

Rafael Lazzarotto Simioni - Ricardo Biaso Ribeiro de Oliveira

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O conteúdo geral desta pesquisa está no porquê da escolha da Teoria da ponderação de princípios, de Robert Alexy, como a principal estratégia de fundamentação das decisões judiciais brasileiras. Seguindo uma abordagem diferente das discussões realizadas no Brasil, essa pesquisa objetiva explicitar as razões pelas quais os precedentes invocam a ponderação de princípios e não outra teoria. A hipótese da pesquisa está relacionada com o fato da teoria da ponderação conceber os princípios como mandados de otimização e, dessa forma, possibilitar a relativização de direitos fundamentais. Trata-se de uma teoria que, do ponto de vista epistêmico, permite reproduzir as desigualdades sociais brutais em países periféricos como o Brasil. Para ser alcançado esse resultado, a metodologia foi analítica e a técnica de pesquisa bibliográfica, com foco na análise das motivações presentes em precedentes exemplares do STF para aplicar ou não a ponderação nos casos concretos. Como resultado, espera-se confirmar a hipótese de que a ponderação está ligada à análise da correlação entre as colisões de direitos fundamentais e a cultura jurídica de países de modernidade periférica com altos índices de desigualdade social.

OBJETIVOS

Essa pesquisa objetiva analisar as correlações entre os motivos indicados por Robert Alexy para justificar o uso da máxima da proporcionalidade como estratégia argumentativa de um lado, e as razões invocadas em precedentes exemplares do STF para justificar a escolha dela e não outra teoria da argumentação, de outro lado.

METODOLOGIA

A metodologia é analítica e a técnica de pesquisa é bibliográfica, com ênfase nos textos de Robert Alexy nos quais ele procura justificar a racionalidade da ponderação. Analisaremos também algumas decisões exemplares do STF. Isso nos permite observar que há um possível caráter seletivo no uso da ponderação pelo STF, o qual poderá, por hipótese, demonstrar que a teoria da ponderação possui a aceitação que tem no Brasil e em outros países latino americanos, não porque ela é superior a outras concepções pós-positivistas, mas porque ela permite lidar bem com as desigualdades sociais em países de modernidade periférica e concede ao juiz uma subjetividade maior através de seu uso.

DESENVOLVIMENTO

Alexy acredita que a escolha de uma justificação diante das diversas soluções jurídicas genericamente possíveis para o caso concreto não pode seguir uma lógica de subsunção simples e contínua. Ela deve ser fundamentada por meio da convocação de princípios ou valores exteriores ao próprio direito, como são os princípios morais e os valores éticos. O problema é que, para resolver a questão das colisões, a ponderação precisa conceber os princípios como mandados de otimização. Isso significa a concessão de um relativismo sem precedentes dos direitos fundamentais, o que acaba por produzir a oportunidade de se ponderar justamente o direito das populações que mais dele precisam.

A jurisprudência brasileira julga em nome da ponderação sem ter uma convicção real sobre ela. O ato de ponderar princípios não resulta em empregar o bom senso e nem utilizar lógicas razoáveis, mas sim, utilizar seus moldes teóricos. É possível observar que os tribunais brasileiros decidem, somente, de acordo com a sua consciência.

CONCLUSÃO

a) A teoria da ponderação é apenas uma dentre várias outras teorias importantes da interpretação, argumentação e decisão jurídica; b) Os dados preliminares sugerem que a teoria da ponderação é concepção hegemônica no Brasil, não só no STF, como também nos demais tribunais e nas doutrinas; c) A concepção de princípios como mandados de otimização implica em uma característica relativista de direitos fundamentais, que deveria ser melhor refletida especialmente em países com altos índices de desigualdade social como no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- SIMIONI, Rafael. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea, do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.