XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA
Coordenadores: José Alcebiades de Oliveira Junior; Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-638-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho 'Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica' voltou a se reunir no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado entre 13 e 15 de junho de 2018 na cidade de Salvador. Mais uma vez, professores e pesquisadores oriundos das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste tiveram a oportunidade de compartilhar experiências e reflexões, sanar dúvidas e adquirir novas, conhecer outros autores e pontos de vista em uma rica troca possível somente em um ambiente plural e altamente qualificado como o que se encontra no CONPEDI.

Os mais variados temas, todos igualmente centrais ao estudo das Teorias da Justiça e da Decisão, foram apresentados e discutidos, permitindo aos presentes - e agora aos leitores deste volume - ter acesso a um amplo espectro de autores que representam o pluralismo das escolas de pensamento jurídico.

A teoria da norma jurídica, sob a perspectiva de Robert Alexy, foi objeto de análise a fim de subsidiar uma defesa do método da ponderação. Lenio Streck e sua cruzada contra o subjetivismo no processo decisório foram lembrados, assim como sua antítese, representada por uma leitura de Peter Häberle voltada a embasar a ampliação do rol de legitimados processuais no controle de constitucionalidade. A teoria da liberdade de John Stuart Mill foi trazida ao ensejo de se discutir a responsabilidade dos indivíduos perante terceiros. Gunther Teubner e Niklas Luhmann compareceram em um debate sobre autopoiese vs. desconstrução, em busca de conferir densidade à expressão 'Direitos Humanos'. Já John Rawls, invocado para conferir sustentação ao voto proferido pelo Min. Lewandowski na ADPF 186, teve sua teoria da justiça revisitada.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - PPGD - UFRGS e PPGD - URI DE SANTO ÂNGELO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS E A PONDERAÇÃO

THE CONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS AS PRINCIPLES AND BALANCING

Anizio Pires Gaviao Filho
Juliana Venturella Nahas Gaviao

Resumo

A construção dos direitos fundamentais como princípios diz que as normas de direitos fundamentais são princípios que são cumpridos em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Como princípios, as normas de direitos fundamentais são aplicáveis mediante ponderação. Contra a ponderação são levantadas as objeções da irracionalidade e subjetividade. Elas podem ser superadas. A ponderação é uma empresa racional se observado o seu procedimento correto e se apresentadas razões para justificar os graus de intensidade de intervenção e de importância dos princípios em colisão. A construção de direitos fundamentais como princípios une ponderação e argumentação racional. Pesquisa de bibliografia.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Princípios, Ponderação, Argumentação

Abstract/Resumen/Résumé

The construction of constitutional rights as principles says that the norms of constitutional rights are principles that are fulfilled to different degrees, according to the factual and legal possibilities. As principles, the norms of constitutional rights are applicable by balancing. Against balancing, the objections of irrationality and subjectivity are raised. They can be overcome. Balancing is a rational undertaking if it observes its correct procedure and if reasons are given to justify the degrees of intervention intensity and importance of the principles in collision. The construction of fundamental rights as principles unites balancing and rational argumentation. Bibliography research.

1. Introdução

A presente investigação tem por objeto a discutir a estrutura das normas de direitos fundamentais e quais são as consequências de uma ou outra formulação sob o ponto de vista de sua aplicação. As normas de direitos fundamentais são regras ou as normas de direitos fundamentais são princípios? O que se pretende examinar é se as normas de direitos fundamentais se deixam construir como regras ou como princípios. Essa formulação pressupõe que as normas de direitos fundamentais podem ser construídas como regras ou podem ser construídas como princípios. A resposta a esse questionamento interessa não apenas sob o ponto de vista teórico, mas também prático. Ela afeta a solução de problemas centrais que impactam o sistema jurídico como tudo, como os que dizem com a relação entre o dado autoritativamente pelo legislador infraconstitucional e o controle jurisdicional da constitucionalidade, o que tem como fundo a tensão entre direitos fundamentais e democracia.

O que se pretende justificar é que as normas de direitos fundamentais se deixam construir como princípios e que as objeções normalmente levantadas contra essa formulação podem ser superadas.

A construção das normas de direitos fundamentais como princípios coloca como condição necessária à sua união com a ponderação e com a argumentação. Então, normas de direitos fundamentais como princípios, ponderação e argumentação se acham definitivamente unidas. É que as normas de direitos fundamentais são aplicadas mediante ponderação. E por seu lado, a ponderação exige argumentação.

As objeções levantadas contra a construção dos direitos fundamentais como princípios apontam para os problemas normalmente dirigidos à ponderação. A ponderação está no princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade constitui hoje um dos mais importantes e universalmente aceitos elementos da dogmática jurídico-constitucional. O passo central do princípio da proporcionalidade é o procedimento da ponderação, aplicado nos casos difíceis notadamente os de colisão de direitos fundamentais.

Então, o que se pretende investigar neste lugar é se as críticas normalmente dirigidas contra o emprego da ponderação na interpretação e aplicação do direito para resolução dos casos de difíceis e de colisão de direitos fundamentais podem ser suficientemente respondidas. As principais críticas apontam para a irracionalidade e subjetividade da ponderação como critério para interpretação e aplicação do direito.

O objetivo específico desta investigação é provar que essas objeções podem ser suficientemente respondidas a partir do procedimento da estrutura da ponderação, da aplicação das regras sobre as razões da ponderação e da correta compreensão da dogmática dos espaços de conhecimento.

As formulações desta pesquisa se acham desdobradas em quatro pontos.

O primeiro pretende justificar a proposição de que as normas de direitos fundamentais são princípios no sentido da teoria dos princípios. Essa formulação pode ser designada como construção dos direitos fundamentais em princípios. Nesse mesmo lugar, são apresentados os princípios parciais do princípio da proporcionalidade.

O segundo ponto pretende demonstrar a ponderação como uma empresa racional, passível de controle intersubjetivo, desde que observada sua estrutura e empregado o procedimento argumentativo correto. Nesse lugar, será analisada a estrutura da ponderação na tentativa de demonstrar a necessidade de observância das regras e dos passos para sua aplicação na atividade de interpretação de casos de colisão de direitos fundamentais.

O terceiro ponto investiga os espaços de conhecimento, que constituem elementos centrais para a correta justificação da racionalidade da ponderação. Nesse lugar, serão estudados os espaços epistêmicos (normativos e empíricos) e os espaços estruturais.

Por fim, o quarto ponto se destinada ao estudo da justificação da ponderação, que diz respeito às razões de fundamentação. Esse o lugar em que será demonstrada a união entre ponderação e argumentação racional.

Cuida-se de pesquisa científica, qualitativa, aplicada, descritivo-explicativa, assentada em referências bibliografias.

2. A construção dos direitos fundamentais como princípios

As normas de direitos fundamentais podem ser construídas de duas diferentes formas: a construção em regras e a construção em princípios. Nenhuma delas, no entanto, se realiza de forma pura, mas ambas representam ideias opostas que denotam a solução de quase todas as questões no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais nas mais diversas áreas do direito. Por esta razão, a escolha da construção dos direitos fundamentais em regras ou em princípios constitui uma questão central para o constitucionalismo democrático (ALEXY, 2015, p. 45).

A teoria dos princípios, neste ponto tomada como uma teoria da norma, deixa formular que as normas jurídicas são regras ou princípios. Essa distinção teórico-normativa

entre regras e princípios constitui o cerne da construção das normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios.

As regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo definitivamente, sendo, portanto, mandamentos definitivos. O critério de aplicação das regras é o da subsunção. Ao caso que satisfaz concretamente as condições descritas na hipótese da regra, deve ser aplicada a consequência jurídica prevista nessa regra mesma, salvo se a regra é inválida, se o sistema jurídico admite exceção ou, ainda excepcionalmente, razões de exclusão[1] da regra são apresentadas pelo intérprete e aplicador do direito. Se a regra é aplicada, impõe-se definitivamente o determinado pela regra. É devido obrigatoriamente exatamente o curso de ação estabelecido na consequência jurídica da regra.

Os princípios são normas que determinam que algo seja cumprido na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, constituindo, portanto, mandamentos a serem otimizados. A determinação da medida de cumprimento de um princípio em oposição a outro será definida pela ponderação. A ponderação, portanto, é a forma de aplicação dos princípios (ALEXY, 2008, p. 146).

As regras e princípios podem servir de fundamentos para sentenças de dever concretas, muito embora constituam fundamentos de natureza de tipo bastante diferente. As regras, se não houver exceção, são fundamentos definitivos, enquanto que os princípios são fundamentos *prima facie.* Os princípios, considerados de forma isolada, estabelecem somente direitos *prima facie.* A transformação dos princípios enquanto direitos *prima facie* para o direito definitivo ocorre pela definição de uma relação de preferência. E a definição de uma relação de preferência é, de acordo com a ponderação, a definição de uma regra (ALEXY, 2008, 103-106).

A questão que se coloca, então, é se as normas de direitos fundamentais se deixam construir como regras ou como princípios.

A construção das normas de direitos fundamentais como regras parece querer evitar a aplicação das normas de direitos fundamentais pela ponderação. Ela quer se livrar dos problemas atribuídos à ponderação na aplicação das normas de direitos fundamentais. Se as normas de direitos fundamentais são construídas como regras, o próximo passo é perguntar como elas são aplicadas. Se a forma de aplicação das regras é a subsunção, então as normas de direitos fundamentais são aplicadas mediante subsunção. O resultado é que as disposições jurídicas de direitos fundamentais como as que dizem que *a saúde é um direito de todos e um dever do estado, todos têm direito ao meio ambiente são e ecologicamente equilibrado, é livre*

[1] Sobre razões excludentes, ver Raz (2010, p. 31-32); Bankowski (2007, p. 170-171).

a manifestação do pensamento ou *é livre a expressão da atividade intelectual e artística* devem ser aplicadas mediante subsunção.

O problema é que a distância entre o significado a ser atribuído ao texto dessas disposições jurídicas de direitos fundamentais, as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto e a proposição normativa concreta de conclusão do raciocínio jurídico de aplicação da norma jurídica de direito fundamental não se deixa dar sem um grande número de "passos intermediários" e sem o emprego de "argumentos de diversos tipos" que justifiquem esses passos (ALEXY, 2015, p. 147). Dispensada a ponderação, as normas de direitos fundamentais construídas como regras devem ser aplicadas com base nos métodos clássicos da interpretação jurídica ou com base nas exigências da moral. Assim, as normas de direitos fundamentais devem ser interpretadas como base na literalidade do texto, da vontade do legislador constitucional, do contexto sistemático das outras normas de direitos fundamentais e nos seus fins teleológicos. Ou, ainda, com base nos princípios e valores morais. A questão que pode ser colocada é se o emprego dos métodos clássicos da interpretação jurídica ou dos princípios e valores da moral seriam suficientes para livrar do arbítrio e da subjetividade a solução de um caso de confronto entre o direito fundamental de liberdade de expressão do pensamento e o direito fundamental da intimidade e vida privada.

Outro problema decisivo para a construção das normas de direitos fundamentais como regras é o das restrições dos direitos fundamentais. Sobre isso, deve ser destacada a questão da reserva de lei infraconstitucional. É o caso quando a norma de direito fundamental confere poder ao legislador infraconstitucional para restringir uma norma de direito fundamental. A disposição do art. 5º, XXI, da Constituição Federal, diz que *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.* Com isso, o legislador infraconstitucional está autorizado a restringir o direito fundamental ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Se essa norma de direito fundamental é entendida como uma regra, o resultado é que fica permitida intervenção em qualquer grau de restrição, desde que estabelecida por decisão do legislador. O grau de vinculatividade do legislador infraconstitucional às normas de direitos fundamentais fica reduzido a zero. O resultado é que ser titular de direito fundamental nada significa, já que o legislador infraconstitucional fica livre para decidir quanto à intensidade do grau de intervenção ou restrição no direito fundamental. Na construção das normas de direitos fundamentais como regras não há limites para limitar o grau de intervenção nos direitos fundamentais.

Além da questão da reserva de lei infraconstitucional, coloca-se o problema dos direitos fundamentais garantidos sem reserva, que são os casos em que a constituição não estabelece qualquer restrição, como é o caso da liberdade religiosa e a liberdade científica (ALEXY, 2015, 148-149). Se essas normas de direitos fundamentais são construídas como regras e aplicadas mediante subsunção, a opressão religiosa como expressão da liberdade religiosa ou a experiência científica com seres humanos não poderiam ser proibidas. A opressão religiosa como expressão de liberdade religiosa é uma ação que não pode ser excluída como uma das que se encontra no espaço estrutural dado pelo significado de liberdade religiosa. Escolher seres humanos para experiências científicas, quaisquer que elas sejam, é uma das alternativas interpretativas do significado de liberdade científica. Ora, como admitir a solução dada pela subsunção nesses casos diante das outras normas de direitos fundamentais como a da dignidade humana, da liberdade e da inviolabilidade da integridade física. Os critérios conhecidos para resolver os casos de conflitos entre regras não apresentam solução para esses casos. Tampouco a interpretação sistemática poderia salvar a construção dos direitos fundamentais em regras.

A construção dos direitos fundamentais como princípios, assim entendidos, mandamentos que se cumprem em graus tanto quanto possível, a serem otimizados conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, é a formulação que melhor responde aos problemas da dogmática dos direitos fundamentais. Ela diz que as normas de direitos fundamentais são princípios. E o reflexo principal disso se dá na conexão da colisão de princípios e o princípio da proporcionalidade, entre os quais há uma relação de implicação mútua. A proporcionalidade decorre logicamente da definição de direitos fundamentais como princípios, e esta decorre daquela. Assim, o próprio núcleo da construção em princípios consiste nessa conexão necessária entre direitos fundamentais e ponderação (ALEXY, 2015, p. 149).

Não são poucas as objeções que podem ser apresentadas à construção dos direitos fundamentais em princípios. Segundo Alexy, essas objeções podem ser divididas em sete grupos, dentre os quais podem ser destacadas as objeções *teórico-normativas*, que questionam se princípios jurídicos existem, se eles podem ser diferenciados de regras e se eles são, de fato, normas jurídicas; as objeções *teórico-argumentativas,* que questiona a racionalidade da ponderação; as objeções *dogmáticas sobre os direitos fundamentais,* que tratam basicamente sobre a proteção insuficiente, por um lado, ou excessiva, por outro, dos diretos fundamentais; as objeções *institucionais,* que levantam a possibilidade de haver uma

supraconstitucionalização do ordenamento jurídico pelo inchaço dos direitos fundamentais causada pela sua construção em princípios (2015, p. 150-151).

Como objeção teórico-normativa, afirma-se que a teoria dos princípios não acerta quando diz que regras e princípios são normas jurídicas que diferem em sua estrutura formal, as regras prescrevendo consequências jurídicas definitivas e os princípios consequências jurídicas *prima facie*. Os princípios não constituem tipos categoricamente diferentes das regras jurídicas (POSCHER, 2012, p. 229-230). Essa crítica ataca a formulação da teoria dos princípios que diz que os princípios são mandamentos de otimização ou mesmo mandamentos a serem otimizados, configurando deveres ideais e, por isso, diferentes das regras jurídicas. Isso não é acertado porque a interpretação de princípios como mandados de otimização não requer que comandos sejam de fato otimizados, mas somente que eles constituem objetos não normativos de otimização (POSCHER, 2012, p. 233).

Como objeção dogmática sobre os direitos fundamentais, argumenta-se, além disso, que não seria acertada a construção dos direitos fundamentais em princípios. A teoria dos princípios diz que todos os direitos fundamentais são princípios, mas do fato de que as normas de direitos fundamentais não podem ser aplicadas mediante simples subsunção não resulta a implicação de que são princípios, tampouco se pode concluir que os direitos fundamentais devem ser entendidos como mandamentos de otimização que somente podem ser aplicados mediante ponderação. Segundo Poscher, na interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais não se deve negar ao aplicador do direito todo o conjunto de técnicas metodológicas de decisão e de argumentação jurídica. O desenvolvimento da interpretação das normas de direitos fundamentais depende desse *corpus* e não da distinção das normas jurídicas entre regras e princípios (2012, p. 243).

Por seu lado, Habermas refuta a racionalidade da ponderação pela ausência de um critério racional para sua aplicação, o que demonstra que a sua execução se dá de fora do ordenamento jurídico, sendo arbitrária e irrefletida, de acordo com padrões e ordens normalmente utilizados pelo direito (1997, p. 321). Ainda, sustenta-se que a ponderação não possui um ponto de referência jurídico que sirva de suporte à sua aplicação e que lhe alcance clareza conceitual, prevalecendo o modelo da solução justa do caso (BERNAL PULIDO, 2005, p. 161). Outra objeção aponta para o problema da incomensurabilidade na medida em que é impossível comparar aquilo que é insuscetível de comparação. Não são possíveis comparações entre princípios ou direitos. Não existe um sistema de metrificação ou padrão objetivo para estimar os graus de vantagens e desvantagens e ainda definir qual princípio vale mais em determinado caso concreto (2005, p. 161).

O que segue tem a pretensão de justificar a construção dos direitos fundamentais em princípios e a necessariedade da ponderação racional.

3. O procedimento da ponderação

A ponderação é o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, que diz respeito ao cumprimento do mandamento de otimização de acordo com as possibilidades jurídicas. Segundo a lei da ponderação, quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Na ponderação é aferido se a combinação de certos níveis de realização de direitos fundamentais em prol de outros em que se deve intervir para tanto é boa ou aceitável. O foco da ponderação se dá, portanto, na relação entre os benefícios da realização de um direito fundamental e os danos da intervenção no direito fundamental contrário (BARAK, 2012, p. 344-345).

O ordenamento jurídico é um sistema complexo de valores e princípios, que alberga em si situações de fácil solução, mas também situações de conflitos que requerem avaliações e resoluções mais aprofundadas. A estrutura complexa da ponderação reflete exatamente isso. No nível constitucional, a ponderação permite a contínua existência de colisões de direitos fundamentais e valores, intrínseca à democracia, bem como o reconhecimento de que estas são inerentes à dogmática dos direitos fundamentais e que de alguma forma precisam ser solucionadas (BARAK, 201, 346).

A ponderação constitui técnica não formal de aplicação do direito, e contribui para mostrar que esse lado desprovido de formalidade do direito não é, de forma alguma, irracional. A formalidade do direito também tem sua finalidade, o que fica demonstrado a partir das leis escritas e do processo de raciocínio jurídico alcançado pela subsunção. Contudo, na tentativa de realizar o raciocínio jurídico com extremo rigor, podemos sucumbir na pretensão mais atrativa do lado formal do direito (SCHAUER, 2012, 316).

A racionalidade da ponderação depende do seu procedimento.

Esse procedimento possui regras e passos que devem ser rigorosamente observados. Somente assim uma decisão judicial fundamentada na ponderação alcançará racionalidade, ou seja, todos os passos definidos a partir de sua estruturação devem ser seguidos e explicitados, de modo a garantir o fiel cumprimento das regras da estrutura e das regras das razões da ponderação (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 152).

O ponto de partida é a primeira lei da ponderação, que estabelece que quanto maior o grau de intensidade de intervenção em um princípio, maior deve o grau de importância de

realização do outro princípio. Essa regra estabelece de que forma se deve utilizar a ponderação diante de uma colisão de princípios. Neste ponto deve ser estabelecida a exigência de atribuição de graus de intensidade em um princípio e de importância do outro princípio colidente. A definição desses graus da mesma forma coloca a exigência de escalas mais ou menos refinadas de intervenção e importância, que são realizados a partir dos passos da ponderação (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 153).

As formulações de Alexy dizem que a ponderação se deixa estruturar em três passos, em que devem ser verificados os graus de intensidade de intervenção em um princípio e os graus de importância de realização de outro princípio (2007, p. 133). Os dois primeiros passos da estrutura da ponderação se referem à atribuição do grau de intensidade de intervenção em um princípio e do grau de importância de realização de outro princípio. Assim, deve ser verificado o grau de intensidade da intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio. O terceiro e último passo da estrutura da ponderação é reservado para relacionar esses graus. Nesse momento, deverá ser comprovado se a importância da realização de um princípio justifica a intensidade da intervenção em outro princípio (ALEXY, 2007, p. 133). A fim de viabilizar a existência de decisões baseadas na intensidade de intervenção e graus de importância dos princípios em colisão, Alexy cria uma escala com os graus leve, médio e grave para melhor definir a intensidade da intervenção em um princípio e, da mesma forma, com os graus leve, médio e grave para aferir a importância de realização ou satisfação do outro princípio (2007, p. 133).

A atribuição e justificação do grau de intensidade de intervenção em um princípio determina que as circunstâncias do caso concreto sejam consideradas nas razões apresentadas para justificar o grau de intensidade intervenção atribuído. Essas razões serão válidas na medida em que possam ser sustentadas por meio de premissas empíricas confiáveis e seguras (GAVIÃO FILHO, 2011, 268-269). Nesse ponto, a segunda lei da ponderação importa. Ela diz que quanto mais grave a intensidade de uma intervenção em um princípio, maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras dessa intervenção (ALEXY, 2007, p. 139).

A partir desse raciocínio podem ser estabelecidos dois elementos que justificam a comensurabilidade da ponderação, sendo o primeiro baseado em um ponto de vista uniforme, dado pelo “ponto de vista da constituição”. Aqui pode ser aferido o que é “correto por causa da constituição” (ALEXY, 2007, 142). Portanto, na medida em que um discurso racional sobre o que é válido para a constituição é possível, então um ponto de vista uniforme é, da mesma forma, possível. Neste ponto se verifica a ideia regulativa do que seja correto em razão da constituição. Uma vez negado isso, também pode ser negada a possibilidade de um

discurso racional sobre avaliações no quadro interpretativo constitucional (ALEXY, 2003, p. 442). O segundo elemento que fundamenta a comensurabilidade é a criação das escalas triádicas simples e dupla, que possibilitam a definição em graus para a avaliação da realização e intervenção dos princípios colidentes. E a definição das perdas e ganhos dos princípios em graus mais ou menor refinados, a partir de um ponto de vista uniforme da constituição, constitui elemento formador da comensurabilidade (ALEXY, 2003, p. 442).

Dessa forma, com a observância da estrutura do procedimento da ponderação, passa ser possível a sua justificação racional, mais ainda quando bem compreendida a dogmática dos espaços de conhecimento.

4. Os espaços da ponderação

A ponderação de princípios é, na dogmática dos direitos fundamentais, necessária. As inseguranças nas premissas apoiadoras, a abertura na argumentação jurídica, e até mesmo a própria limitação quanto à eficácia na interpretação das normas constitucionais justificam a existência de espaços no quadro da ponderação de princípios.

Ao tratarem dos espaços no deixados pela constituição, Klatt e Schmidt destacam a distinção entre espaços epistêmicos e espaços estruturais. Existem espaços epistêmicos quando não há certeza daquilo que a constituição ordena, proíbe o libera. Existem espaços estruturais quando a constituição libera, na medida em que não ordena ou proíbe. Os espaços epistêmicos têm origem na insegurança sobre as premissas empíricas ou nas premissas normativas. Por isso mesmo, fala-se em espaço de conhecimento empírico e um espaço de conhecimento normativo (KLATT; SCHMIDT, 2015, p.26).

Klatt e Schmidt analisaram as questões centrais da dogmática dos espaços, dentre as quais de que forma estão unidas a gravidade de intervenções em direitos fundamentais e a medida de segurança no conhecimento, e qual significado cabe a insegurança no conhecimento em garantias jurídico-fundamentais positivas. Ainda, buscam responder como os espaços de conhecimento empírico podem ser construídos como categoria separada e quais exigências resultam para a ponderação quando o saber jurídico é inseguro (KLATT; SCHMIDT, 2015, p.27).

Três resultados essenciais são obtidos. Primeiro, que as inseguranças empíricas podem levar a espaços de conhecimento empíricos; segundo que a segunda lei da ponderação pode ser aplicada em garantias jurídico-fundamentais positivas; e por fim, que a segunda lei

da ponderação deve ser aplicada estritamente na dependência de perspectivas (KLATT; SCHMIDT, 2015, p.70).

As inseguranças empíricas terminam por influenciar duplamente o procedimento da ponderação. Primeiramente a insegurança se dá pela presença de dois princípios colidentes, e isso é levado em consideração na fórmula peso. As inseguranças aqui são determinantes para a decisão. Isso é imaginável em intervenções mais e menos intensivas. Dadas às inseguranças empíricas, várias medidas imagináveis aqui são possíveis. Esta situação ocorre na denominada "segunda situação de insegurança" (KLATT; SCHMIDT, 2015, p.26). Neste caso, fica evidenciada a partir das próprias inseguranças empíricas a intensidade de intervenção em um dos princípios. Por esta razão se justifica a necessidade de se ponderar entre várias intensidades de intervenção que são consideradas com o grau equivalente em insegurança empírica. O produto da intensidade de intervenção e segurança empírica constitui a "força de ataque". A escolha será livre quando a força de ataque de duas ou mais medidas possíveis possam ser consideradas igualmente fortes.

Ainda, a segunda lei ponderação é igualmente aplicável quando em colisão princípios que constituem garantias positivas, como o que ocorre nos direitos sociais, que denotam uma prestação positiva pelo poder público. Aqui, fala-se em um prejuízo advindo da não prestação, o que vem a substituir a intervenção em direito fundamental quando se está diante de uma garantia negativa (KLATT; SCHMIDT, 2015, p.70).

Em todos os casos, o importante é eliminar faltas de clareza, o que pode ser alcançado a partir de uma nova formulação da segunda lei da ponderação, que estabelece a sua dependência de perspectiva. Assim, quanto mais gravemente pesa a intervenção em um princípio, tanto mais seguras dever ser aquelas premissas que apoiam a classificação da intensidade da intervenção. Então, quando da colisão de dois princípios opostos, a segunda lei da ponderação deve ser aplicada duas vezes, para cada um deles (KLATT; SCHMIDT, 2015, p. 60-67).

Por outro lado, inseguranças empíricas podem dizer respeito também a premissas normativas. Inseguranças normativas podem surgir quando a escala de classificação para a intensidade de intervenção em um princípio ou o peso abstrato de um princípio possui mais de um valor. Aqui, trata-se de saber quais valores para o peso abstrato e a intensidade da intervenção serão estabelecidos normativamente na fórmula peso.

Desse modo, a segunda lei da ponderação pode também aqui ser aplicada uma vez que as inseguranças normativas podem ser avaliadas de acordo com sua certeza epistêmica. Klatt e Schmidt propõem aqui que na fórmula peso deveria diferenciar-se as variáveis para a

insegurança de premissas empíricas e de premissas normativas (KLATT; SCHMIDT, 2015, p. 89-90).

Assim, espaços de conhecimento normativos são reflexos de insegurança nos valores postos na fórmula peso. Para evita-los, também nesse caso, como quando da existência de inseguranças empíricas, deve ser feita em um primeiro momento uma ponderação de classificação. Um espaço epistêmico-normativo poderia resultar somente em caso de um empate de classificação (KLATT; SCHMIDT, 2015, p. 90).

O estudo dos espaços revela o papel decisivo da aplicação da lei da ponderação tanto nas premissas empíricas como normativas, na medida em que busca esclarecer de forma mais rigorosa a conexão entre intensidade de intervenção e certeza epistêmica.

O desenvolvimento da estrutura da ponderação é de extrema relevância para sua justificação racional, até mesmo em face de sua evidente pretensão de validez universal e aplicação em todos os campos do direito.

5. A justificação da ponderação

Ao lado do refinamento das leis da ponderação e do desenvolvimento da dogmática dos espaços, a racionalidade da ponderação também está em sua natureza argumentativa, que pode ser controlada e justificada a partir da fiel observância das regras da argumentação, que permitem a escolha dos melhores argumentos possíveis para justificar a realização de passo a passo do procedimento (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 314).

O caso da colisão de princípios obviamente não se ajusta ao modelo de subsunção. Isso fica evidente quando valorações são necessárias para solução do caso, que não pode ser resolvido a partir do material dado com autoridade. O problema disso é como essas valorações podem ser fundamentadas racionalmente.

A tarefa da teoria da argumentação jurídica é responder se a ciência do direito possui critérios e regras que permitem verificar se as fundamentações jurídicas são corretas ou falsas (ALEXY, 2008, p. 548). Ainda, a pretensão de correção que se busca a partir do discurso jurídico é papel central da teoria da argumentação. A pretensão de correção exige que as decisões sejam fundamentadas racionalmente (ALEXY, 2001, p. 212).

Assim, o papel da argumentação jurídica de assegurar a racionalidade à ponderação a partir da correção das premissas e da fundamentação correta de cada passo do procedimento fica bastante claro.

Desse modo, tem-se que as objeções contra a racionalidade da ponderação não podem ser respondidas apenas pela estrutura formal da ponderação. A atribuição de graus às grandezas concretas e abstratas dadas pela ponderação não é suficiente para justificar racionalmente a ponderação. O que ocorre é que a estrutura do procedimento estabelece ao juiz a forma de ponderar e, assim, pode ser garantida a racionalidade em parte da ponderação. São as razões da ponderação que lançarão a outra parte da racionalidade ao procedimento. Sem razões a ponderação não poderá ser justificada racionalmente. A ponderação, portanto, jamais pode prescindir da argumentação racional. A ponderação será racional se a regra de preferência for justificada racionalmente por meio de uma argumentação racional (ALEXY, 2008, p. 173-174).

A racionalidade da ponderação passa a significar a justificação racional das proposições que determinam as relações de precedências condicionadas entre os princípios. E a justificação da própria regra que define a relação de preferência condicionada se diferencia daquela dada pela própria ponderação. Assim, as razões da justificação da ponderação sustentam a justificação da regra de preferência condicionada (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 161).

A regra de precedência estabelece condições aptas a determinar a consequência do princípio que possui a primazia. A justificação da definição das precedências condicionadas e das regras utilizadas para sua obtenção pode ser posta de acordo com as regras da argumentação jurídica, notadamente os argumentos dogmáticos, de interpretação, uso de precedentes, argumentos práticos e empíricos e ainda outros argumentos jurídicos específicos.

Conforme Gavião Filho, na medida em que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral, as regras do discurso prático geral podem contribuir para a justificação da regra de precedência condicionada. Na justificação da proposição de precedência e, assim, da regra correspondente, são válidas as referências à vontade do legislador, as consequências negativas de uma medida alternativa, os consensos obtidos pela dogmática jurídica e as decisões judiciais precedentes (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 233).

Os argumentos específicos da ponderação, no entanto, não devem se limitar a dizer que uma intervenção com alto grau de intensidade em um princípio somente pode ser justificada quando mais alto o grau de importância do cumprimento do outro princípio, sem fundamentar com razões o motivo de tal conclusão. A racionalidade da ponderação poderá ser alcançada se as razões específicas demonstrarem o motivo da atribuição dos graus das grandezas definidos durante o procedimento. As razões da ponderação são aquelas que

justificam a decisão do juiz na determinação dos graus de intensidade de intervenção e de importância de realização (GAVIÃO FILHO, 2015, 162).

As razões da ponderação devem ser colocadas conforme as regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica. A definição de graus às variáveis da fórmula peso deve ser fundamentada por razões definidas pelas exigências da teoria do discurso racional (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 283-284). Não será neste espaço investigada toda a teoria da argumentação jurídica, mas algumas regras importantes à compreensão das razões serão brevemente analisadas para possibilitar a melhor compreensão do tema. Por exemplo, as razões da ponderação devem observar as exigências da justificação interna e da justificação externa. A justificação interna se refere às premissas empregadas e a justificação externa diz respeito à justificação de cada uma das premissas empregadas na apresentação das razões de justificação da ponderação. Isso garante a sinceridade na apresentação das razões do procedimento, sem inconsistências lógicas (KLATT; MEISTER, 2012, p. 54).

Ainda, as razões da ponderação devem estar de acordo com a regra da justificação interna, segundo a qual uma decisão deve resultar logicamente, pelo menos, de uma norma universal juntamente com outras proposições. Dessa forma as razões da ponderação serão apresentadas como uma cadeia de argumentos estruturados em premissas que sustentam, por implicação lógica, uma conclusão. Essas premissas somente serão válidas se justificadas racionalmente. Coloca-se, ainda, a exigência de que os juízos de valor ou de dever apresentados como razões da ponderação no caso concreto possam ser universalizados e assim utilizados em outros casos semelhantes. Desse modo pode ser afastada a objeção que sustenta que a ponderação se ocupa exclusivamente da justiça no caso concreto (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 163-164).

Um dos principais problemas das decisões judiciais no que diz com a ponderação está exatamente na superficialidade das razões de justificação dos juízos de valor ou de dever realizados pelo juiz. Por isso, então, para as razões da ponderação, vale a regra da argumentação, que exige uma completa afirmação de razões nos argumentos interpretativos. A exigência de saturação colocada por essa regra significa que as proposições valorativas e normativas usadas nas razões da ponderação devem ser acompanhadas de um conjunto completo de razões (ALEXY, 2008, 172).

Ainda, a ponderação é a única forma de aplicação do direito que pode alcançar solução para os casos de colisão de dois ou mais princípios, todos constitucionais. Em uma determinada situação concreta, as razões da ponderação podem estabelecer uma relação de primazia de um princípio sobre outro princípio e, com isso, a regra de que está ordenada a

consequência jurídica do princípio ganhador da primazia. Dessa forma, as posições fundamentais jurídicas *prima facie* desse princípio transformam-se em posições fundamentais jurídicas definitivas (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 167).

Desse modo, regras, primazias e a estrutura da justificação dos argumentos jurídicos interpretativos servem de base para as razões da ponderação. Isso quer dizer que as regras da argumentação jurídica que exigem a saturação dos argumentos interpretativos mesmos, e as que estabelecem, respectivamente, a primazia *prima facie* dos argumentos semânticos sobre todos os demais e a primazia *prima facie* dos argumentos semânticos, genéticos e sistemáticos sobre os argumentos práticos gerais, devem ser consideradas (ALEXY, 2009. p. 74).

Deve ser considerada, ainda, a regra da argumentação jurídica sobre o uso de precedentes, que estabelece que, quem se afasta de um precedente, deve suportar a carga da argumentação. E também sobre os precedentes há a regra da argumentação jurídica que estabelece que, em havendo um precedente a favor ou contra uma decisão, ele deve ser citado. Isso obriga que nas razões da ponderação devem ser levadas em conta as razões das outras ponderações já antes realizadas em outros precedentes. É que os precedentes são razões que não devem ser ignoradas, especialmente porque a autoridade de um tribunal supremo depende exatamente da força de seus argumentos. Isso não significa que o aplicador do direito deve seguir o precedente, mas, em não o fazendo, deverá suportar a carga da argumentação (GAVIÃO FILHO, 2015, 168).

Essas são, pois, as principais exigências colocadas pelas regras da argumentação jurídica para a formulação das razões da ponderação a fim de assegurar a racionalidade do procedimento. A contribuição se dá justamente na criação de um conjunto de razões universalizáveis obtidas a partir de premissas consistentes e coerentes, que venham a servir de base para o alcance de resultados corretos e racionais. Isso certamente reduz a margem para a construção de decisões pelo fundamento da ponderação que sejam irracionais e subjetivas.

A ponderação, assim, pode ser provada como uma forma de argumento do discurso jurídico racional, enfraquecendo a alegação de irracionalidade do procedimento. E a importância disso, em última análise, é a possibilidade de defesa da construção dos direitos fundamentais em princípios (ALEXY, 2015, p. 159).

6. Conclusão

A rejeição da construção dos direitos fundamentais em princípios pode ser considerada como um ataque à própria ponderação. As normas de direito fundamental podem

ser consideradas regras que são aplicadas fundamentalmente mediante a subsunção. Contudo, nem sempre a aplicação de direitos fundamentais são casos fáceis, solucionáveis sem a utilização de ponderação. A construção em princípios busca solucionar os casos difíceis e vários outros inerentes à própria dogmática dos direitos fundamentais tratando estes como princípios. E o significado da construção dos direitos fundamentais em princípios é a sua conexão com a proporcionalidade e, mais precisamente, com a ponderação (ALEXY, 2015, p. 149).

A ponderação, se seguidos com rigor os passos de sua estrutura e se devidamente fundamentadas as premissas e todos os elementos de sua formatação no caso concreto, pode superar as objeções de irracionalidade e subjetividade, constituindo um dos mais importantes e universalmente aceitos elementos da dogmática jurídico-constitucional atual.

A possibilidade de se discutir algo não significa sua irracionalidade. Ao contrário, a fundamentabilidade concede racionalidade ao procedimento, e uma objetividade que se evidencia entre a certeza e o arbítrio (ALEXY, 2015, p. 159). Dessa forma, a ponderação pode ser provada como uma espécie de argumento do discurso jurídico racional, o que, ao lado da técnica sugerida para sua aplicação, significa constituir uma forma de aplicação do direito suficientemente racional.

A objeção de que não há um ponto de referência jurídico objetivo, racional e obrigatório para a ponderação pode ser afastada por sua própria justificação. E a justificação da ponderação não está na simples decisão que afirma que a medida escolhida é proporcional. De fato, existe certa dificuldade para se encontrar um paradigma que direciona de forma vinculante as decisões baseadas na ponderação. Pessoas diferentes podem chegar a resultados diversos quanto à definição de premissas e a proposição de preferência no caso de colisão entre princípios, mas isso é algo intrínseco à própria metodologia do direito. Como um procedimento decisório intersubjetivo e obrigatório sobre questões normativas não está disponível, parece ser razoável dar-se preferência ao procedimento que seja mais adequado, qual seja, a ponderação (BOROWSKI, 2003, p. 57).

A relação de precedência deve ser definida a partir das circunstâncias específicas do caso, que servem de base para a fundamentação do resultado por razões aceitas por todos e dadas de acordo com as regras da argumentação jurídica racional. Somente assim se faz possível uma justificação racional adequada da ponderação. O fato de que decisões irracionais e incorretas sobre ponderação sejam encontradas não implica que toda a decisão de ponderação seja irracional e incorreta.

Ainda, a crítica à ponderação de que se trata de uma fórmula vazia, formal e desprovida de conteúdo, e por isso incapaz de alcançar um resultado justo e racional pode ser superada pela argumentação jurídica racional. Isso porque o procedimento da ponderação como um todo proporciona mais um critério de validez ao vincular a ponderação com a argumentação racional.

A própria pretensão de correção promovida pelo discurso jurídico justifica o papel central da argumentação jurídica na ponderação como critério de racionalidade. A tarefa da argumentação jurídica na ponderação será exatamente dispor dos critérios que permitam verificar as fundamentações jurídicas corretas e falsas na definição das premissas e das relações de preferência nos casos direitos fundamentais em colisão.

Uma vez levado a sério o procedimento da ponderação, com cumprimento das exigências da argumentação jurídica racional, pode-se falar em racionalidade na fundamentação das decisões judiciais que julgam casos de colisão de direitos fundamentais construídos como princípios.

Referências bibliográficas

ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

____. *Teoria discursiva do direito.* Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

____. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

____. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 131-153, 2007.

____. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 71-92, 2007.

____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 155-165, 2007.

____. Interpretação Jurídica. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 61-76, 2009.

____. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, Jun. p. 131-140, 2003.

____. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3. Sept., p. 294-304, 2000.

____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, Dec. p. 433-449, 2003.

____. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 333-366, 2007.

_____. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo.* Org. Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, p. 13-38, 2015.

BARAK, Aharon. *Proportionality*. New York: Cambridge, 2012.

BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a lei*. Trad. Lucas Dutra Bortolozzo; Luiz Reimar Rodrigues Rieffel; Arthur Maria Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2005.

BOROWSKI, Martin. *La estrutura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 254-259.

_____. Regras da ponderação racional. In: *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Escritos de e em homenagem a Robert Alexy. O*rg., trad. e rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade.* Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Roberto Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, p. 52-100, 2003.

HECK, Luis Afonso. A Ponderação no Código de Processo Civil. In: *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário.* Org., trad. e rev. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, p. 105-140, 2017.

JESTAEDT, Mattias. La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades. In: KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University, 2012.

KLATT, Mathias. Robert Alexy's Philosophy of law as system. In: KLATT, Mathias (Ed). *Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University, p. 1-26, 2012.

KLATT, Matthias e JOHANES, Schmidt. *Espaços no direito público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios.* Trad. e rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Trad. José Garcez Guirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

POSCHER, Ralf. The principles theory: how many theories and what is their merit? In: KLATT, Matthias *Institutionalized Reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: oxford University Press, 2012.

SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. In: KLATT, Mathias (Ed). *Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University, p. 307-316, 2012.