



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO, HUMANIDADES E LETRAS

Cassiano Rodrigues Gimenes

**DESCOBRINDO A PONDERAÇÃO:
A VISÃO DE ROBERT ALEXY E A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS**

Três Rios, RJ
2016

CASSIANO RODRIGUES GIMENES

**DESCOBRINDO A PONDERAÇÃO:
A VISÃO DE ROBERT ALEXY E A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS**



Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Orientador: Allan Rocha de Souza

Três Rios, RJ
Junho de 2016

CASSIANO RODRIGUES GIMENES

**DESCOBRINDO A PONDERAÇÃO:
A VISÃO DE ROBERT ALEXY E A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora:

Professor Doutor Allan Rocha de Souza
(Orientadora)
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Professora Doutora Ludmilla Elyseu Rocha
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Professor Doutor Rulian Emmerick
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Dedico este trabalho à minha família e a todos que se mantiveram ao meu lado me dando forças para continuar.

*Existe uma resposta correta sobre o
problema da resposta correta no direito?*

Alexandre Castro Coura

RESUMO

GIMENES. Cassiano Rodrigues. **Descobrimo a ponderação: a visão de Robert Alexy e a normatividade dos princípios**. 2016. 53 p. Monografia (Graduação em Direito). Instituto Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

O presente trabalho busca a partir de uma tipologia normativa já estabelecida compreender de forma ampla o posicionamento dos princípios dentro do ordenamento jurídico. Daí persegue-se a técnica de ponderação de Robert Alexy a fim de apresentar suas principais características e elementos. Para tanto se buscou a compreensão dos conceitos que orbitam o tema, assim, ao identificar componentes basilares como, norma, princípio, regra, valor e interesse é possível chegar a ponderação de princípios. Em destaque, a técnica de ponderação de princípios é tida como uma das mais valiosas ferramentas para a solução de conflitos entre normas constitucionais, de maneira que a utilização indevida desta pode gerar efeitos igualmente negativos. Não por acaso o tema merece atenção, sendo de mesma importância observar efeitos da utilização inadequada da ferramenta. É claro o objetivo de chegar, por meio de elementos basilares, à noção de ponderação de princípios apontada por Robert Alexy.

Palavras-chave: Ponderação. Princípios. Regras. Valores. Discurso. Manipulação.

ABSTRACT

GIMENES. Cassiano Rodrigues. **Discovering the Weighting: The Vision of Robert Alexy and the normativity of principles**. 2016. 53 p. Monograph (Law Degree). Three Rivers Institute, Federal Rural University of Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

This work, through an already established normative typology, quest for broadly understand the positioning of the principles inside the legal order. From this point begins a persecution to Robert Alexy weighting technique to present its main features and elements. Therefore, it is necessary to understand the concepts that involves the subject, thus, identifying basic components as rule, principle, norm, value and interest is possible to reach weighting of principles. Highlighted, the principles weighting technique is títuloconsidered one of the most valuable tools for the solution of conflicts between constitutional norms, so the misuse of that can generate equally negative effects. No coincidence, the topic deserves attention, being of equal importance to observe effects of improper use of the tool. Cleary, the objective is, through basic elements, reach the notion of weighting of principles mentioned by Robert Alexy

Keywords: Weight. Principles. Rules. Values. Speech. Handling.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
------------------	----

CAPÍTULO1

NORMAS E PRINCÍPIOS, CONCEITUAÇÃO E APLICABILIDADE	11
--	----

1.1	Normas constitucionais	12
1.1.1	Das características gerais	12
1.1.2	Dos tipos de normas constitucionais	13
1.2	Os princípios constitucionais	15
1.2.1	Normas e princípios	15
1.2.2	Princípios x regras	17
1.2.3	Do princípio	19
1.3	Da aplicabilidade dos princípios	20
1.3.1	Do enquadramento principiológico à normatividade aplicada	22
1.3.1.1	<i>Princípios fundamentais</i>	<i>22</i>
1.3.1.2	<i>Princípios constitucionais gerais.....</i>	<i>23</i>
1.3.1.3	<i>Princípios constitucionais setoriais ou especiais</i>	<i>24</i>

CAPÍTULO2

A ORIGEM DA PONDERAÇÃO E A PROPOSTA DE ALEXY	25
--	----

2.1	A necessidade da ponderação	26
2.1.1	Dos valores aos princípios	26
2.1.2	A colisão de princípios e colisão de regras	27
2.2	A ponderação	30
2.2.1	A ponderação de interesses	31
2.2.2	Ponderação em abstrato e ponderação em concreto	33
2.3	A ponderação de princípios	35
2.3.1	A lei de ponderação	37
2.3.2	A finalidade da ponderação	38

CAPÍTULO3

A PONDERAÇÃO NA DECISÃO JUDICIAL	40
3.1 O argumento e a ponderação	41
3.2 A manipulação discursiva	43
3.3 Críticas à ponderação	45
 CONCLUSÃO	 48
 REFERÊNCIAS.....	 50

INTRODUÇÃO

Assim como a sociedade as normas estão em constante mutação, são criadas e exterminadas ao passo que novos valores e costumes tomam destaque. Nesta perspectiva, os princípios são vigas representativas daquilo que há de mais relevante. Dentre as normas, ganha destaque as que compõem a constituição, sendo esta a lei maior.

Para que se possa compreender a Constituição é necessário que se absorva os diferentes tipos de norma. Dentre os preceitos constitucionais, ganham especial enfoque os princípios contidos na Carta Magna, posto que estes irradiam dentro da própria esfera constitucional.

Quanto aos princípios constitucionais, é sempre válido trazer as discussões que cercam o conceito a fim de que estes não sejam reduzidos ao patamar de regra, valor ou interesse. Restará então a necessidade de se operar os princípios de forma consciente. E esta será a ideia desenvolvida a partir de conceitos doutrinários no primeiro capítulo

A técnica de ponderação de princípios que é largamente aplicada e discutida na doutrina e na prática, isto porque volta seus esforços para reduzir ao máximo o fator humano e assegurar que princípios sejam respeitados e aplicados em sua máxima capacidade.

A técnica de ponderação se desenvolveu ao longo dos anos, de maneira que autores que precederam o próprio Robert Alexy são de singular importância para que se possa compreender evolutivamente o conceito de ponderação hoje utilizado.

O segundo capítulo do presente trabalho visa então trazer a técnica de ponderação em si, sem descartar elementos históricos indispensáveis à compreensão da evolução do instituto.

A ponderação de princípios é intensa, não sendo apenas um simples meio pelo qual se opera a norma, mas sim o meio pelo qual se molda a aplicabilidade da norma para que esta possa tomar máxima proporção.

Dado o fato de que princípios possuem força equivalente dentro da constituição, diante de um caso de conflito, é imaginável que, sem a ponderação,

estes poderiam vir a destruir uns aos outros e, por conseguinte, exterminar garantias e pilares sociais.

É grande o esforço voltado dentro da doutrina para que se manuseiem os princípios de forma adequada visto que, se utilizados de maneira arbitrária, podem se tornar ferramentas de opressão e de imposição de vontade na contramão do que efetivamente objetivam.

O terceiro capítulo terá o condão de demonstrar alguns efeitos negativos da utilização inadequada ou mal-intencionada da técnica de ponderação, de modo que a incapacidade de controle neste ponto segue sendo um grande aspecto negativo.

Este trabalho tem como objetivo apresentar os elementos gerais da ponderação apontando seus componentes mais importantes. Consecutivamente os aspectos gerais da teoria serão postos para que se possa verificar sua importância e possíveis consequências da má utilização de seus preceitos.

CAPÍTULO 1

NORMAS E PRINCÍPIOS, CONCEITUAÇÃO E APLICABILIDADE

A constituição jurídica de um estado invariavelmente se submete às mutações inerentes à organização social humana. Abissal, portanto, a compreensão do coletivo como grande instrumento propulsor do desenvolvimento jurídico que se molda a cada época.

A força autônoma, que irradia do poder constitucional, não permite que este se reduza às expressões sociais de cada época, razão pela qual existe, segundo Barroso, “entre norma e realidade uma tensão permanente, de onde derivam as possibilidades e os limites do Direito Constitucional, como forma de atuação social”.¹ Neste sentido normas e princípios surgem de maneira impor e justificar tanto a sociedade quanto o poder constitucional que emana da própria força do texto legal.

Neste ponto é imperiosa a conceituação de normas e princípios que se apresentam, inegavelmente, como pilar de sustentação da teoria de ponderação desenvolvida por Robert Alexy haja vista que por este meio se transmuta a força política que emana da sociedade, no poder jurídico que aqui será debatido.

A cada tempo os valores impostos pela coletividade de forma política, dependerão da forma jurídica para que efetivamente possam se exteriorizar assegurando a proteção e a busca do sistema ideal a cada tempo, observando-se as formas nas quais se moldam a sociedade da época.

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 5.

1.1 Normas constitucionais

1.1.1 Das características gerais

Sem pormenorizar as minúcias da questão, aqui se buscará um conceito efetivo de norma observando, contudo, há controvérsia doutrinária acerca do tema, pois bem como explica Tércio Sampaio Ferraz Jr., “houve quem reunisse 82 definições de norma”,² de maneira que não é o objetivo deste estudo adentrar o cerne desta questão.

A corroborar com a controvérsia é válido o entendimento daqueles que a firmam que a norma se equipara à lei, mas distingue-se do direito. Em sentido oposto Sacha Calmom Navarro Coêlho³ se posiciona defendendo “não é possível equiparar norma e lei”, todavia não será este o debate que aqui promovido.

A definição apontada por Luís Roberto Barroso assim identifica a norma jurídica:

[...]a ideia de norma jurídica que aqui vai se utilizar identifica-se com o conceito material de lei, independentemente de hierarquia, consistindo no ato jurídico emanado do estado, com caráter de regra geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva. Trata-se, pois, de uma forma de conduta imposta aos homens por seu poder soberano cuja observância é por este garantida e tutelada.⁴

Resta destacar que quer as normas de organização, quer as normas de comportamento, assim como define Barroso, são revestidas inequivocamente da imperatividade. Embora exista corrente em sentido contrário, o autor defende o ponto atacando a falta de percepção quanto a intensidade de aplicação, havendo uma diferenciação sensível que divide as normas em dois grandes gêneros, quais sejam, cogentes e dispositivas.

² FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Forense, 1986, p. 36.

³ COÊLHO, Sacha Calmom Navarro. **Norma jurídica e lei são figuras teóricas diferentes**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/73>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 74.

As primeiras (cogentes) se caracterizam pela coerção de conduta originária aplicada à vontade individual, sendo sempre o agente obrigado a desempenhar ou não desempenhar determinada conduta. Na contramão as normas de gênero dispositivo não regulam a conduta primeira do agente, impondo-se tão somente diante da omissão da vontade individual.

Despiciendo dizer que norma constitucional é toda aquela prevista no regulamento jurídico, sendo abissal compreender que esta é uma espécie compreendida no gênero “norma jurídica”, de maneira que invariavelmente conservará a essência deste.

1.1.2 Dos tipos de normas constitucionais

Muitas são as classificações expostas ao longo dos anos por autores como José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito que, sobre o tema, dispensaram seus estudos com o objetivo de qualificar as normas constitucionais em categorias, posto que desta qualificação advenha o real conhecimento sobre determinado tema.

Nesta esteira José Afonso da Silva realizou a clássica divisão tricotômica das normas constitucionais, de maneira que assim as qualificou:

- a. Normas constitucionais de eficácia e plena aplicabilidade imediata;
- b. Normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição;
- c. Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático), em geral pendentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos.⁵

Luís Roberto Barroso também de maneira efetiva apresenta a tipologia das normas constitucionais que será adotada neste estudo da seguinte forma:

⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1982, p. 26.

- a. Normas constitucionais que têm por objetivo organizar o exercício do poder político: NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO;
- b. Normas constitucionais que têm por objetivo fixar os direitos fundamentais dos indivíduos: NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITO;
- c. Normas constitucionais que têm por objetivo traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado: NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS.⁶

Neste sentido é sensível a percepção de que as normas constitucionais muito embora revestidas pelo mesmo poder que emana da força constitucional superior se destinam a fins distintos, podendo ser facilmente agrupadas a fim de que seja possível compreender a forma e o meio pelo qual irradiarão seus efeitos.

As normas constitucionais de organização assim representam as normas que buscam a organização estatal basilar sob a qual se estruturará o estado democrático de direito. Note-se que por meio destas são desenvolvidas as regras de estruturação das entidades públicas, bem como o conteúdo formal do exercício do poder político e regras de competência.

Já as normas constitucionais definidoras dos direitos atendem a outro propósito comum a todas as constituições. Por meio destas asseguram-se os direitos fundamentais dos indivíduos que se enquadram em quatro grandes grupos, sendo estes os direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos.

O primeiro grupo – direitos políticos – abrange o direito a nacionalidade e a cidadania, já o segundo grupo – direitos individuais – se dirigem a valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Já o terceiro grupo – direitos sociais – visa garantir direito a segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à educação, à cultura e outros.

O último e mais recém-formado grupo que compõe as normas definidoras de direito é o grupo dos direitos difusos. Estes trazem em seu bojo valores coletivos indissociáveis, sendo obrigação de todos contribuir para a realização destes, entre os quais se verificam o direito a preservação do meio ambiente, garantia contra manipulações de mercado, proteção de valores culturais e espirituais

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 90.

Até este ponto não se abriu o espaço para o abstrato, posto que foram estabelecidos rígidos limites pelos quais se abalizam as normas constitucionais. Contudo, no que tange às normas constitucionais programáticas é fundamental a capacidade de abstração.

De certo que princípios são o fim pelo qual se designam os meios constitucionais, destarte, estas normas devem atender, também, aos valores coletivos mutáveis e aplicáveis a cada tempo, posto que de outra forma não se compreenderia, a constituição, na ideia de democracia. Desta feita, estas normas estabelecem princípios ou fixam programas de ação do poder público objetivando atingir fins sociais moldados por estimas e costumes de cada época.

Percebe-se, por conseguinte que nestas normas se encontram os princípios constitucionais.

1.2 Os princípios constitucionais

1.2.1 Normas e princípios

Cabe ao adentrar o cerne desta questão estabelecer que existe na doutrina estudos que visam estabelecer uma diferenciação entre princípios e normas, contudo, no presente trabalho caberá a compreensão, bem como já foi apontado anteriormente, de que a norma jurídica é um conceito amplo dentro do qual se insere a norma constitucional, que por sua vez se desmembra em regras e em princípios surgindo neste ponto como espécies.

Este entendimento é também defendido por Norberto Bobbio que traz:

A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais,

e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas?⁷

Para o autor princípios são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”. Para ele, enfim, não resta dúvida:

[...] os princípios gerais são normas como todas as outras e seu argumento se sustenta em dois pilares fundamentais: a) uma generalização sucessiva revela que princípios são provenientes de normas. b) princípios cumprem função de regulação de casos, sendo esta a função de todas as normas.⁸

Destaca ainda que além dos princípios expressos existiriam também princípios não expressos, sendo estes aqueles que “[...]se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema”.⁹

Embora esse seja o direcional tomado aqui, a doutrina não é uníssona, ao que colide com o pensamento de outros doutrinadores. José Afonso da Silva embora reconheça o axioma aqui adotado, defende que “normas reconhecem às pessoas a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio e vinculam pessoas à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, enquanto os princípios são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas, confluindo valores e bens constitucionais”.¹⁰

Observada a divergência doutrinária, fica ultrapassada a questão que resulta da diferenciação entre normas e princípios, entre tanto, se vislumbra a questão emergente da existência de duas espécies de um gênero. Assim, os doutrinadores

⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ªEd. Brasília: UNB, 1999, p. 158-159.

⁸ *Id. Ibidem*, p. 159.

⁹ *Id. Ibidem*, p. 160.

¹⁰ SILVA, Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92-93.

passaram a direcionar seus esforços para responder à nova demanda. Em que se distinguem princípios e regras?

1.2.2 Princípios x regras

Há infinidade de doutrinas e modelos que constroem na mesma medida que destroem os argumentos. Por esta razão por muito tempo seguiu o tema sem uma real definição conceitual que definisse objetivamente qual é a distinção entre princípio e regra resultando em uma inexatidão quase intransponível.

Ronald Dworkin dispõe sobre o impasse doutrinário: “Em muitos casos a distinção é difícil de estabelecer – é possível que se tenha estabelecido de que maneira o padrão deve funcionar; esse ponto pode ser ele próprio o foco da controvérsia”.¹¹

Nesta esteira, adotar um critério de distinção que afaste irreparavelmente regras e princípios pode prejudicar o objetivo principal do estudo, posto que objetive a correta aplicação dos princípios constitucionais nos casos concretos. De grande valor, portanto, são os ensinamentos de Robert Alexy, Ronald Dworkin e J. J. Gomes Canotilho, que respectivamente preceituam:

- I. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, ou seja, são mandados de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e reais existentes. As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, aplica-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. As regras contêm determinações no âmbito do fático e normativamente possível.¹²
- II. Os princípios e as regras apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis da maneira “tudo ou nada”. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida e, neste caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida e aí nada contribui para a decisão. As regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. Se duas regras entram em conflito, uma delas não

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 43-44.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 86-87.

pode ser válida. O sistema jurídico regula esse conflito através de alguns critérios normativos, que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica etc. Os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância quando se inter cruzam. Aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. A dimensão de peso dos princípios não pode ser uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio é mais importante que outro será frequentemente objeto de controvérsia. Nada obstante, essa dimensão é parte integrante do conceito de princípio, fazendo sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.¹³

- III. Os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental em decorrência da sua hierarquia superior (ex: princípio constitucional da dignidade da pessoa humana) ou da sua importância estruturante dentro de sistema jurídico (ex. princípio do Estado de Direito); as regras desempenham papel de menor relevância na fundamentabilidade do sistema de fontes do direito.¹⁴

Os critérios aqui expostos correspondem respectivamente a critério qualitativo, critério lógico e critério da fundamentabilidade no ordenamento jurídico, de modo que o critério adotado por Canotilho ganha força diante da praticidade objetiva que da teoria emana.

Haja vista a tipologia das normas, anteriormente apresentada, aqui se compreendem princípios constitucionais como normas, sendo assim espécie de gênero dotada de uma força particular, posto que assumam papel estruturante dentro de cada tipo de forma particular como bem exemplifica o autor.

Para Dworkin, as regras seriam aplicadas segundo um modelo de “tudo ou nada” (*All or nothing*).¹⁵ Os princípios, de forma distinta das regras, possuiriam uma “dimensão de peso” (*dimension of weight*), que seria plenamente perceptível ao se deparar com uma colisão entre princípios, em que um princípio que tivesse um peso maior seria sobreposto a outro princípio, sem que o de menor peso perdesse a sua validade.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010, p. 39-43.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.144 *apud* ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. **Repensando os princípios: princípios constitucionais sociais trabalhistas e a mudança dos paradigmas dos princípios específicos do direito do trabalho**. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2005/discute/disc12.doc>. Acesso em: 25 mai. 2016.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

Neste sentido, se percebe que normas são pontuais no tempo, enquanto princípios irradiam seus efeitos de forma mais abrangente. Nesta senda, trata o princípio federativo previsto no artigo 1º da carta magna. Em contrapartida, se apresenta o artigo 13 da Constituição que determina o português como língua oficial da República Federativa.

Este é o ponto de partida para a ideia desenvolvida por Robert Alexy para desenvolver a teoria da ponderação de princípios, de maneira que os princípios possuem diferentes graus de aplicação dependendo tão somente do que demanda o caso concreto.¹⁶

1.2.3 Do princípio

Restou demonstrado que a diferenciação entre princípio e norma se encontra superada, voltando os esforços para o nebuloso estudo que visa distinguir princípios e regras, sendo de grande validade os entendimentos dos diversos doutrinadores até aqui elencados. Muito embora seja feita a distinção cabe aqui buscar a definição exata do objeto, qual seja, o princípio constitucional.

Cogente afirmar que princípios não são valores ou meramente diretrizes, tampouco podem ser confundidos (como frequentemente ocorre) com axiomas ou critérios normativos. No entanto não se encontra satisfeito o ímpeto humano que anseia pela exatidão, ainda que incompatível com as ciências humanas.

Doutrinadores apontam os mais diversos significados no vocábulo, a exemplo do que afirma Paulo Barros de Carvalho que o define como:

a) como norma jurídica de elevada hierarquia e valor muito importante para o sistema; b) como norma jurídica posição privilegiada, de elevado nível, que estipula um limite objetivo; c) como os valores insertos em normas jurídicas de posição privilegiada, mas sem a estrutura normativa; d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomando, contudo, sem levar em conta a estrutura normativa. Paulo de Barros faz questão de frisar que

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 20.

não cabe a ele dizer qual o melhor sentido, qualquer operador do direito usa no sentido que bem lhe aprouver.¹⁷

Busca-se aqui, um significado mais específico, elementar para o prosseguimento adequado do estudo. Este é encontrado nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, apontando na mesma direção do primeiro significado apresentado por Barros de Carvalho, *in verbis*:

É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”.¹⁸

Encerra-se a questão adotando o entendimento de que princípios são, por conseguinte, normas jurídicas da espécie norma-princípio, e por esta razão possuem função basilar dentro do ordenamento destacando-se das normas disposição (regras), contudo sem se afastar do conceito de norma.

1.3 Da aplicabilidade dos princípios

A realização completa dos comandos normativos passa diretamente pela eficácia do judiciário e pelas soluções técnicas adotadas pelos seus operadores. Apenas desta forma se poderá alcançar a plenitude da eficácia constitucional.

Toma nova força o significado de princípio ao passo que se apresenta na condição de norma. Atenderá, por conseguinte, às regras gerais no que se aplicarem

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Enunciados, normas e valores jurídicos tributários**. São Paulo: RDT 69, 2003, p. 144.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151.

ao gênero. Contudo neste cenário os princípios possuem papel diferenciado posto o que preconiza O Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, *in verbis*:

“Art.4º - Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.¹⁹

Pela analogia o juiz buscará a resposta para a demanda em outra lei que seja capaz de dar suporte a uma sustentação de direitos no caso concreto, enquanto que por meio dos costumes o magistrado irá pautar-se sobre a boa prática coletiva da sociedade. Por fim, em caso de omissão da lei, recorre-se aos princípios gerais do direito, sendo estes valores que se perpetuam no tempo, apresentando-se como critérios morais e éticos nos quais emanam o direito.

Eficácia plena da legislação como um todo, portanto, se submete a correta aplicação dos princípios constitucionais que inegavelmente se apresentam com força hierarquicamente superior a qualquer outra norma dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello, *litteris*:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nela esforçada”.²⁰

Resta, adotada a tipologia, enquadrar os princípios dentro da normatividade, assegurando-lhes a devida aplicabilidade e eficácia nos casos concretos aplicáveis, definindo desde já que os princípios constitucionais se dividem em “*princípios*

¹⁹ BRASIL. Planalto. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

²⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 807-808.

fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais e especiais” como assevera Barroso.²¹

Existe, porém, a necessidade de adequar estes princípios à tipologia adotada no estudo (normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas.), posto que, apenas desta forma será possível determinar seu grau de destaque no sistema, definindo conseqüentemente a sua abrangência.

1.3.1 Do enquadramento principiológico à normatividade aplicada

1.3.1.1 *Princípios fundamentais*

Observando-se o primeiro grupo (normas de organização) observa-se que este é composto basicamente por normas de eficácia plena, tendo por característica aplicação instantânea e incondicionada. Com efeito, José Afonso da Silva aponta que as regras “autoaplicáveis” se aglomeram “predominantemente” entre as normas de organização.²²

Encontrar-se-á, aqui os princípios que contêm as decisões políticas estruturais do estado sendo estes chamados de princípios fundamentais. Exemplificando, são princípios fundamentais, entre outros: princípio republicano, princípio federativo, princípio do estado democrático de direito. Todos extraídos do Art. 1º *caput* da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.²³

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 152.

²² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1982, p. 94.

²³ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em 26 out. 2014.

Pode-se destacar ainda a título exemplificativo o princípio da separação de poderes previsto no Art. 2º da Constituição federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.²⁴

Sob pena de um rol exemplificativo massivo, limita-se o estudo a afirmar que todos os princípios fundamentais são por excelência normas de organização, atendendo assim às regras de aplicação inerentes a estas.

1.3.1.2 Princípios constitucionais gerais

Avançando, sob o segundo tipo normativo, (normas definidoras de direito) estas são de aplicação direta e imediata. Possuem, ainda, o predicado de conceder, aos indivíduos, direitos individuais, sociais e difusos e nas palavras de Luis Roberto Barroso,

os primeiros traçam a esfera de proteção do indivíduo em face a do poder estatal; os da segunda espécie visam a elevação de suas condições materiais e espirituais, direcionado à justiça social e à outros valores transcendentais; os últimos referem-se a direitos titularizados pela coletividade pela coletividade como um todo, sendo indivisível o seu objeto.²⁵

Está presente aqui agrupados os **princípios constitucionais gerais**. Estes irradiam seus efeitos sob toda a ordem jurídica e muito embora não integrem diretamente o núcleo dos princípios orgânicos constitucionais, são indispensáveis à devida aplicação e interpretação destes.

Muito embora sejam de aplicação direta e imediata, por vezes os textos destas normas se misturam com as normas programáticas, razão pela qual encontram barreiras enormes para sua efetiva concretização ainda que pertençam à mesma estrutura lógico-normativa.

²⁴ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em 26 out. 2014.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.142.

A exemplo destas tem-se os diversos princípios encontrados no Art. 5º da Constituição Federal de 1988, sendo entre outros, o princípio da legalidade, princípio da isonomia, princípio do devido processo legal, princípio do juiz natural, que no mesmo sentido dão a noção de amplitude do gênero.

1.3.1.3 Princípios constitucionais setoriais ou especiais

Por eliminação, os princípios constitucionais setoriais se encaixam na terceira categoria da tipologia adotada pelo estudo, presidindo um específico conjunto de normas que afetam um determinado tema, ou capítulo da Constituição, irradiando efeitos de forma menos abrangente, limitando-se aos seus âmbitos de atuação.

Diante do caso concreto os princípios setoriais ou especiais, que se apresentam como normas programáticas, possuem uma condição de aplicação jurídica menos consistentes, haja vista que trançam condutas a serem adotadas para um fim, sem especificar, contudo, a forma característica pela qual se atingirá o propósito.

Para fins de exemplo, observa-se os princípios da administração pública previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, quais sejam, o princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da publicidade, como se demonstra:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).²⁶

São diretamente aplicáveis e exigíveis, por consequência de sua própria natureza, possuindo assim uma eficácia de menor força constitucional do que os outros tipos até aqui elencados.

Agora que os princípios podem ser compreendidos e visualizados com maior clareza e facilidade dentro do ordenamento jurídico, resta seguir no trabalho com o escopo de maximizar aplicabilidade dos conceitos definidos até este ponto.

²⁶ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em 26 out. 2014.

CAPÍTULO 2

A ORIGEM DA PONDERAÇÃO E A PROPOSTA DE ALEXY

Uma vez definidos e compreendidos os elementos do objeto do estudo, ou seja: normas, princípios e regras. Passa-se a discutir o método de aplicação mais adequado, a fim de conferir a este, dentro da proposta do tema (ponderação de princípios), a efetividade na solução de conflitos entre princípios.

Para tanto, é necessário partir da ideia de interesse apresentada pelo jurista alemão Philipp Heck em sua obra, “Interpretação da lei e jurisprudência de interesses”. Cabe destacar que esta é uma viga evolutiva no que tange à hermenêutica moderna.

Na visão de Heck a compreensão do interesse é em verdade o meio pelo qual se compreenderia a norma posto que estes são objetivamente o reflexo da condição humana. Portanto a jurisprudência de interesses - contrapondo à jurisprudência de conceitos aplicada na época – teria como escopo, nas palavras do próprio autor:

o escopo da Jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos interesses e a Jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração dos conceitos.²⁷

Foi elaborada então a teoria dos comandos, capital do ponto de vista evolutivo para o surgimento dos princípios da maneira como se compreende neste estudo. Isto, pois, as normas teriam como desígnio solucionar os conflitos de interesses. Por

²⁷ HECK, Philipp. Interpretação da lei e jurisprudência de interesses. São Paulo: Saraiva, 1947, *apud* PESSÔA, Leonel Cesarino. **A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti. Uma contribuição à história do pensamento jurídico.** Rio de Janeiro: Sergio Fabris, 2008. Disponível em: <<http://files.diario-do-estudante.webnode.com/200000031-8d5dd8e573/Leonel%20Cesarino%20Pessoa%20-%20A%20teoria%20da%20interpretacao%20juridica%20de%20Emilio%20Betti,%202002.pdf>> Acesso em: 06 jun. 2016.

consequência, os princípios – entendidos como frutos de interesses - eram utilizados como ferramentas para o preenchimento das lacunas existentes na lei.

A teoria de Heck não se sustentava haja vista a inexistência de mecanismos de valoração dos interesses, como critica o próprio autor ao dizer que “(...) leva frequentemente à conclusão de que é impossível determinar a ideia de comando ou valoração de interesses, ou de que são possíveis várias explicações, quer equivalentes, quer divergentes, quanto ao grau de verossimilhança”.²⁸

Sabendo-se que a ideia de Heck permeou o entendimento doutrinário, seu estudo provocou, como efeito, o surgimento de novas teorias que, tanto suprissem as lacunas existentes, quanto inovassem em nome do progresso jurídico. Assim ocorreu como se demonstrará neste capítulo.

2.1 A necessidade da ponderação

2.1.1 Dos valores aos princípios

Este é o ponto de partida na linha cronológica que transmuta os princípios de meras ferramentas jurídicas utilizadas para o preenchimento de lacunas em normas-princípio de hierarquia absoluta dentro de um ordenamento jurídico legalista.

Na busca por critérios eficazes para a valoração dos interesses e sob forte influência das ideias expostas por Heck, os princípios passaram a ser considerados valores, por meio do qual se dariam os critérios de interpretação legal. Daí o entendimento de Vezio Crisafulli, ao afirmar que os princípios seriam o meio pelo qual se justificariam as posturas adotadas diante de um conflito de interesses.²⁹

²⁸ HECK, Philipp. Interpretação da lei e jurisprudência de interesses. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 107. *apud* REBOUÇAS, Isabela, CARNEIRO, Walber Araújo. **O que é isto - ponderação de princípios?** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/viewFile/2825/2055>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

²⁹ CRISAFULLI, Vezio. La costituzione e le sue disposizioni di principio. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952 *apud* SARMENTO, Daniel. **A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado**. In: Revista da EMERJ. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

Evolutivamente, chega-se pelo jurista Josef Esser que apresentou – em consonância com este estudo – o entendimento de que “princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado.”³⁰

Robert Alexy, a respeito do tema, faz a distinção entre valores e princípios a partir de da axiologia e da deontologia. Neste ponto cabe estabelecer que deontologia é “uma filosofia que faz parte da filosofia moral contemporânea e sua origem significa, em grego, ciência do dever e da obrigação”³¹ enquanto axiológico é “tudo aquilo que se refere a um conceito de valor ou que constitui uma axiologia, isto é, os valores predominantes em uma determinada sociedade”.³²

Alexy ao longo de sua obra “Teoria dos direitos fundamentais” reconhece a convergência que existe entre os conceitos, posto que ambos seriam responsáveis por expressar um sentido normativo, sendo possível colisão e ponderação. Contudo, separando os institutos pelos critérios apresentados, o autor encaixa os princípios em um campo deontológico sendo expressão do “dever ser” enquanto que os valores apresentariam efetivamente um “ser” sob a ótica axiológica. Tal distinção faria com que princípios e valores criem regras em esferas diversas.

2.1.2 A colisão de princípios e colisão de regras

Regras e princípios são espécies aplicáveis do gênero norma sob o qual se baseiam os sistemas jurídicos. A forma adotada na legislação brasileira, demonstrada no Capítulo I (1.1.2 – Dos tipos de normas constitucionais), permite que regras colidam com regras e que princípios conflitem com princípios, não sendo possível, porém, a colisão entre princípios e regras.

Tal impossibilidade decorre da teoria apresentada por Alexy, quando percebe os princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do

³⁰ ESSER, Josef. **Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts**, 4ª tiragem, p. 51 *apud* ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 35. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9091&revista_caderno9>. Acesso em: 06 jun. 2016.

³¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 185.

³² *Id. Ibidem*, p. 432.

possível, sendo assim mandados de otimização aplicáveis graus diversos diante das possibilidades normativas e reais existentes. Em sentido oposto, as regras se aplicam pelo princípio do “tudo ou nada” como foi exposto por Dworking.³³

Como exemplo Alexy traz o arquétipo de uma sala de aula na qual os alunos estão sujeitos a duas regras distintas. A primeira só permite que os alunos saiam da sala de aula após soar o sino de término do horário, enquanto a segunda obriga os alunos a saírem da sala de aula ao ouvirem o alarme de incêndio. Assim, caso o alarme de incêndio fosse acionado, não haveria como cumprir qualquer das regras sem que uma fosse descumprida.³⁴

Por conseguinte, a solução da questão poderia passar obrigatoriamente apenas por dois caminhos. A primeira seria inserir uma cláusula de exceção na primeira regra, não sendo possível, uma das regras deveria ser declarada inválida, diferenciando-se dos princípios que podem ser aplicados em graus distintos.

Diferente do conflito entre princípios, o conflito entre regras são solucionados pelos critérios de resolução de conflitos entre regras, sendo estes: 1) Critério hierárquico, (*lex superior derogat legi inferiori*), 2) Critério cronológico, (*lex posterior derogat legi priori*), e 3) Critério da especificidade, (*lex specialis derogat legi generali*)

Para ilustrar o modo como ocorrem as colisões, Alexy cita como exemplo o caso da incapacidade processual, no qual a realização de audiência oral em desfavor de um acusado que corre perigo de sofrer um infarto, gera um conflito entre o dever do Estado de garantir a efetiva aplicação do direito penal e a proteção à vida e à integridade do acusado. Nesse caso, a solução não deve ser dada na dimensão da validade, como ocorre com as regras, mas sim na dimensão de peso, ou seja, através da ponderação dos interesses opostos no caso concreto.³⁵

Esta é a “lei de colisões” desenvolvida pelo autor, por meio da qual um princípio se aplica em diferentes graus de maneira que são dotados de mesma força hierárquica em virtude de como se apresentam os fatos do caso concreto, devendo

³³ DWORKING, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 81.

³⁵ *Id. Ibidem*, p. 89.

ser, invariavelmente, indicadas as condições necessárias para tanto, de maneira que não caberá ao magistrado a aplicação arbitrária da ferramenta.

No intuito de limitar a aplicação indiscriminada da teoria, é adotada uma hipótese de aplicação genérica da lei de colisões que determina que “O princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto”.³⁶

O autor afirma que a colisão depende da aplicação fática e que apenas no caso concreto poderá ser efetivamente compreendido de maneira que diante de um conflito de regras apenas uma delas será aplicada. Entretanto, diante de um conflito de princípios, será adotada outra postura.

E como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos.³⁷

A grande questão surge, assim, diante da colisão entre dois ou mais princípios. Posto que não exista hierarquia entre os princípios, busca-se a compatibilização entre normas que, diante do caso concreto, mostram-se divergentes. Diante disto, a ponderação se torna um mecanismo de aplicabilidade exclusiva dos princípios como defende o autor:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.³⁸

Cumprido destacar que doutrinadores como Canotilho não compartilham do mesmo pensamento ao passo que acredita que, de modo geral, a ponderação

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 93.

³⁷ *Id. Ibidem*, p. 87.

³⁸ *Id. Ibidem*, p. 64.

também pode e deve ser aplicada às regras bem com aos argumentos e razões relevantes para justificar uma decisão como forma de otimização da eficácia jurídica.

O balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito entre bens.³⁹

A divergência não interessa ao estudo haja vista que nada influencia quanto à aplicação da ponderação sobre os princípios especificadamente. Compreendendo que diante do caso concreto seria possível determinar o peso de cada princípio, assegurando-lhes a eficácia por meio da aplicação da lei de colisões resta adentrar no tema ponderação.

2.2 A ponderação

Até se chegar à ideia adotada neste estudo de que os princípios constitucionais são, em verdade, normas e não valores, é preciso passar primeiro pela teoria dos comandos apresentada por Heck. Dada a evolução teórica e a transformação dos conceitos ao longo dos anos, que o processo de ponderação tenha acompanhado os passos históricos da matéria.

Na época da jurisprudência de interesses de Philipp Heck o processo de ponderação era feito em conformidade com sua teoria, ou seja, ocorre a ponderação de interesses e não de princípios. Igualmente ocorreu ao passo que os princípios passaram exprimir valores pelo entendimento doutrinário que os conceituou como base interpretativa da normatividade.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.1.162. *apud* PEREIRA, Ana Olsen Matos e FAGUNDES, Marcos Geromini. **A hermenêutica concretizadora e o direito de ação como garantidor do princípio da proporcionalidade nos atos administrativos**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 15, n. 2, p. 156, jul./dez. 2012.

Os institutos aqui descritos são distintos, de modo que merecem especial atenção no que tange a diferenciação entre si, haja vista que as próprias cortes brasileiras não são claras quanto aos critérios de distinção adotados, bem como se depreende da seguinte decisão exemplificativa:

EMENTA: "REVISÃO CONTRATUAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. DÉBITO AUTOMÁTICO EM FOLHA. LIMITAÇÃO DO DESCONTO NO PATAMAR DE 30% SOBRE O VALOR DA REMUNERAÇÃO. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E DO MÍNIMO EXISTENCIAL. DANO MORAL. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. (...). Na hipótese, deve ser aplicado o critério da ponderação, analisando de um lado os princípios da dignidade humana refletido na intangibilidade do salário, bem como da defesa dos direitos do consumidor; e de outro os princípios da autonomia da vontade, da democracia, da liberdade, da segurança, da probidade e da boa-fé.⁶ Correta a decisão que limitou os descontos a 30% (trinta por cento) do valor da remuneração percebida pela autora, de modo a evitar que esta tenha contra si uma indevida supressão de rendimento financeiro que vulnere seu sustento ou de sua família.⁷ Para que o valor mostre-se condizente com todos os princípios norteadores para o arbitramento do dano moral, atendendo ao trinômio 'reparação, reprovação e prevenção', levando ainda em consideração as circunstâncias fáticas peculiares e suas consequências, como a extensão do dano, merecendo ser mantido o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).⁸ Provimento parcial do recurso.⁴⁰

A confusão é patente ao passo que a jurisprudência coloca a ponderação de princípios em conformidade com a ponderação de interesses, apresentando-os como sinônimos. Apresenta ainda o conceito de valor que se apresenta, na recente decisão, como ferramenta de valoração normativa. Assim cabe a este estudo apresentar a devida distinção entre os institutos.

2.2.1 A ponderação de interesses

A cronologia evolutiva do objeto do estudo é, neste ponto, fulcral para a compreensão da variedade que possui a matéria. Retomando o ponto inicial –

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação 0037532-58.2009.8.19.0205**. Relator: Des. Leticia Sardas, Data de Julgamento: 16/04/2012, Vigésima Câmara Cível. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21621571/apelacao-apl-375325820098190205-rj-0037532-5820098190205-tjrj>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

jurisprudência dos interesses de Heck – depara-se com mais uma questão de conceituação. Qual o conceito de interesse? Assim definiu o autor:

O escopo da jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades de vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos de jurisprudência de interesses, caracterizando-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração de conceitos.⁴¹

Do discurso do autor se depreende o ponto fraco de sua teoria, apontando para a diversidade inerente da condição humana. São infinitas as questões que envolvem os interesses coletivos e individuais, sendo também incontáveis as teorias e entendimentos dos magistrados razão pela qual seria impossível conferir segurança jurídica às decisões proferidas nos tribunais.

O mesmo conceito de interesse é adotado por Castanheira Neves, que afirma que “a expressão “interesse” seria capaz de exprimir, no seu sentido mais amplo, todas as tendências, aspirações e necessidades manifestadas na vida social, tanto de ordem material como de ordem ideal”.⁴²

O conceito de princípio aqui abordado se distingue do conceito de interesse. Nota-se que da própria existência dos interesses surgem os conflitos, assim a lei não seria resultado do interesse, mas sim do conflito que este simboliza. Em sentido diverso o princípio é a norma em si, razão pela qual é ponderado quando no embate com outro.

A precariedade conceitual da terminologia adotada à época tornava ineficaz ponderação de interesses. Como visto, os conflitos de interesses se resolveriam pela aplicação de determinado princípio que ao interesse se vinculasse. Contudo, os

⁴¹ HECK, Philipp. Interpretação da lei e jurisprudência de interesses. São Paulo: Saraiva, 1947. *apud* MENDONÇA, Maria L. C. A., DINIZ, Carlos Murta e GASSEN, Valcir. **Considerações acerca da interpretação da norma tributária imunizante**. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG – FUMEC - Dom Helder Câmara, p. 10. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/edfu2sd2/3d3UaZ5us5s0vce2.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

⁴² NEVES, Castanheira. Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade. Coimbra: Almedina, 1967, p. 61 *apud*, REBOUÇAS, Isabela, CARNEIRO, Walber Araújo. **O que é isto - ponderação de princípios?** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/viewFile/2825/2055>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

princípios eram compreendidos como valores, sendo decorrentes estes da experiência de vida e da compreensão social dos magistrados. O resultado obviamente foi uma grande imprecisão do método jurídico.

Retomando-se à linha cronológica desenvolvida, é de fácil percepção que a ponderação de valores se apresentará, logicamente, de forma muito semelhante à ponderação de valores, sendo esta a teoria aplicada durante uma fase de transição. Ao término desta fase chega-se à ponderação de princípios que será aqui estudada de maneira mais profunda, sem que jamais se confunda com a ponderação de interesses ou de valores.

2.2.2 Ponderação em abstrato e ponderação em concreto

Até aqui, o estudo buscou apresentar a colisão de princípios nos casos concretos, posto que o efetivo reconhecimento do conflito seja requisito indispensável para aplicação do método de ponderação desenvolvido ao longo dos anos culminando com a teoria de Robert Alexy.

O método de ponderação, muito embora dependa da existência de conflito oriundo do caso concreto, também pode ser feita de forma abstrata. Desta maneira haverá uma tentativa de prevenção, estabelecendo-se critérios para compatibilizar princípios constitucionais que tendem conflitar entrando em rota de colisão com frequência.

Este tipo pode ocorrer de duas formas distintas, aplicando-se o método sobre um campo hipotético ou sob um campo empírico resultante de experiências anteriores.

Hipoteticamente a ponderação é feita após se constatar a incompatibilidade entre princípios que enfrentam uma presunção real de colisão. Isto posto, são estabelecidos parâmetros que auxiliarão os magistrados quando efetivamente se depararem com o caso concreto. Igualmente a construção de uma “base de dados” que estabeleça posições repetitivas de acordo com a jurisprudência terá este intento.

Por vezes o procedimento da ponderação restará superado pelos critérios pré-fixados pelos tribunais, acarretando uma aplicação imediata da posição anteriormente definida. Contudo, nada impede que o caso concreto traga, em seu bojo, minúcias que

obrigarão o magistrado a ignorar a hipótese em defesa da realidade palpável. Daí que apenas diante dos casos concretos é possível observar a ponderação efetiva

Não sendo satisfatória a aplicação abstrata, o procedimento de ponderação deverá ser feito desde o ponto primário afim de conferir autenticidade à ponderação. Será feita desta forma a ponderação em concreto, objetivando atender às demandas de um caso concreto específico. Com efeito será adicionada à base de dados mais uma jurisprudência, que contribuirá para a celeridade processual em casos futuros, como bem assevera Karl Larenz:

Com o acréscimo de sentenças dos mais altos tribunais, se não de criar possibilidades de comparação, mediante as quais serão tornadas mais estreitas as margens residuais de livre apreciação. Mas, posto que de cada vez se requererá a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, que nunca são iguais, não se deve esperar que, com o tempo, se venham a formar regras fixas que possibilitem uma subsunção simples do caso concreto. A comparação dos casos possibilita analogias e porventura uma certa tipificação dos casos; a ponderação de bens será desse modo aliviada, mas não se tornará supérflua.⁴³

No Brasil adota-se um controle misto de constitucionalidade. Existindo assim o modelo difuso bem como o controle concentrado, através da via direta (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental), julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste cenário o STF analisa a constitucionalidade dos atos normativos sem que haja efetivamente um caso concreto. Essa tendência vem ganhando força vez que prestigia a segurança jurídica podendo ser um mecanismo de prevenção na defesa dos direitos fundamentais

Alexy também reconhece a importância da ponderação abstrata, que terá como principal objetivo criar mecanismos que auxiliem a tomada de decisões corretas nos casos concretos que tomarão por base as prioridades pré-fixadas para uma argumentação sólida e eficaz.

⁴³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 587. *apud* SANCHES JUNIOR, Antônio Roberto. **O Ministério Público e a tutela da probidade administrativa**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 361, 3 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5390>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

Resta, por fim, destrinchar objetivamente como se dá o processo de ponderação de princípios.

2.3 A ponderação de princípios

Como já foi especificado, Robert Alexy afirma que os princípios, “são mandados de otimização” ordenando desta forma “que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”,⁴⁴ porém o que se traduz por otimização?

A característica de otimização é expressa pelos princípios que compõem a proporcionalidade, quais sejam: o princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade. Destaca-se que o último é, ele mesmo, a ponderação.

O primeiro – **princípio da adequação** – é aplicado pela exclusão de meios que busquem cumprir um princípio, mas que, no entanto, impliquem em não ou má aplicação de outro princípio conflitante. Não deve haver aqui uma promoção de algum dos princípios pelo meio que se determina, sendo a questão ilustrada de forma quase matemática por Alexy:

Se M1 não é adequado para a promoção ou obtenção do fim exigido por P1 ou idêntico a P1, ou seja, para P1 é igual se utilizar M1 ou não. Se, em outras circunstâncias, M1 afeta a realização de P2, então no que diz respeito à otimização com relação às possibilidades fáticas, M1 está proibido por P2.⁴⁵

O segundo princípio apontado – princípio da necessidade – também é oriundo da vultosa escolha de meios que melhor sirvam à aplicação dos princípios conflitantes. Será escolhido entre dois meios aquele que menos provoque ingerência sobre o outro princípio.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 86-87.

⁴⁵ *Id. Ibidem*, p. 114-115.

É fulcral, portanto, que se identifiquem dois meios com a mesma finalidade, obrigando-se a optar por aquele que é menos limitante, assim o princípio sobreposto sofrerá a menor restrição possível.

O terceiro princípio da otimização – princípio da proporcionalidade – define que deve haver uma ponderação entre ganhos e perdas advindos de determinada postura. Este é, ele mesmo, a ponderação em torno da qual orbita a técnica aqui apresentada.

A ponderação é, portanto, um reflexo da aplicação do princípio da proporcionalidade. Com esta premissa, Alexy sustenta que tanto o princípio da necessidade quanto o princípio da adequação asseguram que, “uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras”,⁴⁶ evitando custo e sacrifícios aos princípios conflitantes, ao passo que o princípio da proporcionalidade seria responsável por uma ponderação quando o detrimento não pudesse ser evitado.

Atendidos todos os princípios – adequação, necessidade e proporcionalidade – deve a solução encontrada ser convertida em uma regra de precedência condicionada. Por meio desta seriam determinadas que sob certas circunstâncias, determinado princípio prevaleceria sobre outro. Destaca-se que a criação desta regra é o grande objetivo de Alexy.

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.⁴⁷

Outra distinção feita pelo autor quanto à função dos princípios – que compõem a otimização - expostos é que os dois primeiros são princípios que visam a otimização fática, enquanto o terceiro se incumbe da otimização jurídica, sendo responsável por

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 135.

⁴⁷ *Id. Ibidem*, p. 93-94.

assegurar o mínimo dano aos princípios conflitantes diante de uma inevitável colisão. Essa característica é chamada por ele de Lei de Ponderação.

2.3.1 A lei de ponderação

Este é o ponto chave da ponderação, onde ganha forma a técnica apresentada. Por meio desta se torna possível a sobreposição de princípios constitucionais sem que se exclua outro em rota de colisão, assegurando a preservação de valores essenciais previstos na Constituição Federal brasileira.

Alexy elucida, quanto ao tema, que “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.⁴⁸

Com efeito, restará demonstrado o “grau de afetação” de um princípio, que se aplicará em conformidade com o grau de satisfação que exige o outro princípio conflitante. Despiciendo dizer que a lei de ponderação reflete o meio pelo qual se busca fundamentar a sobreposição de um princípio em um caso concreto.

A partir deste ponto o autor determina que a ponderação procede em 3(três) etapas distintas, sendo necessário em primeiro lugar, a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Nessa fase é indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais que compõe as colisões, para que a ponderação ocorra sem distorções.⁴⁹

Esta etapa funciona como uma averiguação de pré-requisitos para que se inicia a ponderação, de maneira que, aqui será conferida a existência de todos os critérios e elementos indispensáveis à realização da ponderação.

Vale destacar, os princípios, objetos de ponderação devem estar devidamente fundamentados no ordenamento jurídico, asseverando que “interesses genericamente

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 136.

⁴⁹ *Id. Ibidem*, p. 140.

considerados só podem ser levados em conta se puderem ser reconduzidos a enunciados normativos explícitos ou implícitos”.⁵⁰

Compreendido, prossegue-se para a segunda etapa da ponderação, na qual se comprova a essencialidade do cumprimento do princípio conflitante, razão pela que haverá uma mitigação do sobreposto. Notoriamente que esta tarefa se dará apenas diante do caso concreto, realizando-se em duas etapas, como avulta a autora.

Em primeiro lugar, o intérprete terá que destacar, dentre todas as circunstâncias do fato que caracterizam a hipótese, aquelas que ele considera relevantes (...). Em segundo lugar, e as duas questões estão interligadas, os fatos relevantes terão influência sobre o peso ou a importância a ser reconhecida aos enunciados identificados na fase anterior e as normas por eles propugnadas.⁵¹

Robert Alexy apresenta então a terceira e última etapa da ponderação, na qual será justificada a importância da aplicação de um princípio em prejuízo de outro. Note-se que a *ultima ratio* de justificativa faz desta a etapa mais complexa da ponderação, haja vista a necessidade de estancar a capacidade de argumentação do magistrado.⁵²

Serão estabelecidas regras entre os princípios ponderados como decorrência da justificação apresentada para a prevalência de um elemento sobre o outro. Assim se busca atingir a concordância prática como finalidade da ponderação.

2.3.2 A finalidade da ponderação.

Estabelecido em que consiste o complexo procedimento de ponderação de princípios, foi definido que este busca a aplicação de princípios de modo que se atinja

⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116 *apud* FERREIRA, Natalia Braga. **Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy**. 2010, p. 124. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSero/article/download/1290/1853>> Acesso em: 02 abr. 2016.

⁵¹ _____. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116 *apud* JUNIOR, Dicesar Beches Vieira, **Neoconstitucionalismo: definição, crítica e concretização dos direitos fundamentais**. Revista Constituição e garantia de direitos, v. 6, n°. 02, 2013, p. 61. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/8007/5752>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 135 - 143.

a concordância prática entre os objetos do mecanismo. Aponta Canotillho no sentido que este é o princípio que “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.⁵³

Em um primeiro momento o princípio da concordância prática era tido como uma alternativa à ponderação, posto que enquanto a ponderação determinaria o domínio de um bem sobre o outro, a concordância prática traria harmonização para a existência de ambos.

Posteriormente, houve o entendimento de que o princípio da concordância prática nada mais era do que o fim pelo qual se aplicava o meio da ponderação, dando amparo à tese de Robert Alexy. Assim, a otimização dos princípios por meio da ponderação busca evitar o sacrifício total de um princípio em relação ao outro diante do caso concreto em que sejam incompatíveis.

A impossibilidade de estabelecer uma valoração concreta a todos os princípios conflitantes é uma crítica ao modelo. Não há, neste sentido, uma fórmula que defina o nível de restrição aplicável aos princípios conflitantes, tampouco se estabeleceu uma graduação entre normas de maior relevância, razão pela qual diversos autores não tomaram para si as premissas de Alexy.

Cabe, após apontar elementos e conceitos da ponderação, apontando seu funcionamento teórico, averiguar sua aplicação prática diante do sistema jurídico brasileiro.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.152. *apud* BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: Biblioteca 24 Horas, 2010. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=Vc6zIBmHR4IC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 17 out. 2015.

CAPÍTULO 3

A PONDERAÇÃO NA DECISÃO JUDICIAL

O tema aqui abordado é de grande relevância para o judiciário brasileiro. O conflito entre princípios é inerente à natureza do instituto. Falhas na aplicação do procedimento de ponderação, intencionais ou não, invariavelmente culminam com a distorção de valores sociais sedimentados.

O processo de ponderação, não tem como predicado a exatidão característica das ciências exatas, podendo ser mais simples ou mais complexos ainda que diante de um mesmo conflito, razão pela qual a cada caso concreto as dimensões de peso e de importância devem ser calculadas, bem como dispõe Eros Roberto Grau, *in verbis*:

Não há, no sistema, nenhuma norma a orientar o intérprete e o aplicador a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado. Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada.⁵⁴

Muito embora o procedimento seja pensado para reduzir ao máximo a influência de valores particulares dos julgadores, é patente a impossibilidade de desvincular as decisões judiciais do fator humano, razão pela qual o princípio da proporcionalidade nem sempre apontará para uma uníssona e pacificada jurisprudência.

Por vezes, observam-se sentenças reformadas por indevida ou total falta de aplicação de princípios indispensáveis a boa aplicação da técnica de ponderação. É imprescindível que se observe no momento da sentença a devida utilização da técnica de ponderação e dos elementos que a circundam, como aponta a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. In: **Revista Trimestral de Direito Público**. nº 02. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 142.

I - (...) II - É de entendimento jurisprudencial que o valor dos danos morais arbitrado deve ser retificado quando, por erro, extrapolando dos limites do razoável, a falta de ponderação na sua fixação viola certos princípios jurídicos, tais o de justiça e o de equilíbrio que deve subsistir entre a capacidade econômica daquele que deve indenizar e o padrão socioeconômico da vítima ou daqueles a quem está prestava assistência. III - Recurso conhecido e parcialmente provido.⁵⁵

Em verdade, o coeficiente humano é inafastável, de maneira que pode se tornar um grande fator para que a ponderação se torne um artifício para a livre aplicação de convicções pessoais, deixando de ser um meio pelo qual se asseguram os princípios constitucionais.

3.1 O argumento e a ponderação

A interpretação das normas é indispensável à boa aplicação do direito, que por sua vez se manifesta por meio das normas jurídicas que se dividem, mais precisamente, entre regras e princípios. Da análise normativa é que surgem os argumentos que fundamentam as decisões judiciais, sejam estas justas ou convencimentos pessoais bem defendidos.

Não é por outro motivo que a terceira fase da ponderação de princípios é, entre as três, a mais frágil e complexa. A argumentação se torna a forma que se deseja, sendo veneno e antídoto. A respeito da argumentação disserta Margarida Maria Lacombe Camargo:

O raciocínio prático é aquele capaz de justificar uma decisão com o recurso a técnicas de argumentação, no sentido de discernir o importante, do negligenciável; o essencial, do dispensável; o útil, do inútil, etc. São questões só possíveis de serem respondidas mediante a apresentação de argumentos convincentes, sobre situações concretas.⁵⁶

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **RESP 155363/DF**. Relator: Ministro Waldemar Zveiter, Data de Julgamento: 16/12/1999, T3 - TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8309819/recurso-especial-resp-155363-df-1997-0082189-7>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁵⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação. Uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 223.

Robert Alexy expõe em sua obra “Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica”, uma tentativa de atingir uma metodologia funcional por meio da qual se daria a fundamentação própria das decisões judiciais. Aqui, segundo critérios de razoabilidade e racionalidade seria determinada a conduta por meio da qual florescem decisões justas. Para o autor:

A argumentação prática geral requerida para o discurso jurídico ocorre em formas especiais e segundo regras especiais e em condições especiais. Essas formas e regras especiais levam tanto à consolidação quanto à diferenciação do modo de argumentação. Cada uma é requerida por motivos práticos gerais. Assim, a argumentação jurídica pode ser vista como uma forma especial de argumentação prática geral que é requerida por motivos práticos gerais, estruturalmente dependente de princípios gerais e exigindo argumentação prática geral, e que ocorre em formas especiais, segundo regras especiais, e em condições especiais, sendo, portanto, particularmente poderosa e, portanto, não redutível à argumentação prática geral.⁵⁷

A teoria do autor tem o escopo de evitar que decisões judiciais – entre as quais se percebe a ponderação de princípios – ganhem contornos arbitrários. Sem a aplicação de uma diretriz sólida este seria o caminho impreterível diante do poder discricionário dos magistrados.

Levando-se em conta a teoria da argumentação jurídica, o juiz atingiria um julgamento racional legitimando sua decisão, reduzindo ao mínimo a influência de valores e convencimento pessoais. Essa redução se dá por meio da aplicação de critérios razoabilidade e racionalidade, bem como da proporcionalidade apontada anteriormente.

Assim, a argumentação jurídica adequada é basilar para a validade de uma decisão judicial. Não fogem a este entendimento os momentos em que se faz necessária a aplicação do procedimento de ponderação de princípios, contudo a argumentação continua sendo manipulável podendo ser um artifício sedutor para os que aplicam a lei.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001, p. 271.

3.2 A manipulação discursiva

As normas, notadamente, desde sua concepção até a o momento em que são aplicadas, estão permeadas pelas ideologias dos grupos que compõem o poder público. Assim, a influência ideológica e política pode seguramente gerar uma manipulação discursiva devastadora para solidificação de normas, sejam princípios ou regras.

A manipulação do discurso legal pode ocorrer a qualquer momento. Contudo ganham destaque os momentos de produção, interpretação e aplicação. Não será aqui discutida a fase de produção de leis, posto que extrapole a esfera de poder judiciário. No entanto, as interpretações bem como a aplicação legislativa possuem relevância inquestionável no que tange a ponderação de princípios.

A interpretação jurídica se dá por meio de incontáveis princípios e fenômenos da hermenêutica. Destaca-se neste trabalho o fenômeno conhecido como *mutação constitucional*, pois através deste é possível buscar diferentes significados para um enunciado sem que se altere efetivamente o seu conteúdo textual.

Considerando que a mutação constitucional pode ocorrer tanto pelo meio formal (emenda ou revisão) quanto por via informal (mudança na interpretação da norma operada pela jurisprudência), a manipulação discursiva pode ter o condão de alterar a jurisprudência provocando inquestionavelmente a ocorrência do fenômeno.

Nas palavras do professor Uadi Lammêgo Bulos a manipulação de discurso por meio da interpretação pode se dar de formas variadas, apontando, neste sentido, que por meio da interpretação jurídica é possível:

- a) dar às palavras do texto normativo, sentidos absurdos ou rebuscados; b) interpretar-se isoladamente um artigo do texto, ignorando-se a concordância com outros, ou magnificar uma cláusula da lei, reduzindo o valor das restantes; c) realizar afirmações dogmáticas de fato ou de direito; d) praticar analogias improcedentes; e) fazer mal uso dos princípios jurídicos; f) consumir distinções inexatas; g) aplicar métodos interpretativos opostos, em nome de “certa dialética manipulativa”; h) utilizar um raciocínio ou argumento incongruente; j) inventar exceções que a lei não prevê; l) praticar

arbitrariamente as funções de precisão e determinação dos vocábulos jurídicos.⁵⁸

Ao mesmo tempo em que a mutação jurídica possui o condão de dar ao texto jurídico o aspecto social que dele se espera, - sem se alterar o seu texto - traz em seu bojo a fragilidade de poder ser manipulada caso o seja lançada mão de qualquer dos elementos elencados por Bulos.

Lembre-se que a ponderação de princípios não escapa à interpretação dos magistrados, sendo possível que ocorra a manipulação discursiva em qualquer nível do judiciário, seja por convencimentos pessoais ou por ideologias políticas que não escapam à natureza humana.

Compreendida a manipulação discursiva por meio da interpretação, leva-se involuntariamente para as formas de aplicação das normas e, por conseguinte, dos princípios, igualmente manipuláveis.

Os princípios aqui ganham especial relevância. Notadamente os princípios jurídicos são tomados não apenas de valores jurídicos, mas também políticos e sociais. É de se esperar que devam ser atendidos em todas as esferas, seja no legislativo ou no executivo.

Deste poder abrangente, por vezes é perceptível que a manipulação da aplicação de princípios pode causar prejuízos espantosos em virtude de adoção de ideologias políticas ou de valores setoriais. Aqui, a ponderação de princípios poderá inclusive ter o condão de superar a teoria da tripartição dos poderes, culminando com usurpação de poderes.

Essa possibilidade decorre da confusão, já elucidada pelo trabalho, entre a ponderação de princípios e ponderação de valores. Posto que valores são resultado da subjetividade social e, ainda mais, são frutos das experiências de vida de cada indivíduo enquanto princípios são normas que refletem necessidades sociais, devem ser estes e não aqueles ponderados.

⁵⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 92, *apud* BEZERRA, Raquel Tiago. **Limite do princípio da presunção de inocência**. Salvador, 2013, p. 43. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9310/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

Neste sentido, aponta Habermas ao afirmar que “os princípios têm primazia sobre valores por conta de uma especial dignidade de preferência” e porque esse tipo de jurisprudência transforma o Tribunal Constitucional em uma instância autoritária e infratora da Separação de Poderes”.⁵⁹

É de hialina clareza que a manipulação da jurisprudência por meio de valores deve ser a todo custo evitada, vez que coloca em risco o equilíbrio social conferindo um poder incompatível com o exercício do judiciário. Sobre o tema se posiciona Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Atribui-se ao Judiciário o papel de tutor da política, um superpoder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprio a um Estado Democrático de Direito.⁶⁰

A manipulação discursiva não se trata de uma hipótese, mas sim de uma realidade que vem sendo combatida pela doutrina exaustivamente ao longo dos anos. Neste diapasão, toma notória importância a ponderação de princípios, haja vista que se apresenta como um dos mecanismos de aplicação de princípios constitucionais, ou seja, as mais elevadas normas de qualquer ordenamento jurídico.

É forçoso compreender que o mecanismo apresenta imperfeições e sintomas que não foram superados por Robert Alexy, razão pela qual não escapa às críticas de diversas naturezas.

3.3 Críticas à ponderação

A ponderação de princípios, a pesar de ser largamente utilizada nos mais diversos Tribunais Constitucionais, não é uma unanimidade dentro da doutrina. Em

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. Lisboa: Dom Quixote, 1998 *apud* SOUZA, Marcus Seixas. **Coerência e adequação: uma crítica à metodologia da ponderação de valores**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2100, 1 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12518>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

⁶⁰ OLIVEIRA, Cattoni de; ANDRADE, Marcelo. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 121-122.

sentido oposto, o próprio Robert Alexy afirma que chega a ser impossível enumerar todas as críticas realizadas.

No repertório de críticas à teoria destacam-se três grandes pontos de convergência, sendo o primeiro uma forte crítica à consistência do método de aplicação, o que coloca em cheque a eficácia do procedimento.

Muitos autores afirmam que a teoria não atinge seu objetivo de realizar um controle racional, isto pois ainda que se avalie o caso concreto e que se pesem os princípios, a sentença não escapa ao subjetivismo judicial, haja vista que não há auto aplicabilidade, submetendo-se à discricionariedade dos magistrados.

Friederich Müller, como grande crítico da ponderação, aponta neste sentido, discorrendo da seguinte forma sobre o subjetivismo inescapável.

Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfactíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da Constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional.⁶¹

Jürgen Habermas aponta no mesmo sentido, ao afirmar que a discricionariedade exagerada conferida aos juízes faz com que deixem de adotar a postura correta para a solução do conflito. Acabam interferindo, então, no equilíbrio ou dos bens ou dos valores que integram as normas.⁶²

Em defesa, Alexy concorda que a ponderação não visa obter sempre o mesmo resultado diante do caso concreto, contudo isto não implicaria em ausência de racionalidade. O autor então destaca a obrigatoriedade de fundamentação a qual se

⁶¹ MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho no direito constitucional. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, P. 18 *apud* NISHIOKA, Alexandre Naok. **Planejamento fiscal e alusão tributária na constituição e gestão de sociedades**. São Paulo: Faculdade de direito da Universidade da São Paulo, 2010, p. 98. In: USP. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/.../2/.../tese_digital_versao_integral_Nishioka.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

⁶² HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 321. *apud* COSTA, Rafael de Oliveira. **Hermenêutica constitucional e hermenêutica filosófica: horizontes da previsibilidade das decisões judiciais**. Rio de Janeiro, 2014. In: PUC-RJ. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

condiciona a ponderação, sendo justamente a racionalidade o objetivo maior desta.⁶³

As críticas também apontam na direção da fragilização dos direitos fundamentais. Assim, a segunda grande crítica, também passa pela discricionariedade dos magistrados, vez que a imprevisibilidade, a qual se submeteriam os princípios, trariam incerteza quanto ao cumprimento destes.

Habermas afirma que,

no caso de uma colisão todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito". Neste caso, o autor afirma que o princípio ponderado poderia ter sua normatividade afetada, reduzindo-se ao patamar de "valor".⁶⁴

Por fim, a terceira crítica vai de encontro com o já citado princípio da separação de poderes. A ponderação sujeitaria – novamente em decorrência da discricionariedade – os demais poderes a convencimentos pessoais, bem como a ideologias políticas apresentadas pelos juízes.

Com efeito, a ponderação de princípios poderia se tornar uma forma de usurpação de poder, vez que os magistrados passariam a conferir, ao texto constitucional, o significado que bem lhes fosse conveniente.

Daniel Sarmento se manifesta ao afirmar que a jurisdição constitucional exprime uma dimensão política, razão pela qual deve se assegurar que não se torne "instrumento antidemocrático, de afirmação de desígnios de uma minoria não eleita, sobre a vontade dos representantes escolhidos pelo povo".⁶⁵

Depois de apontados elementos, esclarecido o procedimento, seus objetivos e efeitos, bem como elaboradas as críticas, resta apenas concluir este estudo.

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001, p. 143.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 321 *apud* COSTA, Rafael de Oliveira. **Hermenêutica constitucional e hermenêutica filosófica: horizontes da previsibilidade das decisões judiciais**. Rio de Janeiro, 2014. In: PUC-RJ. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 151.

CONCLUSÃO

Durante a pesquisa foram enfrentados diversos pontos de referência para o extenso e complexo tema da ponderação de princípios, de modo que foi adotada, para este trabalho, uma linha mais objetiva no qual se destacam pontos de relevância à efetiva aplicação da matéria.

Disto extraiu-se que a evolução conceitual torna o tema ainda mais confuso, sendo fundamental que a todo tempo se tenha conhecimento das formas de mutação evolutivas que se passaram até este exato momento, sob pena de haver tumulto entre institutos diversos.

Partindo-se sempre da premissa de que princípios constitucionais são normas, é de abissal importância que estas sejam inseridas e tipificadas em universo palpável em que possam ser avaliadas como de fato são – normas.

Instintivamente, ao atingir os almejados conceitos, surge questionamento a respeito da origem destes. Neste ponto, a ponderação de interesses de Philip Heck foi tomada como ponto de partida, passando pela ideia de valores e culminando com o ganho de força dos princípios para que pudessem ser compreendidos da forma que são atualmente.

É compreensível, contudo, não admissível, que haja tanta confusão entre institutos distintos dentro da jurisprudência brasileira. A exemplo, aponta-se a ponderação de interesses e a ponderação de princípios, ou mesmo valores e princípios que para muitos são sinônimos.

Princípios constitucionais são a “viga mestra” de sustentação de qualquer ordenamento jurídico rígido, devendo ser aplicados na maior medida do possível, vez que como afirma Robert Alexy são “mandados de otimização”. Nesta condição, é inevitável que objetivando garantir toda a forma de direito, por vezes este sejam conflitantes.

Neste cenário a ponderação de princípios de Robert Alexy surge como a mais importante ferramenta para solução destas questões. Isto não faz desta uma técnica infalível e insuperável.

Em verdade, a ponderação de princípios emergiu e passou a tomar força ao longo das últimas décadas em resposta a um período extremamente legalista, sendo assim uma grande “inovação” e, neste ponto afirma-se que a resposta desmedida causa tanto prejuízo quanto o mal que se combate.

O insucesso de Alexy ao não conseguir reduzir a níveis mais seguros a discricionariedade dos magistrados ao aplicarem a ponderação pode fazer da ponderação uma arma de manipulação discursiva, culminado com uma total ruptura do sistema tripartite.

Daí a importância da tipologia adotada ao término do primeiro capítulo, vez que o que se extrai deste estudo é a necessidade de que os esforços se voltem para atingir um equilíbrio entre o passado e o presente. Desta forma, o peso dos princípios seria em grande parte atribuída ao tipo de norma que constituem, assim seria possível a aplicação segura do método.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116 apud FERREIRA, Natalia Braga. **Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy**. 2010, p. 124. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/download/1290/1853>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116. apud JUNIOR, Dicesar Beches Vieira. **Neoconstitucionalismo: definição, crítica e concretização dos direitos fundamentais**. Revista Constituição e garantia de direitos, v. 6, nº. 02, 2013, p. 61. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/8007/5752>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª Ed. Brasília: UNB, 1999.

_____. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em 26 out. 2014.

_____. Planalto. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação 0037532-58.2009.8.19.0205**. Relator: Des. Leticia Sardas, Data de Julgamento: 16/04/2012, Vigésima Câmara Cível. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21621571/apelacao-apl-375325820098190205-rj-0037532-5820098190205-tjrj>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **RESP 155363/DF**. Relator: Ministro Waldemar Zveiter, Data de Julgamento: 16/12/1999, T3 - TERCEIRA TURMA.

Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8309819/recurso-especial-resp-155363-df-1997-0082189-7>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 92, apud BEZERRA, Raquel Tiago. Limite do princípio da presunção de inocência. Salvador, 2013, p. 43. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9310/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. Uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.144 apud ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. **Repensando os princípios: princípios constitucionais sociais trabalhistas e a mudança dos paradigmas dos princípios específicos do direito do trabalho**. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2005/discente/disc12.doc>. Acesso em: 25 mai. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.162. apud PEREIRA, Ana Olsen Matos e FAGUNDES, Marcos Geromini. **A hermenêutica concretizadora e o direito de ação como garantidor do princípio da proporcionalidade nos atos administrativos**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 15, n. 2, p. 156, jul./dez. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.152. apud BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: Biblioteca 24 Horas, 2010. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=Vc6zIBmhR4IC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 17 out. 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Enunciados, normas e valores jurídicos tributários**. São Paulo: RDT 69, 2003.

COÊLHO, Sacha Calmom Navarro. **Norma jurídica e lei são figuras teóricas diferentes**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/73>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

CRISAFULL, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952 apud SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. In: Revista da EMERJ. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

DWORKING, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010.

ESSER, Josef. Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts, 4ª tiragem, p. 51 *apud* ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 35. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9091&revista_caderno9>. Acesso em: 06 jun. 2016.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Forense, 1986.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. In: **Revista Trimestral de Direito Público**. nº 02. São Paulo: Malheiros, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 321 *apud* COSTA, Rafael de Oliveira. **Hermenêutica constitucional e hermenêutica filosófica: horizontes da previsibilidade das decisões judiciais**. Rio de Janeiro, 2014. In: PUC-RJ. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. Lisboa: Dom Quixote, 1998 *apud* SOUZA, Marcus Seixas. **Coerência e adequação: uma crítica à metodologia da ponderação de valores**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2100, 1 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12518>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

HECK, Philipp. Interpretação da lei e jurisprudência de interesses. São Paulo: Saraiva, 1947, *apud* PESSÔA, Leonel Cesarino. **A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti. Uma contribuição à história do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Sergio Fabris, 2008. Disponível em: <<http://files.diario-do-estudante.webnode.com/200000031-8d5dd8e573/Leonel%20Cesarino%20Pessoa%20-%20A%20teoria%20da%20interpretacao%20juridica%20de%20Emilio%20Betti,%202002.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

HECK, Philipp. Interpretação da lei e jurisprudência de interesses. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 107. *apud* REBOUÇAS, Isabela, CARNEIRO, Walber Araújo. **O que é isto - ponderação de princípios?** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/viewFile/2825/2055>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

HECK, Philipp. Interpretação da lei e jurisprudência de interesses. São Paulo: Saraiva, 1947. *apud* MENDONÇA, Maria L. C. A., DINIZ, Carlos Murta e GASSEN, Valcir. **Considerações acerca da interpretação da norma tributária imunizante**. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG – FUMEC - Dom Helder Câmara, p. 10. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/edfu2sd2/3d3UaZ5us5s0vce2.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Trad. José Lamago. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 587 *apud* SANCHES JUNIOR, Antônio Roberto. **O Ministério Público e a tutela da probidade administrativa**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 361, 3 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5390>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho no direito constitucional. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, P. 18 *apud* NISHIOKA, Alexandre Naok. **Planejamento fiscal e alusão tributária na constituição e gestão de sociedades**. São Paulo: Faculdade de direito da Universidade da São Paulo, 2010, p. 98. In: USP. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/.../2/.../tese_digital_versao_integral_Nishioka.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

NEVES, Castanheira. Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade. Coimbra: Almedina, 1967, p. 61 *apud*, REBOUÇAS, Isabela, CARNEIRO, Walber Araújo. **O que é isto - ponderação de princípios?** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/viewFile/2825/2055>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

OLIVEIRA, Cattoni de; ANDRADE, Marcelo. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SILVA, Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1982.

CATALOGAÇÃO NA FONTE

UFRRJ – ITR / BIBLIOTECA

Descobrimos a ponderação:

A visão de Robert Alexy e a normatividade dos princípios
Gimenes, Cassiano Rodrigues / Cassiano Rodrigues Gimenes – 2016.
53 f.

Orientador: Allan Rocha de Souza

Direito constitucional – Monografia. 2. Princípios – Monografia. 3.

Ponderação - Monografia.

Monografia (Graduação em Direito). Instituto Três Rios, Universidade
Federal Rural do Rio de Janeiro - Faculdade de Direito.

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data