

# É possível justificar a ponderação?

Argumentação jurídica e o princípio da proporcionalidade.

Artur Comiran Tonon

Orientador: Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald



A relação da argumentação jurídica e o princípio da proporcionalidade de Alexy é explicitada quando ele afirma, em Teoria dos Direitos Fundamentais, que o modelo da ponderação como um todo amarra a lei da ponderação à teoria geral da argumentação jurídica racional. Com isso ele quer dizer que a ponderação somente leva a julgamentos racionais quando os argumentos que são traduzidos nela são eles mesmos racionalmente justificáveis. Portanto, para que a ponderação de princípios se justifique, é necessário uma teoria que dê conta da justificação dos argumentos jurídicos. Em “Teoria da Argumentação Jurídica”, Alexy esboça uma teoria do discurso jurídico com a pretensão de dar uma resposta a esse problema. Este estudo propõe uma análise da relação entre a ponderação de princípios e a teoria geral da argumentação jurídica de Alexy, com foco nas teses do autor que dizem respeito à argumentação prática geral.

## Princípios como mandamentos de otimização, princípio da proporcionalidade em sentido restrito e a lei da ponderação

Como mandamentos de otimização, princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dadas as possibilidades fáticas e jurídicas. O princípio da proporcionalidade em sentido restrito diz respeito às possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são estabelecidas quando há colisão entre os princípios. Aqui há a relação que Alexy descreve como “lei da ponderação”:

*Quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.*

## A Fórmula Peso

Respondendo a críticas, Alexy pretendeu demonstrar a racionalidade da ponderação através de uma análise mais profunda da sua estrutura. Como uma forma identificar e colocar em relação sistematicamente os fatores relevantes para a ponderação, o autor lançou mão de uma fórmula, que ele denominou *fórmula peso*:

$$G_{ij} = \frac{I_i G_i S_i}{I_j G_j S_j}$$

## Teoria da Argumentação Jurídica: tese do caso especial

Discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral:

1. Preocupa-se com questões práticas – o que é comandado, proibido ou permitido.
2. Envolve uma pretensão de correção.
3. É um caso especial pois toma parte sob restrições características ao direito – lei, precedentes, doutrina.

Apesar se estar sujeito a restrições, Alexy argumenta que a base de qualquer argumento jurídico, em última análise, são argumentos práticos gerais.

## Teoria do discurso prático racional: uma abordagem procedimentalista

Uma preocupação de Alexy em “Teoria da Argumentação Jurídica” é a de estabelecer uma série de condições, regras e critérios aos quais aquele que estabelece um juízo prático deve obedecer para que este juízo seja justificável. O que é moralmente justificável, portanto, são os juízos que passam no teste das regras do discurso. Essas regras visam uma aproximação à “situação ideal de fala” de Habermas, em que impera a força não coatora do melhor argumento. Esse procedimento admite diferentes resultados, que o autor denomina “discursivamente possíveis”.

## Isso é suficiente para uma interpretação dos Direitos Fundamentais?

Justificar os valores atribuídos aos fatores da fórmula peso significa também interpretar os direitos fundamentais de determinada maneira. Para tanto, é suficiente obedecer às regras procedimentais colocadas por Alexy? Além disso, depois de analisar essas questões, a fórmula peso continua sendo atraente?

Estas são as perguntas que o estudo tenta responder.

### REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. Julian Rivers. Nova Iorque, Oxford University Press, 2010.
- ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation*. Trad. Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford University Press, 1989.
- ALEXY, Robert. *Discourse Theory and Fundamental Rights*, em *Arguing Fundamental Rights*. Editora Springer, 2006.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ALEXY, Robert. *The Reasonableness of Law*, em *Reasonableness and Law*. Editora Springer, 2009.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice: revisited edition*. Belknap Harvard, 1999.
- RAWLS, John. *The Idea of Public Reason Revisited*. The University of Chicago Law Review, 1997.