



A fundamentação das decisões jurídicas segundo Robert Alexy - e a utilização da ponderação pelo STF na ADPF 130

Silvia Helena de Oliveira¹

Como Citar:

DE OLIVEIRA; Silvia Helena. A fundamentação das decisões jurídicas segundo Robert Alexy – e a utilização da ponderação pelo STF na ADPF 130. Revista Sociedade Científica, vol.7, n. 1, p.404-419, 2024. <https://doi.org/10.61411/rsc202416317>

DOI: 10.61411/rsc202416317

Área do conhecimento: Ciências Jurídicas

Palavras-chaves: Prática argumentativa; transparência e legitimidade.

Publicado: 24 de janeiro de 2024

Resumo

Essa pesquisa visa abordar os procedimentos e pressupostos da teoria proposta por Alexy, enfatizando o objetivo do Autor ao construir essa complexa e sofisticada teoria, para entender o direito como uma prática argumentativa, que tornaria o resultado racional se fossem adotados corretamente os procedimentos de argumentação racional, pressupondo uma conexão entre teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, a máxima da proporcionalidade decorre da natureza dos princípios, pois a proporcionalidade possui três máximas parciais, da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Comparando o termo ponderação utilizado pelo STF em suas decisões, para responder a seguinte questão: a teoria proposta por Alexy é adequada para ser aplicada no Brasil? Os Tribunais aplicam de maneira correta? Ao final verificamos que o procedimento utilizado pelo STF, se afasta muito da proposta de Alexy, pois não observa os procedimentos e pressupostos suficientes para conferir legitimidade e transparência às decisões judiciais.

Abstract

This research aims to address the procedures and assumptions of the theory proposed by Alexy, emphasizing the author's objective in constructing this complex and sophisticated theory, to understand law as an argumentative practice, which would make the result rational if the procedures of rational argument were correctly adopted, presupposing a connection between the theory of principles and the maxim of proportionality, the maxim of proportionality arises from the nature of the principles, as proportionality has three partial maxims, adequacy,

¹Faculdade de Direito do Sul de Minas ✉



necessity (commandment of the least burdensome means) and proportionality in the strict sense (commandment of weighing itself). Principles are optimization commands in the face of legal and factual possibilities. The maxim of proportionality in the strict sense, that is, the requirement for balancing, results from relativization in the face of legal possibilities. Comparing the term weighting used by the STF in its decisions, to answer the following question: is the theory proposed by Alexy suitable to be applied in Brazil? Do the Courts apply it correctly? In the end, we found that the procedure used by the STF is very different from Alexy's proposal, as it does not observe sufficient procedures and assumptions to provide legitimacy and transparency to judicial decisions.

1. Introdução

Robert Alexy contribuiu de forma significativa para a reflexão a respeito da interpretação das decisões jurídicas, com as obras “teoria da Argumentação Jurídica” e “teoria dos direitos fundamentais”. Sua teoria foi pensada para a sociedade Alemã, conhecida por sua grande força econômica, sendo o país mais rico da Europa e com considerável protagonismo político da união Europeia [1], um contexto muito distinto do vivenciado no Brasil, justificando assim, a preocupação de vários juristas quanto a utilização desta teoria pelo judiciário brasileiro, em especial, o Supremo Tribunal Federal.

Esse artigo visa abordar a teoria de Robert Alexy, verificando que o Autor se utiliza da linha dos discursos gerais de Jurgen Habermas [10], buscando entender o direito como uma prática argumentativa, que tornaria o resultado racional se fossem adotados corretamente os procedimentos de argumentação racional.

A busca por entender as decisões judiciais de forma racional, motivaram Alexy, num primeiro momento a propor o direito como uma prática argumentativa, usando os preceitos de Habermas, e, num segundo momento concentrou-se na construção de métodos de argumentação jurídica para tratar as questões de direitos fundamentais, especificamente quando há colisão de preceitos fundamentais, o Autor desenvolve uma distinção entre regras e princípios, visando fundamentar um procedimento de decisão jurídica para casos difíceis, nos quais a força de um princípio de direito fundamental



deve ceder para ser possível a prevalência do outro, sustentando a possibilidade de ponderação de princípios [10].

No segundo momento, verificaremos o procedimento proposto pelo Autor, em especial, a diferenciação entre regras e princípios, enfatizando que a referida diferença se mostra com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Um conflito entre regras somente pode ser solucionado mediante a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, caso contrário uma das regras deve ser declarada inválida. No âmbito da colisão entre os princípios um deles não será invalidado, mas afastado, cedendo perante a força do outro, diante das circunstâncias do caso concreto.

A teoria de Alexy pressupõe uma conexão entre teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, a máxima da proporcionalidade decorre da natureza dos princípios, pois a proporcionalidade possui três máximas parciais, da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fálicas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas [10].

A questão central é: os tribunais brasileiros utilizam a teoria proposta por Alexy? Observam os procedimentos desenvolvidos pelo Autor? Ou existe uma teoria criada pelos Tribunais, em especial o STF.

Após percorrermos a teoria apresentada por Alexy, faremos uma análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, que trata da liberdade de informação jornalística e menciona o procedimento da ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada, entendendo pela precedência do primeiro bloco [11].



Esmiçar a decisão do STF e comparar os parâmetros utilizados com a teoria proposta por Alexy, nos possibilita compreender a dimensão e a necessidade da existência de um procedimento que possa conferir legitimidade e segurança às decisões judiciais, pois da maneira em que a ponderação é utilizada pelos Tribunais, abre brechas para decisões arbitrárias e parciais.

2. **Teoria da argumentação proposta por Roberto Alexy**

Robert Alexy, atualmente professor de direito público e filosofia do direito na Christian-Albrechts-Universität, em Kiel, no norte da Alemanha. Dentre outras obras, sua grande contribuição para o direito foi feita por ocasião da sua tese de PHD, em 1976, “teoria da argumentação Jurídica”. Outra contribuição de grande relevância veio em 1985, com a publicação da “teoria dos direitos fundamentais” [10].

Importante ressaltar que a teoria de Alexy foi pensada para a sociedade Alemã, conhecida por sua grande força econômica, sendo o país mais rico da Europa e com considerável protagonismo político da união Europeia [1], um contexto muito distinto do vivenciado no Brasil, justificando assim, a preocupação de vários juristas quanto a utilização desta teoria pelo judiciário brasileiro, em especial, o Supremo Tribunal Federal.

Simioni, no artigo “ponderando a ponderação: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais”, reflete sobre as implicações da utilização da teoria de Alexy para as sociedades periféricas e desiguais como a do Brasil. Apontando como principal característica da utilização da referida teoria pelo judiciário brasileiro, a ponderação seletiva, como exemplo, no RE 631240/MG, de 03/09/2014, do Tribunal Pleno do STF, a afirmação ambivalente de que “o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível”, significando que o INSS não tem mais o dever legal de conceder a prestação correta, a prestação de direito, ou seja, a prestação correta se transforma: não mais numa questão



de correção, mas de vantagens. A relativização do direito fica evidente: não se trata de uma relativização no sentido mais vantajoso, mas no sentido “mais vantajoso possível”, isto é, no sentido mais vantajoso de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas da situação concreta que, no caso do Brasil, sempre é uma situação pouco vantajosa para os grupos sociais periféricos [8].

Por esse motivo, mesmo que a teoria da argumentação seja uma empolgante discussão sobre o problema da fundamentação das decisões jurídicas, cujo objetivo principal consiste na aproximação entre direito e filosofia, em especial, uma aproximação entre os discursos jurídicos e os discursos práticos gerais, é importante fazer uma análise mais atenta às peculiaridades inerentes aos países desenvolvidos, Pois a construção teórica gira em torno das questões técnicas do direito positivo e questões práticas da correção moral da justiça [8], sendo que, no caso mencionado por Simioni, a aplicação do STF se afasta da correção moral da justiça, servindo para agravar as injustiças sociais.

Ao iniciar a introdução da obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, Alexy ressalta que o problema da fundamentação das decisões jurídicas é um dos poucos fatores reconhecidos pela maioria dos juristas [3]. Conseguimos visualizar essa compreensão nos ensinamentos de Karl Larenz, quando o Autor aborda a discussão metodológica atual, inferindo que a jurisprudência, em sua essência, consiste na aplicação das valorações legais, as leis são, ao menos no âmbito do Direito privado, instrumentos de regulação de conflitos de interesses previsíveis e típicos entre particulares ou grupos sociais, de tal modo que um interesse tenha de ceder a outro na exata medida em que este possa prevalecer [4].

A assertiva de que: “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas *não é senão* uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas”, revela que ao Juiz não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. A



decisão dependerá das questões relativamente às quais o legislador ainda não adotou qualquer posição [4].

Nesse ponto, o Juiz é remetido para a sua intuição valorativa, para a sua capacidade de julgar, mas a crítica à valoração judicial reside exatamente nesse contexto, afirmando que na prática a valoração tem substituído a valoração legislativa, atribuindo à valoração utilizada nas decisões judiciais um status de opção pessoal, não passível de uma fundamentação racional. Mas a subsunção requer, em muitas das vezes que a situação a ser subsumida seja previamente interpretada, estabelecendo-se o sentido preciso e determinante, do mesmo modo que ocorre com a interpretação das leis, pressupondo a compreensão de expressões alheias, que muitas das vezes não se restringem às exigências do conceito positivista da ciência [4].

A metodologia contemporânea não segue uma linearidade, Alexy aponta 04 motivos para essa complexidade: 1) a imprecisão da linguagem do Direito; 2) a possibilidade de conflito entre as normas; 3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídico, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente; e 4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma [3].

O caminho percorrido por Alexy é o procedimentalista, da linha dos discursos gerais de Jürgen Habermas [10], buscando entender o direito como uma prática argumentativa, que tornaria o resultado racional se fosse adotado corretamente os procedimentos de argumentação racional.

Diante da dificuldade de valorar as decisões judiciais, e entendê-las de forma racional, Alexy, num primeiro momento propõe o direito como uma prática argumentativa, usando os preceitos de Habermas, e, num segundo momento concentra-se na construção de métodos de argumentação jurídica para tratar as questões de direitos fundamentais, especificamente quando há colisão de preceitos fundamentais, o Autor desenvolve uma distinção entre regras e princípios, visando fundamentar um



procedimento de decisão jurídica para casos difíceis, nos quais a força de um princípio de direito fundamental deve ceder para ser possível a prevalência do outro, sustentando a possibilidade de ponderação de princípios [10].

O Autor explica que os métodos de interpretação são os principais elementos para a apresentação de regras e procedimentos a serem utilizados para solucionar o problema da fundamentação jurídica. No entanto, os tipos e números de interpretações são controvertidos, como exemplo temos Savigny [4] que distingue o elemento gramatical, lógico, histórico e sistemático da interpretação, já Larenz [4] afirma que existem cinco critérios de interpretação o sentido literal, o significado da lei segundo o contexto, as intenções e metas normativas do legislador histórico, os critérios objetivo - teleológico e o mandamento de interpretação conforme a constituição.

Essa divergência entre o número de interpretação e a ausência de hierarquia, que podem gerar resultados diferentes. Ou seja, o resultado da decisão será definido de acordo com o critério de interpretação de cada interprete, evidenciando uma dificuldade na imprecisão da regra. Por esse motivo, Alexy salienta que os tipos de interpretações não podem ser usados de forma exclusiva para fundamentar as decisões, considerando que a metodologia jurídica pode solucionar o problema com as regras e procedimentos [3].

A análise e construção da teoria de Alexy ressalta a importância de reconhecer que a decisão jurídica vai além da subsunção dos fatos à norma, mas exige a valoração do aplicador, veremos na segunda parte deste artigo que, as decisões para refletirem a realidade, necessitam de atender as demandas reais, que muitas das vezes não estão prescritas em lei, ou embora exista dispositivo legal, a mera subsunção não atenderá os anseios e necessidades do demandante.

O questionamento que Alexy apresenta é relativo à medida dessas valorações e sua relação com os métodos de interpretação, enunciados e conceito da dogmática jurídica, e como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas [3].



A resposta a esse questionamento engloba o caráter científico da jurisprudência, sendo de grande relevância para abordar a questão da legitimidade das decisões judiciais para solucionar os conflitos sociais. Haja vista que, mesmo que tais valorações não possam ser fundamentadas racionalmente, quando tratam de determinado fato, passam a ser utilizadas como regulações de conflitos. Sendo adotadas por profissionais da área, para fundamentar e amparar situações semelhantes.

Quando Alexy se refere à “esboço de uma teoria do discurso prático racional geral, está se referindo ao conjunto de análises feitas na Filosofia da Linguagem pragmático-transcendental de Habermas. Essa concepção envolve analisar regras e formas de argumentação hábeis para a fundamentação racional das proposições empírico-teóricas e práticas [5].

O ânimo habermasiano é retirar o sujeito da subjetividade (individualidade) para a intersubjetividade, do pessoal para o interpessoal, para que, por meio da interação, o indivíduo possa se ver através da perspectiva alheia e, assim, reflita, sobre as suas convicções, sobre as suas ideias [5].

Dessa maneira Habermas postula a mudança da razão prática pela razão comunicativa. Afirmar que o agir comunicativo é voltado para o entendimento, para o consenso racional, busca, cooperativamente e sem reservas, ao assumir o papel de falante e ouvinte, de maneira franca e aberta, com a mesma dignidade de todos os debatedores, alcançar um acordo racional, com esteio na força do melhor argumento, ainda que para tanto tenha que renunciar ou abrir mão de seu ponto de vista inicial [5].

Somente são válidas as normas que encontrem o assentimento de todos, esse procedimento é denominado de ética do discurso, e é composta pela liberdade comunicativa, ou seja, confere ao sujeito a faculdade de participar ou não do debate social, e no caso de não participar, poderá contraditar a deliberação a qualquer momento. Assim, a decisão alcançada deve ter a qualidade de convencer racionalmente inclusive aqueles que não foram ao debate [5].



Consiste assim, na concepção do acordo válido universal, mas que não tem caráter absoluto, ou melhor, o que se busca é a decisão mais acertada através do diálogo, processo em contínuo aperfeiçoamento [5].

Para Habermas o Estado de bem-Estar, carrega um déficit de democracia, pois com suas intervenções antecipadas, prejudica o agir comunicativo, pois não garante a negociação, mas sim, impõe as decisões [5].

Alexy assume grande parte dos pressupostos da Teoria do Discurso de Habermas, mas a sua distinção pode ser apontada em duas questões, a primeira consiste na busca de indicar uma teoria consensual sobre a fundamentação racional, legítima dos direitos fundamentais, não pretende justificar epistemologicamente a função mediadora do Direito para uma teoria social, mas demonstrar como a pretensão de correção poderia ser alcançada no direito. E a segunda questão está direcionada ao questionamento do discurso de fundamentação produzido pelo Poder Legislativo [5].

A proposta de Alexy vai além da teoria de Habermas, com o aprofundamento dos requisitos necessários para uma argumentação jurídica, se valendo do discurso prático, identificando as regras, e as diferenciando dos princípios.

3. **Regras e princípios e sua utilização pelo STF ADPF 130**

O critério mais utilizado para distinguir regras de princípios é da generalidade, cujo princípio é norma com grau de generalidade relativamente alto, enquanto regras são normas com grau de generalidade relativamente baixo. Exemplo de princípio: norma que garante a liberdade de crença, de outro lado temos a regra, norma com grau de generalidade relativamente baixa, que seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença [2].

Assim, quanto mais aberta for a norma, mais caráter de princípio ela tem, e quanto mais específica, mais estrita, mais fechada for a norma, mais caráter de regra ela tem, como exemplo podemos utilizar a liberdade de expressão que é genérica, aberta e,



portanto, um princípio. Enquanto que uma norma que afirma condições ou restrições a essa liberdade de expressão é restrita, mais fechada e, portanto, uma regra [10].

O ponto decisivo de distinção entre regra e princípios é: princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras contêm determinações, que são cumpridas ou não [2].

A diferença entre princípios e regras mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Um conflito entre regras somente pode ser solucionado mediante a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, caso contrário uma das regras deve ser declarada inválida. No âmbito da colisão entre os princípios um deles não será invalidado, mas afastado, cedendo perante a força do outro, diante das circunstâncias do caso concreto.

O STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, ao tratar da liberdade de informação jornalística, faz a ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada, entendendo precedência do primeiro bloco [11].

No julgamento, após extensa fundamentação do Relator Carlos Brito, o Ministro Menezes Direito, no voto-vista, visando confirmar o voto do relator, mencionou o processo de ponderação, citando o caso Lebach, nas fls. 86 do acórdão. Contudo, desconsidera a parte final da decisão proferida pelo Tribunal constitucional Alemão, na Reclamação promovida por um dos condenados, afirmando que na decisão referente ao



caso Lebach teria restado íntegro o direito de noticiar fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito da personalidade [11].

Veja que o Supremo Tribunal Federal utiliza-se do exemplo de Alexy de forma parcial, já que nessa decisão estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado "O assassinato de soldados em Lebach". Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada. O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor ajuizou, então, uma reclamação constitucional contra essas decisões [2].

Para solucionar a questão, o Tribunal usou do "sopesamento", pois foi constatada uma situação de tensão entre a proteção da personalidade garantida pelo art. 20, § 1º, combinado com o art. 1º, § 1º, da Constituição alemã, e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5º, § 1º, cujos valores abstratos estão no mesmo nível [2].

Num segundo passo, o Tribunal Alemão sustenta uma precedência geral da liberdade de informar (P^2) no caso de uma "informação atual sobre atos criminosos" (Ci), ou seja; ($P^2 \succ P \succ P_i$) Cl. Essa relação de precedência é interessante, porque nela se sustenta apenas numa precedência geral ou básica. Isso significa que nem toda informação atual é permitida [2].



A decisão ocorre na terceira etapa. Nela, o tribunal constata que, no caso da "repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação", que "coloca em risco a ressocialização do autor" (C2), a proteção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que, no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia. Nesse sentido, vale o enunciado de preferência (P1 P P2) C, e, é composto por quatro condições (repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização). A regra C2 --7 R, que corresponde ao enunciado de preferência, é uma regra com quatro atributos de suporte fático, com a seguinte estrutura [2]:

(6) T1 e T2 e T3 e T4 --7 R.

Ou seja: uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse atual pela informação (T2), sobre um grave crime (T3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais [2].

Alexy afirma que há uma conexão entre teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, a máxima da proporcionalidade decorre da natureza dos princípios, pois a proporcionalidade possui três máximas parciais, da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas [2].

A teoria fixa um procedimento, que foi desconsiderado pelo Ministro Menezes ao trabalhar com o exemplo de Alexy, utilizando parcialmente para fundamentar a precedência da liberdade de divulgar fatos criminosos. Ressaltando que nas fls. 274 do acórdão, o Ministro Gilmar Mendes complementa a fundamentação relativa ao caso Lebach, se limitando a afirmar que a ponderação deve ser feita conforme o caso



concreto, mas não aborda as três máximas parciais, da adequação, necessidade e proporcionalidade [11].

Nessa mesma linha, segundo o Ministro Celso de Melo, ocorrendo situação de **conflito de liberdades ou de colisão de direitos**, caberá, ao magistrado, em ordem a superar o antagonismo existente, valer-se do método da ponderação concreta de valores. Essa ponderação concreta de valores não observa os procedimentos fixados por Alexy. O ministro Gilmar Mendes afirma que, no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforçasse o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetido a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade [11].

Veja que o STF trata da ponderação de forma distinta da teoria de Alexy, sustentando que diante dos conflitos de direitos, de normas, é necessário a atenuação de uma norma para fazer prevalecer a outra. Evidenciando que o no Brasil, existe uma teoria da ponderação criada pelo judiciário, sem procedimentos objetivos, que aumentam demasiadamente, a insegurança nas decisões dos Tribunais.

4. **Considerações finais**

Neste trabalho, houve a pretensão de evidenciar a importância da temática da interpretação da decisão jurídica, apresentando o procedimento proposto por Robert Alexy, seus fundamentos e pressupostos. Entendendo que o Autor objetiva discutir o problema da fundamentação das decisões jurídicas, trabalhando na busca da aproximação entre direito e filosofia, em especial, uma aproximação entre os discursos jurídicos e os discursos práticos gerais, construindo uma teoria que gira em torno das questões técnicas do direito positivo e questões práticas da correção moral da justiça



[11], sendo que, no caso mencionado por Simioni, a aplicação do STF se afasta da correção moral da justiça, servindo para agravar as injustiças sociais.

Ao analisarmos o procedimento de ponderação mencionado pelo STF na ADPF 130, constatamos que o Tribunal pondera situações de **conflito de liberdades ou de colisão de direitos**, no intuito de superar o antagonismo existente, valendo-se do método da ponderação concreta de valores. Essa ponderação concreta de valores não observa os procedimentos fixados por Alexy. O ministro Gilmar Mendes afirma que, no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforçasse o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação [11].

Vimos que na decisão do STF há uma confusão entre normas e princípios, se afastando da máxima sustentada por Alexy, que consiste na conexão entre teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, a máxima da proporcionalidade decorre da natureza dos princípios, pois a proporcionalidade possui três máximas parciais, da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, a exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas* [11].

O termo ponderação vem sendo uma estratégia adotada pelo STF para sustentar a prevalência de um direito sobre o outro, sem, contudo, apresentar um procedimento que possa conferir transparência e legitimidade à decisão judicial. A proposta de Alexy é justamente afastar as decisões arbitrárias, tentando produzir procedimentos que conduzam a interpretação e decisão jurídica com correção moral. Porém, as decisões brasileiras estão distantes dessa realidade, não somente pelas características de sociedade periférica, mas pela postura do judiciário que concentra nas decisões judiciais



o poder de decidir sem analisar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da decisão em relação às partes interessadas, comprometendo, assim, a legitimidade das interpretações e decisões judiciais.

5. **Biografia**



Silvia Helena de Oliveira, Mestranda em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) – Pouso Alegre/MG. Graduada em Direito Pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo (UNISAL). Possui Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNISAL e Formação de Docentes para o ensino Superior pela UNISAL. Advogada da Indústria de Material Bélico do Brasil. Integrante do grupo de pesquisa Novos Rumos do Direito do Trabalho (Cood.

6. **Declaração de direitos**

O(s)/A(s) autor(s)/autora(s) declara(m) ser detentores dos direitos autorais da presente obra, que o artigo não foi publicado anteriormente e que não está sendo considerado por outra(o) Revista/Journal. Declara(m) que as imagens e textos publicados são de responsabilidade do(s) autor(s), e não possuem direitos autorais reservados à terceiros. Textos e/ou imagens de terceiros são devidamente citados ou devidamente autorizados com concessão de direitos para publicação quando necessário. Declara(m) respeitar os direitos de terceiros e de Instituições públicas e privadas. Declara(m) não cometer plágio ou auto plágio e não ter considerado/gerado conteúdos falsos e que a obra é original e de responsabilidade dos autores.

7. **Referências**

1. Alemanha. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/alemanha.htm>. Acesso em 27/01/2023.
2. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
3. ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.



4. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do Direito. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
5. MORAIS, Fausto Santos de; IVANOFF, Felipe de; SANTOS, José Paulo Shneider dos. Elementos da argumentação jurídica de Roberto Alexy. *In*: Inovações em interpretação e decisão jurídica no Brasil. Org. Rafael Lazzaroto Simioni – São Paulo: Editora Max Limonad, 2018, p. 104.
6. OLIVEIRA, Fábio C. S. Morte e vida da constituição dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
7. PEIXOTO, Fabiano Hartmann. A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica. 2015. 275 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18603>. acesso em 27/01/2023.
8. SIMIONI, R. L. Ponderando a ponderação: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 2, e215104, 2021.
9. SIMIONI, R. L. Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy. *Revista do Curso de Direito da FSG. Caxias do Sul*. Ano 4. N.7. jan/Jun.2010, p. 135-150.
10. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.
11. STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. ADPF 130, Relator Ministro Carlos Britto, DJE nº. 208. Publicação 06/11/2009. Ementário nº. 2381-1. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 18/01/2023.