



PROPOSTAS DE DESENVOLVIMENTO DA PONDERAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE SIECKMANN SOBRE A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ALEXY

*Anízio Pires Gavião Filho**

*Pietro Cardia Lorenzoni**

Resumo

O presente estudo aborda as críticas de Jan-R Sieckmann à Teoria dos Princípios e faz uma análise das propostas do autor e de sua compatibilidade com o desenvolvimento da ponderação. Considerando a utilização da Teoria de Alexy na doutrina e jurisprudência, principalmente, na relativização de direitos fundamentais e suas consequências práticas, objetiva-se auxiliar no esclarecimento da estrutura da proporcionalidade e contribuir com as críticas para um aperfeiçoamento da obra alexyana. Com isso, ganha-se em uma maior eficiência e proteção aos direitos fundamentais, visto que o desenvolvimento da Teoria dos Princípios diminui os espaços de subjetivismo nas decisões judiciais. Para tanto, procede-se à exposição de três pilares da teoria dos princípios, para depois apresentar as críticas e propostas de aperfeiçoamento. Conclui-se que a crítica tenta ir além do pretendido por Alexy, buscando uma resposta correta, além de propor métodos de comparação entre as decisões já fundamentadas dos operadores do direito – esta parte compatível com a Teoria de Alexy. Para a investigação, adotou-se a metodologia dialética e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chaves

Teoria dos Princípios. Princípios. Ponderação. Decisões Judiciais. Robert Alexy.

PROPOSALS FOR THE DEVELOPMENT OF BALANCING: AN ANALYSIS OF SIECKMANN'S CRITICS ON THE ALEXY'S PRINCIPLES THEORY

Abstract

This essay addresses Jan-R Sieckmann's critics of Principle's Theory and analyzes the author's proposals and their compatibility with the development of balancing. Considering the use of Alexy's Theory in doctrine and jurisprudence, especially in limiting fundamental rights

*Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010). Professor Titular Coordenador PPGD -Mestrado Acadêmico - da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Professor Coordenador do Projeto de Pesquisa Colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica do PPGD/FMP.

*Advogado, com registro na OAB/RS sob o nº 106.962. Tem experiência em Direito Público com foco no Direito Penal, no Direito Administrativo e no Compliance. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS-RS -, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Lenio Streck. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP-RS. Especialista na Itália em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa/Itália - UNIPI e em Gestão e Docência no Ensino Superior pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professor de Teoria do Direito no curso de Direito da Faculdade Monteiro Lobato - FATO-RS. Professor Convidado de Teoria do Direito, Direito Constitucional e Processo Penal na UVERGS, CEADIS, UCS e FMP-RS.

and their consequences, the purpose of this research is to clarify the structure of proportionality and to contribute to an further development of Alexy's work. This way, ensuring the efficiency and protection of the fundamental rights as well as the reduction of the Judiciary's margin of appreciation in constitutional decisions. To do so, we proceed to the exposition of three pillars of Principle's Theory, to then present the critics and proposals of improvement. It is concluded that the critique seek a correct answer, besides proposing methods of comparison between constitutional decisions about fundamental rights - this part compatible with Alexy's Theory. For the research, the dialectical methodology and the bibliographic research technique were adopted.

Keywords

Principles Theory. Principles. Balancing. Judicial decisions. Robert Alexy.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à discussão as críticas de Jan-R Sieckmann sobre a estrutura da ponderação apresentada por Alexy e apontar suas compatibilidades com a Teoria dos Princípios. Parte essencial da crítica refere-se ao papel da ponderação de segundo grau. Nesse sentido, Sieckmann traz propostas de aperfeiçoamento e desenvolvimento da fórmula peso e da proporcionalidade em sentido estrito. A importância do desenvolvimento desta específica parcela da Teoria dos Princípios foi reconhecida pelo próprio professor Robert Alexy, que afirmou a importância da evolução e do estudo do papel da ponderação de segundo nível e dos princípios formais.

Entende-se que o estudo da estrutura da ponderação como objeto do subprincípio da proporcionalidade restrita é fundamental para a proteção e efetivação de direitos fundamentais, visto que será a forma racional de otimizar os diferentes princípios em conflito. A racionalidade nas decisões judiciais não significa que o aspecto subjetivo esteja eliminado. O desenvolvimento da estrutura da ponderação visa diminuir as possíveis discricionariedades dentro do processo decisório baseado no princípio da proporcionalidade, trazendo maior segurança ao ordenamento e efetividade aos direitos fundamentais. Para tanto, as contribuições sobre a ponderação de segundo nível podem auxiliar na redução dos espaços de subjetividade dos julgadores, possibilitando um método racional de comparação de decisões.

Para contribuir com o referido aperfeiçoamento, o artigo abordará três pilares fundamentais da teoria de Alexy, que serão objetos de críticas e propostas de aperfeiçoamento por Sieckmann. Os três pilares serão a lei da colisão, a estrutura da ponderação e a fórmula peso – não se esgotará nenhum desses pontos, o proposto é tecer comentários e breves explicações para permitir a análise das críticas. Também se analisará as propostas centrais de Sieckmann e de uma possível compatibilidade das suas críticas com a Teoria de Alexy. Destarte, apresentar-se-á a ponderação de segundo nível como um desenvolvimento da ponderação de primeiro nível da Teoria dos Princípios. Nas conclusões do artigo, uma análise da ponderação de segundo nível é feita e algumas propostas de Sieckmann são criticadas pela sua incompatibilidade com a teoria base.

2. TRÊS PILARES PARA A COMPREENSÃO DA PONDERAÇÃO DE ALEXY:

2.1 Breves anotações sobre as normas e a lei da colisão

Alexy entende que norma se trata de um gênero, do qual são espécies as regras e os princípios, aqueles como mandamentos definitivos que operam sendo cumpridos ou não cumpridos, e estes como mandamentos de otimização, podendo ser cumpridos em graus diferentes a depender das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (ALEXY, 2017b, p. 85-108). Na separação entre as normas, Alexy compreende que há duas operações fundamentais na aplicação do direito, uma relativa às regras e outra aos princípios. Assim, a aplicação das regras resolve-se pela subsunção, enquanto a solução da colisão entre princípios resolve-se pela proporcionalidade (ALEXY, 2015, p. 131).

A colisão entre princípios ocorre quando dois mandamentos de otimização mostram-se juridicamente atuantes no caso concreto. Então, trata-se de situação que os princípios jurídicos direcionam para soluções distintas e conflitantes. Caso isoladamente considerados, ambos os princípios conduziriam a uma contradição. Isso porque um princípio conflitante restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro princípio, visto que cada um terá sua força relativa que atuará no caso (DWORKIN, 2001, p. 42-44).

Nisso, entende-se que a colisão de princípios é resolvida com uma solução de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2017b, p. 96). Considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas, essa relação consiste na fixação de condições reais sob as quais um dos princípios em colisão precede o outro (GAVIÃO FILHO; LORENZONI, 2017, p. 6). Em diferentes circunstâncias, é possível chegar-se em soluções distintas (BARROSO, 2004, p. 357). Na mesma senda, José Sérgio da Silva Cristóvam, analisando Alexy, afirma que o valor conferido a determinado princípio, em uma dada situação, poderá ser diverso em outra ante a mudança do caso concreto (CRISTÓVAM, 2012, p. 137).

No presente artigo, trabalhar-se-á com um caso prático para facilitar a exposição. O caso é o do Recurso Especial 1.243.699 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de uma revista de conotação erótica que publicou, sem autorização, uma fotografia de ângulo provocante de uma mulher de biquíni, enquanto se bronzeava de costas numa praia do Rio de Janeiro, “expondo precisamente suas nádegas, com a seguinte legenda: música para os olhos (e o tato)” (BRASIL, 2016, p. 3). A banhista que teve sua foto publicada ajuizou ação de indenização por uso indevido de imagem e dano moral, alegando violação ao seu direito de imagem (contido no direito da personalidade). Então, o caso é uma colisão entre os direitos fundamentais de personalidade e de liberdade de imprensa, ambos positivados no art. 5º da Constituição Federal.

Aplicando a lei de colisão, cada um dos direitos fundamentais leva a uma decisão contrária à outra. Caso apenas o direito à liberdade de imprensa seja otimizado, o resultado é a publicação irrestrita da foto da mulher de biquíni. Em contrapartida, caso apenas o direito de personalidade seja valorado, poder-se-ia pensar numa restri-

ção completa da publicação de fotos não autorizadas. Percebe-se, assim, como cada um dos direitos direciona a uma decisão distinta.

De outro giro, o conceito de relação de precedência condicionada tem importância fundamental na compreensão das colisões entre princípios e, com isso, para a Teoria dos Princípios. A relação de precedência condicionada consiste na priorização de um princípio em colisão sobre o outro nas circunstâncias específicas do caso em análise, que, a partir dela, determinar-se-á a regra que será extraída do caso (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 286). Ela pode ser apresentada na seguinte forma, onde C consiste nas circunstâncias, P1 e P2 são os princípios conflitantes (ALEXY, 2017b, p. 97):

$$(P_1PP_2)C^1$$

A colisão será resolvida com as condições que indicam/verificam uma violação a um direito fundamental e que, portanto, a luz da teoria dos direitos fundamentais, é proibida. Assim, estabelecem-se os moldes: se uma ação preenche as condições C, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida. O C, as condições, será o pressuposto fático da regra, que consistirá na proibição da ação que viola direitos fundamentais. Então, é com a relação de precedência condicionada que os princípios dos direitos fundamentais que antes eram *prima facie*, ganham validade definitiva, comportando-se, a partir da lei de colisão, como regras (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 286).

No exemplo da publicação da foto sem autorização na revista, segundo a decisão do Superior Tribunal de Justiça, o princípio à personalidade tem primazia sobre o princípio da liberdade de imprensa, nas circunstâncias concretas do caso julgado no Recurso Especial 1.243.699 (BRASIL, 2016, p. 12). Assim, definiu-se a regra para o caso concreto, qual seja: a publicação de foto em ângulo provocante da mulher de biquíni numa revista de conotação erótica sem autorização e com motivação econômica (e não informativa) constitui uma violação aos direitos fundamentais, portanto, a autora fez jus à ressarcimento de vinte mil reais por danos morais.

Pode-se inverter o modelo, entendendo que a relação de precedência condicionada, aplicada num conflito de princípios sob as circunstâncias concretas específicas, determinará qual princípio deverá prevalecer para não ocorrer violação aos direitos fundamentais. E, assim, determinar-se-á uma regra em equilíbrio com os direitos fundamentais do princípio que tiver primazia. Essa regra expressará a consequência jurídica do princípio que tem precedência. No caso exemplificado: poderia ser uma regra como não se deve publicar foto sem autorização em ângulo provocante de mulher de biquíni numa revista de conotação erótica e com motivação econômica.

Destarte, cita-se a lei de colisão que determina: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2017b, p. 97). A lei de colisão é como se compõe a regra para o caso concreto que resulta da ponderação.

¹ Aqui, P1 corresponde ao princípio conflitante que tem primazia. P2 corresponde ao princípio que sofrerá a intervenção. P simboliza a precedência de um sobre o outro e C significa as circunstâncias do caso concreto.

2.2 A Ponderação e sua estrutura conforme a Teoria dos Princípios

Outro pilar fundamental da teoria de Alexy e necessário para a investigação das críticas de Sieckmann é a ponderação e sua estrutura. Conforme leciona Alexy (ALEXY, 2017b, p. 117), a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio (os diferentes autores divergem sobre a correta conceituação desta norma, eles também chamam de princípio², regra³, máxima⁴ ou postulado normativo⁵) mais amplo – o princípio da proporcionalidade. Esse é dividido em três princípios parciais, quais sejam: o da idoneidade, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido restrito ou em sentido estrito.

Aqui, é importante ressaltar que não se deve entender o princípio da proporcionalidade com o conceito de princípio comum, em oposição às regras jurídicas, mas como uma regra de interpretação e aplicação do direito, principalmente de interpretação e aplicação de direitos fundamentais. Essencialmente, ela é empregada nos casos da promoção da realização de um direito fundamental que implica a restrição de outros direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 149).

Avançando na análise dos subprincípios, se os princípios são mandamentos de otimização a serem realizados em medida tão alta quanto possível fática e juridicamente, a proporcionalidade e seus subprincípios serão encarregados de sua realização (ALEXY, 2015, p. 110). Os dois primeiros subprincípios serão encarregados da otimização, conforme as possibilidades fáticas; já o subprincípio da proporcionalidade restrita verificará a otimização da norma segundo as possibilidades jurídicas (ÁVILA, 1999, p. 159). A ponderação é o objeto da proporcionalidade em sentido restrito (ALEXY, 2015, p. 111). É a ponderação que permitirá, segundo suas regras, definir a otimização da norma, servindo como um método de aplicação da proporcionalidade restrita.

Cumprir trazer a baila outros possíveis sentidos de ponderação empregados na doutrina nacional como, por exemplo, a ponderação como técnica (BARROSO, 2004, p. 357):

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos [...] as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão [...] de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar Técnica da ponderação.

E o de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 23): “A ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de *balancing*) será entendida neste estudo como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

² Ver a tradução de Luís Afonso Heck (ALEXY, 2015).

³ Ver a opção de Virgílio Afonso da Silva (DA SILVA, 2002).

⁴ Ver a opção de Virgílio Afonso da Silva na tradução de *teoria dos direitos fundamentais* de Robert Alexy (ALEXY, 2017B).

⁵ Ver a formulação de Humberto Ávila (ÁVILA, 2016).

No caso, é importante demonstrar que a ponderação em análise é aquela feita pelos operadores do direito no momento da decisão judicial. Como afirmou Ana Paula de Barcellos, trata-se da ponderação jurídica (BARCELLOS, 2005, p. 99), o que não significa que outros poderes não necessitem, em certos casos, ponderar direitos antes de tomar decisões.

Uma vez rapidamente investigada a ponderação, principalmente como objeto do subprincípio da proporcionalidade restrita e método típico da aplicação dos princípios por parte do Judiciário, cumpre sucintamente demonstrar seus passos. A primeira lei para compreender a ponderação proposta pela Teoria dos Princípios é a lei da ponderação: quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio P2, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro P1, conforme define Alexy (2015, p. 133). No caso em tela, P1 seria o princípio de proteção da personalidade e P2 seria o princípio da liberdade de imprensa. O juiz deve decidir conforme o resultado da ponderação dos princípios em colisão (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 299).

Nesse caminho, as verificações do grau de prejuízo e do grau de importância devem ser feitas em três passos (ALEXY, 2015, p. 133). A necessária atribuição desses graus também coloca a exigência de escalas refinadas. O uso dessas escalas deve ser suportado por razões, aliando a ponderação com a argumentação jurídica (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 343), na mesma senda de Alexy (2017b, p. 549; 2017a, p. 211). A fórmula peso servirá para equacionar e controlar a relação entre graus de intensidade de intervenção e grau de importância.

Sobre os três passos para verificação, formula-se uma segunda regra da ponderação, dividida em três sub-regras, quais sejam: “o grau de intensidade de intervenção em um princípio P2 deve ser verificado e justificado; grau de importância de realização de um princípio P1 deve ser verificado e justificado; e o grau de intervenção de P2 deve ser justificado pelo grau de importância da realização de P1” (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 301).

As duas primeiras sub-regras regulam diretamente a ação de ponderar, disciplinando como deve ser realizada a ponderação (GAVIÃO FILHO; LORENZONI, 2017, p. 8). Frisa-se o importante papel da justificação racional. O juiz deve verificar e justificar os graus dos princípios, assim como explicitar o raciocínio empregado em cada um dos passos, a racionalidade da decisão e da estrutura da ponderação depende dessa fundamentação. A terceira regra “corresponde ao núcleo da ponderação. Ela diz qual deve ser o resultado da aplicação dos graus atribuídos pelo juiz no passo anteriores” (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 305).

Nessa senda, segundo leciona Simioni (2014, p. 293), partindo dos princípios como mandamentos de otimização, “a lei da ponderação exige que a decisão por um maior grau de satisfação de um princípio em detrimento de outro precisa ser justificada”. Trata-se da fundamentação dos passos como exposto acima.

O primeiro passo da estrutura da ponderação é dado como a verificação da intensidade da intervenção em P2, o que significa investigar uma grandeza concreta dentro das suas circunstâncias particulares. Isso não se confunde com o peso abstrato

do princípio. A grandeza concreta levará em conta as possibilidades fáticas e jurídicas do caso em análise.

A diferenciação entre a grandeza abstrata e concreta é importante para ponderação, visto que justificará a relação de precedência condicionada. A grandeza abstrata virá da posição que o princípio ocupa dentro do ordenamento jurídico constitucional, excluída as circunstâncias do caso concreto. Observa-se que muitas vezes essa grandeza é dada pela prática jurisprudencial dos tribunais (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 306). Aqui, não se leva em consideração as colisões entre princípios, mas o valor deste princípio no ordenamento. Frisa-se, conforme enfoque de Simioni, que Alexy defende que o peso abstrato é uma questão de direito positivo, isso significa que cada constituição pode erigir determinados princípios como mais fundamentais do que outros (SIMIONI, 2014, p. 298).

Assim, exemplifica-se com uma comparação tendo como escopo o ordenamento jurídico brasileiro, o direito à vida é mais importante que o direito à liberdade de atuação geral. Ademais, comparações com outros ordenamentos jurídicos também são possíveis, como: o direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico brasileiro é menos importante que o direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico norte-americano (GAVIÃO FILHO; LORENZONI, 2017, p. 9). A determinação do peso de um princípio jurídico depende de sua importância material dentro do sistema jurídico. Talvez, se o caso da foto não autorizada na revista de conotação erótica tivesse ocorrido na Suprema Corte Americana, o resultado seria diferente.

O segundo passo da estrutura da ponderação consiste na verificação e justificação da importância da realização de P1, determinando seu grau de importância de realização no caso concreto, além de seu peso abstrato, de forma semelhante como foi feito no princípio que sofre a intervenção. No terceiro passo, os graus atribuídos em cada um dos passos anteriores aos diferentes princípios devem ser postos em relação um com outro (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 317). Assim, pode ser formulada a terceira regra da ponderação: determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio P2 (IP2) e o grau de importância de realização de um princípio P1 (IP1), eles devem ser postos em uma relação de precedência condicionada (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 318).

Observa-se a possibilidade da relação de prevalência determinar um empate, ou seja, postos os graus em relação, nenhum prevalece sobre o outro. Nesses casos, o resultado será dado pelo espaço de ponderação estrutural para a delimitação das competências (ALEXY, 2015, p. 143). Em outras palavras, se ocorrer o empate, o tribunal constitucional não deverá determinar nenhuma consequência jurídica e, com isso, não haverá a realização de uma regra, já que se ficará no âmbito de discricionariedade do poder com maior legitimidade democrática, ou seja, o legislador.

Como já estudado na lei da colisão, quando da relação de prevalência resulta a primazia de um princípio sobre o outro, então, extrai-se uma regra do caso concreto e, com ela, está ordenada a consequência jurídica. Segundo Alexy, do resultado da relação de precedência condicionada decorre uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente e, assim, em harmonia com o sistema de direitos fundamentais (ALEXY, 2017b, p. 99). Assim, ordena-se a regra do caso de colisão de princípios, após estabelecida a relação de precedência (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 318).

Importante ressaltar que se trata de uma relação comparativa, como assinalou Sieckmann (2014, p. 267). Comparam-se os princípios em colisão, aquele que intervém e aquele que sofre a intervenção e compara-se dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto para determinar-se qual terá precedência e determinará a consequência jurídica. Percebe-se a frequente necessidade de comparar princípios e de investigar os graus de intensidade de intervenção e importância. Desse ponto, extrai-se a necessidade de mensurar os princípios (ALEXY, 2015, p. 138).

Os passos estudados e propostos, que abrangem uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção e importância de realização, dependem de certa possibilidade de medição em graus. Alexy propõem a criação de uma escala com os graus leve, médio e grave para a atribuição dos graus⁶, chamada escala triádica, para possibilitar a comensurabilidade (ALEXY, 2015, p. 138). Recordar-se que a escala triádica, por si só, não afasta a alegada incomensurabilidade da ponderação, pois, também é necessário o ponto de vista uniforme na atribuição de graus de P1 e P2 (ALEXY, 2015, p. 141).

O ponto de vista uniforme é, conforme defende Alexy, o ponto de vista da Constituição. Obviamente, é discutível qual é o grau de prejuízo de certo princípio em determinado caso concreto, usando o ponto de vista da constituição (ALEXY, 2015, p. 142). Contudo, o que se busca não é uma única resposta correta, ou que todos os intérpretes do direito cheguem sempre ao mesmo grau para todos os casos concretos, algo que o próprio Alexy já refutou (ALEXY, 2017a, p. 276), mas a racionalidade da discussão (ALEXY, 2015, p. 142).

Caso utilize-se o ponto de vista do intérprete, a racionalidade cai por terra, pois, “se um intérprete da Constituição dissesse ao outro que a partir de seu ponto de vista vale uma coisa, a partir do outro, o oposto, cada um, portanto, de seu ponto de vista tivesse razão e não só não se equivocam, mas também não podem ser criticados” (ALEXY, 2015, p. 142). Assim, cairia por terra a ponderação, pois ela não seria racional, tampouco haveria algo a partir do qual algo poderia mostrar-se falso. Com o ponto de vista uniforme, ocorre ao contrário. Destarte, “se um discurso racional sobre aquilo que vale por causa da constituição é possível, então um ponto de vista uniforme é possível” (ALEXY, 2015, p. 141).

2.3 A Fórmula peso:

A fórmula peso não é um método matemático de decisão, ela consiste numa verdadeira prova real da ponderação e da argumentação feita pelo julgador que seguir as regras propostas por Alexy. Sieckmann (SIECKMANN, 2014, p. 251) defende que é a fórmula peso que determina a aplicação dos princípios jurídicos assim como a subsunção conduz a aplicação das regras. Nesse ponto, discordamos do autor, visto

⁶ Alexy propõe duas escalas diferentes para mensurar os graus dos princípios, a escala triádica simples e a escala triádica dupla. A primeira é composta por graus leve, médio e grave, já a segunda é organizada em graus leve leve, leve médio, leve grave, médio leve, médio médio, médio grave, grave leve, grave médio e grave grave. As escalas podem ser definidas na fórmula por componentes aritméticos ou geométricos, ou seja, por 1, 2 e 3 ou 1 a 9; ou por 1, 2 e 4, correspondendo ao crescimento exponencial 2^0 , 2^1 e 2^2 . Consequentemente, na escala triádica dupla, o refinamento é muito maior, principalmente no geométrico, visto que os graus variam de 2^0 a 2^8 , ou seja, 1 a 256 (ALEXY, 2015, p. 147-148).

que a fórmula é, em sua essência, uma justificação racional para a estrutura da ponderação já empregada.

Destarte, examina-se relação da diferença, que é o núcleo da fórmula peso e que consiste em uma equação entre o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização do outro princípio. Exemplifica-se (ALEXY, 2017b, p. 603):

$$G_{12} = I_1/I_2$$

A fórmula ampla da intervenção em I_2 , que permite maior clareza do que é investigado, é definida por IP_{2C} , onde I é intervenção, P_2 é o princípio que sofre a intervenção e C é as circunstâncias do caso concreto. Designação detalhada explícita da intensidade da intervenção no princípio 2 no caso concreto é IP_{2C} e sua forma concisa é $I_2 (= IP_{2C})$ (ALEXY, 2017b, p. 602). O mesmo vale para P_1 , contudo a fórmula será: $I_1 = IP_{1C}$, lembrando-se que a investigação será sobre o grau da importância da realização do princípio em análise. Trata-se da investigação de uma grandeza concreta.

De outro giro, para a fórmula peso completa a de se adicionar mais dois elementos tanto para P_1 quanto para P_2 . Os elementos a serem acrescentados são o peso abstrato de cada princípio assim como a segurança de suas suposições empíricas.

O peso abstrato de um princípio é o peso que cabe a ele relativamente a outros princípios independentemente das circunstâncias do caso concreto. Assim: GP_{2A} , onde G é a grandeza abstrata do princípio 2, P_2 é o princípio e A corresponde a abstratividade. Designação detalhada explícita do peso abstrato é GP_{2A} e sua forma concisa é $G_2 (= GP_{2A})$. Mais uma vez, determinar-se-á o peso abstrato de P_1 com o mesmo raciocínio, contudo a fórmula será $G_1 = GP_{1A}$ (ALEXY, 2017b, p. 604).

O grau de segurança ou certeza da suposição empírica sobre o que a medida significa para a não realização de um princípio e para a realização do outro representa o terceiro par de variáveis da fórmula peso completa (GAVIÃO FILHO; LORENZONI, 2017). Nos argumentos empíricos, não se encontra uma certeza constante e uniforme a sustentar as diferentes fundamentações, portanto, há de se conviver com as certezas e incertezas geradas pelas justificações diversas. O mais importante é que a valoração da confiabilidade da fundamentação não seja feita de forma arbitrária. Um dos mais importantes critérios para a exigência da certeza é o da importância, definido pela intensidade de intervenção e peso abstrato do direito fundamental no caso concreto. Em outras palavras, trata-se da regra proposta por Alexy (2015, p. 150): “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”.

O terceiro par de variáveis será representado por S_i e S_j . A formulação completa, então, é S_i para SP_iC . Contudo, Alexy (2015, p. 148) propõe uma forma de mensurar as variáveis em comento de forma distinta das duas anteriores. O autor estabelece isso para demonstrar que tanto a força de proteção à restrição do princípio como a força de intervenção do princípio colidente desaparecem com a incerteza progressiva das premissas apoiadoras de cada um dos lados.

Assim, a fórmula peso completa adquire a seguinte configuração (ALEXY, 2014, p. 515):

$$G12 = I1.G1.S1/I2.G2.S2.$$

3. AS PROPOSTAS DE SIECKMANN

Aqui, começa-se a expor as críticas de Sieckmann ao modelo proposto por Alexy. Elas se referem preponderantemente às etapas da ponderação e à justificação pela fórmula peso no estudo “La teoría del derecho de Robert Alexy: análisis y crítica” Nessa senda, as críticas formuladas vem basicamente a partir da concepção de Alexy sobre a lei da colisão, a ponderação e a fórmula peso, conforme análise de Federico de Fazio (2016, p. 193).

Sieckmann entende que não se encontra na concepção da ponderação de Alexy a definição de um resultado ótimo⁷, visto que nem na lei da ponderação, tampouco na fórmula peso há uma definição explícita do que seria uma consequência jurídica ótima para a colisão de princípios (SIECKMANN, 2014, p. 249). Assim, o autor propõe uma conceituação do que seria otimização e o resultado ótimo a partir da ponderação e do princípio da proporcionalidade.

Tal conceito vem da concepção de que, na ponderação, devem ser otimizadas exigências opostas que não podem realizar-se integralmente. Então, o resultado ótimo seria aquele que realiza os princípios em conflitos na melhor medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, até aqui, não se afasta do que o próprio Alexy propõe.

Contudo, para a determinação da otimização do resultado da ponderação, serão utilizados, por Sieckmann, dois critérios: o critério de Pareto ótimo e o conceito do peso relativo dos princípios em conflitos, que o autor representa matematicamente por um gráfico com curvas de indiferença. Destarte, segundo o autor referido, a escolha de qual a melhor solução surge da combinação dos dois critérios e, com efeito, não apenas se conceitua um resultado ótimo, mas o resultado ótimo, vinculado com a ideia de correção e de única resposta correta (SIECKMANN, 2014, p. 262).

3.1 Pareto ótimo

Pareto ótimo é um estado que não é possível que ele seja melhorado de maneira relevante sem que seja piorado de outra forma (SIECKMANN, 2014, p. 259). Assim, na concepção da ponderação de princípios, Pareto ótimo seria a regra expressa pela consequência jurídica determinada pelo princípio que tem precedência no caso concreto, no qual não é possível que o princípio seja mais realizado sem intervir mais no outro, assim como não seria possível uma menor intervenção naquele princípio sem que o primeiro seja menos realizado.

⁷ Isto, porque, ao que parece, Sieckmann (2014, p. 256) aproxima-se da busca por uma resposta correta, que viria a partir do resultado ótimo, no qual diferentes julgadores chegariam à mesma resposta sobre o que seria um resultado ótimo. Tal não é a busca de Alexy, como ele mesmo afirma (ALEXY, 2017b, p. 549), que visa, com a ponderação, obter racionalidade com as decisões judiciais, mas não impede que resultados variados sejam igualmente passíveis de uma fundamentação racional. Assim, enquanto Alexy admite e busca apenas critérios de racionalidade para as decisões, Sieckmann visa encontrar uma resposta correta para o caso concreto, que seria resultante dos métodos de comparações de ponderações com o seu uso do Pareto ótimo.

O Pareto ótimo também corresponde à exigência do meio alternativo menos lesivo no direito constitucional. Ou seja, na necessidade da adequação da intervenção com a realização do objetivo dela, consistente num exame de idoneidade, segundo Sieckmann (2014, p. 259). Então, o resultado ótimo da ponderação, segundo Sieckmann (2014, p. 262), virá com as soluções que são tanto consideradas Pareto ótimas quanto consideradas como possíveis na curva da indiferença⁸ pelo julgador. Então, são as soluções capazes de realizar no maior grau possíveis ambos os princípios em colisão.

3.2 O peso relativo dos princípios em conflito

Aqui, não se busca demonstrar qual é o peso relativo correto que se deve atribuir aos princípios em conflito. Apenas demonstrar que, em uma ponderação de dois princípios conflitantes, se deve determinar a relação normativa relativa ao grau de realização de um princípio que está disposto a comprometer para alcançar certo grau de realização do outro princípio e, ao contrário, quanto se exige de realização de um princípio para justificar certo grau de intervenção ou de perda da realização do outro princípio em conflito (SIECKMANN, 2014, p. 261).

Nessa senda, exemplifica-se com a quantia de indenização dada à mulher que teve o seu direito à personalidade violado pela publicação e circulação de sua foto sem autorização na revista de conotação erótica. Assim, uma restrição maior seria, por exemplo, um valor de cem mil reais de indenização, dando um maior valor ao princípio da personalidade. Ou, quiçá, a proibição de circulação da revista, ante a flagrante ofensa à personalidade da mulher. Contudo, ainda que uma restrição mais severa da liberdade de imprensa possa valorizar o princípio da personalidade, não se restringe de tal modo a desvalorizar a liberdade de imprensa. Com efeito, a proibição de circulação da revista ante a mera publicação da foto inadequada não parece ser proporcional. Se aceita um equilíbrio entre a liberdade de imprensa e a personalidade.

A relação entre as perdas e ganhos jurídico-fundamentais entre a realização de ambos os princípios demonstra o peso relativo que alguém avalia à situação de colisão em análise. Assim, se alguém fundamenta uma indenização de mil reais ante a publicação da foto, estará dando um peso relativo baixo à personalidade. Ou, caso julgue como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou o caso, estar-se-ia atribuindo pesos distintos, valorando a liberdade de imprensa e desvalorizando o direito à personalidade. Nas palavras de Sieckmann (2014, p. 261), “tudo isso não demonstra qual o peso relativo correto a ser atribuído aos princípios em conflitos. Apenas demonstra que em uma ponderação é necessário que se determine a relação normativa dos graus de realização e intervenção de um princípio”.

Ademais, a ponderação exige que se limite a possibilidade de restrição de um princípio pelo outro até que se atinja um equilíbrio dentro das circunstâncias fáticas.

⁸ A curva da indiferença representa para Sieckmann diversos resultados igualmente bons considerados pelo julgador, assim, o julgador seria indiferente para quaisquer destes resultados racionais considerados. Os resultados considerados bons consistentes na curva da indiferença são as diversas decisões racionalmente possíveis sobre o caso concreto. Aqui, voltando ao já exposto, seriam os resultados que seguiriam as regras da ponderação e argumentação jurídica e, portanto, são decisões racionais. A união entre o Pareto ótimo e a curva da indiferença seria o resultado correto dentro daqueles racionalmente justificáveis e possíveis.

Aqui, o critério de como o julgador irá valorar os princípios cumpre um importante papel no peso atribuído a eles.

3.3 Pesos relativos abstratos

A representação da ponderação com o auxílio da curva da indiferença utiliza o critério de peso relativo do princípio que foi determinado pela própria ponderação. Nesse norte, Sieckmann entende que o mesmo fundamento não pode ser usado para servir de base de decisão da ponderação, porque o critério decisivo deve ser independente da situação concreta da ponderação (SIECKMANN, 2014, p. 262).

Tal critério independente da colisão de princípios específica - chamado de peso relativo abstrato, pois exclui as circunstâncias do caso concreto - é possível em virtude de outros parâmetros a serem utilizados como outras ponderações já realizadas sobre aquele princípio, o apoio de outros princípios que fundamentam a admissão de um peso relativo maior daquele ou de outro princípio (SIECKMANN, 2014, p. 263). Tais fundamentos se sustentam em diversas formas de argumentos de coerência, mas não eliminam o problema da ponderação (SIECKMANN, 2014, p. 263).

Sieckmann propõem diversas características do peso relativo abstrato de um princípio, são elas: que o peso relativo abstrato deve determinar-se independentemente do caso concreto, servindo não apenas para explicar uma ponderação realizada, mas como critério de futuras ponderações a serem realizadas; que o peso relativo abstrato se define em relação aos graus de realização e restrição feitas; que o peso relativo abstrato vale para um princípio individual, não a um conjunto de princípios em colisão (SIECKMANN, 2014, p. 262). Ressalta-se que o peso relativo não é uma propriedade de um princípio individualmente considerado, mas de quando um princípio se impõe regularmente sobre outros e, com isso, adquire um peso relativo alto. Em outras palavras, o peso relativo alto do princípio individualmente considerado vem da jurisprudência, ou seja, de decisões de colisões entre princípios, nas quais este prevaleceu (SIECKMANN, 2014, p. 265).

Então, uma vez possível determinar o peso relativo de um princípio independentemente do caso concreto da ponderação, pode-se incluir os pesos e graus de realização e intervenção como critérios parcialmente determinadores da ponderação. Assim, o critério da ponderação é que o peso determinado de um princípio é maior que o outro princípio em colisão, em virtude de seu peso relativo abstrato e dos graus de realização e intervenção no caso concreto.

3.4 Diferenças e críticas entre o modelo da otimização e a fórmula peso de Robert Alexy

Várias distinções são observadas entre o modelo de otimização proposto e a fórmula de Alexy, sendo este um dos pontos de Alexy mais criticado por Sieckmann (DE FAZIO, 2016, p. 197). Sieckmann identifica divergências entre a sua concepção de ponderação para de Alexy, principalmente no momento em que os graus de interferência ou realização dos princípios importarão nas respectivas fórmulas/métodos de avaliação das colisões de direitos fundamentais (SIECKMANN, 2014, p. 273). Alexy, neste ponto, identifica o grau de interferência/realização como a importância do princípio no caso concreto. Já Sieckmann entende o grau de interferência/realização como

um critério distinto da importância do princípio. O critério da importância do princípio é descritivo para Sieckmann, ainda que, eventualmente, surja a necessidade de avaliações para sua aplicação, ele se assemelharia ao peso relativo abstrato já exposto. Ademais, no modelo da otimização, o peso do princípio no caso concreto é uma fórmula do seu grau de satisfação e de seu peso relativo abstrato (SIECKMANN, 2014, p. 279). A precedência se determina segundo os pesos concretos dos princípios. Alexy não utiliza esta concepção de peso concreto.

A definição de peso abstrato de um princípio, para Alexy, é completamente independente de todos os casos particulares. Já o modelo da otimização de Sieckmann, entende o peso abstrato do princípio como sendo independente apenas do caso concreto sujeito à decisão, contudo, segue sendo um peso relativo aos casos passados de colisões de princípios que ele atuou (SIECKMANN, 2014, p. 274). Nessa senda, o peso relativo abstrato para Sieckmann (2014, p. 274) será sempre mais alto quanto de mais colisões ele prevaleceu frente a outros princípios. Destarte, Sieckmann critica Alexy defendendo que não se pode entender uma concepção de peso abstrato de um princípio sem analisar os conflitos que ele já teve. Observa-se que enquanto Alexy propõe um ponto de vista uniforme da constituição para avaliar os princípios, principalmente o peso abstrato, Sieckmann parece propor um ponto de vista jurisprudencial, visto que umbilicalmente ligado à solução jurisprudencial de outras colisões de princípios. Então, a proposta de Sieckmann, nesse ponto, pode ser criticada por aumentar o espaço de discricionariedade do julgador, já que a própria jurisprudência não é algo que se desenvolve de forma uniforme ou constante (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 60)⁹.

Outra crítica de Sieckmann é sobre a presença das certezas das premissas empíricas dentro da fórmula peso de Alexy. Em contraponto, o modelo da otimização não considera como um fator de ponderação a certeza dos argumentos utilizados, visto que o referido fato não é necessário para explicar a ponderação (SIECKMANN, 2014, p. 275). Isso não significa que a certeza dos argumentos não pode influenciar na ponderação, pois esta possui um importante papel para decisão. Contudo, o que Sieckmann sugere é que elas não devem influir diretamente na determinação sobre qual princípio deve preceder o outro nas circunstâncias do caso concreto. Assim, “apenas quando da incerteza não se permite chegar a uma determinação dos fatores da ponderação é que a certeza das premissas empíricas terá relevância para a ponderação”¹⁰ (SIECKMANN, 2014, p. 275). Então, ele (2014, p. 277) entende que a certeza das premissas só será relevante para a ponderação quando o resultado dela é atacada por opiniões contrárias baseadas no argumento da (des)confiabilidade dos argumentos.

⁹ Em estudo realizado sobre o ativismo judicial norte-americano. Trindade e Moraes observam três fases bem marcantes da jurisprudência estadunidense. Uma fase inicial pautada em uma concepção substancial da Constituição americana, sobrepondo-a à legislação infraconstitucional. Uma fase intermediária marcada por uma atuação pautada em componentes políticos. E uma fase moderna, identificada como Corte Warren, em que se operou verdadeira revolução constitucional na preservação dos direitos e garantias fundamentais (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 60). Com efeito, é natural que os diferentes componentes do judiciário, e da corte constitucional especificamente, afetem como se dá a atuação jurisprudencial, o que demonstra a fragilidade do argumento de Sieckmann, visto que menos objetivo que o ponto de vista uniforme da Constituição proposto por Alexy (ALEXY, 2015, p. 141).

¹⁰ Tradução livre. Original: “Solo cuando la incertidumbre no permite llegar a una determinación de los factores de la ponderación tiene relevância para la ponderación”.

Além disso, Sieckmann critica a motivação para o uso da função geométrica na escala triádica. Defende o referido autor que na obra de Alexy não ficou claro se a escala geométrica serve para representar uma característica geral da ponderação racional ou uma característica particular dos direitos fundamentais (SIECKMANN, 2014, p. 278). Ou seja, a força crescente da capacidade de resistência de um direito frente a restrições cada vez mais intensas tanto de intervenção quanto na realização é particularidade dos direitos fundamentais ou é um critério da racionalidade da ponderação em geral. Segundo Sieckmann (2014, p. 278), não pode ser as duas coisas ao mesmo tempo.

3.5 A diferença entre ponderação de primeiro nível e ponderação de segundo nível

A diferença entre a ponderação de primeiro nível e de segundo nível é importantíssima para o desenvolvimento da Teoria dos Princípios de Alexy (ALEXY, 2014, p. 524). O papel da ponderação de segundo nível pode variar de autor para autor, sendo este o momento de ponderar princípios formais¹¹ ou o momento de restringir a discricionariedade do julgador e esclarecer os critérios subjetivos que influenciam nas tomadas de decisões judiciais. Sieckmann escolhe o segundo objetivo.

De maneira semelhante a Carlos Bernal Pulido (2006, p. 18) - que incorpora a visão de mundo do julgador à sua compreensão de ponderação pela influência que ela tem na comensurabilidade dos pesos concreto e abstrato dos princípios em colisão, mesmo que ele parta do ponto de vista uniforme da Ordem Jurídica Constitucional - Sieckmann propõe um modelo de ponderação de segundo nível que permite esclarecer e comparar as diferentes decisões e argumentações no mesmo caso concreto. Antes da análise da ponderação de segundo nível, lembra-se que a falta de objetividade pura do Direito faz parte da sua essência, consoante já argumentou Hans Kelsen (2009, p. 388 e 389).

Nesse sentido, certo grau de subjetivismo do julgador influencia a interpretação do ordenamento jurídico (KELSEN, 2009, p. 387-391) e a concepção de que a aplicação do direito e as decisões judiciais sejam dotadas de completa objetividade é uma ilusão (KELSEN, 1992, p. 84), isto mesmo que se tenha uma mesma base interpretativa. Contudo, a falta de objetividade pura não nega a racionalidade da ponderação (PULIDO, 2006, p.4).

Nesse giro que Sieckmann (2014, p. 280) diferencia dois níveis de ponderação, quais sejam: o primeiro nível, no qual se analisam os argumentos substanciais do conflito de princípios - a que serve toda a formulação de ponderação estruturada por Alexy -; e a ponderação de segundo nível, na qual se avalia a reflexão intersubjetiva de cada um dos aplicadores do direito no caso concreto para se determinar, de todas as soluções racionais possíveis fática e juridicamente propostas, qual se deve seguir. Lembra-se que Sieckmann, ao contrário de Alexy, parece buscar uma resposta correta, ou, pelo menos, a resposta mais correta e com menor grau de subjetivismo.

¹¹ Aqui deve ficar claro que quando se fala em princípios formais, refere-se aos princípios formais como propostos por Alexy (2014, p. 515) e não aos princípios formais como propostos pelo modelo kelseniano (KELSEN, 2009).

Nessa senda, na ponderação de primeiro nível, analisam-se os graus de intervenção e de realização dos princípios conflitantes e de seus pesos relativos abstratos. I refere-se a realização ou intervenção de determinado princípio. G, por sua vez, relaciona-se com o peso relativo abstrato proposto por Sieckmann. Ainda, W significa o peso combinado do princípio determinado a ser calculado na fórmula peso ou no modelo de otimização. Sieckmann propõe uma fórmula matemática representada por (SIECKMANN, 2014, p. 281):

$$W1 > W2, \text{ onde } W1 = I1 \times G1 \text{ e } W2 = I2 \times G2.$$

Assim, o critério de precedência condicionada seria:

$$I1 \times G1 > I2 \times G2$$

Caso exista controvérsia acerca da solução correta, diversos aplicadores do Direito sustentariam posições de importâncias distintas para a relação de precedência condicionada dos princípios conflitantes. Assim, a força que cada um atribui a sua posição seria representada pelo quociente da importância que cada um deles atribui para a relação de precedência condicionada (SIECKMANN, 2014, p. 281). F, então, significa a relação de precedência condicionada fundamentada pelo julgador a. Matematicamente seria (SIECKMANN, 2014, p. 281):

$$F_{1,2,a} = W_{1,a}/W_{2,a}$$

Já a posição do aplicador do direito B seria:

$$F_{1,2,b} = W_{1,b}/W_{2,b}$$

Ademais, as posições podem ser mais ou menos confiáveis. Isto pode ser representado pelos fatores Ra e Rb (SIECKMANN, 2014, p. 281). Então, o critério para a ponderação de segundo nível é o produto da força que um agente atribui para sua posição multiplicada pela confiabilidade de sua posição. Sendo assim, pode-se por A em uma relação com a posição de B, observa-se (SIECKMANN, 2014, p. 281):

$$F_{1,2,a} \times R_a > F_{1,2,b} \times R_b$$

Para melhor compreensão, retorna-se ao exemplo já utilizado, o Recurso Especial 1.243.699, que trata sobre a colisão entre os direitos fundamentais de personalidade da mulher que foi de biquíni à praia e de liberdade de imprensa da revista que utilizou sua foto sem autorização na revista de cunho erótico. O juízo de primeiro grau, na fundamentação de sua sentença, reconhece a prevalência condicionada do direito de personalidade da autora da ação sobre a liberdade de imprensa, visto que não havia caráter informativo, mas apenas lucrativo, expondo a “imagem da autora, de forma sexual, para o público masculino da revista de propriedade” da ré. A indenização pelo ato ilícito foi fixada em quinze mil reais ante a violação do direito de personalidade da ofendida.

Em contrapartida, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, argumentando que a revista apenas “retrata a autora como ela se apresentou na praia, em espontânea exposição ao público, com vestimenta que deixa à mostra partes do corpo humano, de modo que a utilização de sua imagem não invadiu sua privacidade”, devendo, então, preponderar o direito de liberdade de imprensa. Tal caso demonstra como os diferentes julgadores podem utilizar argumentos racionais distintos para chegar a diferentes

conclusões. A maior contribuição de Sieckmann é a de possibilitar uma comparação racional entre as decisões distintas.

Assim, pode-se afirmar que o aplicador do direito A, no caso o juízo de primeiro grau, entendeu pela prevalência do direito de personalidade. Já o aplicador do direito B, no caso o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, defendeu a prevalência do direito de liberdade de imprensa. Destarte, Sieckmann propõe, por meio da fórmula anterior apresentada, que se ponham as diferentes ponderações racionais numa relação para se determinar qual a melhor a se seguir, verificando qual a argumentação que melhor se sustenta, conforme o ordenamento jurídico e a argumentação racional.

3. CONCLUSÃO

Sieckmann pretende encontrar uma resposta certa no caso concreto, uma resposta que seja ótima e se siga em detrimento das outras. Apesar de não utilizar a expressão “resposta correta”, ele se propõe a achá-la tanto com o segundo nível da ponderação como com a decisão ótima, o que não é a pretensão de Alexy com a fórmula peso. Assim, entende-se que o objetivo de Alexy é formular uma ponderação que permita rebater as críticas da irracionalidade das decisões. O objetivo da fórmula peso é de servir de fórmula real para a conferência do resultado racional estruturado pela lei da colisão. Não há, nas propostas de Alexy, uma tentativa de definir a resposta correta a ser seguida. Esse fato é, inclusive, diversas vezes mencionado pelo próprio autor nas referências ao discursivamente possível.

Nessa senda, caso se examine as propostas dos dois autores e compare-as com o RESP 1.243.699, consoante a Teoria de Alexy, tanto as ponderações feitas pelo juízo de primeiro grau e pelo Superior Tribunal de Justiça, que julgaram a favor do direito de personalidade, quanto a feita pelo Tribunal de Justiça são racionais, visto que não há uma resposta correta, mas sim uma teoria que traz racionalidade para a ponderação, possibilitando a crítica e, inclusive, resultados distintos, desde que bem fundamentados. Já na ótica de Sieckmann, provavelmente apenas um dos resultados atingiria o Pareto-ótimo por ele proposto e, conseqüentemente, os outros resultados estariam equivocados, apesar de serem possíveis.

Com efeito, quanto a crítica em si, entende-se que Sieckmann, neste ponto, critica Alexy em algo que ele não se propôs a fazer – que é determinar qual a resposta correta para o caso concreto. Nesse sentido, Sieckmann, utilizando as formulações de Alexy, tenta ir além. Uma vez entendida a ponderação como uma atividade racional, ele pretende buscar qual das decisões racionais e possíveis fática e juridicamente é a melhor para o caso concreto. Com efeito, a fórmula matemática da ponderação de segundo grau permite uma maior racionalidade, tanto numa eventual busca pela decisão ótima, quanto da própria racionalidade da discussão e crítica das decisões judiciais, pois dá maior clareza as possíveis críticas e diferentes interpretações das diversas situações jurídicas apresentadas ao intérprete do Direito, o que demonstra sua compatibilidade com o desenvolvimento da Teoria dos Princípios.

Quanto às críticas sobre o peso relativos dos princípios, verifica-se uma vinculação que se considera demasiada com a jurisprudência, visto que, em último grau, os precedentes seriam os definidores do peso relativo de cada um dos princípios fun-

damentais. Entende-se que a jurisprudência e os precedentes constituem não apenas bons argumentos como efetivas garantias de direito, contudo, ser essa a única vinculação em detrimento da própria história constitucional, ordenamento jurídico e possíveis modificações do poder constituinte reformador parece uma escolha equivocada, razão pela qual a crítica, em nossa opinião, não tem o condão de demonstrar algum equívoco na estrutura dos pesos abstratos propostos por Alexy.

Por fim, considera-se que as críticas de Sieckmann discutem importantes pontos da Teoria dos Princípios e efetivamente contribui para o seu desenvolvimento. A ponderação de segundo nível merece estudos aprofundados, já que é um interessantíssimo instrumento de comparação de decisões racionais, tendo valor tanto no controle como na diminuição de subjetivismos nas decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4.ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. *Formal principles: Some replies to critics*. In *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 12, I. 3, Julho de 2014, p. 511-524.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 4.ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017b.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. *Revista de Direito Administrativo*, nº 215, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1243699/RJ, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016, publicado no DJe em 22/08/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521146&num_registro=200901083646&data=20160822&formato=PDF>. Acesso em 10 de maio de 2019.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Sobre o Neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais*. *Revista da ESMESC*, v. 19, n. 25, 2012.

DE FAZIO, Federico. *Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy: Analisis y Crítica de Jan-R Sieckmann*. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, num. 44, 04/2016, Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 193-199.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais* nº 798, 2002, 23-50.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LORENZONI, Pietro Cardia. *Uma análise crítica das propostas de aperfeiçoamento da racionalidade da fórmula peso em Alexy e Pulido*. Trabalho apresentado ao UNOESC Robert Alexy International Legal Seminar, Chapecó, 2017.

KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Interpretation*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford, Clarendon Press, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. *The rationality of balancing*. In *Archiv Fuer Rechts- Und Sozialphilosophie* 92 (2):195-208, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIECKMANN, Jan-R. *La teoría del derecho de Robert Alexy: Análisis y crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Nº 53, 2011.