

MENOS PRINCÍPIOS, MAIS REGRAS: A TEORIA DA PONDERAÇÃO NA ENCRUZILHADA DO DECISIONISMO¹

José Sérgio da Silva Cristóvam²

Resumo: O artigo analisa de forma crítica a teoria da ponderação de princípios, bem como a forma como as teses do neoconstitucionalismo foram recepcionadas pela doutrina e, em especial, pelo discurso judicial no Brasil. O modelo ponderacionista tem sofrido críticas sólidas e abalizadas, na medida em que submete o discurso judicial a um profundo deficit de legitimidade e de racionalidade, abrindo caminho para uma clara usurpação da autoridade legislativa por um modelo teórico que permite o império do decisionismo subjetivo e do moralismo judicial. Isso conduz à necessidade de se estabelecerem limites procedimentais e materiais capazes de assegurar a racional aplicação do sistema, essencial fator de legitimação e justificação das decisões sobre conflitos entre princípios e interesses. O método utilizado é o dedutivo e monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica, com análise da doutrina sobre o tema.

¹ Uma primeira versão desse texto, agora revisto e atualizado em várias das suas considerações, foi publicada originalmente na Revista Sequência (PPGD/UFSC), com o seguinte título: A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo judicial: limita-me ou te devoro! *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 75, p. 219-242, abr. 2017.

² Professor adjunto de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Mestrado do PPGD/UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de doutoramento sanduíche junto à Universidade de Lisboa - Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Especialista em Direito Administrativo pelo CESUSC (2003). Membro fundador e presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC) e da Academia Catarinense de Direito Eleitoral (ACADE). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Conselheiro Federal da OAB/SC. Advogado publicista em Santa Catarina.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo. Teoria da Ponderação de Princípios. Decisionismo.

LESS PRINCIPLES, MORE RULES: THE WEIGHT OF PRINCIPLES THEORY ON THE CROSSROADS OF THE DECISIONISM

Abstract: The article critically analyzes the weight of principles theory, as well as the way in which the theses of neoconstitutionalism were received by the doctrine and, especially, by the judicial discourse in Brazil. The weight of principles model has been suffering from solid and emphatic criticisms, since it submits the judicial discourse to a deep *deficit* of rationality and legitimacy, opening the way to a clear usurpation of the legislative authority by a theoretical model that allows the empire of subjective decisionism and judicial moralism. This leads to the need of establishing material and procedural limits that are capable to ensure a rational application the system, wich is essential to legitimate and justify the decisions about the conflit of principles and interests. The method and technique used are, respectively, the deductive and monographic, and the bibliographic research, with the analysis of the doctrine about the subject.

Keywords: Neoconstitutionalism. Weight of principles theory. Decisionism.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS



encidas as três primeiras décadas desse que já se consolida como o hiato constitucional-democrático mais duradouro do Brasil, temos sim muito a comemorar, ante os inegáveis avanços sentidos nos mais variados setores da cena sócio-político-

econômica nacional! Mas, por outro lado, esses trinta anos desde a promulgação da festejada Constituição de 1988 deixam transparecer o efetivo risco de ruptura e até mesmo a derrocada daquele conjunto de valores que a inspiraram. Numa síntese paradoxal, parece forçoso reconhecer que, se por um lado vivemos nosso maior período de estabilidade democrática, por outro a democracia como ideia e valor político nunca esteve tão ameaçada quando nesse ocaso de trinca decenal.

Por certo, a crise da democracia na contemporaneidade não é “luxo” tupiniquim e nem é fenômeno que permita análises superficiais ou simplistas; é tema complexo, multifacetado e que parece indicar certa tendência em diferentes países.³ E esse ensaio, confessadamente, não tem por empreitada a análise desse espinhoso e inquietante tema, pelo menos não de forma direta e imediata.

Todavia, ainda que por caminhos oblíquos, algumas das análises e reflexões aqui alinhadas podem mesmo tocar no coração da crise do nosso modelo democrático, porquanto relacionados à crise de legalidade constitucional/infracostitucional que veio como duro “efeito colateral” da iletrada e mesmo irrefreada difusão do paradigma (teorias) que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo.⁴

³ Sobre o tema, ver: LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014.

⁴ Na América Latina, inclusive com elevado destaque no Brasil, a ampla difusão das teorias do neoconstitucionalismo ocorreu a partir da sucessiva publicação de duas coletâneas de artigos, com as reflexões de renomados autores italianos, espanhóis e latino-americanos, organizadas pelo jurista mexicano Miguel Carbonell. Nesse sentido: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. Sobre o tema, ver também: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. In: AGUILA GRADOS, Guido Cesar; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). *Constitucionalismo em mutação: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica*. Blumenau: Nova Letra, 2013, p. 45-74; DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da*

Em linhas muito superficiais, pode-se dizer que as teorias neoconstitucionalistas despontaram amalgamadas a partir de pautas convergentes à superação de algumas das principais teses do positivismo jurídico, a partir da tentativa de consolidação de uma sólida teoria da Constituição, lastreada na supremacia da ordem constitucional, na centralidade personalista da dignidade humana, na eficácia dos direitos fundamentais e na força normativa dos princípios constitucionais.

Inclusive, esse último ponto ganha especial interesse às reflexões aqui empreendidas. Desde as últimas décadas do século XX e, em especial no Brasil, mais vivamente desde a Constituição de 1988, a consolidação da qualidade normativa dos princípios jurídico-constitucionais parecia vir cercada dos melhores ventos progressistas de edificação daquela promissória dimensão social e política que resultou do mosaico constituinte de 1987-1988, sobretudo no contexto de construção de uma nova hermenêutica constitucional, vivificada pelo raciocínio tópico-retórico, pela aplicação da proporcionalidade e pela teoria da ponderação de interesses.⁵

Um verdadeiro “canto da sereia” que seduziu, em larga medida, grande parcela dos nossos juristas, entorpecidos pelas vivas promessas de acelerada concretização daquele catálogo de direitos sociais legado pelo pacto político da primavera de 1988.

Com efeito, a teoria da ponderação de princípios (e interesses) despontou rapidamente para uma posição de centralidade e proeminência no discurso jurídico pós-Constituição de 1988, infelizmente a partir de frouxas e corrompidas versões das teorias principialistas. De modal jurídico de rarefeita normatividade, os princípios passaram ao topo da pirâmide normativa,

Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-146.

⁵ Sobre o tema, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

convertidos em verdadeiras “aspirinas”⁶ e fonte de legitimação a toda sorte de moralismo e decisionismo judicial.

Em nosso modelo de Estado constitucional, largamente edificado sobre as bases de um sistema aberto de regras e (sobretudo!) princípios, rapidamente o sistema de justiça converteu-se no epicentro de produção da normatividade constitucional principiológico-ponderativa, com o grave deslocamento do autêntico eixo de criação-aplicação da legalidade constitucional/infracostitucional do Executivo e do Parlamento para o Judiciário e demais instância de controle externo, do que decorre inegável risco e deficit ao próprio modelo democrático.

Com uma infância largamente festejada sob o romantizado manto do ativismo judicial promotor dos direitos fundamentais sociais e de liberdade, já na sua adolescência a política ativista passou a conviver com severas crises de identidade (legitimidade), submetida ao constrangimento crítico de uma crescente e qualificada parcela da comunidade jurídica.⁷ Agora, na controversa idade adulta, enquanto alguns sustentam suas vigorosas virtudes,⁸ outros denunciam seu estágio avançado de

⁶ Metáfora proposta pelo juízo crítico do jurista Alexandre Morais da Rosa. ROSA, Alexandre Morais da. Princípio não é ‘aspirina’ e juiz não pode ser bipolar: deve existir coerência. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, out. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-11/diario-classe-principio-nao-aspirina-juiz-nao-bipolar-haver-coerencia>. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁷ Por todos, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da minoria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. Disponível em: <file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/3180-15481-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019; BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Praxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2117-2228, 2018. Disponível em: <file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/30806-101845-3-PB.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

degeneração para um verdadeiro populismo judicial.⁹ E, mais ainda, até para um novo modelo jurídico-político que estaria a povoar nosso sistema de justiça – dos chamados “juízes partisans”.¹⁰

Por oportuno, parece que não caberia aqui uma espécie de crítica extremada ou pouco concertada, no sentido de que toda decisão que aplica soluções jurídicas pautadas em princípios estaria a usurpar a legalidade constitucional e, portanto, em última análise conspurcar os valores democráticos. E, em geral, não é essa a pauta dos críticos ao ativismo judicial. Longe disso, até porque no Brasil a face do protagonismo judicial e de certa hipertrofia de outras instâncias de controle estatal acaba por encontrar inexorável parcela de justificação na própria vontade constitucional.

Por outro lado, qualquer proposta de ponderação principiológica deve ser refém da supremacia da Constituição e cativa da prevalência dos direitos fundamentais, norte e limite finalístico da teoria ponderacionista. Em poucas palavras, é tempo de reequilibrar o pêndulo da normatividade constitucional: precisamos sim de menos princípios e mais regras! Mais respeito/aplicação às regras e à legalidade estrita e menos apego artificializado aos princípios.

Urge realinhar o discurso jurídico (especialmente o judicial) sob o signo da legalidade constitucional/infraconstitucional, do respeito às regras do jogo político-jurídico, inclusive como forma de garantia da democracia. Um autêntico Estado constitucional de direito não pode tolerar como legítimo o

⁹ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018. Disponível em: file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/594-1855-1-PB.pdf. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹⁰ CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, São Paulo, v. 25, n. 136, p. 293-319, out. 2017.

recorrente apelo a manobras jurídicas de exceção,¹¹ veiculadoras de moralismos e decisionismos de ocasião quase sempre escamoteados por justificações principiológicas frouxas e até seletivas.

Embora abalizadas vozes defendam mesmo seu total abandono, por ora o intento desse ensaio reside em inventariar breves considerações de limitação ao ponderacionismo desenfreado. Cumpre, desde logo, advertir que tais limites não são assim tão racionalmente rígidos, nem em tudo politicamente estáveis e juridicamente infalíveis. Até porque, convenhamos, estabilidade política e infalibilidade jurídica não são traços qualitativos comuns a uma ordem democrática inclusiva, aberta e multifária como a brasileira, mas sim a regimes fechados tendentes ao autoritarismo ou até ao totalitarismo.

2. A TEORIA PONDERACIONISTA AOS PÉS DA ESFINGE: A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A ENCRUZILHADA DO DECISIONISMO JUDICIAL

No Brasil, em especial com o advento da Constituição de 1988, passou a se consolidar um peculiar modelo de ponderação de direitos/interesses capaz de sustentar a construção de um típico “Estado de ponderação”,¹² propalado como fator de cristalização e mesmo decorrência de um projeto constitucional

¹¹ Sobre o tema, nas certas palavras do filósofo italiano Giorgio Agamben: “[...] as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci d. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 11-12. Ver, ainda: VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: contracorrente, 2017.

¹² Sobre a referência ao chamado “Estado de ponderação” (*Abwägungsstaat*), o jurista Gustavo Binbenbojm sustenta que, no Estado democrático de direito, a ponderação proporcional assume a condição de medida otimizada dos princípios, bens e interesses albergados pela ordem normativa vigente. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008. p. 104-108.

principiológico, dinâmico, aberto e pluralista.

Nada obstante, desde os seus primeiros passos, o paradigma ponderacionista sempre foi alvo de fundadas críticas pelo seu insuprimível espaço de incertezas jurídico-políticas, pela diuturna e casuística relativização de direitos, que conduzem à progressiva corrosão das noções de legalidade e segurança jurídica e o conseqüente deficit de estabilidade social, política e econômica da comunidade.

Como uma autêntica “Esfinge pós-moderna”, o modelo ponderacionista não pode ficar, caso a caso, a desafiar (devorar) padrões mínimos de racionalidade e segurança do sistema jurídico-judicial, permitindo ao julgador/aplicador da lei verdadeira usurpação da autoridade legislativa constitucional e infraconstitucional, por meio de obscuras e iletradas ginásticas hermenêuticas, que muito mais procuram encobrir razões subjetivas (moralismo jurídico) do que apresentar efetivas justificações jurídicas racionais. Aqui reside a encruzilhada de deslegitimação da ponderação de princípios, que flerta de forma cada vez mais perigosa, desavisada e recorrente com padrões moralistas de decisionismo judicial.

Se parece viável defender que uma dimensão mais ou menos alargada de ponderacionismo principiológico, com os conseqüentes reflexos de inflação do protagonismo judicial e de outros órgãos de controle, seria mesmo decorrente do próprio modelo de Estado constitucional principialista, inequívoco também que isso reclama a consolidação de densos limites formais e materiais, essenciais à manutenção da pretensão de racionalidade e segurança do discurso jurídico-judicial.

Com efeito, esse tal “Estado de ponderação” jamais pode ser convertido em um Reino do “tudo depende” ou do “vale tudo hermenêutico”. Não se pode entender como adequada a relativização de conceitos e institutos jurídicos, que fundam as regras e princípios constitutivos da ordem jurídica vigente, abrindo espaços para práticas decisionistas dos poderes constituídos, em

especial para a subjetividade da atividade judicial.

O paradigma ponderacionista somente se legitima quando limitado por um método racional de ponderação de interesses, que assegure a prevalência relativa daqueles direitos ou interesses marcados pelas respectivas condições de precedência, mas única e exclusivamente para casos de efetivo e autêntico conflito entre direitos/interesses órfãos de uma solução normativa preestabelecida, sob pena de clara usurpação jurisdicional da autoridade legislativa.

Interessante ilustrar que, em suas reflexões mais recentes, o próprio jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, um dos importantes críticos do ponderacionismo principialista e maior expoente da teoria do garantismo jurídico,¹³ não desconsidera os inegáveis espaços de discricionariedade da jurisdição e a importância da teoria da argumentação jurídica, como instrumento de limitação voltado à “fundação da racionalidade do exercício discricional do Poder Judiciário”. Inclusive, o jurista italiano reconhece textualmente não haver sentido em “negar ou desconsiderar o papel da ponderação e, de maneira mais ampla, da argumentação na atividade de produção normativa”, fazendo referência tanto à “ponderação legislativa, que é fisiológica na esfera das decisões políticas, desde que não estejam em contraste – por comissão e por omissão – com as normas constitucionais”, como à questão da

[...] ponderação judicial nos espaços, igualmente fisiológicos, da interpretação jurídica, que certamente são mais amplos e indeterminados quando as normas não têm a forma de regras, mas, sim, a de princípios.¹⁴

¹³ Ainda que de inegável influência no discurso jurídico contemporâneo, ultrapassam os limites do presente estudo a análise da teoria do garantismo jurídico. Sobre o tema, ver: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coord.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000; FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo*

Na verdade, a sólida e coerente crítica de Ferrajoli à teoria ponderacionista não é endereçada “ao papel da ponderação na atividade de produção do direito”, mas sim “à excessiva ampliação deste papel na atuação legislativa e na interpretação jurisdicional das normas constitucionais”, ou seja, “à excessiva dimensão empírica associada à noção de ponderação”. Ao denunciar este indiscriminado recurso à teoria da ponderação, o autor ressalta que o ponderacionismo

[...] terminou se transformando, nestes últimos anos, em uma espécie de bolha terminológica, tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível jurisdicional.¹⁵

Infelizmente, a prática decisionista dos tribunais e de outros órgãos estatais de controle tem oferecido um recorrente festival de exemplos de usurpação da autoridade legislativa constitucional e infraconstitucional. Sem a menor preocupação com a justificação racional (argumentação jurídica), regras constitucionais e infraconstitucionais são relativizadas e afastadas, com base em discursos rasos e descontextualizados de defesa de “princípios de ocasião”, chamados às pressas para salvar decisões apriorísticas e subjetivas.

Uma trágica espécie de “principiorragia” faz jorrar princípios que passam a funcionar como genuínas “chaves mestras” que abrem todas as portas (fundamentam decisões de todos os matizes), invadindo o discurso judicial sem a menor preocupação teórica e de argumentação racional. Parâmetros como razoabilidade e proporcionalidade viram “mantras de justificação” para toda e qualquer subjetivismo judicial. Como que por um passe de mágica surgem novos princípios, obscuramente drenados de uma Constituição que cada vez mais é aquilo que os

garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46.

¹⁵ Idem, p. 47.

tribunais dizem ser e não o resultado da vontade normatizada do legislador constituinte. Não que o Judiciário não seja legítimo intérprete da ordem constitucional, mas isso não autoriza a funcionar como constante e onisciente legislador constituinte positivo.

Esse carnaval de inconsistências e instabilidades traga os tribunais e demais órgãos estatais de controle para o epicentro da crise de legitimidade do modelo ponderacionista. Conforme abalizada denúncia de Lenio Luiz Streck, vive-se sob o signo do que ele chama de “pan-principiologismo”, uma espécie de “estado de natureza hermenêutico” que traz consigo a abertura para modelos de decisionismo, a partir de uma noção descomprometida e pouco ilustrada da teoria da ponderação.¹⁶ Por vezes, a prática dos tribunais e demais órgãos estatais de controle reflete um autêntico e preocupante “*Leito de Procasto*” hermenêutico: se a norma a aplicar diz mais do que se quer, o intérprete/aplicador corta-lhe um pedaço; se diz menos, estica o seu sentido até alcançar a “medida desejada”.

Na mesma linha, Carlos Ari Sunfeld chega a fazer referência aos “princípios como armas de espertos e de preguiçosos”, ante a comodidade que oferecem aos litigantes espertos, na medida em que ocultam a fragilidade argumentativa de direitos invocados com base em princípios ociosos de expressão normativa para determinados casos. Comodidade estendida aos julgadores preguiçosos, que usam “[...] fundamentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão”.¹⁷

As bases da hermenêutica constitucional são facilmente negligenciadas, inclusive porque largamente desconhecidas, ainda que seus expoentes doutrinadores sejam os mais citados.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>.

Acesso em: 24 mar. 2019.

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativos para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

Sem maiores constrangimentos, normas-regras passam a ser ponderadas pelos tribunais como se princípios fossem. Como sabidamente ilustram Alexandre Morais da Rosa e Rafael Tomaz de Oliveira, ao melhor (ou pior) estilo “Juiz MacGyver” e seu “carnivete suíço”, sempre se encontra um “jeitinho hermenêutico” para moldar o caso a decidir ao talante (autoridade) do seu juízo subjetivo.¹⁸

De fato, a problemática do deficit de racionalidade do modelo ponderacionista exige uma adequada teoria de justificação racional; uma teoria da argumentação jurídica capaz de conferir os necessários padrões de correção à aplicação do Direito, a fim de assegurar o efetivo controle da atividade administrativa e os limites racionais aos casos de intervenções judiciais.¹⁹ A supressão máxima daquele deficit de racionalidade do discurso jurídico é ponto sensível e central ao modelo ponderacionista.

Mais do que uma teoria da justificação jurídica racional, reclama-se uma cultura de justificação e correção das decisões político-legislativas, administrativas e judiciais. Sobretudo naqueles casos em que a construção legislativa de consensos e a atuação administrativa e judicial estão diretamente relacionadas à resolução de conflitos entre legítimos e contrapostos direitos e interesses com *status* constitucional.

¹⁸ ROSA, Alexandre Morais da; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Complexo de MacGyver e os modelos de juízes (episódio 1). *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, nov. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio>. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹⁹ Ainda que de central relevância, ultrapassa os limites do presente estudo a análise ou tentativa de reconstrução das principais teorias e modelos de argumentação jurídica construídos pela metodologia jurídica contemporânea. Nesse sentido, apenas para citar algumas propostas teóricas amplamente difundidas, pode-se destacar a tópica de Theodor Viehweg, a nova retórica de Chaïm Perelman e a teoria da justificação jurídica racional de Robert Alexy. Sobre o tema, ver: VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964; PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996; ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

Isso demanda, no mínimo, a construção de uma robusta teoria dos direitos fundamentais,²⁰ o radical alargamento dos instrumentos de democracia ativa e participativa, a profunda republicanização do Estado e a consolidação de uma cultura de supremacia da Constituição. Pautas que em muito superam os acanhados limites do debate meramente jurídico. Mas o início dessa hercúlea e relevante tarefa pode partir de uma sólida teoria da proporcionalidade e da ponderação de interesses, com a fixação dos seus limites operativos básicos (formais e materiais).

3. A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E SEU ALCANCE: PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL, LEGISLATIVA, ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

O método da ponderação de interesses impõe a aplicação de um procedimento racional, a fim de alcançar o resultado de concretização otimizada daqueles direitos e interesses reconhecidos pela ordem normativa vigente. Trata-se de uma atividade que deve ser dimensionada com base em uma ordem hierarquizada, a partir das balizas constitucionais.

Dessa maneira, o primeiro nível de aferição da relação de conflito é sempre o sistema constitucional e sua ordem de regras e princípios positivados. O segundo nível do modelo ponderacionista conduz ao espaço da legislação infraconstitucional e de todo o arcabouço normativo, que somente pode ser aplicado após o teste de constitucionalidade e o exercício de ponderação e harmonização ao conjunto normativo constitucional.

Um dos espaços de concretização da ponderação decisória, no caso de conflitos entre interesses (públicos e privados),

²⁰ Sobre o tema, ver: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais do Estado de direito democrático. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 80-113; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

gravita em torno do aparato da Administração Pública e sua estrutura orgânica, na dinâmica e precípua atividade finalística estatal de densificação do conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que compõem a ordem normativa vigente.

Por outro lado, o espaço da mais efetiva aplicação do modelo ponderacionista é aquele que povoa as decisões judiciais de concretização de direitos, a partir da solução de conflitos entre direitos e interesses contrapostos (judicialização das colisões entre interesses públicos, coletivos, sociais, privados, individuais), além do amplo espectro de medidas relacionadas ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral. É no palco do debate judicial entre direitos e interesses, em especial se amparados em princípios, que habita a mais preocupante face da ponderação proporcional, albergando tanto a produção legítima e racional da decisão judicial, como também toda sorte de excessos decisionistas e moralismos subjetivos usurpadores da autoridade do sistema normativo (constitucional e infraconstitucional).

Evidentemente, há uma questão preliminar quando se debate acerca da aplicação da teoria da ponderação na solução de um suposto conflito: a efetiva existência de um conflito entre direitos/interesses a ser resolvido pela máxima (postulado) da ponderação proporcional. Isto porque, no ponto de partida, importa averiguar se há um verdadeiro conflito concreto entre direitos/interesse. E mais: se ambos ostentam a mesma estatura normativa (constitucional ou infraconstitucional).

Dessa forma, Daniel Sarmento procura oferecer uma espécie de metodologia de aplicação da ponderação de interesses, segundo a qual se faz imperativo a exata identificação do real conflito entre princípios. Isso é importantíssimo, porquanto há muitos casos em que a delimitação do âmbito de abrangência de cada um dos princípios supostamente contrapostos já é suficiente para harmonizá-los, em uma espécie de diagnóstico dos “limites imanentes” daqueles direitos e interesses aparentemente

em colisão. Se confirmado o conflito, com base nas situações concretas, caberia ao intérprete “[...] impor ‘compreensões’ recíprocas sobre os interesses protegidos pelos interesses em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro”.²¹

Com efeito, a primeira pergunta a ser respondida, de forma justificada, pela decisão que pretende aplicar o modelo ponderacionista é a seguinte: há, de fato, um autêntico conflito entre princípios ou interesses efetivamente contrapostos e de mesma estatura normativa?

O alerta para a análise preliminar da real existência de uma situação de conflito reveste-se de redobrada relevância, se considerado o fato de que, na verdade, as relações entre interesses públicos, coletivos, sociais, privados e individuais gravitam mais na dimensão da complementaridade e da harmonia do que na linha do efetivo conflito (contraposição). Com efeito, há várias situações em que a defesa ou promoção de um interesse individual acaba por resultar na concretização de um interesse coletivo, e vice-versa. Pelas linhas normativas de uma Constituição como a nossa, interesses públicos e privados muito mais convergem sob o signo de uma dialética da harmonia, do que divergem. A regra é a convergência e não o conflito.²²

Por outro lado, a relação de conflito entre interesses públicos e privados pode sim ser instalada a partir de determinada situação prática, a conduzir para o campo comum do modelo ponderacionista. Mas convém ressaltar que a Constituição não alberga qualquer teoria de prevalência abstrata e absoluta, inclusive no caso dos direitos fundamentais. No sistema

²¹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 102.

²² SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 234-235.

constitucional nacional não se pode cogitar de uma estática relação de hierarquia entre interesses públicos e privados, ainda que veiculados por meio de direitos fundamentais.²³

Voltando ao tema, para aqueles casos de real conflito entre interesses (públicos, coletivos, sociais, privados, individuais), o espaço comum do debate ponderacionista povoa o sistema constitucional e seu vasto conjunto normativo de princípios expressa ou implicitamente positivados, a veicular os mais variados direitos e interesses constitucionalmente assegurados.

O parágrafo anterior não tratou das normas do tipo regras como pertencentes ao debate ponderacionista. Isso porque, a hermenêutica contemporânea corretamente entende que método ponderacionista guarda aplicação aos casos de conflitos entre princípios e os respectivos direitos/interesses correspondentes. Portanto, tanto como normas aplicáveis à maneira de um “tudo ou nada”,²⁴ como no sentido de normas que veiculam mandamentos definitivos;²⁵ ou, ainda, segundo o conceito de normas de conduta que estabelecem indiretamente fins, com a prescrição em maior exatidão do comportamento devido;²⁶ importa considerar que o espaço comum à ponderação proporcional não é aquele das normas-regras, mas das normas-princípios. Esta questão dos limites operativos ao modelo de ponderação e sua necessária relação de respeito às regras constitucionais e infra-constitucionais será retomada abaixo.

No âmbito da ponderação constitucional, o legislador constituinte originário dispõe de ampla liberdade jurídica para normatizar ponderações entre bens, valores, interesses e direitos,

²³ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 121-172.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

estabelecendo ordens de prevalência. Neste quadrante, um exemplo de preferência ao interesse público pode ser encontrado no artigo 5º, XXV da Constituição, quando prevê que “[...] no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano [...]”. Por outro lado, há exemplos de prioridade aos interesses individuais, como prescreve o artigo 5º, XI, ao assegurar que “[...] a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Com base nos referidos exemplos, Paulo Ricardo Schier sustenta que no primeiro caso, do “eminente perigo público”, a primazia é do interesse público; ao passo que, no caso do direito à inviolabilidade do domicílio, a Constituição tutela com clara preferência a privacidade do indivíduo, que somente poderá ser superada nos casos excepcionais de flagrante delito, desastre, prestação de socorro, ou seja, situações de interesse público. Assim, as eventuais

[...] colisões são resolvidas previamente pelo constituinte originário, que pode optar pela prevalência dos interesses privados (como parece ser o mais usual) ou pela prevalência dos interesses públicos (como parece ser a exceção em homenagem ao princípio da legalidade e do Estado de Direito).²⁷

Vale ressaltar que, no caso da Constituição de 1988, detalhista e abrangente nas suas prescrições normativas, há várias ocorrências de ponderações constitucionais, com restrições abstratas e apriorísticas de vários direitos e interesses, o que deve ser vivamente respeitado pelos poderes constituídos. De fato, como expressão máxima da normatividade constitucional

²⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 235-237.

fundante de um novo sistema jurídico-político, os limites que o poder constituinte originário conhece e reconhece são aqueles de ordem política e filosófica, mas não propriamente jurídica.

A ordem constitucional pode antever e resolver, de forma definitiva e abstrata, determinados conflitos concretos entre interesses, a partir de uma norma explícita de restrição a determinado direito/interesse, a exemplo do que ocorre em alguns casos de “normas de eficácia contida”, submetidas à própria contenção constitucional.

A contenção constitucional explícita ocorre, *v.g.*, no conhecido exemplo da restrição ao direito de propriedade garantido pelo artigo 5º, XXII da Constituição, que sofre clara contenção/ruptura nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (artigo 5º, XXIV da CF/88), situações em que a ordem constitucional assegura a justa e prévia indenização em dinheiro, com meio de compensação proporcional pelo direito restringido.

No caso da desapropriação, a ordem constitucional foi de extrema minudência, ao prever, inclusive, situações de restrição àquela compensação proporcional da indenização em dinheiro. A partir da aplicação ponderada e até harmoniosa do já referido artigo 5º, XXII (direito de propriedade) com o artigo 5º, XXIII (a propriedade atenderá a sua função social), o sistema constitucional prevê determinados casos de penalização pelo descumprimento desta última cláusula, como ocorre na desapropriação para promoção do adequado aproveitamento do solo urbano (artigo 182, § 4º, III da CF/88) e na desapropriação para fins de reforma agrária (artigo 184, *caput* da CF/88), em que o pagamento da indenização ocorre por meio de títulos da dívida pública e títulos da dívida agrária, respectivamente.

Já foi dito que o artigo 5º, em seus incisos XXII e XXIII, representa situações de harmonização entre interesses públicos (função social da propriedade) e privados (propriedade), porque não se excluem e sim se complementam. Como ensina Paulo

Ricardo Schier, na referida situação há uma autêntica

[...] síntese dialética: a propriedade nem se presta apenas para satisfazer os interesses exclusivos do proprietário e nem tampouco justifica um sentido de coletivização ou funcionalização absoluta de sua utilização.²⁸

Há outra situação em que o próprio legislador constituinte originário previu verdadeiro caso de confisco expropriatório, sem qualquer direito à indenização, para aquelas situações de glebas em que forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, que passam a ser destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentos (art. 243, *caput* da CF/88). Aqui, em uma radical ponderação de interesses, ante a gravidade da conduta antijurídica e lesiva aos interesses sociais e colectivos, o legislador constituinte originário – único legitimado para uma medida dessa gravidade – decidiu por suprimir integralmente o direito à propriedade, sem qualquer medida compensatória. Medidas extremas como essa, assim aniquiladoras em abstrato de um direito ou interesse, somente são admissíveis pela via da ponderação constitucional, fruto de decisão política do legislador constituinte.

Situações normativas como as do regime constitucional da desapropriação deixam uma margem reduzida para os âmbitos de ponderação legislativa, administrativa e judicial. No caso da ponderação legislativa, a margem fica limitada a um universo mais restrito de regulamentação daquelas escolhas constitucionais. Caberá ao legislador regulamentar, por exemplo, os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, definir os procedimentos administrativo e judicial, os parâmetros de concretização da indenização justa, prévia e em dinheiro (Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941 e Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962, ambos recepcionados pela

²⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 237.

CF/88).

Nessa circunstância, a ponderação administrativa estaria relacionada ao nível mais abrangente de concretude, comum à atividade finalística própria da Administração Pública, seus órgãos e agentes, na definição dos casos concretos de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, ou seja, os termos e limites práticos da indenização justa, prévia e em dinheiro, tudo submetido e subsumido aos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais. Por sua vez, à ponderação judicial, como espaço de revisão da atividade concreta da Administração Pública, remanesceria a instância última de solução dos conflitos decorrentes da atividade concreta de desapropriação administrativa, solvendo quaisquer inadequadas atuações das duas instâncias ponderacionistas anteriores, a fim de assegurar a fiel e otimizada observância da ordem constitucional.

Em diversos outros casos de possíveis conflitos de interesses não há uma apriorística ponderação constitucional definitiva, com a restrição abstrata de um dos interesses em favor de outros. Nessa esteira, há aquelas situações em que o próprio legislador constituinte expressamente remete ao legislador infraconstitucional a atribuição da ponderação restritiva e regulamentadora daquele direito/interesse. Este é o caso do artigo 5º, XII da Constituição, quando prescreve ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. No mesmo sentido, pode-se referir ao artigo 5º, XIII, que assegura ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Há também diversos outros casos práticos, que povoam os debates diários das atividades administrativas e das decisões judiciais, quando não existe ponderação constitucional definitiva nem expressa remissão à ponderação legislativa de

regulamentação. Estes casos ensejam situações concretas de juízos de ponderação um pouco mais alargados, porquanto não subsumidos a uma estreita moldura normativa preestabelecida. Ainda assim, em todos os casos a solução pela prevalência de um dos interesses em conflito deverá submeter-se à racional aplicação do modelo ponderacionista, com base nas circunstâncias fáticas e jurídicas reveladoras da relação de precedência. Mas nunca pela via de uma ponderação derivada de um exercício de revelação intuitiva de uma autoridade. Todo juízo ponderativo somente será legítimo se puder remontar à ordem normativa constitucional/infracostitucional vigente.

4. O MODELO PONDERACIONISTA E SEUS LIMITES DE APLICAÇÃO

Impõe-se, pois, avançar para outras disposições limitativas e impositivas de obrigações insuprimíveis ao processo aplicativo da teoria ponderacionista, sem as quais o referido modelo acaba por se tornar indefeso, refém de toda sorte de subjetivismos, decisionismos e até intuicionismos morais de ocasião.

Nesse quadrante, com elevada consistência teórica e preocupação prática, depois de estabelecer um sólido juízo crítico acerca do infundado e insubsistente desprestígio operativo e normativo a que vêm sendo relegadas as regras jurídicas, o jurista Humberto apresenta três diretrizes fundamentais à construção de um modelo de ponderação intersubjetivamente controlável e compatível com o sistema de separação de poderes,²⁹ que podem ser assim descritas:

1. O respeito à força normativa das regras constitucionais imediatamente aplicáveis ao caso.

²⁹ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan.-mar. 2009. P. 3-17. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

2. O respeito à força normativa das regras infraconstitucionais, se editadas nos limites da ordem constitucional.

3. O respeito a padrões mínimos de racionalidade e justificação no processo de ponderação proporcional.

Sobre a primeira diretriz fundamental ao modelo ponderacionista, importa ressaltar que o processo de ponderação horizontal entre princípios constitucionais somente poderá ser estabelecido se inexistente uma regra constitucional impositiva da solução normativa para o caso concreto. A existência de uma regra constitucional imediatamente aplicável representa uma ponderação constitucional com pretensão jurídica de definitividade, que não pode ser simplesmente ignorada pela autoridade legitimada para aplicar a norma. Não se pode negligenciar a regra constitucional, sob a singela justificação de que não representa o meio mais adequado para a otimização dos princípios constitucionais ou, ainda, que todas as regras somente ganham vida operativa a partir da ponderação entre os princípios constitucionais colidentes. Isto não exclui, por outro lado, a excepcional possibilidade de o aplicador da norma,

[...] dentro dos limites semânticos da regra e obedecendo às suas funções, interpretar a regra conforme os princípios constitucionais axiologicamente subjacentes ou a sua finalidade.³⁰

No mesmo sentido, se ausente uma regra constitucional imediatamente aplicável, deve-se perquirir acerca da existência de uma norma constitucional que estabeleça “a atribuição, o exercício ou a delimitação de uma competência” ao Parlamento para legislar sobre determinadas matérias. Presente a referida regra atributiva de competência legislativa, se cumprida a mediação legislativa dentro dos limites constitucionais por meio de regras jurídicas parametrizadas com a Constituição, a autoridade administrativa ou judicial deve conduzir suas decisões a partir daqueles comandos normativos infraconstitucionais. Isto não significa, por certo, negligenciar a inegável possibilidade de

³⁰ Idem, p. 10-11.

interpretação de regras jurídicas a partir dos princípios constitucionais, com a adoção do sentido que melhor se ajuste à ordem constitucional, a partir da justificada equalização restritiva ou ampliativa da regra normativa para o otimizado alcance da sua finalidade, havendo até a possibilidade do seu afastamento, em casos de inegável condição de extraordinariedade. Mas nunca simplesmente desconsiderar a regra jurídica, a partir de um juízo obscuro e ilegítimo de preferências subjetivas.³¹

A terceira diretriz fundamental, também absolutamente essencial à pretensão de racionalidade do paradigma da ponderação, refere-se às exigências de justificação das decisões ponderativas. Sobre a questão, se ausente uma regra constitucional ou infraconstitucional imediatamente aplicável ao caso, Humberto Ávila sustenta a necessária consideração de três momentos essenciais ao processo ponderativo, que são a indicação dos princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), a ponderação em si e a sua fundamentação.

Para essa fundamentação, emergem cinco elementos basilares para a argumentação ponderativa:³²

1. As razões de justificação da preferência ponderativa de determinado(s) princípio(s) em detrimento de outro(s);
2. Os critérios usados para a definição do peso e da prevalência daquele(s) determinado(s) princípio(s) em detrimento do(s) outro(s), bem como a relação entre esses critérios;
3. O “procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro”;
4. A “comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade”;
5. O conjunto de fatos relacionados ao caso que foram considerados relevantes para a ponderação e “com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados”.

³¹ *Idem*, p. 11.

³² *Idem*, p. 11-12.

Todas essas obrigações de justificação das decisões ponderativas acabam por oferecerem uma relevante contribuição para a formação de um conjunto mínimo de limites ao decisionismo, capazes de assegurar mínimos padrões de racionalidade na aplicação do modelo ponderacionista.

Isso pode ser alcançado a partir do efetivo respeito às regras constitucionais e infraconstitucionais veiculadoras de decisões político-legislativas da autoridade normativa legítima (normas imediatamente aplicáveis ao caso concreto), que somente podem ser relativizadas em casos de extremadas peculiaridades, mesmo assim somente com base em processos de interpretação capazes de racionalmente justificar a decisão judicial, afastado qualquer recurso a juízos subjetivos.

Se os últimos anos foram de intensa defesa da força normativa dos princípios constitucionais, o discurso jurídico contemporâneo parece carecer atualmente de um movimento de recuperação da força normativa das regras jurídicas, como modais normativos definitivos e impositivos, de plena observância inclusive pelo Poder Judiciário. Definitivamente, precisamos de mais respeito/deferência às regras e menos apelo irracional/causístico aos princípios.

No mesmo sentido, os parâmetros formais e materiais de justificação da decisão ponderativa submetem o julgador a um considerável ônus argumentativo, trazendo em potência efetivas condições de restrição ao uso do modelo ponderacionista como fator de proliferação do decisionismo e do moralismo jurídico. Mas jamais se espere que, romanticamente, esses parâmetros sozinhos sejam capazes de refrear o subjetivismo judicial, até porque os excessos e desvios desse modelo parecem decorrer muito mais da prática corrompida de decisões pouco afetas ao dever de justificação racional, do que propriamente de suas alegadas insubsistências teóricas. O problema aqui pode ser bem menos técnico-jurídico e bem mais político, ou até, no limite de alguns casos extremados, ético!

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode negar as dificuldades de se estabelecer bases racionais à aplicação da teoria ponderacionista. Sobretudo em uma sociedade como a brasileira, ainda fundada em instituições democráticas de enorme fragilidade e baixa legitimização no seio da população. E aqui não se está referindo apenas ao Legislativo e ao Executivo, comumente marginalizados e até demonizados por “oposicionismos de ocasião” e por setores da mídia nacional, como se fossem os únicos redutos de todas as chagas da corrupção e do patrimonialismo estatal. O deficit de legitimidade alcança, sem maiores discriminações, todas as demais instituições: o Poder Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas, as Instituições Públicas Financeiras etc.

Na verdade, essa crise de legitimidade parece ser mais profunda, atacando o próprio Estado por completo. A sociedade (povo) vê o Estado como o “outro”: umas vezes até como “provedor”, outras tantas como verdadeiro “inimigo”. Mas quase nunca como aquela síntese das aspirações coletivas e supraindividuais. Muito disso, vale reconhecer, parece ser parte de uma realidade cirurgicamente orquestrada por alguns “donos do poder”,³³ por uma mídia de discursos monolíticos e monopolizadores da verdade, por vezes condutora da frágil e instável “opinião pública”, por caminhos de verdades fabricadas, postas a serviço de algumas rarefeitas e oportunistas noções de interesse público, sob as quais mimetizam escusos e egoísticos interesses de grupos políticos e econômicos.

Vale ressaltar que, quando se faz referência a uma mídia de discursos monopolizadores da verdade, não se pretende aqui o recurso retórico a frases de efeito ou algo do gênero. De fato,

³³ Expressão difundida a partir da obra do jurista e historiador Raymundo Faoro. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. v. I, 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1977.

não se pode descuidar que no Brasil as normas e as práticas (reiteradas e notórias) convergem para a construção de verdadeiros “monopólios da informação”, permitindo-se que um mesmo grupo empresarial explore concessões de rádio, jornal e televisão (imprensa falada, escrita e televisionada), do que decorre uma perigosa concentração de poder sociopolítico nas mãos de determinados setores da imprensa, fator que pode resultar em efetivo entrave para o fortalecimento da democracia.

Esse traço de fragilidade das instituições democráticas vem acompanhado, ainda, pela crônica ausência de uma radical cultura de supremacia da Constituição, a exigir uma construção do discurso jurídico sobre as sólidas bases da hermenêutica constitucional contemporânea. No Brasil, não são raros os discursos que justificam o desprestígio e o descumprimento a normas constitucionais assecuratórias de direitos, sob o pretexto de vedações e limitações infraconstitucionais. Por vezes, gestores públicos deixam de cumprir a Constituição para fazer valer a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000). É notório o “calote institucionalizado” de incontáveis Entes Federados (Estados e Municípios), que simplesmente negligenciam o pagamento de dívidas judicialmente reconhecidas, sem sequer obedecer aos limites temporais daquele já famigerado sistema de precatórios. Com uma surpreendente desfaçatez, nega-se autoridade e força vinculativa às decisões judiciais e ao próprio instituto da coisa julgada.

Em síntese, num cenário assim desenhado, parece evidente a necessidade de se retomar a deferência às regras jurídicas como fator normativo primeiro de concretização da legalidade democrática. E a aplicação, subsidiária e excepcional do modelo ponderacionista, deve vir acompanhado de um sólido refinamento teórico, preocupado em fixar seus limites e procedimentos, até como forma de assegurar o alcance das suas finalidades últimas: a supremacia da Constituição e a promoção e defesa dos direitos fundamentais.

O resultado da ponderação de interesses deve ser a concretização daquele modelo material de justiça constitucional sobre o qual se funda o Estado constitucional. E não o signo da incerteza política, da insegurança jurídica e do primado da autoridade (daquele que legisla, daquele que administra ou daquele que julga). A única autoridade legítima é a vontade soberana do povo normatizada na Constituição. Este parece ser, na atual encruzilhada do discurso jurídico contemporâneo, o bom combate a ser combatido!



REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan.-mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo

- Tribunal Federal e o governo da minoria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. Disponível em: file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/3180-15481-1-PB.pdf. Acesso em: 24 mar. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Praxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2117-2228, 2018. Disponível em: file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/30806-101845-3-PB.pdf. Acesso em: 24 mar. 2019.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- CARBONEL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: trota, 2007.
- CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coord.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, São Paulo, v. 25, n. 136, p. 293-319, out. 2017.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo judicial: limita-me ou te devoro! *Revista Sequência*, Florianópolis,

- n. 75, p. 219-242, abr. 2017.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. In: AGUILA GRADOS, Guido Cesar; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). *Constitucionalismo em mutação: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica*. Blumenau: Nova Letra, 2013, p. 45-74.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. v. I, 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1977.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais do Estado de direito democrático. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). *Direitos*

- humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 80-113.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- ROSA, Alexandre Morais da. Princípio não é ‘aspirina’ e juiz não pode ser bipolar: deve existir coerência. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, out. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-11/diario-classe-principio-nao-aspirina-juiz-nao-bipolar-haver-coerencia>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- ROSA, Alexandre Morais da; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Complexo de MacGyver e os modelos de juízes (episódio 1). *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, nov. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018. Disponível em: <file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/594-1855-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na*

- Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 217-242.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativos para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.