

O propósito argumentativo da fórmula do peso alexyana

Celso Rodrigo Lima dos Santos

Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de
Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Universidade Federal da
Paraíba (UFPB)

ORDIC: <https://orcid.org/0000-0001-7788-8341>

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4823061656324866>

e-mail: celso_rodrigo_lima@hotmail.com

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294);
e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Cláudia Aguiar Britto (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4229-7952>); CV
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7455964413594325>; e-mail:
claudiaaguiarbritto@gmail.com)

Data de recebimento: 18/06/2024

Data de aceitação: 05/11/2024

Data da publicação: 25/11/2024

RESUMO: A representação matemática do sopesamento de Robert Alexy – a fórmula do peso – sugere a justeza das ciências exatas, o que parece ser incompatível com o Direito. Entretanto, realmente a fórmula alexyana aspiraria resolver a tensão entre princípios de forma cartesiana? Este artigo pretende responder essa indagação, na direção de que a fórmula do peso, muito além de uma representação matemática, tem um propósito argumentativo. A investigação se utilizará do método da revisão bibliográfica, estabelecendo um diálogo entre as duas obras mais representativas de Robert Alexy que tratam da Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ) e da Teoria dos Direitos Fundamentais. Outros autores do Brasil e do exterior também serão analisados com o fito de dar o suporte teórico para se alcançar o fim pretendido pela presente pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: fórmula; sopesamento; argumentação jurídica.

ENGLISH

TITLE: The argumentative purpose of the weight formula of Alexy.

ABSTRACT: Robert Alexy's mathematical representation of balancing (the weight formula) suggests the correctness of the exact sciences. This sounds incompatible with the Law. However, would alexyana formula really aspire to resolve the tension between principles with accuracy? This paper intends to answer this question, saying that the weight formula is more than a mathematical representation, it has an argumentative purpose. The investigation will use the bibliographic review method, establishing a dialogue between the two most representative works of Robert Alexy that deal with the Theory of Legal Argumentation and the Theory of Fundamental Rights. Other authors from Brazil and abroad will also be analyzed with the aim of providing theoretical support to achieve the intended purpose of this research.

KEYWORDS: formula; balancing; legal reasoning.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A teoria da argumentação jurídica alexyana – 2.1 O discurso prático geral – 2.2 O discurso jurídico e a tese do caso especial – 2.2.1 A estrutura do discurso jurídico. A justificação interna e externa – 3 O sopesamento – 3.1 O funcionamento do sopesamento – 4 Conclusão: A natureza da relação entre a teoria da argumentação jurídica e o sopesamento e o propósito argumentativo da fórmula do peso – 4.1 A conexão – 4.2 O propósito argumentativo da fórmula do peso – 4.3 A pesquisa como uma pequena contribuição para o entendimento sobre o pensamento de Alexy.



1 INTRODUÇÃO

A representação matemática do sopesamento¹, conhecida por “fórmula do peso”, apresentada por Robert Alexy em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pode causar certa estranheza em um primeiro contato do jurista. É possível arriscar – já que qualquer afirmação peremptória nesse sentido dependeria de um conhecimento específico na área das ciências do comportamento humano – que esse estranhamento inicial esteja relacionado às ideias de certeza e precisão que as ciências exatas e sua simbologia representam, características, em regra, incompatíveis com o Direito. Todavia, seria este realmente o papel da fórmula do peso? Em outras palavras, o sopesamento, concebido por Alexy como uma das máximas do princípio da proporcionalidade, teria a pretensão de resolver a colisão entre princípios de direitos fundamentais de forma cartesiana?

Este artigo pretende, a partir da revisão bibliográfica das principais obras de Robert Alexy e outros teóricos da argumentação jurídica, demonstrar que a representação matemática do sopesamento teria um propósito argumentativo e que essa compreensão passaria necessariamente

¹A expressão “sopesamento” é utilizada, como equivalente do “princípio da proporcionalidade em sentido estrito”, por Virgílio Afonso da Silva, tradutor da obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (Alexy, 2017, p. 94, 593 *et passim*), uma das principais bases bibliográficas deste estudo. Em Conferência realizada na sala de sessões plenárias, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 29 de outubro de 2016, em Brasília, Robert Alexy, que palestrou em inglês, utilizou com mais frequência as expressões *balancing* (balanceamento) e *proportionality in the strict sense* (proporcionalidade em sentido estrito). Ainda nesse evento, o Prof. Rogério Luiz Nery da Silva, da UNOESC, que integrava a mesa como debatedor e intérprete de Robert Alexy, afirmou que, em conversa particular com o autor alemão, este teria dito que admitiria o uso das expressões “balanceamento”, “ponderação” e “sopesamento” para se referir à proporcionalidade em sentido estrito, embora tivesse uma predileção pelas duas primeiras. O evento foi gravado e disponibilizado no *Youtube*, no canal da “Escola Judicial TRT8” (Escola Judicial TRT8, 2016).

pela identificação de enlaces simbióticos entre o sopesamento e a teoria da argumentação jurídica (TAJ) alexyanas.

Para atingir esse fim, o presente artigo está dividido em três seções. Na primeira, uma breve apresentação da teoria da argumentação jurídica de Alexy. A segunda seção faz uma síntese do princípio da proporcionalidade do autor alemão, abordando suas máximas, da adequação, da necessidade e do sopesamento. Por fim, a terceira seção aponta uma conexão entre a TAJ e o sopesamento alexyanos e, a partir disso, procura demonstrar que a representação matemática do sopesamento – a fórmula do peso – teria um propósito argumentativo.

2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA ALEXYANA

A obra seminal de Alexy sobre argumentação jurídica (Alexy, 2001) – *Theorie der Juristischen Argumentation* –, publicada em 1978, foi originalmente apresentada como sua tese de doutoramento, na Faculdade de Direito Georg-August de Göttingen, em 1976, como afirma o próprio autor alemão no prefácio de seu livro (Alexy, 2001, p. 14).

Alexy (2001, p. 17-21 e 268) desenvolve sua teoria da argumentação jurídica, a partir do reconhecimento de que há casos em que a decisão da autoridade não é possível de ser justificada exclusivamente por meio do silogismo subsuntivo que decorre das premissas normativas e fáticas. Esses casos, segundo o autor, são marcados por mais de uma solução possível, cuja escolha, por parte da autoridade decisora, passa por um “julgamento de valor”, cuja abstração abre espaço para convicções de ordem subjetiva. Alexy (2001, p. 19 e 268) atribui a ocorrência desses casos a fatores relacionados à



imprecisão da linguagem, às lacunas do Direito, ao conflito de normas e às situações em que a aplicação das normas postas levaria a situações de injustiça extrema^{2 e 3}.

E será justamente o controle dessas “valorações adicionais” que guiará os passos e principais preocupações da teoria da argumentação jurídica alexyana⁴. A proposta da TAJ de Alexy é tornar controláveis e transparentes os discursos que fundamentam as decisões jurídicas, ainda que estes se assentem em razões obtidas a partir do julgamento de valores. Neste particular, a teoria de Alexy propõe um instrumental teórico tanto ao julgador, quanto à sociedade. Ao primeiro, a TAJ do autor alemão alvitra procedimento de tomada de decisão capaz de dar objetividade às deliberações prolatadas. À sociedade, a teoria alexyana sugere formas de identificar, nas decisões, eventuais razões fundadas em convicções pessoais da autoridade julgadora.

Com fins de delimitar premissas mínimas sob as quais se pretende orientar esta pesquisa, parte-se do reconhecimento de que a tomada de

² Este último – “injustiça extrema” - foi acrescido aos demais, por meio do artigo de Alexy intitulado “*On The Concept and The Nature of Law*” (Alexy, 2008, p. 283). A “injustiça extrema” ao lado dos demais fatores, na visão de Alexy (2008, p. 283), têm potencial para fomentar o julgador a sustentar suas decisões em *non-authoritative reasons*, vale dizer, razões fora do Direito.

³ Ao lado da indeterminação da linguagem, lacuna e conflito entre normas, Alexy (2001, p. 17) parece apresentar ainda as decisões *contra legem* como um dos fatores dos casos em que a autoridade decisora recorre a valorações. Entretanto, isso não parece fazer muito sentido. Explica-se. Se o autor coloca esses fatores como responsáveis por dificultar a tomada de decisões jurídicas, o fato da “decisão *contra legem*”, que já é uma decisão - com o perdão da obviedade – se constituir também como um dos fatores que dificultam a decisão, soa incoerente.

Possivelmente, intencionando corrigir este ponto, mais recentemente, Alexy (2008, p. 283), embora ainda não muito claramente, parece colocar a decisão *contra legem* como um dos efeitos (e não mais como um dos fatores) dos casos em que autoridade decisora apela a valores (*non-authoritative reasons*). Para fins deste artigo, considerou-se esta última posição.

⁴ A expressão “valorações adicionais” foi empregada por Alexy, quando tratou dos propósitos da teoria da argumentação jurídica na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2017, p. 548), que servirá de base para o próximo tópico deste artigo.

decisão é um processo complexo, composto por momentos psíquicos (contexto da descoberta) e momentos de exteriorização (contexto da justificação) e que não é possível garantir que a autoridade julgadora isolará suas experiências e vivências pessoais, a ponto de não influenciar sua deliberação, já que o momento psíquico é intangível e incontrollável. Isto posto, exige-se, ao menos, como forma de aferir a legitimidade das decisões e com isso garantir a própria sobrevivência do Estado de Direito (entendido com todos seus ideais), que o momento de exteriorização seja preenchido com fundamentos objetivos, de forma a garantir sua controlabilidade. Em resumo, a ideia de decisões fundamentadas em convicções pessoais, aqui mencionadas, deve ser compreendida no sentido de decisões sem uma justificação objetivamente aferível⁵.

Feita essa breve ressalva, prossegue-se com o trabalho, consignando que a TAJ de Alexy (2001) não tem a pretensão de apontar a resposta certa para os casos levados à apreciação da autoridade, mas, sobretudo, indicar aquelas decisões discursivamente incorretas. *A contrario sensu* e reforçando com outras palavras o que foi dito em linhas anteriores, é perfeitamente possível, para Alexy, que um dado caso conduza a mais de uma solução considerada correta – argumentativamente falando – ainda que incompatíveis entre si. Ou, valendo-se de outra terminologia utilizada pelo autor, é possível que haja mais de uma decisão “discursivamente possível” (Alexy, 2001, p.

⁵Este posicionamento constitui ponto de partida dos principais teóricos da argumentação jurídica dominante. Para citar alguns: MacCormick (2008, p. 273), Alexy (2017, p. 165); Atienza (2005, p. 4-7); Atienza (2007, p. 99-106); e Atienza (2017, p.44-46).



29, 201 *et passim*), ainda que revelem resultados práticos (exigência, proibição, permissão) divergentes e até contraditórios entre si⁶.

Do que foi exposto até aqui, é possível afirmar que a TAJ alexyana tem, por objetivo maior, o controle argumentativo das decisões jurídicas, fixando-se com mais atenção nos casos em que a solução não é extraível do dos textos legais, levando a autoridade a recorrer a um julgamento de valores.

Essa conclusão conduz à ideia de decisão racional, expressão que faz parte da terminologia de Alexy⁷, cujo significado, no entanto, não verte de suas obras de maneira espontânea. A partir de passagens das obras do autor alemão (2001, p. 215, 216 e 272; e 2017, p. 551), é possível afirmar que a racionalidade de uma decisão se refere à controlabilidade dos fundamentos que a sustentam. Esse controle consiste em verificar o grau de conformidade dos fundamentos da decisão no que diz respeito a padrões mínimos de lógica e de compatibilidade com o ordenamento jurídico de uma dada sociedade. Portanto, a ideia de decisão racional, no pensamento de Alexy (2001), remete-se à concepção de uma decisão controlável quanto à satisfação dos sobre ditos padrões mínimos.

Em seus estudos, Alexy (2001) visou orientar o caminho de uma decisão racional, organizando regras e formas de argumentar que conformariam o suporte do que denominou de “discurso prático geral”⁸ e de “discurso jurídico”. Segundo Alexy (2001, p. 191, 215 *et passim*), a

⁶Atienza (2005, p. 172-174) confirma este entendimento. MacCormick (2008, p. 23) parece utilizar a expressão “racionalmente defensável” com uma conotação muito próxima da ideia do “discursivamente possível” de Alexy.

⁷Na verdade, a “racionalidade” não é exclusividade de Alexy, mas compõe a terminologia dos principais teóricos da argumentação. Para citar alguns: MacCormick (2008, p. 23 e 204), Atienza (2005, p. 204-216).

⁸Por vezes também denominada de “discurso prático racional”.

autoridade decisora deverá perseguir, na maior medida possível, a satisfação dessas regras e formas de argumentar. Quanto mais elas forem satisfeitas, mais racional, por decorrência, mais controlável será considerada a decisão.

Esta busca, por parte do decisor, pela adesão às regras e formas de argumentar do discurso prático geral e do discurso jurídico esbarra em uma ideia muito própria da teoria da argumentação de Alexy, que, assim como a racionalidade, carece de autoevidência: a “pretensão de correção”⁹. Essa expressão traz consigo duas noções que se complementam. A primeira está relacionada à expectativa, por parte da sociedade, de que o decisor buscará atender, na maior medida que puder, as mencionadas regras e formas de argumentar. A outra noção é a possibilidade de a sociedade controlar o atendimento dessas regras e formas de argumentar. Neste sentido, quanto maior for a adesão às regras e formas de argumentar do discurso prático geral e do discurso jurídico, mais “correta” será a decisão (portanto, mais controlável, logo, mais racional), pois amplia a possibilidade de detecção e controle de razões de ordem pessoal que porventura estejam imiscuídas entre as valorações feitas pelo julgador, ou, em uma visão mais otimista, constrange esse tipo de ocorrência.

Mas em que consistem essas regras e formas do discurso prático geral e do discurso jurídico? Os dois próximos tópicos tratam sobre isso.

⁹ Na verdade, a expressão utilizada em Alexy (2001) é “exigência de correção” e, por vezes, “reivindicação de correção”. No presente trabalho, optou-se por adotar a expressão “pretensão de correção” - tradução de “*pretención de corrección*”, termo que foi empregado por Manuel Atienza e Isabel Espejo, em Alexy (1997, p. 35-36, 208 *et passim*) - não só por entender que a expressão se mostra mais coerente com o contexto da obra, como também por ter sido a tradução que, a nosso ver, mais se consagrou na terminologia da comunidade jurídica.



2.1 O Discurso Prático Geral

A partir do pensamento de outros teóricos¹⁰, Alexy (2001, p. 186-201) organizou vinte e duas regras e seis formas de argumentar que sustentariam o discurso prático geral, e que consistiriam no objeto do que ele denominou de Teoria Geral do Discurso Racional¹¹. Escaparia do objetivo de o presente artigo apresentar todas as regras e formas mencionadas. Neste sentido, destacam-se algumas que teriam o condão de oferecer uma boa ideia da proposta de Alexy (2001).

Trata-se de regras e modelos lógicos simples, contudo, indispensáveis para qualquer discurso argumentativo, seja ele jurídico ou não. Alexy (2001, p. 186-201) organiza as regras em cinco grupos e apresenta seis formas de discurso. Restringindo-se, no presente trabalho, aos três primeiros grupos de regras (as formas de discurso não serão abordadas), têm-se as chamadas regras básicas – primeiro grupo – que trazem assertivas como a que nenhum orador pode se contradizer e a de que “todo orador precisa afirmar apenas aqueles julgamentos de valor ou de obrigação que esteja disposto a afirmar nos mesmos termos para todos os casos que se assemelhe ao caso dado¹²” (Alexy, 2001, p. 188). No segundo grupo, estão as regras da racionalidade, das quais se destaca a “regra geral de justificação”,

¹⁰Toulmin, Hare, Baier, Habermas, Perelman e Olbrechts-Tyteca. De todos, sem dúvida, a maior influência foi a teoria do discurso prático habermasiano, posicionamento confirmado por Manuel Atienza em sua obra *Las razones del derecho* (Atienza, 2005, p. 150) e, juntamente com Isabel Espejo, na nota dos tradutores consignada em Alexy (1997, p. 15).

¹¹Alexy (2001, p. 27) ora utiliza essa denominação, ora “Teoria Geral do Discurso Racional Prático” (Alexy, 2001, p. 179). Comparando com a tradução espanhola da obra, constata-se essa mesma variação (Alexy, 1997, p. 36 e 173).

¹²Esse segundo é anunciado por Alexy (2001, p. 188) como princípio de Hare da universalizabilidade.

que prega que todo orador deve apresentar as razões daquilo que afirma. O terceiro grupo é constituído pelas denominadas regras para partilhar a carga de argumentação, das quais se destaca o princípio da inércia, extraído por Alexy (2001) da teoria da argumentação de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 118-124)¹³. Esse princípio orienta que, “quando um orador afirma algo, seu parceiro de discussão ou interlocutor tem o direito de pedir uma razão justificativa” (Alexy, 2001, p. 193).

Em que pese a seleção feita, do vislumbre de sua totalidade é possível perceber que muitas regras se inter-relacionam, como é o caso da sobredita regra geral de justificação e o princípio da inércia.

Passa-se agora às regras e formas do discurso jurídico e sua relação com o discurso prático geral.

2.2 O Discurso Jurídico e a Tese do Caso Especial

Alexy (2001, p. 211-217) considera por discurso jurídico – que é o objeto de estudo na sua Teoria da Argumentação Jurídica – aqueles em que o argumento central empregado tenha natureza “jurídica”. Como exemplo, o autor cita: as decisões judiciais, assim entendidas aquelas prolatadas em um ambiente institucional por entidade dotada de competência e autoridade para esse fim; o discurso jurídico científico (o dogmático); o discurso do advogado na defesa dos interesses de seu cliente.

¹³A referência à “inércia” feita por Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 118-124) está relacionada à ideia de que, caso o interlocutor não ofereça razões para se contrapor à afirmação de seu oponente no debate, esta última permanece intacta. Os autores mencionam que o instituto de proteção da coisa julgada, presente em vários Estados que adotam o paradigma do Estado de Direito, representam bem a materialização do princípio da inércia.



Alexy (2001, p. 26-27, 211 *et passim*) defende que o discurso jurídico, em que pese guarde um vínculo de dependência com alguns ditames do discurso prático geral, está submetido a condições limitadoras específicas, entre as quais, destaca: os textos normativos¹⁴; a dogmática; e as interpretações extraídas de decisões anteriores¹⁵. Isto posto, o discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático geral. Este é o enunciado da conhecida Tese do Caso Especial, de Alexy.

Dessas condições específicas que limitam o discurso jurídico decorre uma perspectiva de pretensão de correção diferente daquela do discurso prático geral. Segundo Alexy (2001, p. 267 a 271), enquanto, no discurso prático geral, a pretensão de correção pressupõe a racionalidade dos argumentos; no discurso jurídico, a correção pressupõe a racionalidade do processo de justificação dos argumentos. A diferença é sutil, mas tem densidade para justificar uma pesquisa à parte, pois repercute em diversas direções da TAJ alexyana. No entanto, é possível contribuir um pouco mais com o esclarecimento dessa distinção, dentro dos limites do presente artigo.

Inicialmente, é preciso pontuar alguns aspectos terminológicos. Neste sentido, temos que “argumento”, para fins deste trabalho, deve ser compreendido como o conjunto de “premissas” articuladas entre si. O “processo de justificação racional dos argumentos”, em um discurso jurídico, consiste em demonstrar ao auditório que as premissas articuladas respeitam condições limitadoras próprias do Direito (textos normativos; dogmática; interpretações extraídas de decisões anteriores; entre outras).

¹⁴ Inclusive de natureza processual.

¹⁵ Citado por Alexy (2001) como “precedente”. Considerando que essa expressão, no *common law*, ganha uma conotação bem específica, optou-se por adotar outra expressão que expressasse melhor o alcance que o autor parece ter vislumbrado para “precedente”.

Ocorre que, como foi dito, o discurso jurídico depende do discurso prático geral. Vale dizer que, na visão de Alexy (2001), para articular as premissas do discurso jurídico, ao ponto de conformar argumentos que respeitam condições limitadoras próprias do Direito (portanto, justificados), o discurso prático geral entrará em cena, com suas regras e formas. Por exemplo, alguém que pretenda discordar da maneira como certa norma vinha sendo aplicada deverá articular premissas que resultem em argumentos que sustentem seu desiderato. Do contrário, terá poucas chances de sucesso. Ou seja, tem-se aí a atuação do princípio da inércia, combinado à regra geral de justificação, ambos do discurso prático geral.

Portanto, o discurso jurídico que busca sua racionalidade, que se pretenda correto, na visão do autor alemão, deve demonstrar sua adesão às regras e formas do discurso prático geral e às condições limitadoras do discurso jurídico. É a isso que Alexy (2001) se refere, quando enuncia sua Tese do Caso Especial.

Neste ponto, é importante destacar o posicionamento de Atienza (2017). O autor espanhol critica veementemente a Tese do Caso Especial, ao afirmar que teria sido desenhada para o discurso desenvolvido em tribunais superiores, de modo que, a depender do tipo de discurso jurídico, algumas regras do discurso prático geral podem não ser exigíveis. Nestes termos, para Atienza (2017, p. 163 a 171), a “pretensão de correção” do discurso prático geral, por exemplo, não pode ter o mesmo significado para advogados e juízes. Estes buscam o interesse geral em suas decisões, ao passo que os advogados usam o Direito estrategicamente, argumentam na busca da satisfação de seu cliente. Nesse intento, utilizam elementos retóricos e emocionais, que distorcem a ideia de correção vislumbrada por Alexy (2001).



Com isso, pode-se seguir ao próximo tópico que também contribuirá para a compreensão da diferença entre a ideia de “pretensão e correção” no contexto do discurso prático geral e no discurso jurídico.

2.3 A estrutura do discurso jurídico. A justificação interna e externa

Alexy (2001, p. 218) entende que o discurso jurídico é (ou deveria ser) estruturado em duas espécies de justificação, a interna e a externa¹⁶. A justificação interna diz respeito ao encadeamento lógico entre as premissas normativas e fáticas¹⁷. A justificação externa, por sua vez, vem em socorro das premissas, construindo-as, dando-lhes conteúdo e sentido jurídico. Alexy (2001, p. 218) reforça que a justificação externa teria a função de “correção” das premissas da justificação interna, na medida em que entraria em cena para sanar as dificuldades silogísticas provocadas pela imprecisão da linguagem, lacunas do Direito, conflito de normas e situações em que a aplicação das normas postas levaria a situações de injustiça extrema¹⁸.

Alexy (2001, p. 18, 224-265) apresenta cinco categorias de argumentos passíveis de justificar externamente as premissas empregadas na justificação interna. São eles: os cânones de interpretação; as formas

¹⁶Segundo Atienza (2005, p. 26), a concepção e a terminologia relativa às justificações interna e externa foram esculpidas por Wróblewski (1971 e 1974), sendo amplamente acolhidas pela comunidade jurídica, inclusive por Alexy (2001).

¹⁷Pode-se dizer, inclusive, que a justificação interna equivale ao silogismo (ver Atienza, 2017, p. 59-60; e 66). Isso não significa que não exista silogismo na justificação externa. Aqui se refere ao silogismo entre os textos normativos e os fatos, sem a necessidade de elementos externos para viabilizar esse empreendimento lógico.

¹⁸A inclusão da injustiça extrema neste rol se fez, como já mencionado, a partir das ideias apreendidas em Alexy (2008).

especiais de argumentos jurídicos; a argumentação empírica; as proposições dogmáticas; e as decisões anteriores.

Os cânones de interpretação e os argumentos especiais devem ser os primeiros candidatos a sanar a insuficiência das premissas da argumentação. Os cânones, velhos conhecidos dos estudantes de Direito desde os primeiros anos da vida acadêmica, sofrem, como ressalta Alexy (2001, p. 18), de dois “problemas” que limitam sua capacidade de justificação. O primeiro diz respeito a quantos e quais realmente são esses cânones e cita, com o fito de materializar a controvérsia, as diferenças entre os cânones tratados por Friedrich Carl von Savigny, Karl Larenz e Hans Julius Wolff. O outro problema é o da hierarquia entre os cânones. Como diz o autor, “mais importante do que o problema do número de cânones é o problema da hierarquia entre eles” (Alexy, 2001, p. 18). E complementa, dizendo que os cânones só se prestariam a justificar externamente as premissas de um argumento, se fosse possível estabelecer “critérios estritos” de hierarquização entre eles (Alexy, 2001, p. 18). “No entanto, até hoje não se conseguiu isso” (Alexy, 2001, p. 18). E o autor conclui dizendo que “a fraqueza dos cânones” não significa que devam ser “descartados como sem valor”, mas também “exclui a possibilidade de usá-los como regras suficientes por si mesmas para justificação de argumentos jurídicos” (Alexy, 2001, p. 18).

Alexy (2001, p. 262-263) denomina de formas especiais de argumentos jurídicos a analogia, os argumentos *a contrario sensu*, *a fortiori*, *ad absurdum*, que, embora muito úteis, têm sua aplicação limitada a casos específicos. A analogia busca justificar a premissa, estabelecendo uma comparação. O argumento *a contrario sensu*, em poucas palavras, consiste em concluir que: se determinada premissa leva à certa consequência, ausente



a premissa, não se pode chegar àquela consequência. O argumento *a fortiori* equivale à ideia de que: quem pode o mais pode o menos. E, por fim, o argumento *ad absurdum* consiste em, assumida a premissa, apontar que suas consequências são reprováveis de alguma maneira.

A argumentação empírica vale-se de elementos fáticos para justificar determinada premissa. Alexy (2001) ressalta sua importância, afirmando que “em numerosas disputas legais, o papel decisivo é representado pela apreciação dos fatos” (Alexy, 2001, p. 227). Entretanto, dada variedade de natureza dos elementos fáticos, Alexy (2001) assume a dificuldade em empreender uma investigação a respeito da argumentação empírica e se restringe a ressaltar sua importância.

Deixaram-se por último os argumentos baseados em proposições dogmáticas e os argumentos construídos a partir de decisões anteriores, por entender que, entre as cinco categorias, esses são os que detêm melhor vocação para enfrentar a questão das valorações. Em outras palavras, pode-se dizer que, entre as categorias de argumentos passíveis de serem empregadas para justificar externamente as premissas da argumentação, será principalmente a esses dois que caberá a missão de racionalizar a evocação de valores eventualmente feita pela autoridade decisora. Alexy (2001, 247-268) parece confirmar esse entendimento, ao dar dicas de que, a despeito da discussão acerca da legitimidade da dogmática e das decisões anteriores como fontes do Direito, os papéis desempenhados por esses argumentos na cristalização institucional de valorações é essencial para a correção das decisões.

Os argumentos baseados em proposições dogmáticas, como o próprio nome sugere, dizem respeito à evocação da “dogmática jurídica” com

fins de justificação externa. E, por “dogmática jurídica,” Alexy (2001, p. 241) entende ser o sentido mais estrito de ciências jurídica, podendo se distinguir em três dimensões: descritiva-empírica, lógico-analítica e normativa-prática. A primeira consiste na descrição e no prognóstico da prática judicial e da vontade do legislador. A dimensão lógico-analítica inclui a análise dos conceitos jurídicos e o estudo das relações entre normas. Por fim, a normativa-prática é a dimensão que trabalha propostas de interpretação das normas.

Os argumentos construídos a partir de decisões anteriores é tratado por Alexy (2001, p. 258), por “uso de precedentes”. Segundo o alemão, “uma teoria da argumentação jurídica que deixe de levar em conta a regra dos precedentes perderia um dos mais característicos aspectos da argumentação jurídica” (Alexy, 2001, p. 258); e admite que, até mesmo nos Estados que adotam sistema *civil law* (estatutário, continental), os precedentes têm gozado de grande importância. O uso dos precedentes está, segundo Alex (2001, p. 259), diretamente ligado à ideia de justiça formal (no sentido perelmaniano, por ele citado, de tratar igualmente todas as pessoas da mesma categoria) e ao, já mencionado, princípio da universalizabilidade, de Hare. O autor alemão chega a mencionar que a pretensão de correção de uma decisão “envolve precisamente atender ao princípio da universalizabilidade” (Alexy, 2001, p. 259).

Entre as funções que essas duas categorias de argumentos podem desempenhar no ambiente da justificação externa, destaca-se o que Alexy (2001, p. 254-255, 260, 262) denomina de “função redutora de encargo” discursivo. Segundo o autor, a dogmática e o entendimento consagrado em decisões anteriores podem desempenhar papéis primordiais para



reduzir/eliminar o efeito de “retorno ao infinito”, na medida em que viabilizam a ultrapassagem de premissas já discutidas e aceitas, concentrando os esforços no centro sísmico do dissenso. Mais do que isso, Alexy (2001, p. 259), ao tratar do uso dos precedentes, menciona o princípio da inércia, de Perelman e Olbrechts-Tyteca (já tratados neste artigo), ressaltando que caberia àquele que pretenda excepcionar a aplicação de um precedente o encargo argumentativo de apresentar razões que justifiquem seu posicionamento.

Encerra-se aqui a breve passagem sobre a TAJ alexyana. Na sequência, a seção destinada ao sopesamento.

3 O SOPESAMENTO

Alexy (2017, p. 25-29 e 178-179) parte do reconhecimento de que a baixíssima densidade regulatória das disposições de direitos fundamentais contribui para a conformação de controvérsias quanto ao alcance e significado dessa categoria de direitos. Diante desse cenário, o julgador lança mão dos princípios que orientam essas disposições, o que pode levar – e quase sempre leva – a situações de tensão entre esses princípios. E é neste ponto que o sopesamento daria sua contribuição.

O sopesamento faz parte do aparato do princípio da proporcionalidade, composto por três máximas: a da adequação, a da necessidade e a do sopesamento, esta máxima, como já mencionado neste artigo, também é conhecida por proporcionalidade em sentido estrito. O grande propósito do princípio da proporcionalidade (com seu aparato constituído por essas três máximas), dentro da teoria alexyana, é conferir

racionalidade às decisões marcadas pela colidência entre princípios de direitos fundamentais (Alexy, 2017, p. 93, 103 *et passim*). Alexy (2017, p. 85-91) desenvolve seu pensamento tomando princípios e regras como espécies que compõe o gênero norma. Assim, as regras expressam determinações que devem ser cumpridas em sua plenitude – satisfeitas ou não satisfeitas –, enquanto os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, também expressam determinações, contudo mais flexíveis, pois exigem seu cumprimento na maior medida possível¹⁹.

Alexy (2017, p. 66-84) ambienta suas ideias na ordem jurídica alemã, relacionando, direta ou indiretamente²⁰, os princípios de direitos fundamentais às disposições da constituição de seu país que carregariam esse teor²¹.

Como assevera Costa (2008, p.168), o princípio da proporcionalidade, com suas três máximas (adequação, necessidade e sopesamento) passou a ser mencionado no judiciário alemão “ao final da

¹⁹Alexy (2017, p. 91) assume essa concepção dual da norma jurídica – dividida em regras e princípios – a partir das ideias de Dworkin (2002, p. 39-40, 46 *et passim*), como ele próprio afirma, anuindo inclusive, em alguma medida, com relação à natureza das regras (tudo ou nada/ “satisfeitas ou não satisfeitas”). A divergência com o autor americano inicia com o papel dos princípios como “mandamentos de otimização”, seguindo depois em outros pontos, a exemplo da distinção que Dworkin faz entre princípios (em sentido estrito) e política (*policies*), que Alexy não assume.

²⁰ A menção a uma relação direta ou indireta remete-se à ideia de que as normas de direitos fundamentais se dividem em dois grupos: as “normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas pelo texto constitucional [alemão]” e as “normas de direitos fundamentais atribuídas” (Alexy, 2017, p. 73). Esse último grupo diz respeito às normas extraídas das decisões do Tribunal Constitucional alemão que se sustentaram sobre as normas do primeiro grupo.

²¹ O autor ressalva em várias passagens de sua obra, desde a introdução (2017, p. 29, 66-69 *et passim*), que sua teoria de direitos fundamentais é voltada para a constituição alemã. Isso não significa, contudo, que o modelo alexyano não poderia ser aplicado por outras nações. O próprio autor, em conferência realizada na sede do TST – já mencionada neste trabalho –, admite a possibilidade de suas teorias serem empregadas em outros estados, ainda que possuam sistema jurídico distinto da Alemanha.



década de 50. Antes disso, é possível identificar na jurisprudência apenas uma ideia mais ou menos difusa de proporção, de repulsa pelo excesso, ou de necessidade”. A inovação de Alexy (2017), portanto, está na sistematização, teorização e no refinamento do princípio da proporcionalidade, oferecendo critérios para solucionar a colisão²² entre princípios de direitos fundamentais.

Uma questão terminológica precisa ser destacada. Trata-se da palavra “princípio”, sendo utilizado para se referir tanto ao “princípio da proporcionalidade” como a uma das espécies do gênero “normas”, ao lado das regras. Ocorre que, como será visto nas próximas linhas, o “princípio da proporcionalidade”, com suas três máximas, não consiste em um mandamento de otimização, de modo que não poderia ser tratado por “princípio”, pelo menos, não com o mesmo conceito que Alexy (2017) utiliza para se referir à espécie do gênero normas. Essa questão foi apontada por Silva (2002, p. 26). O autor – que, como já mencionado, também é o tradutor da obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” (Alexy, 2017) – diz que o “chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy”, já que “não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações” (Silva, 2002, p. 25).

Silva (2002, p. 25) destaca que, na nota de rodapé nº 84, da obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy (2017) afirma explicitamente que

²²“Colisão” foi a expressão escolhida por Virgílio Afonso da Silva, tradutor de Alexy (2017), para se referir à tensão entre princípios de direitos fundamentais. Destaca-se esse ponto por duas razões. Uma, porque Alexy (2017, p. 91-92) faz uma distinção entre “conflito” e “colisão”, sendo o primeiro utilizado para se referir à tensão entre regras e o segundo, entre princípios. A outra razão consiste em uma das diferenças entre o pensamento de Alexy e Dworkin (2002, p. 114-125), na qual este último entende que princípios não podem colidir (ou mesmo conflitar, entrar em choque ou qualquer palavra nesse sentido) entre si, pois não detém natureza deontológica, ponto que Alexy (2017, p. 153) diverge frontalmente.

o “princípio da proporcionalidade”, na verdade, é uma regra. De fato. Vale a pena transcrever a mencionada nota:

84. A máxima da proporcionalidade é com frequência [*sic*] denominada ‘princípio da proporcionalidade’. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência [*sic*] uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. Cf., nesse sentido, Görg Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Tübingen: Mohr, 1983, p. 11, que faz menção a um ‘enunciado jurídico passível de subsunção’ (Alexy, 2017, p. 117).

Entretanto, assumindo que a “proporcionalidade” tem natureza de “regra”, segundo Alexy (2017, p. 117), por que então não passar a utilizar a expressão “regra da proporcionalidade”? Em resposta, pode-se citar Silva (2002, p. 26) que vê a expressão “princípio da proporcionalidade” como já consagrada, de forma que dificilmente algo como “regra da proporcionalidade” ganharia a adesão da comunidade jurídica, mais ainda, se considerar que a palavra “princípio” aparenta conferir maior importância que “regra”.

Neves (2014, p. 109) também aborda esta questão terminológica, destacando que a discussão começa em torno da correta tradução do termo alemão “Grundsatz”, que tanto pode ser, no português, entendido como “princípio”, “máxima” ou “postulado”. Neves (2014, p. 109) afirma inclusive que o próprio Alexy, no passado, na obra “Zum Begriff des Rechtsprinzips” de 1979, “referia-se à proporcionalidade literalmente como princípio”. Neves (2014) também destaca a mudança de posição do autor alemão registrada em



“Teoria dos Direitos Fundamentais”. Neves (2014, p. 110) entende que as máximas da adequação e da necessidade “podem ser vistas claramente como regras”, já que exigem um pragmatismo na análise entre o meio escolhido (medida questionada) e o fim (consequência da medida), por ocasião da aplicação do Direito, e ensejam uma razão definitiva como solução. Já o sopesamento, como traz consigo um raciocínio de balanceamento entre os princípios em colisão, mostra-se como um “híbrido”, uma vez que, sob a perspectiva estrutural, é uma regra, pois pode resultar em um critério definitivo para a solução do caso; mas, do ponto de vista funcional, é um princípio, pois “atua no nível reflexivo do sistema jurídico, articulado com os princípios que pretende sopesar” (Neves, 2014, p. 111).

Na abordagem feita no próximo tópico – “3.1 O funcionamento do sopesamento” – ficará mais evidente esta, digamos, inadequação da palavra “princípio” para se referir à “proporcionalidade”. Feitas essas observações, passemos ao funcionamento do sopesamento, tratando do “princípio da proporcionalidade” como um todo.

3.1 O funcionamento do sopesamento

Segundo Alexy (2017, p. 93-103 e 588-611), o sopesamento, na verdade, é a *ultima ratio* do princípio da proporcionalidade, devendo ser empregada pelo julgador somente quando as máximas da adequação e da necessidade – nesta ordem – fracassam na tarefa de dirimir a colisão de princípios. Isto posto, a melhor maneira, sob o ponto de vista didático, de apresentar o sopesamento é tratando primeiro da adequação e da necessidade.

Antes, porém, é preciso destacar alguns pressupostos. O cenário concebido por Alexy (2017) para a aplicação do princípio da proporcionalidade, como já dito, é de deliberação do Tribunal Constitucional Federal de seu país – o *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG). Perante essa Corte, haveria uma “medida” sustentada por determinado princípio de direito fundamental, acusada de afetar outro princípio de direito fundamental. Essa “medida” – que está tratada neste artigo como “medida questionada” – pode ser uma lei, um regulamento, uma decisão judicial, um ato administrativo ou particular que tenha por trás de si um princípio que lhe dá suporte e orienta.

Um outro pressuposto é que Alexy (2017) parte da ideia de que um princípio de direito fundamental não pode ser afetado injustificadamente. O autor alemão desenvolve esse pensamento, conformando o que ele vai denominar de Primeira e Segunda Lei do Sopesamento, que estão tratadas mais à frente. No momento, para que se compreenda as máximas da adequação e da necessidade, basta que se tenha em mente que o sacrifício de um princípio de um direito fundamental deve ser a última alternativa, buscando-se, sempre que possível, eliminar o sacrifício (máxima da adequação) ou minimizá-lo (máxima da necessidade).

Por meio da máxima da adequação, deve ser verificado se determinada medida, uma vez implementada, satisfaria, de algum modo, o princípio que a orienta. Ser adequada, portanto, significa dizer que a medida, uma vez implementada, atende (satisfaz), em algum grau, o princípio que a sustenta, do contrário, a medida deve ser entendida como inadequada e afastada do sistema. Alexy, durante Conferência intitulada “Teoria dos Princípios, Proporcionalidade e Racionalidade”, já mencionada em linhas anteriores, oferece um exemplo esclarecedor para a máxima da adequação. O



autor alemão diz que determinada lei de seu país obrigava que caçadores realizassem curso de tiro, como requisito para obter a licença à prática daquela atividade. Portanto, a referida lei consistia em uma medida que, sustentada sobre o princípio da segurança das pessoas que atuam na atividade de caça (caçadores, assistentes, etc), afetaria o princípio da liberdade desses mesmos praticantes, pois condicionaria o exercício legal dessa atividade à realização do referido curso.

Ocorre que a referida lei alcançava não só os caçadores tradicionais, que utilizavam armas de fogo, mas também os praticantes de uma modalidade de caça desarmada, a falcoaria (prática que se utiliza dos falcões como instrumento de captura da presa). Os praticantes de falcoaria recorreram ao BVerfG, questionando a parte da norma que os obrigava a realizar o curso de tiro. Traduzindo o caso para a teoria alexyana, pode-se dizer que essa parte do dispositivo é a medida questionada, que, por sua vez, estaria sob a acusação de afetar “inadequadamente” o princípio da liberdade de caça dos praticantes de falcoaria, sob a alegação de atender (satisfazer) o princípio da segurança daqueles que atuam na atividade de caça.

O BVerfG testou a adequação da medida questionada, indagando o seguinte: caso os praticantes de falcoaria não realizassem o curso de tiro, colocariam em risco a segurança dos que atuam na atividade de caça?²³. Por meio desse raciocínio, a Corte entendeu que a retirada da medida questionada do sistema não afetaria a segurança dos que atuam na atividade de caça, afinal o esporte em tela não usa armas de fogo. Em resumo, a medida não

²³ Em outras palavras, pode-se dizer que o teste daquela Corte alemã consistia em saber se a obrigação imposta aos praticantes de falcoaria de realizar curso de tiro – afetando, portanto, o princípio da liberdade dos praticantes dessa modalidade – é adequado para satisfazer o princípio da segurança dos que atuam na atividade de caça (princípio que orienta a medida questionada).

atendia a finalidade do princípio que a orientava e a solução encontrada pelo BVerfG foi pelo afastamento da parte questionada da lei.

A máxima da necessidade, segundo Alexy (2017, p. 590-593), deve ser invocada subsidiariamente à máxima da adequação, ou seja, quando a medida questionada satisfaz, em algum grau, o princípio que a sustenta (vale dizer, a medida é adequada), contudo segue afetando algum outro princípio de direito fundamental. Neste sentido, a máxima da necessidade consiste em buscar solução alternativa, “igualmente adequada”, mas que seja menos gravosa que a medida questionada. Em que pese Alexy (2017) não tenha deixado evidente, é possível dizer que a solução alternativa “igualmente adequada” é aquela capaz de satisfazer o princípio orientador da medida questionada no mesmo grau – ou até maior – que a tal medida o fazia.

Alexy (2017, p. 588-593) exemplifica a máxima da necessidade com um caso de colisão entre o princípio da liberdade profissional e o da proteção ao consumidor. Segundo ele, uma portaria ministerial alemã proibiu a comercialização de determinada marca de doces pelo fato de, embora contivesse chocolate, eram compostos eminentemente por flocos de arroz²⁴. O caso teria sido levado ao BVerfG que entendeu no sentido de que, embora fulminasse com o princípio da liberdade profissional, a portaria ministerial satisfazia o princípio que a sustentava: a defesa do consumidor. Portanto, é uma medida adequada. Contudo, seria necessária? Ou haveria uma solução alternativa, com o mesmo grau de satisfação do princípio da defesa do consumidor (ou até maior)²⁵, porém menos gravosa? É nessa linha

²⁴ Embora não tenha dito nada a respeito, é possível supor que a embalagem ou o anúncio comercial do produto desse a entender que a sua composição fosse exclusivamente – ou em sua maior parte – de chocolate.

²⁵ Nas palavras de Alexy (2017, p. 590), “igualmente adequada”.



interpelatória que caminha a máxima da necessidade. No exemplo, Alexy (2017, p. 590) afirma que a proibição ministerial seria desnecessária, visto que existiriam soluções, igualmente adequadas, porém “menos invasivas”, como, por exemplo, a inserção de avisos nas embalagens do produto, dando conta que a composição do alimento continha mais flocos de arroz que chocolate²⁶.

Dissecando um pouco mais o exemplo do autor alemão, pode-se dizer que a solução alternativa de incluir o aviso nas embalagens tem potencial para satisfazer a defesa do consumidor no mesmo grau que a proibição ministerial (igualmente adequada). Todavia, a solução alternativa faz isso afetando o princípio de liberdade profissional em um grau bem menor, se comparado à medida questionada. Isso porque, nos termos desta última, a liberdade profissional restaria completamente fulminada, em face da proibição à comercialização do produto.

Podem ocorrer situações, no entanto, em que não é possível aplicar as máximas da adequação nem da necessidade. Vale dizer que, em tais casos, uma medida satisfaz, em algum grau, determinado princípio de direito fundamental, às custas de certo grau de sacrifício de outro princípio de direito fundamental, sem que, no entanto, exista uma solução alternativa igualmente adequada, porém menos gravosa. Nesses casos, segundo Alexy (2017, p. 593-611), aplica-se o sopesamento como forma de verificar se o grau de

²⁶ Em que pese Alexy (2017) não faça essa ressalva, é importante destacar que a solução alternativa não só pode ser menos ofensiva ao princípio atingido – como o exemplo da inclusão dos avisos nos rótulos ou embalagens dos produtos –, como também pode não afetar, em nenhum grau, o princípio originalmente atingido ou qualquer outro princípio de direito fundamental do sistema.

afetação²⁷ ao princípio atingindo pela medida questionada corresponde à satisfação²⁸, no mesmo grau ou maior, do princípio que orienta a medida. Para aplicar esse raciocínio, Alexy (2017) assume ser possível escalonar a afetação/satisfação em, pelo menos, três níveis: leve (l), moderado (m) e sério (s)²⁹.

Alexy (2017, p. 595) procura demonstrar a possibilidade de escalonar os graus de afetação com um exemplo relacionado à indústria tabagista. O autor alemão diz que uma proibição total do consumo de cigarros, em qualquer ambiente ou circunstâncias, em prol da saúde pública, significaria uma afetação severa à liberdade profissional da indústria de tabaco. Em contrapartida, a obrigação imposta aos fabricantes de imprimir avisos nas embalagens de cigarros, alertando sobre o risco do fumo, pode ser considerada uma afetação leve. Segundo o autor, pretender convencer qualquer pessoa a classificar as sobreditas afetações de forma invertida, soaria como absurdo, o que provaria que a afetação e a satisfação de princípios de direitos fundamentais são escalonáveis.

Dentro dessa possibilidade de graduação da afetação e satisfação de uma medida, em relação aos princípios de direitos fundamentais em jogo, Alexy (2017) entende que, se a afetação promovida a determinado direito fundamental pela medida questionada for maior que a satisfação do princípio

²⁷ Alexy (2017, p. 167, 595, 600) utiliza a expressão “intensidade da intervenção” para se referir à afetação do princípio atingido pela medida questionada.

²⁸ Alexy (2017, p. 601, 602, 618) utiliza a expressão “importância concreta” para se referir à satisfação do princípio que sustenta a medida.

²⁹ É o que Alexy (2017, p. 599 *et* 609) denomina de modelo triádico. O autor admite ainda um modelo capaz de atribuir pesos intermediários entre esses três níveis mencionados, que seria o modelo triádico duplo. O presente estudo restringir-se-á ao modelo triádico, por entender ser suficiente para a abordagem a respeito do propósito argumentativo da fórmula do peso.



que a sustenta, a medida deve ser afastada do sistema. Em contrapartida, se o grau de satisfação for maior que a afetação, a medida questionada mantém-se no sistema, mesmo com o sacrifício do princípio afetado. Esse entendimento corresponde ao que Alexy (2017, p. 167, 569 *et passim*) denomina de Primeira Lei do Sopesamento, que, na verdade, é o desdobramento da multicitada ideia norteadora que sustenta o princípio da proporcionalidade do autor; a de que nenhum princípio de direito fundamental pode ser afetado injustificadamente.

Além de examinar o grau de afetação/satisfação dos princípios envolvidos no caso, Alexy (2017) considera ainda mais dois componentes no sopesamento. O primeiro é o “peso abstrato” dos princípios em colisão. Sob a mesma perspectiva de gradação triádica conferida à afetação/satisfação, Alexy (2017) propõe que os pesos do princípio afetado e do princípio afetante (o que sustenta a medida questionada) sejam considerados no sopesamento. O peso abstrato seria o grau de importância dos princípios, dentro do contexto do ordenamento jurídico em que estão inseridos, ou seja, sem levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, como ocorre com a relação entre a afetação e a satisfação. Embora o autor alemão destaque a importância desse componente, admite que, na maioria das vezes, a distinção entre pesos abstratos de direito fundamental não é perceptível, tendendo a serem considerados iguais (Alexy, 2017, p. 600-601).

O outro componente considerado por Alexy (2017) no sopesamento seria a “confiabilidade das premissas” que sustentam o grau de afetação/satisfação dos princípios em colisão (e/ou, embora mais raro, que sustentam uma eventual distinção entre pesos abstratos). A esse componente Alexy (2017) deposita uma influência tão determinante como a relação entre

a afetação e a satisfação. Na verdade, o autor alemão estabelece uma relação de dependência mútua entre os referidos componentes. Segundo Alexy (2017, p. 617-618), não é admissível que uma medida afete seriamente (afetação “séria” é o grau mais elevado dentro da escala triádica) um princípio de direito fundamental, sem que as premissas que sustentem tal afetação gozem de alto grau de certeza. Colocando essa relação sob outra perspectiva, seria o mesmo que afirmar que, quanto maior a afetação ou a satisfação dos princípios de direitos fundamentais em colisão, tanto maior deverá ser a certeza das premissas que sustentam esse quadro. Esse enunciado corresponde ao que Alexy (2017, p. 617-618) denomina de Segunda Lei do Sopesamento.

Alexy (2017) distingue as premissas – que sustentam o grau de afetação/satisfação dos princípios em colisão – em dois tipos, as de natureza “empírica” e as “normativa”. As empíricas seriam aquelas obtidas a partir da cognição de elementos fáticos; e as normativas, as relacionadas à “melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo” (Alexy, 2017, p. 612). Como exemplo da “confiabilidade das premissas empíricas”, Alexy (2017, p. 590, 612 *et passim*) cita a discussão a respeito da utilização dos produtos derivados da *canabis*, enfrentada pelo BVerfG. No sobredito caso, a discussão residia na liberação ou não do consumo de derivados da *canabis*, confrontando entre si o princípio da saúde pública e o da autonomia da vontade. Neste cenário, a certeza com relação aos elementos científicos a favor e contra a liberação do produto se mostraram determinantes para se atribuir o grau de afetação/satisfação de uma medida proibitiva. Como exemplo da “confiabilidade de premissas normativas”, Alexy (2017, p. 612-613) cita o caso da medida que pretendia elidir empresas com menos de cinco



funcionários do cumprimento de certas exigências trabalhistas. A discussão assentava-se na confiabilidade dos argumentos filosóficos e jurídicos que buscavam fortalecer o incentivo à atividade econômica e aqueles que sustentavam a proteção à classe trabalhadora.

O grau de confiabilidade das premissas empíricas/normativas seguem o mesmo escalonamento triádico dos componentes anteriores do sopesamento, todavia, valendo-se de uma nomenclatura distinta. Segundo Alexy (2017, p. 619), os graus de confiabilidade variam de “não evidentes”, “plausíveis” e “certos”³⁰.

Vale repisar que o sopesamento é o último recurso a ser adotado em uma colisão entre direitos fundamentais (a *ultima ratio*). Toda essa cautela em empregá-lo tem uma boa razão. Como foi apresentado em linhas anteriores, a solução obtida por meio da aplicação da máxima da adequação não interfere na integridade dos princípios envolvidos. A solução por meio da máxima da necessidade significa, tão somente, uma redução da amplitude de um – ou de ambos – os princípios em colisão, como forma de acomodá-los, *in concreto*, com o mínimo de prejuízo para os dois lados.

Já o resultado do sopesamento pode ser bem mais drástico. Após seu emprego, um dos princípios em colisão poderá não ser aplicado no caso concreto. Note que não se está afirmando que o princípio que sucumbir ao sopesamento fica sujeito a ser extraído do ordenamento jurídico. Não é disso que se trata, mas sim que, para aquele caso, e eventuais situações análogas (com os mesmos elementos), o princípio que “perder” no sopesamento não

³⁰ Alexy (2017, p. 612 a 615) aborda a questão da confiabilidade das premissas no contexto do que ele denomina de discricionariedade epistêmica do tipo empírica e do tipo normativa, que está tratada mais à frente.

poderá ser aplicado (e, por consequência, a medida afastada). É o que Alexy (2017, p. 93-97) denomina de “precedência condicionada”³¹, i. e., uma ordenação entre os princípios em colisão que só ocorrerá sob condições análogas ao caso analisado.

Alexy (2017) materializa as concepções ora apresentadas por meio do que ele denomina de fórmula do peso. Segue³²:

$$P_{c_{i,j}} = \frac{A_i \times P_{a_i} \times C_i}{S_j \times P_{a_j} \times C_j}$$

As variáveis A_i , P_{a_i} e C_i , que estão na parte de cima da fórmula (numerador), referem-se a um dos princípios em tensão (P_i). As variáveis S_j , P_{a_j} e C_j , da parte de baixo da fórmula (denominador), referem-se ao outro

³¹Ou “preferência condicionada”.

³²Optou-se por realizar pequenas adaptações na representação original da fórmula de Alexy (2017, p. 619) de modo a permitir um melhor entendimento dela. As primeiras alterações consistem na adoção de variáveis que correspondessem aos verbetes utilizados na língua portuguesa. Assim, a variável “G” deu lugar à “Pa”, para se referir ao componente Peso Abstrato. A variável “S”, foi substituída por “C”, para se referir ao componente “Confiabilidade das Premissas”. A variável “I”, foi alterada para “A”, para se referir à “Afetação” e a variável “W”, foi substituída por “S” como referência à “Satisfação”. Outra alteração foi a não utilização de algumas “letras” – que não eram variáveis – que acompanhavam as variáveis da fórmula original e que possuíam uma espécie de natureza explicativa. Neste sentido, foi retirado da fórmula a letra “P” que fazia referência à “princípio”, em alemão, e que acompanhava todas as variáveis da fórmula. Foram extraídas ainda as letras “C”, utilizadas para se referir à “concreto”, que acompanhava as variáveis que exigem uma análise das condições do caso concreto (o A, o S e o C, da fórmula proposta). A ideia de retirar essas “letras” que acompanhavam as variáveis objetivou minimizar certa confusão visual que elas produziam na fórmula original. Alexy, durante Conferência intitulada “Teoria dos Princípios, Proporcionalidade e Racionalidade”, já mencionada várias vezes neste estudo, também apresentou uma fórmula do peso sem tais letras. Para facilitar o entendimento das sobreditas alterações, segue a representação original da fórmula do peso:

$$GP_iC = \frac{IP_iC \times GP_iA \times SP_iC}{WP_jC \times GP_jA \times SP_jC}$$



princípio colidente (P_j). A variável A_i representa o grau de afetação sofrido pelo princípio P_i . O S_j o grau de satisfação do princípio P_j , ou seja, o princípio que sustenta a medida questionada. As variáveis Pa_i e Pa_j representam os pesos abstratos dos princípios em colisão. As variáveis C_i e C_j , os graus de confiabilidade das premissas empíricas ou normativas que sustentam a afetação/satisfação dos princípios em colidência (e/ou uma eventual distinção entre os Pesos Abstratos).

A pontuação que A_i , S_j , Pa_i e Pa_j podem atingir na fórmula é 1 (grau leve), 2 (moderado) ou 4 (sério). Mas, como se chega a um desses resultados? Essas variáveis são constituídas por um número exponencial de base “2”, cujo expoente – que pode ser 0, 1 ou 2 – será atribuído pelo julgador. Assim, se o julgador atribui, por exemplo, o grau leve, significará que utilizou o expoente “0”, pois 2^0 é igual a “1”. E assim vale para o 2^1 (que é igual a “2”, portanto grau “moderado”) e 2^2 (que é igual a “4”, portanto grau “sério”) (Alexy, 2017, p. 605).

As variáveis C_i e C_j também utilizam o modelo exponencial de base “2”, contudo, os expoentes atribuíveis pelo julgador são o “0”, “-1” e “-2”. Com isso, as variáveis C_i e C_j podem ser 1 (que é igual a 2^0 e equivale a 100% de confiabilidade), quando os argumentos forem muito confiáveis. Pode ser $1/2$ (que é igual a 2^{-1} ou seja, 50% de confiabilidade), quando os argumentos forem plausíveis. Ou pode ser $1/4$ (que é igual a 2^{-2} , ou seja, 25% de confiabilidade), quando os argumentos não forem evidentes (Alexy, 2017, p. 619)

Atribuída a pontuação aos numeradores e denominadores, faz-se a divisão. Se o resultado da operação for maior que “1”, o princípio afetado pela medida (parte de cima da fórmula) sobrevive e o de baixo não pode ser

aplicado no caso concreto (nem em casos análogos), portanto, a medida deve ser afastada. Se o resultado for menor que “1”, vence o princípio que sustenta a medida questionada (parte de baixo da fórmula), logo a medida mantém-se em vigor. Se o resultado for igual a “1” – portanto empate –, Alexy (2017, p. 603-622) entende que há um equilíbrio entre a afetação e a satisfação dos princípios em colidência, e a solução, nesses casos, passaria pelo que denominou de discricionariedade estrutural e epistêmica (normativa ou empírica). A profundidade do tema “discricionariedade” não permite que seja satisfatoriamente abordado nos limites de espaço do presente artigo. Entretanto, em rápidas palavras, pode-se dizer que as discricionariedades estrutural e epistêmica se referem à situação em que o BVerfG, diante de uma relação equilibrada entre princípios de direitos fundamentais (empate), privilegia, em nome do princípio democrático de separação de poderes, a opção feita pelo legislador em favor de um princípio em detrimento do outro.

Para Alexy (2017, p. 138, 294/295; 583/584; 592, 606 *et passim*), a discricionariedade estrutural ocorre quando o próprio texto constitucional faculta explicitamente ao legislador a decisão por adotar medida restritiva de direitos fundamentais. A discricionariedade epistêmica, segundo Alexy (2017, p. 294/295; 583/584; 592, 612 *et passim*), ocorre quando o texto constitucional nada determina sobre a possibilidade de o legislador restringir direitos fundamentais. Portanto, seja por determinação explícita do texto constitucional ou não (vale dizer, seja no exercício da discricionariedade estrutural ou da epistêmica, respectivamente), o que se tem, a partir da teorização feita por Alexy (2017) das decisões do BVerfG, é que, quando a restrição (afetação) a um princípio de direito fundamental se dá de forma



equilibrada com a satisfação do princípio colidente, a opção do legislador deve ser respeitada.

4 CONCLUSÃO: A NATUREZA DA RELAÇÃO ENTRE A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O SOPESAMENTO E O PROPÓSITO ARGUMENTATIVO DA FÓRMULA DO PESO

O sopesamento e a teoria da argumentação jurídica de Alexy se complementam mutuamente na tarefa de construção e controle do discurso de fundamentação das decisões que envolvem direitos fundamentais. Nas próximas linhas, pretende-se identificar essa conexão e, a partir dela, vislumbrar o propósito argumentativo por trás da representação matemática do sopesamento – a fórmula do peso.

4.1 A conexão

Pode-se extrair, a partir do que foi visto em linhas anteriores, que o objetivo precípua da teoria da argumentação jurídica alexyana é garantir a racionalidade da fundamentação de decisões calcadas em julgamento de valores.

No que diz respeito ao sopesamento, foi visto que seu objetivo é revestir de racionalidade as decisões marcadas pela colisão entre princípios de direitos fundamentais. Foi visto ainda que o sopesamento se propõe a solucionar essas situações, ponderando os princípios em tensão, atribuindo graus a certos elementos ([A]fetação; [S]atisfação; [Pa] Peso Abstrato; e [C]onfiabilidade das premissas).

Nesse ponto, faz-se necessário abrir parênteses para a inserção de uma premissa necessária para se chegar à conclusão pretendida neste trabalho. Diz respeito à distinção entre princípios e valores na visão alexyana. Na teoria da argumentação jurídica, Alexy (2001, p. 23, 36 *et passim*) aborda a relação entre princípios e valores, mas o faz de maneira difusa, ora sugerindo uma relação de continência, na qual os princípios estariam inseridos nos valores, ora tratando-os como a mesma coisa. Alexy (2017) volta a abordar a questão dos valores na teoria dos direitos fundamentais, desta vez, de forma mais detida, destacando sua relação com os princípios. O autor passa a defender que os valores teriam um caráter axiológico, enquanto os princípios, deontológico. Enquanto “aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido” (Alexy, 2017, p. 153). O autor alemão (2017, p. 153-154) segue admitindo a possibilidade de que, embora sejam estruturalmente distintos (um de caráter axiológico e o outro deontológico), é possível o trânsito entre valores e princípios, nas duas direções, por meio do uso de argumentos jurídicos.

Logo, se a TAJ tem por objetivo racionalizar a fundamentação das decisões calcadas em julgamento de valores e o sopesamento busca revestir de racionalidade as decisões marcadas pela colisão entre princípios (ou valores) relacionados aos direitos fundamentais, é possível vislumbrar, ainda que sem muita nitidez, a relação de complementariedade mencionada no início do presente tópico. Saber como a TAJ pode ser útil aos propósitos do sopesamento e vice-versa é o que falta para arrematar a simbiótica relação entre esses dois mundos do pensamento alexyano.



A etapa final desse raciocínio desemboca automaticamente no objetivo principal do artigo, razão pela qual, passa-se ao próximo tópico, já seguindo na direção final do artigo.

4.2 O propósito argumentativo da fórmula do peso

Os casos que envolvem a disputa entre direitos fundamentais tendem a repercutir direta ou indiretamente para além dos limites dos envolvidos, independentemente do nível da hierarquia judicial em que forem decididos. A busca pela decisão justa, em casos dessa natureza, normalmente, exige da autoridade julgadora uma visão holística que transcende as barreiras artificiais do ordenamento jurídico. São decisões importantes de impacto potencialmente pluridimensional, o que vale dizer que o alcance da interferência na vida social não é plenamente aferível no momento da decisão.

Dentro desse cenário de elevada complexidade, o raciocínio estruturado proposto pelo sopesamento parece ser útil ao julgador, na medida em que lhe permite analisar, de maneira orientada, a colisão entre direitos fundamentais sob quatro enfoques distintos que, ao mesmo tempo, são transversais entre si. Esses enfoques correspondem aos componentes da fórmula do peso – i.e., [A]fetação; [S]atisfação; [Pa] Peso Abstrato; e [C]onfiabilidade das premissas.

Todavia, ao mesmo tempo em que essa análise quadri-segmentada da colisão entre direitos fundamentais permite que a complexidade do embate possa ser reduzida para questões menores, facilitando sua análise, isso não

significa um isolamento desses quatro enfoques. Pelo contrário, por força das relações entre cada um deles, tal como foram teorizadas por Alexy (2017) e materializadas na fórmula do peso, é possível dizer que há uma interferência mútua entre cada um desses enfoques, algo, aliás, desejável, diante da importância social de decisões que envolvem tensão entre direitos fundamentais. Essa interferência mútua é garantida pela própria relação entre os componentes da fórmula do peso (como, por exemplo, a dependência entre o enfoque “confiabilidade das premissas” e a relação de “afetação/satisfação” dos princípios, à luz do enunciado da Segunda Lei do Sopesamento), como pela operação matemática final, que forçará a relação entre todas as pontuações atribuídas a cada um dos componentes da fórmula (enfoques).

Sob a ótica do controle público das decisões, o modelo de raciocínio estruturado proposto no sopesamento parece permitir o dissecamento daquilo que o julgador valorizou ou deixou de valorizar na questão levada a sua apreciação. Uma afetação séria (grau nº 4), imposta pela medida questionada, por exemplo, deve estar calcada por premissas empíricas ou normativas com o mais alto grau de confiabilidade, ou seja, cem por cento. Se se reconhece a transparência dos atos de Estado como uma ferramenta eficiente de controle social, o sopesamento, sob a ótica de Alexy (2017), contribuiria com o controle público das decisões judiciais de maior relevância para a sociedade.

Entretanto, para Alexy (2017 p.165, 166 *et passim*), todo esse aparato seria condenado à irracionalidade, se a tarefa de atribuição da pontuação aos enfoques não pudesse ser controlada. E é justamente nesse ponto que, na visão alexyana (2017, p. 165, 173-174 *et passim*), a TAJ chega em socorro do sopesamento. Nesse contexto, as escolhas dos pesos atribuídos aos enfoques serão, valendo-se da linguagem da TAJ, as premissas de



discurso a serem justificadas. E então, as regras e formas do discurso jurídico e do discurso prático geral entram em cena. Os cânones de interpretação, os argumentos especiais, os argumentos empíricos, os argumentos dogmáticos e as interpretações extraídas de decisões anteriores, juntamente com regras da argumentação prática geral, como o princípio de universalizabilidade, de Hare, o princípio da inércia, de Perelman e Olbrechts-Tyteca, para citar apenas algumas, suplantariam a vulnerabilidade do sopesamento.

Neste sentido, pode-se dizer, por exemplo, que aquilo que Alexy (2017) considerou como premissas empíricas e normativas seriam tomadas pelo julgador como argumentos de justificação externa dos demais enfoques de análise (variáveis referentes à Afetação, Satisfação e Pesos Abstratos dos princípios em colidência). Desta forma, parece ser possível identificar, no discurso da decisão, quais elementos empíricos e normativos foram efetivamente considerados e o *quantum* cada um deles pesou na deliberação. A evocação de decisões anteriores, sob o argumento de que suas circunstâncias são análogas ao caso julgado, também poderia servir de justificação externa para que a pontuação atribuída a cada um dos componentes (enfoques) do caso em julgamento seja a mesma do caso anterior. Ou ainda, como último exemplo da relação entre a TAJ e o sopesamento, poderia se dizer que, conforme a dogmática, o princípio satisfeito, considerado em abstrato, deve ser melhor pontuado que o princípio afetado.

De todo exposto, seria plausível asseverar que, se as regras de discurso de Alexy têm realmente o condão de controlar a fundamentação das razões de uma decisão, sobretudo no julgamento de valores, o sopesamento, ao se combinar com a TAJ, receberia o que lhe faltava para atender o

propósito de racionalidade do julgamento de colisão de princípios. Na verdade, o entrelaçamento entre a TAJ e o sopesamento, nesses termos, é de tal ordem que fica difícil afirmar qual dos dois torna racional a decisão dos casos de colisão de princípios. A TAJ sozinha não teria condições de estruturar o raciocínio do julgador, da forma holística com que o sopesamento parece propor, analisando o caso sob quatro enfoques distintos e interdependentes. Por outro lado, o sopesamento, sem a TAJ, careceria de ferramentas de controle da pontuação atribuída a cada um dos enfoques. A simbiose dessa relação permite dizer que, na perspectiva de Alexy (2001 e 2017), nos casos de colisão de princípios de direito fundamental, a racionalidade da decisão só poderia ser alcançada por meio da associação entre TAJ e sopesamento.

Indo mais além na visão alexyana, é possível dizer que a combinação da TAJ com a segmentação dos enfoques de análise dos casos de colisão de direitos fundamentais, favoreceria tanto o julgador como a sociedade. O primeiro ganharia em eficiência, na medida em que analisaria os casos de colisão sob enfoques que efetivamente se mostram relevantes ao caso (pelo menos, sob a ótica de Alexy). Além disso, o julgador, no exercício de fundamentação da decisão, teria nitidez para graduar e direcionar a carga argumentativa aos quatro enfoques analisados, evitando perder-se em elementos que não teriam – ou não deveriam ter – importância para o caso. A sociedade, por sua vez, sai ganhando em controle público, na medida em que contaria com decisões racionalmente estruturadas e justificadas, portanto, controláveis.

A aplicação da teoria da proporcionalidade de Alexy (2017) foi aferida por alguns autores. Moraes (2013, p. 299) constatou que o que se



observa no discurso decisório do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) são fragmentos “da teoria de Robert Alexy, principalmente no que diz respeito à aplicação das submáximas da adequação e necessidade ou sopesamento”. Peixoto (2015, p. 262) constata que as decisões do STF que invocam a ponderação e referenciam Alexy, na verdade, o fazem mais como “estratégia retórica” do que aplicam efetivamente a teoria do autor alemão. Por outro lado, Atienza (2010, p. 51), ao analisar decisão do Tribunal Constitucional do Equador, constatou um emprego rigoroso do sopesamento o que, aos seus olhos, pareceu desnecessário, ou, como ele diz, um “esforço teórico para chegar a uma conclusão praticamente de sentido comum”.

Por fim, concatenando o que foi dito até aqui, é possível afirmar que, na visão alexyana, a representação matemática do sopesamento foi concebida, entre outras coisas, sob a orientação de fragmentar o raciocínio do julgador e, associado às regras da TAJ, permitir o direcionamento do esforço argumentativo do discurso decisório. A fórmula do peso, portanto, está longe de pretender resolver a tensão entre direitos fundamentais de forma cartesiana. Isto porque a solução não está na fórmula, mas no modelo de raciocínio que ela sugere, que, por sua vez, se entendida associadamente com a TAJ, pode oferecer grandes contribuições para justificação racional das decisões que envolvem direitos fundamentais.

4.3 A pesquisa como uma pequena contribuição para o entendimento sobre o pensamento de Alexy

O fim desta breve investigação foi contribuir, a partir do pensamento do próprio Robert Alexy, com o desvelamento do propósito da parte mais

combatida – e, ao mesmo tempo, a menos compreendida – de sua teoria dos direitos fundamentais: o sopesamento, em especial sua representação matemática – a fórmula do peso.

O propósito argumentativo da fórmula do peso é algo que parece ter sido encoberto pela capa de exatidão matemática com que ela se apresenta. Entretanto, anela-se que esta investigação tenha auxiliado não só no esclarecimento da finalidade argumentativa por trás da fórmula, mas, antes disso, que a compreensão deste propósito passa necessariamente pela identificação da relação simbiótica e complementar entre a teoria da argumentação jurídica e o sopesamento alexyanos.

Compreender estes aspectos pode ser extremamente útil para a práxis jurídica, seja para quem decide casos nos quais se identifica a colisão de princípios, seja para quem pretenda combater ou defender tais decisões, seja para quem pretenda apenas projetar suas condutas futuras a partir de decisões como essas.

Por fim, a investigação caminha para sua conclusão, mas as conexões entre a TAJ e o sopesamento e a mútua relação entre os enfoques propostos pela fórmula do peso têm potencial para revelar ainda aspectos interessantes da visão alexyana sobre a natureza dos direitos fundamentais. Enfim, o presente trabalho é uma contribuição mínima para um campo de relações multi-interferenciais que, independentemente da adesão ou não às ideias de Robert Alexy, mostra-se extremamente promissor às pesquisas científicas do Direito.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 1. ed. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 1. ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionalizes, 1997.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2017.
- ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, v. 21, n 3. p. 281-99, Ago 2008.
- ATIENZA, Manuel. A vueltas con la ponderación. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez Revista de Filosofía Jurídica y Política*. Universidad de Granada, n. 44 p. 43-59, 2010.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Trad. Claudia Roesler. 1. ed. Curitiba: Alteridade,v.1, 2017.
- ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2 ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídica, da UNAM, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Moreira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESCOLA JUDICIAL TRT8. *Teoria da proporcionalidade*. Youtube, 29 out. 2016. <https://www.youtube.com/playlist?list=PLjgkGgUacGEMAz9SpLOmaK0VDhW6P3Xju>. Acesso em: 28 jun. 2024.

Celso Rodrigo Lima dos Santos

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAIS, Fausto Santos. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos.

NEVES, Marcelo. *Entre a hidra e o héracles*. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. *A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito – Universidade de Brasília.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. A nova retórica. Trad. Maria Ermentina de Almeida Prado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, n. 2002, p. 23-50, 2002.