_1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P_2 quando existem razões suficientes para que P_1 preceda a P_2 , sob as condições C dadas no caso concreto”¹². Portanto, peso, aqui, significa ou equivale a razões suficientes.

No caso da incapacidade processual, a precedência do princípio da proteção à vida e à integridade – e, por conseguinte, a cedência do princípio da efetiva aplicação do direito penal – é explicitada nesta frase do Tribunal Constitucional alemão: “se existe o perigo concreto, manifesto, de que o acusado, no caso de levar-se a cabo a audiência oral, perca sua vida ou experimente graves danos em sua saúde, então a continuação do processo o lesa em seu direito fundamental do artigo 2, parágrafo 2, frase 1 da LF”¹³. O Tribunal não criou uma cláusula de exceção nem declarou inválido o princípio que cedeu, mas decidiu que, nesse caso, por causa das circunstâncias ou condições (“perigo concreto, manifesto, de que o acusado, no caso de levar-se a cabo a audiência oral, perca sua vida ou experimente graves danos em sua saúde”), há razões suficientes (dimensão do peso) para prevalecer o princípio da proteção à vida e à integridade física do acusado.

¹⁰ ALEXY, 1997a, p. 92. A *relação de precedência condicionada* é uma relação concreta de precedência. Diferencia-se, portanto, da *relação de precedência incondicionada*, que é uma relação abstrata ou absoluta de precedência, somente realizável se fosse possível justificar uma ordem hierárquica de princípios *in abstracto*.

¹¹ BVerfGE 51, 324 (346). Cf. ALEXY, 1997a, p. 93.

¹² ALEXY, 1997a, p. 93.

¹³ BVerfGE 51, 324 (346). Cf. ALEXY, 1997a, p. 93.

Tomando-se como exemplo o caso da incapacidade processual, Alexy formula a *lei de colisão*, válida para a descrição de todas as soluções de colisões: “as condições sob as quais um princípio precede o outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”¹⁴.

As condições de precedência estabelecidas informam o peso relativo dos princípios no caso concreto e permitem uma decisão de prevalência. Esse é o resultado da ponderação dos princípios em jogo¹⁵. Essa ponderação, mediante a especificação e a valoração das condições que determinam a precedência de um dos princípios, é consequente com a noção de princípios como mandamentos de otimização a serem realizados em diferentes graus segundo as possibilidades fáticas e jurídicas.

A *lei de colisão*, segundo Alexy, não só é importante porque descreve a estrutura lógica da solução da colisão, mas também porque indica o que precisa ser fundamentado: o resultado que se alcança com a ponderação. Em outros termos, o resultado da ponderação pode ser formulado como uma regra – uma regra de precedência ou preferência (de cuja generalização resulta a *lei de colisão*) que expressa uma relação de precedência condicionada – sob à qual se subsume o caso concreto¹⁶.

Assim, aqui, chega-se a outro elemento da teoria dos princípios de Alexy: as estruturas de ponderação.

O que se termina de dizer é que, ante uma colisão de princípios, a relação de precedência condicionada – formalizável ou estruturável em uma regra de precedência à qual se subsume o caso concreto – é o resultado de uma ponderação. Contudo, isso ainda pouco ou nada diz sobre *como*, precisamente, opera (*modus operandi*) a ponderação; pouco ou nada informa sobre as “estruturas da ponderação”, isto é, sobre as operações cognitivas que orientam a ponderação. Enfatize-se isto: a regra de precedência descreve o resultado de uma ponderação; contudo, não descreve o processo intelectual da ponderação.

Segundo Alexy¹⁷, entre a teoria dos princípios – segundo a qual os princípios são mandamentos de otimização e a colisão de princípios se resolve mediante

¹⁴ Em uma formulação mais técnica da *lei de colisão* (Alexy, 1997a, p. 94): “se o princípio *P1*, sob as circunstâncias *C*, precede o princípio *P2*: (*P1* *P* *P2*) *C*, e se de *P1* sob as circunstâncias *C* resulta a consequência *R*, então vale uma regra que contém *C* como suposto de fato e *R* como consequência jurídica: *C* $\rightarrow$ *R*”.

¹⁵ “A relação de precedência condicionada que soluciona a colisão expressa uma determinação, referida a um caso, do peso dos princípios em jogo e é, nesta medida, o resultado de uma ponderação” (ALEXY, Robert. *Derechos individuales y bienes colectivos*. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Tradução de Jorge M. Sená. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997c. p. 205).

¹⁶ ALEXY, 1997a, p. 98.

¹⁷ ALEXY, 1997a, p. 111 et seq. Ver também ALEXY, 1988, p. 147-148; 1997b, p. 171-172; e 1997c, p. 203-207.

ponderação – e a máxima da proporcionalidade existe uma conexão. Os princípios, como mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas são determinadas pelas máximas da adequação e da necessidade e as possibilidades jurídicas, pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito – esta última é o mandamento de ponderação propriamente dito. Há uma coimplicação entre princípios e máxima da proporcionalidade: os princípios exigem a máxima da proporcionalidade – de modo especial a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação) – para que se solucionem as colisões de princípios *in concreto* e a máxima da proporcionalidade determina as possibilidades fáticas e jurídicas dos princípios, isto é, determina o grau de otimização (realizabilidade ou satisfação) dos princípios *in concreto*. Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são os elementos constitutivos daquilo que na dogmática e na jurisprudência constitucionais contemporâneas – de matriz germânica – chama-se princípio da proporcionalidade¹⁸. Portanto, as estruturas de ponderação a que se refere a teoria dos princípios de Alexy – que são, em última análise, estruturas de argumentação racional – ganham forma pelo princípio constitucional da proporcionalidade e seus três elementos.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, no âmbito das restrições de direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela restrição e o meio é a própria decisão normativa (legislativa, administrativa ou judicial) limitadora que

228

¹⁸ Alexy prefere a expressão “máxima de proporcionalidade” à expressão “princípio de proporcionalidade” por razões conceituais: “a máxima de proporcionalidade costuma ser chamada ‘princípio de proporcionalidade’. Sem embargo, não se trata de um princípio no sentido aqui exposto [princípio como mandamento de otimização]. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo diferente. Não é que umas vezes tenham precedência e outras não. O que se pergunta é se as máximas parciais são satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência a inconstitucionalidade. Portanto, as três máximas parciais têm que ser catalogadas como regras” (ALEXY, 1997a, p. 112, nota de rodapé 84).

Sobre as diferentes caracterizações da proporcionalidade – máxima, regra, princípio, critério, postulado –, ver a análise crítica de Ávila (ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999. p. 168 et seq.).

Na linguagem dos juristas brasileiros, de modo geral, está consagrada a expressão “princípio da proporcionalidade”. O mesmo ocorre na linguagem das fontes (e.g., Lei n. 9.784/99, art. 2º, *caput*; Lei n. 12.305/2010, art. 6º, XI). Entre os juristas, as exceções ficam por conta de Ávila, 1999; ÁVILA, Humberto. Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano III, n. 7, set./dez. 2000. p. 91-97; e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 104-117, que usa a expressão “postulado da proporcionalidade”; e SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, 2002. p. 23-50), que usa a expressão “regra da proporcionalidade”.

pretende tornar possível o alcance ou a promoção do fim almejado¹⁹. O princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar ou promover e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcionada.

O princípio da adequação – por vezes também denominado princípio da idoneidade ou princípio da conformidade – ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de examinar se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir ou promover o fim pretendido.

Nas palavras de Alexy²⁰ – tomando como exemplo uma colisão entre o princípio (direito) da liberdade de expressão e o princípio (bem) da segurança externa –, a máxima (princípio) da adequação “[...] diz que se uma ação não é adequada para promover a realização de um princípio – no exemplo, o da segurança externa – porém o é para inibir a realização de outro princípio, isto é, o direito à liberdade de expressão, então está proibida em relação a ambos os princípios”.

O exame de adequação da relação meio-fim tem caráter empírico. Pergunta-se se o meio utilizado é adequado, empírica ou faticamente, para alcançar ou promover o objetivo pretendido.

O princípio da necessidade – também denominado princípio da exigibilidade e de princípio da indispensabilidade – ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir ou promover o fim pretendido, o escolhido é o menos restritivo – isto é, menos prejudicial ou gravoso – ao(s) direito(s) fundamental(is) em questão. Assim, determinada restrição é necessária se não é possível escolher outra restrição igualmente efetiva que limite menos o(s) direito(s) fundamental(is) em questão.

Nas palavras de Alexy²¹, a máxima (princípio) da necessidade “[...] diz que uma ação, em relação à qual existe uma alternativa que, ao menos, promove a

¹⁹ Nesse sentido, diz Ávila (1999, p. 172): “a sua aplicação [aplicação do postulado da proporcionalidade] está, de um lado, condicionada à existência de princípios que se apresentem em situação de correlação concreta, em virtude da qual seja *devido* realizar ao máximo os bens jurídicos por eles protegidos; de outro, condicionada à existência de uma relação ‘meio-fim’ objetivamente controlável, sem a qual o dever de proporcionalidade ou é impensável, ou é incompleto”.

Aqui, é oportuno acrescentar algo mais sobre “meio” e “fim”. Quanto ao meio (medida, ação), a sua identificação, *in concreto*, normalmente, é imediata e não demanda operações cognitivas complexas. Quanto ao fim, por vezes, ele se confunde com um dos princípios em questão; precisamente, aquele que se pretende realizar ao máximo. Nesses casos, a identificação do fim é imediata. Contudo, em outras vezes, o fim perseguido não se confunde com o princípio que se quer realizar ao máximo, mas nele encontra uma justificação normativa ou uma premissa normativa como ponto de partida de um argumento cujo resultado é o próprio fim pretendido. Nesses casos, a identificação do fim não é imediata e exige operações cognitivas mais complexas.

²⁰ ALEXY, 1997c, p. 205.

²¹ ALEXY, 1997c, p. 205.

realização de um dos princípios, por exemplo, o da segurança externa, e inibe menos o outro princípio, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, então [a ação] está proibida em relação a ambos os princípios”.

É um juízo de conteúdo empírico aquele que indica qual é, entre os meios igualmente eficazes, o menos gravoso ou o menos prejudicial.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento de ponderação, assim formulado por Alexy: “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”²². É a lei da ponderação.

A análise do conteúdo dessa lei mostra que a ponderação consiste em três passos. Primeiro: determinação (“mensuração”) do grau de não satisfação ou de não realização de um princípio (o princípio restringido). Trata-se de “quantificar” o grau da intensidade da intervenção ou da restrição. Segundo: avaliação da importância (“peso”) da realização do outro princípio (o princípio oposto). Terceiro: demonstração de se a importância da realização do princípio oposto justifica a não realização do princípio restringido.

Por fim, um último elemento constitutivo da teoria dos princípios de Alexy: as precedências ou prioridades *prima facie*²³. Se, de um lado, não é possível a estruturação de um sistema (uma ordem hierárquica) abstrato(a) de precedências entre princípios – dada a idêntica hierarquia *in abstracto* dos princípios não é possível justificar relações de precedência incondicionadas (absolutas ou definitivas) –, de outro lado, é possível estabelecer condições (gerais) de precedência *prima facie*, com o objetivo de criar certa ordem – uma “ordem fraca” – no campo dos princípios. Alexy toma como exemplo a argumentação do Tribunal Constitucional alemão na decisão sobre o *Caso Lebach*²⁴, quando o Tribunal estabeleceu, em um primeiro momento da argumentação, uma precedência geral do princípio da liberdade de informação (GG, art. 5.1, frase 2) ante a proteção

²² ALEXY, 1997a, p. 161.

²³ ALEXY, 1988, p. 148. Ver também ALEXY, 1997b, p. 172 e 1997c, p. 207-208.

²⁴ Conforme relato de Alexy (1997a, p. 95), no *Caso Lebach* [BVerfGE 35, 202] estava em exame esta situação: “O Segundo Programa de Televisão (ZDF) planejava a emissão de uma película documental: ‘O assassinato de soldados em Lebach’. Nesta película deveria informar-se acerca de um crime no qual quatro soldados do grupo da guarda de um depósito de munições do Exército Federal próximo de Lebach foram assassinados enquanto dormiam e foram subtraídas armas com as quais se pretendia realizar outros atos criminosos. Uma pessoa que havia sido condenada por cumplicidade neste crime e que estava a ponto de sair da prisão considerou que a emissão dessa película televisiva, na qual ela [a pessoa] era mencionada expressamente e aparecia fotografada, violava seu direito fundamental do artigo 1.1 e do art. 2.2, frase 1, da LF, sobretudo porque fazia perigar sua ressocialização. O Tribunal Provincial rechaçou o pedido de uma decisão liminar para proibir a emissão da película e o Tribunal Provincial Superior rechaçou a apelação dessa decisão. Contra essa última decisão, a pessoa apresentou um recurso de inconstitucionalidade”.

da personalidade (GG, art. 2.2 combinado com o art. 1.1) na hipótese de “uma informação atual sobre um delito grave”.

As precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio (e.g., P_1) – e precisamente por isso são determinações *prima facie* e denominadas “precedências *prima facie*” ou “prioridades *prima facie*” –, contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio (e.g., P_2) no caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio e, por consequência, uma carga de argumentação contra o outro princípio. De um lado, essas precedências não estabelecem determinações definitivas; de outro, exigem o cumprimento ou a satisfação de um ônus de argumentação para serem afastadas. Isso significa que em um caso concreto de colisão entre os princípios da liberdade de informação e da proteção da personalidade, a despeito da precedência *prima facie* em favor da liberdade de informação – “informação atual sobre um delito grave” –, se os argumentos em favor da precedência do princípio (oposto) da proteção da personalidade forem mais fortes, então aquela precedência *prima facie* deve ser afastada porque se cumpriu com o ônus da argumentação²⁵. Dizendo de outro modo, uma precedência geral *prima facie* estabelecida em favor de um princípio P_1 ante um princípio P_2 pode ser afastada se os argumentos (leia-se: *condições de precedência condicionada*) em favor da precedência de P_2 forem mais fortes. As precedências (gerais) *prima facie* tomadas como ponto de partida não necessariamente são confirmadas ou mantidas no ponto de chegada (decisão) do caso concreto. Contudo, elas têm como contrapartida um ônus de argumentação.

231

A OBJEÇÃO HABERMASIANA

Pode-se afirmar que houve, no Brasil, uma recepção entusiasmada da teoria dos princípios e do princípio da proporcionalidade, incluída neste a ponderação. E isso se deve a razões teórico-jurídicas – força analítica e explicativa da teoria dos princípios – e também a razões jurídico-políticas. A teoria dos princípios foi

²⁵ Isso é o que aconteceu no próprio *Caso Lebach* (Alexy, 1997a, p. 96-97). Na argumentação que desenvolveu, após chegar a uma precedência geral do princípio da liberdade de informação ante o princípio da proteção da personalidade na hipótese de “uma informação atual sobre fatos delituosos”, o Tribunal Constitucional sustenta que, no caso de “repetição de uma informação sobre um delito grave, que já não responde a interesses atuais de informação” e que “põe em perigo a ressocialização do autor”, deve ter precedência a proteção da personalidade ante a liberdade de informação. Com essa argumentação, o Tribunal Constitucional decidiu pela prevalência da proteção da personalidade. A precedência geral *prima facie* (“uma informação atual sobre fatos delituosos”), inicialmente estabelecida pelo Tribunal Constitucional, foi afastada com uma argumentação (“ônus de argumentação”) que explicitou condições de precedência mais fortes, a saber: informação televisiva repetida, falta de interesse atual na informação e perigo para a ressocialização da pessoa.

vista como um poderoso instrumento para a afirmação da normatividade e da efetividade da Constituição, em especial dos direitos fundamentais (artigos 5º a 17), dos princípios fundamentais da República (artigos 1º a 4º), dos princípios que regem a atividade administrativa (artigo 37), dos princípios que informam a tributação (artigos 145 e seguintes) e dos princípios que pautam a atuação estatal, direta e indireta, na atividade econômica (artigo 170).

No Brasil, contudo, recentemente, as críticas ou objeções à teoria dos princípios começaram, aqui e ali, a se manifestar. Assim como recepcionamos a teoria dos princípios, também estamos repercutindo as críticas ou objeções a essa teoria. A crítica que mais repercute no Brasil é a de Jürgen Habermas ao conceito de princípio como mandamento de otimização, que implica também uma crítica ao método da ponderação.

Habermas identifica no conceito de princípio como mandamento de otimização um esvaziamento ou enfraquecimento da dimensão deontológica das normas jurídicas em favor de uma dimensão teleológica (valorativa).

Tanto as regras (normas) como esses postulados gerais (princípios) são mandamentos (ou proibições, ou permissões), cuja validade deontica expressa o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses dois tipos de regras não deve se confundir com a distinção entre normas e fins ou objetivos. Os princípios, da mesma forma que as regras não têm uma estrutura teleológica. E não devem entender-se – contra o que sugere a apelação à “ponderação de bens” nas habituais *Methodenlehren* ou “metodologias jurídicas” – como mandamentos de otimização, pois com isso desapareceria o sentido deontológico de sua validade²⁶.

A consequência mais grave seria o irracionalismo resultante da aplicação de normas por meio da ponderação de valores ou fins. Por não haver critérios racionais, “[...] a ponderação se realiza de forma arbitrária ou não reflexiva, segundo padrões ou hierarquias às quais se está acostumado”²⁷.

Alexy rebateu as objeções de Habermas, bem como críticas de outros autores (e.g., E.-W. Böckenförde)²⁸. Aqui, não é o caso de resenhar e analisar os argumentos de Alexy. No caso brasileiro, e este é o propósito deste texto, é pôr em

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2001. p. 278.

²⁷ HABERMAS, 2001, p. 332.

²⁸ ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003; ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004; ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização e tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. São Paulo: Forense Universitária, 2014.

evidência o tema do modelo procedimental de deliberação judicial e suas implicações para a controlabilidade racional intersubjetiva na aplicação do teste/exame de ponderação.

MODELO SERIATIM DE DELIBERAÇÃO JUDICIAL E PONDERAÇÃO

Aqui, não se tem por objetivo responder à pergunta de se há alguma especificidade ou inovação brasileira nas críticas à teoria dos princípios e em especial ao método da ponderação. Contudo, trabalha-se com a hipótese de que no Brasil, de fato, há uma questão de natureza institucional que pode repercutir – talvez já repercuta – de forma problemática no controle intersubjetivo do teste de proporcionalidade, em especial da aplicação da ponderação. Trata-se do modelo de deliberação dos tribunais de segundo grau, tribunais superiores e Supremo Tribunal Federal.

Adotado o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pela via de exceção (incidental), todas as instâncias judiciais são competentes para decidir sobre questões constitucionais. Isso compreende duas coisas. Cabe a todo e qualquer órgão judicial de forma autônoma decidir (*i*) se um caso tem relevância constitucional ou é uma questão constitucional e, depois, (*ii*) decidir o caso com base em fundamentos e argumentos constitucionais. Assim, a distinção entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária assume feições diferentes de outros países, como na República Federal da Alemanha ou da Espanha, para citar dois exemplos. No Brasil, todo juiz é um juiz constitucional. Assim, todo juiz é competente para fazer ponderação (sopesamento, balanceamento) em casos de colisão de princípios ou entre princípios e regras.

Nos tribunais de segundo grau, nos tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal, vige o modelo procedimental de deliberação *seriatim* e não o modelo *per curiam* (do latim “pela corte”; opinião ou parecer pela corte). O modelo de decisão *per curiam* apresenta o resultado da deliberação como “opinião do tribunal” em texto (voto) único. No modelo de decisão *seriatim*, há um agregado ou uma soma das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos “em série”, um após o outro. Nas instâncias judiciais colegiadas, o resultado final de uma deliberação jurisdicional é o resultado da contabilização dos votos. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, se todos os onze juízes participam, podemos ter os seguintes escores: 6 X 5, 7 X 4, 8 X 3, 9 X 2, 10 X 1 ou 11 X 0. A decisão, por maioria ou unanimidade, é do tribunal, mas os fundamentos da decisão são eleitos e expostos nos votos individuais.

Cada juiz forma livremente seu convencimento e faz sua valoração dos aspectos empíricos e normativos do caso, e expressa isso em voto individual que irá somar-se aos outros votos individuais. Sempre há um resultado certo e determinado do caso, sintetizado no dispositivo do acórdão, mas nem sempre é pos-

sível identificar com clareza as circunstâncias fáticas e os argumentos normativos que a maioria vencedora considerou relevantes ou mais relevantes para a decisão. Nem sempre é possível identificar com clareza e precisão a *ratio decidendi*²⁹. Entre os juízes que formaram a maioria, os votos individuais podem apresentar fundamentos ou razões (empíricas e normativas) diferentes e até mesmo opostas e/ou contraditórias entre si. Em síntese, pelo modelo *seriatim* de decisão, juízes que concordam sobre o resultado da decisão (procedência ou improcedência da demanda) podem divergir de forma relevante em relação às razões ou aos fundamentos da decisão.

Esse modelo deliberativo pode assumir contornos dramáticos nos casos em que o tribunal aplicou ou diz ter aplicado o teste da proporcionalidade, em especial o teste da ponderação. Como reconstruir de forma racional (lógica e analiticamente) e ainda de forma intersubjetivamente controlável e crítica as razões ponderativas (empíricas e normativas) do tribunal se há uma diversidade de votos, havendo, muitas vezes, oposição, divergência ou contradição entre argumentos enunciados pelos juízes que formaram a maioria vencedora? Como reconstruir e explicitar a regra de solução, na forma da lei de colisão, se nem sempre é possível identificar quais foram para o tribunal ou para a maioria vencedora as circunstâncias consideradas relevantes e que determinaram a prevalência do princípio constitucional P_1 sobre o princípio constitucional P_2 .

234

Se é difícil controlar a racionalidade de uma ponderação de uma instância que decide segundo o modelo *per curiam*, mais difícil ainda é controlar a racionalidade de uma ponderação de uma instância que adota o modelo *seriatim*.

Segundo a *lei de colisão*, “As condições sob as quais um princípio tem prioridade frente a outros constituem o suposto de fato (suporte fático) de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem prioridade”. Do ponto de vista da controlabilidade racional da decisão, essa lei exerce uma função relevante, porque destaca a importância de se identificar as circunstâncias que

²⁹ Conforme observa Vale, “[...] a deliberação comumente não se desenvolve com o objetivo de produzir um texto final com uma única *ratio decidendi* que possa representar a posição institucional da Corte – unívoca e impessoal –, mas como uma proclamação sucessiva das decisões individuais dos membros do tribunal, normalmente precedidas de um discurso que cada juiz tem o direito de fazer, seja por meio de um texto escrito por ele preparado previamente ou por meio da improvisação oral, para apresentar publicamente sua própria argumentação e seu julgamento individual do caso. O resultado da deliberação é apresentado em texto composto pelos diversos votos e suas respectivas *ratio decidendi*, tornando bastante complicada em algumas ocasiões a tarefa de definir com precisão o fundamento determinante da decisão do tribunal, a qual normalmente pode ser realizada pela extração do ‘mínimo comum’ entre os distintos argumentos individuais” (VALE, André Rufino do. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Consultor Jurídico*, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>>. Acesso em: 14 maio 2014).

foram consideradas relevantes para determinar ou justificar a precedência de um princípio ante o outro.

No modelo *seriatim*, as dificuldades para identificar claramente as circunstâncias relevantes são agravadas, em especial quando os votos individuais são extensos e não seguem um plano lógico ou articulado de exposição de fatos e razões³⁰.

À GUIA DE CONCLUSÃO: TOMANDO POSIÇÃO

A adoção do modelo *seriatim* de deliberação judicial, por si só, é uma objeção relevante e irrefutável ao uso da ponderação na aplicação de normas-princípios nos tribunais brasileiros? A resposta é negativa.

O exame de proporcionalidade, incluída nele o exame ou teste de ponderação, é uma estrutura metodológica e argumentativa procedimental. Enquanto tal, apresenta-se como um modelo universalizável de aplicação de normas. O fato de um determinado modelo de deliberação judicial apresentar dificuldades adicionais para o controle racional intersubjetivo de seus resultados (decisões judiciais interlocutórias e definitivas) não é suficiente, por si só, para refutar a consistência e a adequação da estrutura metodológica do exame de proporcionalidade em suas três etapas (adequação, necessidade e ponderação).

A questão do modelo de deliberação judicial é uma questão relevante, sem dúvida, porque se trata de questão institucional com repercussões práticas. E o direito, entendido como um sistema, é mais que um conjunto de normas. É um conjunto de normas institucionalizado e que é institucionalmente aplicado. Essa é uma das condições de manutenção de legitimidade do próprio direito. Mas a questão do modelo de deliberação judicial é uma questão externa ao modelo da ponderação enquanto estrutura metodológica de natureza procedimental. Não diz respeito, portanto, à estrutura interna e, por conseguinte, não afeta sua lógica interna. Em síntese e para finalizar, reconhece-se, do ponto de vista prático, que o modelo *seriatim* de deliberação judicial demanda, das partes envolvidas no processo judicial e daqueles que observam e analisam as decisões (judiciais) para fins de controle racional e crítico, em especial naqueles casos em que se decidiu ou supostamente decidiu aplicando-se o exame de proporcionalidade, um esforço adicional de reconstrução analítica e argumentativa. Trata-se de argumento de natureza institucional relevante que, contudo, não diz respeito à consistência e à adequação metodológica do exame de proporcionalidade (adequação, necessidade e ponderação).

235

³⁰ Votos individuais extensos e sem um plano claramente concebido (e.g., progressivo e hierarquizado) de exposição são muito comuns, sobretudo em casos complexos ou difíceis. Daí por que, nesses casos, acórdãos chegam a centenas de folhas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003.

_____. Derechos individuales y bienes colectivos. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Tradução de Jorge M. Senã. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997c. p. 179-208.

_____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.

_____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988.

_____. Sistema jurídico y razón práctica. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Tradução de Jorge M. Senã. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997b. p. 159-177.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Gerzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997a.

_____. *Teoria discursiva do direito*. Organização e tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. São Paulo: Forense Universitária, 2014.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano III, n. 7, p. 73-104, set./dez. 2000.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-72.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, 2002.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VALE, André Rufino do. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Consultor Jurídico*, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>>. Acesso em: 14 maio 2014.