

Rafael Simioni*

Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy**

Resumo: Este artigo objetiva discutir e criticar a teoria da ponderação de Robert Alexy e a concepção a ela subjacente de princípios como mandados de otimização. Essa teoria é uma das mais influentes propostas metodológicas de decisão jurídica no Brasil. Mas ela parte de uma concepção de princípio que apresenta uma série de problemas de legitimação, de ativismo judicial ingênuo e de inadequação às exigências da complexa relação entre constitucionalismo e democracia, que é uma questão importante no contexto dos ideais do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ponderação. Colisão. Princípios. Argumentação jurídica. Robert Alexy.

Collision economy: considering Robert Alexy's balancing theory

Abstract: The present article aims at discussing and criticizing Robert Alexy's balancing theory and its underlying concept of principles as optimization mandates. The theory above is one of the most influential methodological proposals as far as legal decisions are concerned in Brazil. However, it originates from a principle concept, which presents a number of legitimacy issues, naive judicial activism and inadequacy of demands towards the complex relationship between constitutionalism and democracy, being an important matter in the ideals' context of the Democratic State of Law.

Key words: Balancing. Collision. Principles. Legal argumentation. Robert Alexy.

Introdução

Robert Alexy é um dos principais representantes da linha procedimentalista do pós-positivismo jurídico. O seu principal objetivo, desde as suas primeiras publicações, foi o de estabelecer uma aproximação entre direito e filosofia, especialmente uma aproximação entre os discursos jurídicos e os discursos práticos gerais.

* Doutor em Direito (Unisinos), Mestre em Direito (UCS). E-mail: rafael@institutoorbis.org.br. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

** Este trabalho é resultado de pesquisas realizadas no âmbito do Projeto Decisão Jurídica e Democracia (PPGD/FDSM), com apoio do CNPq.

Seguindo a tradição neokantiana do direito, Alexy sempre sustentou que os discursos jurídicos são uma espécie do gênero dos discursos práticos gerais. Por esse motivo, para os discursos jurídicos serem racionais, eles precisam ser complementados por discursos práticos gerais. Pois só assim aquele tipo de discurso técnico, típico da argumentação jurídica, pode encontrar fundamentos mais substanciais, mais axiológicos ou deontológicos, típicos da argumentação prática geral.¹

Toda a sua construção teórica vai girar em torno dessa necessária aproximação entre questões técnicas do direito positivo e questões práticas da correção moral. Ou simplesmente: uma aproximação entre os critérios de validade formal das decisões jurídicas e os critérios de correção moral da justiça.

Para tanto, Alexy opta por seguir o caminho procedimentalista, da linha dos discursos práticos gerais de Jürgen Habermas, para entender o direito como uma prática argumentativa, cujo resultado só pode ser racional se seguir corretamente os procedimentos de argumentação racional. Com base nessa convicção, Alexy propõe uma teoria da argumentação jurídica, na qual ele procura conciliar as regras dos discursos práticos gerais de Habermas com as formas de argumentação de Chaim Perelman.

Num segundo momento, Alexy vai concentrar seus esforços na construção de métodos de argumentação jurídica especiais para tratar as questões de direitos fundamentais. E essa questão se torna importante, especialmente diante dos casos de colisão de preceitos fundamentais. No contexto do neoconstitucionalismo, que procura entender as constituições como programas políticos dotados de exigências materiais que merecem ser realizadas, Alexy desenvolve uma distinção, inspirada em Esser e Ronald Dworkin, entre regras e princípios, para, a partir dela, fundamentar um procedimento de decisão jurídica para casos difíceis, nos quais a força de um princípio de direito fundamental deve ceder para ser possível a aplicação de outro mais forte. Assim, Alexy desenvolve uma teoria da ponderação de princípios, avançando bastante a tradição alemã de ponderar interesses, valores, bens e, agora, princípios.

Toda a construção teórica de Alexy é, no fundo, uma tentativa de conciliar o positivismo normativo de Kelsen com o jusnaturalismo material de Radbruch, por meio de uma teoria procedimentalista da argumentação

¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 30.

jurídica, no âmbito da qual a decisão jurídica pode encontrar tanto a sua justificação interna (validade normativa) quanto a sua justificação externa (correção moral). Tudo isso para garantir a racionalidade das decisões jurídicas.

Entretanto, a proposta teórica de Alexy apresenta uma série de problemas, que nós podemos considerar graves, pois dizem respeito ao próprio equilíbrio da relação entre constitucionalismo e democracia. A teoria da ponderação de Alexy não permite estabelecer um equilíbrio adequado entre os ideais democráticos e os princípios constitucionais, ou entre questões estratégicas de políticas públicas democráticas e questões de princípio. Precisamente em face dessa falta de compromisso com o equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, essa teoria permite um ativismo judicial inadequado diante das exigências do Estado Democrático de Direito.

No que segue, este artigo procura explicitar e discutir esse aspecto da proposta teórica de Robert Alexy, demonstrando como a ponderação se torna inadequada não apenas para uma exigência de justiça mais substancial, que não aceita renúncias de direitos fundamentais sob o argumento econômico da otimização dos graus de exigência de princípios fundamentais, mas também para uma exigência de justificação política da prática das decisões jurídicas.

1 Uma concepção pós-positivista procedimentalista

A teoria de Robert Alexy constitui um importante avanço pós-positivista do direito. Alexy teve a sensibilidade necessária para observar que, entre o normativismo analítico de Hans Kelsen e as exigências de justiça material das concepções neojusnaturalistas, como a de Gustav Radbruch, existe a possibilidade de uma mediação. Para Alexy, essa mediação pode ser realizada pela argumentação jurídica. A argumentação, assim, constitui o espaço possível para a mediação entre positivismo e jusnaturalismo, forma e matéria, validade formal e legitimidade material, segurança linguística e justiça substancial.

Mas, para tanto, a argumentação jurídica não pode limitar-se a ser aquele tipo de discurso técnico, baseado no rigor lógico e nos métodos tradicionais de interpretação jurídica. A argumentação jurídica precisa articular também a substancialidade dos discursos práticos gerais, dos discursos morais. E isso só é possível, para Alexy, por meio de um procedimento discursivo racional, que combine a forma fechada e segura dos discursos

técnico-jurídicos, com a forma aberta e argumentativa dos discursos práticos gerais.

Assim, no âmbito dessa teoria argumentativa do direito, Alexy pode pensar em resolver o grande problema da colisão de preceitos fundamentais, traçando uma distinção original entre regras e princípios, diante da qual os princípios podem ser ponderados segundo um procedimento argumentativo racional de justificação dos diferentes pesos relativos dos princípios e das suas condições fáticas e jurídicas de precedência.

O resultado de todo esse empreendimento é uma teoria sofisticada para a racionalidade das decisões jurídicas, se comparada com suas antecessoras. Alexy articula vários referenciais teóricos, sempre buscando uma mediação entre perspectivas teóricas até então divergentes. Mas não encontramos em Alexy uma fundamentação substancial.

Precisamente pelo fato dele assumir uma convicção procedimentalista da argumentação jurídica, falta na sua teoria a questão hermenêutica das convicções prévias a respeito da própria racionalidade de uma argumentação jurídica. Essa falta constitui um ponto fraco importante na sua teoria. Pois exatamente nesse ponto entram todas as críticas a respeito da subjetividade (e, portanto, da falta de racionalidade) da ponderação. Isso corresponde também, acrescentamos nós, a um déficit grave de legitimidade democrática, já que a ponderação permite à decisão jurídica julgar politicamente questões que, do ponto de vista dessa teoria, não se pode saber se se trata de questões de princípio jurídico (constitucionalismo) ou questões de políticas públicas do governo (democracia).

Essa teoria justifica não apenas um ativismo judicial sobre questões políticas que tradicionalmente são de competência dos governos democráticos, como também justifica um ativismo judicial, inclusive sobre o julgamento dos meios fáticos necessários para a satisfação progressiva das finalidades políticas instituídas por princípios de direitos fundamentais – que sempre é uma questão problemática, especialmente porque a decisão sobre os meios adequados para determinadas finalidades políticas é uma questão, sobretudo, político-democrática e não apenas uma questão judicial.

2 Críticas globais e perspectivas teóricas

Mas a teoria de Alexy merece ser analisada com o devido respeito, tanto aos seus pressupostos teóricos, quanto ao seu alcance prático. O objetivo da sua teoria é a garantia da racionalidade na argumentação e nas

decisões jurídicas. Abstraindo assim os exageros que são cometidos na aplicação prática dessa teoria, nós queremos formular algumas críticas globais à proposta de Alexy, que apontam para a sua insuficiência e, sobretudo, inconveniência enquanto uma metodologia de decisão jurídica.

Claro que existem inúmeras outras críticas. Mas criticar Alexy com base em outros referenciais teóricos não seria tão produtivo, pois bastaria afirmar e demonstrar que a teoria dele não satisfaz as exigências das outras teorias. Bastaria, por exemplo, demonstrar que a distinção entre discursos jurídicos e discursos práticos gerais é uma distinção neokantiana, que já foi superada pela virada linguística de Heidegger. Como também seria simples ver que a própria pretensão metodológica de uma ponderação apenas sufoca – mas não anula – o horizonte hermenêutico das pré-compreensões a respeito do peso de cada um dos princípios em situação de colisão. Ou ainda que as etapas da ponderação provocam uma quebra da própria identidade do direito como sistema funcionalmente diferenciado da política e da economia. Ela desintegra a identidade daquilo que nós podemos chamar de jurídico.

Se nós pensarmos, como Dworkin, que o fundamento do direito está nas nossas próprias convicções hermenêuticas de moralidade política, então fica fácil demonstrar que a teoria de Alexy é insuficiente e inadequada porque não satisfaz essa pretensão. Do mesmo modo, se nós pensarmos, como Castanheira Neves, que o fundamento do direito está em uma concepção axiológica complexa, que reúne tanto uma dimensão antropológica, quanto humana e social, então fica igualmente fácil demonstrar que a teoria de Alexy é uma concepção rasteira do verdadeiro significado de uma teoria pós-positivista. E se nós pensarmos, como Habermas e Klaus Günther, que a questão da racionalidade da decisão não é de ponderação, mas sim de adequação e coerência, segundo uma distinção entre discursos de aplicação e discursos de fundamentação, nós poderemos concluir, como Habermas efetivamente concluiu, que a teoria de Alexy não pode ser racional.² Enfim, cada perspectiva teórica permite críticas diferentes, porque baseadas em pressupostos diferentes.

Mas todas essas críticas, que permitem atacar a globalidade da pretensão de Alexy, pressupõem que se aceite como válidos os pressupostos

² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 287-289. Ver-se também: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 202.

teóricos utilizados por elas para fazê-las. Cada teoria é um tipo de visão especial do mundo. Cada teoria permite ver coisas que outras não podem ver, como também cada teoria permite fazer críticas que outras não podem fazer. Então talvez seja mais interessante procurar apontar algumas críticas dentro do mesmo referencial teórico, quer dizer, apontar problemas de incoerência da teoria com ela mesma. Problemas que ela mesma cria para si própria. E nós podemos fazer isso analisando as linhas de fundamentação dos seus próprios postulados e questionando os lugares em que essas linhas são amarradas.

3 Ponderação e economia de princípios

A ponderação, por exemplo, depende daquela concepção de princípio como mandado de otimização. Assim, utilizando-se a mesma lógica de argumentação de Alexy, podemos concluir que: se a validade da ponderação pressupõe a concepção de princípios como mandado de otimização, então um problema de validade nessa concepção de princípios faz cair por terra também a validade – e a própria utilidade – da ponderação. Quer dizer, utilizando o mesmo raciocínio que Alexy utiliza para justificar a diferença entre regras e princípios, que por sua vez justifica a necessidade da ponderação, nós podemos observar, no movimento inverso, que a validade e racionalidade da ponderação dependem dessa distinção. Se ela é inadequada, a ponderação também é inadequada.

Diferentemente da distinção entre regras e princípios de Dworkin, Alexy entende os princípios como mandados de otimização, como mandados que aceitam uma graduação no seu cumprimento, que devem ser cumpridos na melhor medida possível. O problema é o que se leva em consideração para justificar essa graduação no cumprimento de princípios. Claro que, diante de colisões, é interessante poder otimizar os diferentes graus de exigência dos princípios. Mas otimizar é reduzir o grau de exigência de um princípio, é estabelecer restrições recíprocas. Otimizar é uma operação econômica de construção e ajuste do equilíbrio ideal entre a satisfação de interesses sob condições de escassez. É tirar um pouco de um para não faltar para o outro. Mas a boca de um princípio é faminta por justiça e equidade. E o que um princípio fala não é só um pedido de satisfação das suas necessidades finalísticas, mas, sobretudo, fala de um fundamento, conta uma justificação, um motivo importante para que ele seja cumprido. Não para que seja satisfeito.

Entretanto, a justificativa de Alexy para se conceber princípios como mandados otimizáveis – e não como princípios – não está além de uma necessidade fática e jurídica de otimização. O argumento é mesmo circular: já que não dá para cumprir todos os princípios, por uma questão de escassez de recursos materiais e jurídicos, então nada melhor que relativizar a normatividade dos princípios na forma de uma otimização dessa escassez de recursos materiais e jurídicos. Assim se coloca como justificativa dessa graduação, dessa otimização, tanto as possibilidades jurídicas, quanto as possibilidades fáticas existentes em cada situação.

Partindo já do fato de que os princípios são otimizáveis – e nós poderíamos demonstrar que os princípios não precisam ser otimizáveis, porque eles não são fins, são princípios, são fundamentos –, as possibilidades *jurídicas* são aquelas informadas tanto pelos demais princípios, quanto pelas regras jurídicas válidas. Nós vemos aqui, então, a possibilidade de uma regra restringir o grau de exigência de um princípio.³ Mas desde quando uma regra pode determinar a amplitude de um princípio? Como entender a coerência entre essa concepção de princípio, que pode ter sua normatividade restringida por regras, com a afirmação de que os direitos fundamentais, como princípios que se manifestam na forma de mandados de otimização, produzem uma *limitação dos conteúdos juridicamente possíveis* do direito como um todo?⁴ Claro que se pode pensar em uma circularidade entre regras e princípios, como na ideia de hiperciclo de Günther Teubner. Mas aí já estaríamos assumindo outra concepção de princípio diferente da de Alexy.

Se a possibilidade de regras restringirem a normatividade de princípios já é um problema, a possibilidade das condições fáticas restringirem a sua normatividade então se torna um problema muito mais grave. Isso porque as condições fáticas são informadas pelos meios de comunicação da sociedade, que são simbolicamente generalizados e que, por isso, justificam em níveis muito mais sutis a aceitação das condições de escassez e, junto com ela, a aceitação generalizada de que nem tudo é possível de ser realizado só com vontade política, só com amor, só com a beleza estética da

³ Cf. ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 85: “As possibilidades jurídicas da realização em princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos”.

⁴ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. De Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 524.

arte ou só com verdades científicas.⁵ Essa concepção de princípio justifica, por si só, que por uma questão econômica de escassez de recursos, quer dizer, por uma questão de “reserva do possível”, o grau de exigência de um princípio pode ser justificadamente relaxado. E somente para se evitarem abusos, fala-se no princípio do não retrocesso social ou no princípio do mínimo existencial – que só vale, também, quando há recursos suficientes para o mínimo existencial.

4 **A sedução do discurso econômico da otimização de princípios**

Uma concepção de princípio como essa, que aceita restrições tanto de regras, quanto de motivos fáticos extrajurídicos, é muito sedutora e, por isso, muito perigosa, especialmente no contexto do constitucionalismo brasileiro. E Alexy utiliza exatamente a sedução da comunicação da escassez econômica para afirmar que

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem, ainda, uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais a serem tomados em consideração aqui, tem grande importância. Ela possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade. [...] Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma do problema da vinculação.⁶

Realmente, essa concepção de princípio permite isso. Mas o preço jurídico dessa oportunidade talvez seja alto demais para uma concepção de

⁵ Para o caso especial da comunicação da escassez, em uma perspectiva luhmanniana, ver-se: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Propriedade, dinheiro e autopoiese da economia: o processo de legitimação da apropriação privada de bens escassos. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Maringá. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

⁶ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Social. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, [p. 55-69] p. 69.

direito na qual a escassez econômica pode justificar, como nos tempos de insegurança política, um “Estado de Exceção Permanente”,⁷ nesses tempos de insegurança econômica. O ótimo de Pareto no juízo de necessidade introduz a comunicação da escassez econômica, que justifica a exclusão em um nível simbólico e também simbiótico. Transforma o sentido da colisão de princípios em uma concorrência econômica de princípios, como se os princípios fossem necessidades simbólicas e simbióticas que devem ser satisfeitas na melhor medida do faticamente possível, em condições notórias – e já inquestionadas – de escassez.

Essa economia de colisões é perigosa, pois nós aceitamos essa comunicação da escassez, que justifica exclusões ou graus de otimização das exigências, porque qualquer um, na mesma situação de escassez, faria o mesmo. Nós aceitamos a apropriação privada de bens escassos, com a exclusão de todos os demais, porque em situações de escassez, nós faríamos o mesmo. Nós vivenciamos a ação de quem se apropria de bens escassos como uma vivência própria. Como também nós aceitamos que princípios fundamentais sejam preteridos ou esvaziados em sua normatividade porque, naquelas condições de escassez de recursos materiais para o seu cumprimento, não há outra alternativa. E realmente não há, pelo menos dentro dessa forma econômica de comunicação, quer dizer, dentro desse ótimo de Pareto, dentro dessa economia de colisões.

Mas se pode abandonar essa forma econômica da comunicação da escassez de recursos e assumir outra forma de comunicação, também exterior ao direito, como, por exemplo, a forma da comunicação do poder, que pode levar a revoluções, guerras e conflitos só resolvidos com muita democracia e diplomacia. Ou se pode partir também de uma forma de comunicação diferente, que leva a outras questões e a outros sentidos para a ponderação. Mas se pode pensar também – e esse é o caso – em não precisar sair do direito para buscar essa justificação em outras formas de comunicação. Pode-se pensar, como Dworkin, que os princípios jurídicos são princípios de moralidade política, quer dizer, princípios morais que não finalizam, mas que justificam o projeto político de uma comunidade que baseia sua associação em uma combinação de constitucionalismo e democracia.

⁷ Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção: Homo Sacer II*. 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 26: “Como era previsível, a ampliação dos poderes do executivo na esfera do legislativo prosseguiu depois do fim das hostilidades e é significativo que a emergência militar então desse lugar à emergência econômica por meio de uma assimilação implícita entre guerra e economia”.

5 O problema do ativismo judicial

O preço dessa concepção de princípio como mandado de otimização pode ser alto demais também porque, ao mesmo tempo em que ela permite esvaziar a normatividade dos princípios fundamentais pela ponderação, ela permite também um ativismo judicial sem limites. Afinal, quando a decisão jurídica passa a se justificar a si própria como o “espaço político”⁸ exclusivo do julgamento da adequação, necessidade e proporcionalidade das políticas públicas dos governos democráticos, não há mais nenhum limite político para a criatividade da jurisdição.

Isso porque, na medida em que um princípio deixa de ser princípio para ser fim – para ser uma causa final da metafísica de Aristóteles⁹ –, um princípio como fim já justifica também a invenção de qualquer meio julgado necessário e adequado para atingi-lo, mesmo contra a as políticas públicas definidas democraticamente e mesmo contra o princípio da irretroatividade do direito – veja-se que a decisão jurídica ponderadora, que cria um meio mais adequado para os fins do princípio, cria esse meio e o aplica retroativamente como um direito que não existia antes do trânsito em julgado da decisão. Do pondo de vistas dos jurisdicionados, isso provoca a sensação de uma desestruturação do direito, já que ninguém mais pode saber se há direitos antes da decisão jurídica que pratica a ponderação dos direitos.

Uma concepção de princípio como essa permite que qualquer coisa se torne princípio e qualquer coisa se torne um meio para atingi-lo.¹⁰ E se qualquer coisa pode se tornar princípio, tudo passa a ser objetivo, tudo

⁸ Cf. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, [p. 71-92] p. 79.

⁹ Cf. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentários de Giovanni Reale. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002, v. II, p. 15 (A 2/3, 983b): “as causas são entendidas em quatro diferentes sentidos. (1) Num primeiro sentido, dizemos que causa é a substância e a essência. De fato, o porquê das coisas se reduz, em última análise, à forma e o primeiro porquê é, justamente, uma causa e um princípio; (2) num segundo sentido, dizemos que causa é a matéria e o substrato; (3) num terceiro sentido, dizemos que causa é o princípio do movimento; (4) num quarto sentido, dizemos que causa é o oposto do último sentido, ou seja, é o fim e o bem: de fato, este é o fim da geração e de todo o movimento”.

¹⁰ Veja-se, a propósito, a crítica de Lênio Streck ao que ele chamou de “pamprincipiologismo”: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 475.

deixa de ser uma questão de princípio para ser uma questão de objetivo, uma questão instrumental, de estratégia, de grau de cumprimento, que pode ser tanto restringido por regras, quanto por questões de possibilidade fática, quanto também afastado pela ponderação em casos concretos. Princípios passam a ser ideais em um jogo de concorrência econômica, cujas regras já estão dadas e são traduzidas na forma de princípios consertadores, como o da reserva do possível e da proibição do retrocesso, do mínimo existencial etc.

O reflexo dessa concepção de princípio pode ser observado tanto no juízo de adequação, quanto no juízo de necessidade da proporcionalidade. A adequação não é só jurídica, não é só uma adequação no sentido de interpretação conforme a Constituição; ela é uma adequação fática. É uma adequação entre meios e fins; uma adequação estratégica, instrumental, pragmatista, típica dos discursos políticos, não dos jurídicos.

Assim também na etapa da necessidade, da qual surgem aqueles famosos princípios da reserva do possível, da garantia do mínimo existencial, da proibição do retrocesso, da justiciabilidade, do equilíbrio entre proteção suficiente e proteção excessiva etc. Todas essas formulações têm por base um suposto implícito e não questionado que vem da comunicação do sistema econômico da sociedade, qual seja, a comunicação da escassez, que transforma o conteúdo normativo dos princípios jurídicos em uma questão econômica de concorrência entre necessidades de satisfação no melhor grau possível.

Quer dizer, os princípios passam a ser concebidos como se fossem necessidades econômicas que, diante da escassez de recursos fáticos, devem ser equilibradas e distribuídas equitativamente, ou melhor, distribuídas de modo otimizado, de modo a se garantir uma eficiência na alocação de recursos para a satisfação ótima de todas as necessidades principiológicas. E esse tipo de argumentação funciona, como acima explicitado. Mas não é um tipo de argumentação conveniente para a argumentação jurídica, pois esse tipo de argumentação é típica dos discursos políticos, não dos jurídicos.

Assim, essa concepção permite e justifica um tipo de ativismo judicial inconsequente. Ela apaga os limites entre direito e política e, assim, apaga a própria diferença, que se encontra implícita, como uma questão de moralidade política, entre Estado (d)e Direito. Confere superpoderes à decisão jurídica. E como não resolve o problema da subjetividade na ponderação, confere superpoderes para a subjetividade do juiz. Transforma os juízes em

super-heróis da República, em paladinos da Justiça, mas não garante, ao mesmo tempo, a exigência da responsabilidade ética e político-democrática.

6 Desequilíbrio entre constitucionalismo e democracia

Por esses motivos, essa teoria também não é adequada para resolver a questão fundamental do Estado Democrático de Direito, que é a questão do equilíbrio entre o constitucionalismo e a democracia, entre a regra contramajoritária e as mudanças políticas pela vontade das maiorias democráticas. Assim, a teoria de Alexy, atribuindo aos tribunais constitucionais uma representatividade argumentativa pura, baseada na ponderação e na otimização que eles mesmos fazem sobre os direitos fundamentais, os enaltece ingenuamente em relação à representatividade democrática do governo e do legislativo, baseada no voto.

Alexy entende essa relação como uma relação entre, de um lado, decisão jurídica baseada em uma argumentação de princípios constitucionais, e do outro, decisão político-legislativa, baseada na representação democrática.¹¹ No fundo dessa discussão está a própria questão da legitimidade político-democrática da decisão jurídica,¹² como também as questões da judicialização da política e do ativismo judicial sobre assuntos políticos.

Alexy questiona se um discurso jurídico baseado em princípios fundamentais deve ficar submetido às decisões tomadas no âmbito dos processos legislativos.¹³ E diante da sua teoria da ponderação, que permite inclusive o julgamento da adequação e da necessidade fática dos meios para atingir os objetivos dos princípios, a questão então se torna bastante importante: a decisão jurídica pode preferir a aplicação de um ou outro princípio, de modo justificado, por meio da argumentação jurídica, em detrimento das decisões tomadas no âmbito do legislativo?

¹¹ Cf. ALEXY, Robert. The dual nature of Law. *Ratio Juris*, v. 23, n. 2, p. 167-182, June 2010; _____ . Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: _____ . *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, [p. 41-54] p. 54; e _____ . Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: _____ . *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, [p. 155-166] p. 165.

¹² Cf. ALEXY, Robert. Teoria do discurso e direitos do homem. In: _____ . *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, [p. 101-127] p. 127.

¹³ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 532.

Naturalmente, a resposta de Alexy é sim, porque para ele, a complexa relação de tensão entre constitucionalismo e democracia pode ser entendida como uma relação entre uma representação puramente argumentativa – a representação dos tribunais constitucionais – e uma representação democrática apoiada em eleições e reeleições – a representação política do legislativo e do governo executivo. Em outras palavras, a tensão entre constitucionalismo e democracia, que é uma tensão entre, de um lado, princípios jurídicos que valem independentemente da vontade democráticas das maiorias políticas e, do outro, princípios políticos que asseguram a equidade das políticas públicas do governo pela vontade das maiorias democráticas, pode ser resolvida por uma concepção argumentativa das formas de representação política dos ideais constitucionalistas e democráticos.

Para Alexy, a representação política dos ideais constitucionalistas – o constitucionalismo – seria uma representação puramente argumentativa, realizada especialmente pelos tribunais constitucionais; e a representação política dos ideais democráticos – a democracia – seria uma representação apoiada em eleições, realizada especialmente pelo governo e pelo legislativo.

Assim, a tensão entre constitucionalismo e democracia poderia ser entendida como uma tensão entre duas formas distintas de representação política discursiva: a representatividade constitucional, realizada especialmente pelos tribunais constitucionais e baseada em argumentos jusfundamentais, de um lado, e a representatividade democrática, realizada especialmente pelo governo e pelo legislativo e baseada em eleições, de outro. À unidade dessa relação entre representação argumentativa e representação democrática, Alexy chama de *constitucionalismo discursivo*.

O constitucionalismo discursivo “é a tentativa da institucionalização de razão e correção. Se existem argumentos válidos ou corretos, do mesmo modo como pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com jurisdição constitucional que sem ela”.¹⁴ As constituições são o lugar dessa institucionalização, que na forma dos direitos fundamentais positivados, constituem tanto critérios de razão ou de justificação de decisões, quanto critério de correção dessas decisões. Assim,

¹⁴ ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, [p. 155-166] p. 165.

torna-se possível estabelecer um equilíbrio discursivo entre o constitucionalismo e a democracia, no qual os tribunais constitucionais desempenham a função da representatividade argumentativa dos direitos fundamentais e o legislativo e o governo a representatividade democrática.

Mas, para Alexy, a representação argumentativa, quer dizer, as decisões jurídicas dos tribunais constitucionais sobre direitos fundamentais devem ter primazia sobre as decisões políticas do legislativo e do governo. As decisões jurídicas não podem ficar submetidas ao poder legislativo, especialmente quando se trata de decisões sobre direitos fundamentais. E torna-se óbvia essa resposta não só porque Alexy entende que, pela força normativa de um princípio, todos os meios necessários para a sua satisfação no grau mais elevado possível são igualmente justificados pelo próprio princípio, mas também porque o juízo de adequação e de necessidade são julgamentos que colocam a decisão jurídica sobre a própria questão da escolha dos meios, definidos politicamente, para serem atingidos os objetivos dos princípios.

Considerações finais

Mas pelo menos a teoria de Alexy torna mais criticável a decisão, pela explicitação do peso subjetivo que foi conferido ao grau de interferência da aplicação de um princípio sobre o outro, ao peso abstrato dos princípios e ao peso moral conferido a cada um deles. É uma teoria preocupada com a racionalidade da ponderação. Apostou tudo na ponderação porque viu uma rota de fuga da colisão, prisioneira do positivismo, na abertura da argumentação.

No positivismo, há colisão lógica. E colisão lógica não tem saída, a não ser pela criação hipotética de uma instância superior, como fez Kelsen, inspirado em Russell, por meio da hipótese da norma fundamental. Alexy, como todos os grandes teóricos do direito, também criou sua hipótese de fundamentação da validade do direito: substitui a norma fundamental de Kelsen pela argumentação, pois a argumentação também cria o metanível para a assimetria do paradoxo da pergunta pelo fundamento do direito. Mas dentro de uma concepção semântica de direito positivo, a argumentação também não funciona, porque a ponderação pressupõe a introdução de restrições recíprocas nos valores normativos, que Alexy ainda considera como uma questão semântica.

Simplemente não dá para otimizar a amplitude semântica de princípios. Então a teoria mexe no conceito de princípio, para transformá-lo em fins, para estes poderem ser otimizados por meio da ponderação. Aqui está o problema, segundo nossa opinião, na teoria de Alexy. A sua concepção de princípio simplesmente não é uma concepção que revela a melhor virtude de um princípio jurídico, quer dizer, a virtude da função de justificação da interpretação, da argumentação e da decisão jurídica mesmo contra a vontade das maiorias democráticas.

Depois desse equívoco fundamental na concepção de princípio como mandado de otimização – para uma economia de colisões chamada “ponderação” –, todo o restante dessa teoria é uma sofisticada costura para consertar os equívocos decorrentes desse projeto, que tem o erro fundamental de manter-se ainda sob uma concepção semântico-positivista de princípio, que deve então ser otimizada, graduada, ajustada, para poder caber, sem contradição lógica, em uma argumentação jurídica racional.

Todavia, mesmo com essa dura crítica – porém justa, como tentamos demonstrar –, a concepção teórica do direito como uma prática argumentativa, cuja racionalidade, por um lado, está na obediência a regras de discurso e a formas de argumentação, e cuja correção, por outro lado, está na complementação dos discursos jurídicos por discursos práticos gerais – discursos morais –, colocam a teoria de Robert Alexy no marco pós-positivista do direito. Uma teoria que consegue combinar a racionalidade lógico-formal dos discursos técnicos do direito com a racionalidade mais intuitiva e material dos discursos morais.

Estamos diante, portanto, de uma sofisticada e importante teoria da interpretação, argumentação e decisão jurídica, que não apenas dota as decisões jurídicas de uma capacidade sem precedentes de justificação mais clara e adequada às exigências de explicitação dos motivos subjetivos do julgador, como também oportuniza aquela necessária abertura do direito para o peso moral dos argumentos práticos, sem, contudo, escorregar em um retorno ao jusnaturalismo.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção: Homo Sacer II*. 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. The dual nature of Law. *Ratio Juris*, v. 23, n. 2, p. 167-182, June 2010.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentários de Giovanni Reale. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Propriedade, dinheiro e autopoiese da economia: o processo de legitimação da apropriação privada de bens escassos. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI - Maringá. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Recebido em 6/8/2010. Aprovado em 6/9/2010.