

## RESENHA

## Novas possibilidades para o debate nacional acerca dos princípios: sobre “Crítica da Ponderação: Método Constitucional entre a Dogmática Jurídica e a Teoria Social”

DAVID F. L. GOMES

Doutor, mestre e bacharel em Direito pela UFMG. Professor do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da UFMG.

Email: davidflgomes@yahoo.com

A discussão sobre princípios jurídicos tem dominado, já há alguns anos, os campos da Teoria do Direito e do Direito Constitucional no Brasil. Seja servindo de base a uma nova classificação das normas constitucionais, oferecendo-se como novo parâmetro para a aplicação dos direitos fundamentais ou mesmo elevando-se à condição de plataforma para uma reelaboração teórica da compreensão em geral do Direito, os princípios têm estado no centro das questões mais relevantes enfrentadas tanto no âmbito zetético quanto no âmbito dogmático.

Todavia, reduzido com frequência a uma polarização entre Ronald Dworkin e Robert Alexy, o debate acerca dos princípios tem perdido o potencial que inicialmente parecia carregar, dando ensejo muitas vezes a discussões estereis e pouco fundamentadas, que parecem rodar sobre si mesmas sem conseguir enxergar ou apontar qualquer caminho a seguir.



Se, no Brasil, R. Dworkin é o suposto antípoda comumente convocado pelos teóricos e operadores do Direito para se opor a R. Alexy – estratégia argumentativa que, por si só, já apresenta problemas teóricos de fundo constantemente negligenciados –, em outros cenários jurídicos o debate tem tomado outros rumos. Esses outros rumos não são necessariamente melhores, nem piores. Mas, como rumos simplesmente diferentes, podem contribuir para a oxigenação e a renovação do debate brasileiro.

Um desses outros cenários jurídicos é a Alemanha, berço teórico da obra de R. Alexy. Oferecer um panorama de algumas das principais críticas que têm sido formuladas a R. Alexy no contexto jurídico alemão é o objetivo da obra coletiva organizada por Ricardo Campos e publicada pela editora Saraiva neste ano de 2016, com o título “Crítica da Ponderação: Método Constitucional entre a Dogmática Jurídica e a Teoria Social”.

Como o próprio nome do livro revela, seu foco é a ponderação alexyana, internamente vinculada à sua compreensão do que sejam princípios jurídicos, direitos fundamentais e o Direito como um todo. Mas, além disso, a ponderação de Robert Alexy deixa entrever também uma determinada concepção da sociedade ou do social, concepção que – conquanto nunca suficientemente explicitada pelo próprio autor – subjaz a seu corpo teórico e, por isso mesmo, deixa uma seara aberta para que a crítica a essa ponderação possa também partir da Teoria Social.

De início, é preciso ressaltar que o livro enfrenta dificuldades inevitáveis em todo trabalho de tradução. Essas dificuldades acentuam-se, em primeiro lugar, quando o que está em jogo é a tradução entre dois idiomas – o alemão e o português – que, quando bem manuseados, são ambos extremamente complexos em sua estrutura gramatical, sua tessitura semântica e suas possibilidades pragmáticas. Em segundo lugar, tais dificuldades tornam-se maiores

também pelo fato de tratar-se de uma linguagem teórica – conceitos-chave, articulações específicas entre esses conceitos, concepções de fundo, pressuposições e referências fundamentais implícitas ou inclusive expressas, mas não devidamente esmiuçadas – com a qual a leitora e o leitor no Brasil não estão, provavelmente, familiarizados. Nada disso, porém, representa um obstáculo à compreensão dos textos que compõem a obra, nem diminui o mérito dos responsáveis por sua tradução: Ricardo Campos, Pedro Henrique Ribeiro, Eduardo Vandrey - Lema Garcia e Octaviano Padovese de Arruda.

Ino Augsberg, sucessor de R. Alexy na cátedra de Filosofia do Direito e Direito Público na Christiar-Albrechts Universität, em Kiel (CAMPOS; RIBEIRO, 2016, p. 17), dá o tom geral do livro no texto introdutório: não se trata simplesmente de uma contraposição entre a ponderação e a crítica da ponderação. Trata-se, antes, de explorar as diferenças e similitudes entre ambas, diferenças e similitudes que podem, exatamente, revelar a contribuição própria que o livro tem a oferecer:

Nesse sentido, a teoria e a crítica da ponderação não devem ser tratadas simplesmente para se aferir qual joga melhor que a outra. Mais produtivo e mais útil parece ser observar as abordagens em relação ao procedimento da outra sem, com isso, querer fazer da pluralidade dissonante um coro harmônico. (AUGSBERG, 2016, p. 31)

No segundo texto, Andreas Fischer-Lescano questiona, por um lado, até que ponto a ponderação acaba por abrir espaço para restrições aos direitos fundamentais, uma vez que outros bens jurídicos são trazidos para o mesmo nível desses direitos e os objetivos do Estado passam a ser lidos como valores constitucionais. Por outro lado, questiona também em que sentido a concordância prática a que a ponderação visa não impede que as contradições sociais reais, com o caráter incomensurável e inconciliável dos interesses que nelas entram em conflito, possam ser traduzidas de maneira mais adequada para a linguagem do Direito:

Contra esses reducionismos político e econômico, eu gostaria de formular, nos tópicos seguintes, duas teses (...). (FISCHER-LESCANO, 2016, p. 49)

Começemos com a primeira tese: as unidades colidentes no direito não são os valores universais superiores e consentidos em uma comunidade global de valores e princípios. A linguagem técnica dos princípios utilizada pelo sistema jurídico impede que as contradições sociais reais possam ser traduzidas de forma mais adequada para a *quaestio iuris*. Tal linguagem, dito de outra forma, é cega perante os conflitos sociais. (FISCHER-LESCANO, 2016, p. 50)

Isso nos leva à segunda tese. Tentar variar a eterna questão da liberdade e da vinculação social bem como modelar os conflitos multipolares de bens jurídicos individuais sob a repressiva reserva de bem comum estatal-administrativa não são suficientes para a compatibilização desses âmbitos relevantes de colisões. (FISCHER-LESCANO, 2016, p. 53)

O terceiro texto é de Ralf Poscher. Nele, um dos pilares centrais da teoria da ponderação é diretamente criticado: um pilar conceitual – a saber, a definição do que sejam princípios. Deixando claro que a ponderação e a crítica da ponderação não tomam por objeto os princípios conforme tradicionalmente compreendidos no universo jurídico, R. Poscher parte em busca de uma conceituação mais precisa, o que o leva a recuperar criticamente as mudanças operadas nessa conceituação por R. Alexy e também por seus alunos desde sua formulação inicial. A conclusão é forte:

Não há quaisquer princípios no sentido da Teoria dos Princípios que se diferenciem dos mandados de otimização ou que possam, de alguma forma relevante, serem desenvolvidos para o esclarecimento dos mandados de otimização. De acordo com os seus próprios critérios, a Teoria dos Princípios é uma teoria sem objeto, a teoria de um fantasma. (POSCHER, 2016, p. 90)

No texto seguinte, outro dos pilares centrais da ponderação é posto sob suspeita: agora, um pilar, pode-se dizer, histórico, ou

melhor, ligado à história da teoria. O argumento dos autores, Karl-Heinz Ladeur e Ricardo Resende Campos, é de que a arquitetura teórica alexyana como um todo – sua teoria da argumentação, sua teoria dos direitos fundamentais e sua teoria do Direito – partiria de uma reconstrução crítica do que seria a jurisprudência dos conceitos, ou tradição analítica alemã, no século XIX. Porém, segundo afirmam, essa reconstrução de que Robert Alexy parte estaria profundamente equivocada: nada mais do que um espantalho. Na medida em que sua teoria, em geral, dependeria da contraposição a esse espantalho, revelá-lo como tal a colocaria, como um todo, em xeque:

Deturpado aqui se faz o conceito de direito aos olhos de R. Alexy e sua escola, não apenas pelo condão a-histórico que carrega em sua bagagem ao partir da chamada tradição analítica alemã, mas porque partindo dela, seu conceito de direito é revestido de um trabalho lógico-formal cego, que nunca existiu na tradição do século XIX. Visando sustentar sua própria criação, a teoria dos princípios acabou por criar também suas próprias respostas em torno do desenvolvimento do direito. Um caminho que se estende não só dentre os campos da teoria da argumentação e da teoria dos direitos fundamentais, como também à teoria do direito como um todo. A criação do espantalho pela teoria dos princípios também explica em grande parte sua desorientação em sede dogmática. (LADEUR; CAMPOS, 2016, p. 123)

O quinto texto corresponde, na verdade, à tradução de um pequeno livro de Karl-Heinz Ladeur. Nele, K.-H. Ladeur parte de pressupostos já expressos nos textos anteriores – como a incomensurabilidade dos interesses em conflito e o temor frente ao risco de que a ponderação acabe por colocar os objetivos estatais no mesmo patamar dos direitos fundamentais – para procurar desenvolver o que ele mesmo chama de um “apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais”. Esse apelo tem uma meta precisa: ele se dirige contra os excessos de intervenção estatal que conseguem ser justificados no bojo da ponderação. Ao final, K.-H. Ladeur conclui pela necessidade de uma renovação da dogmática dos direitos fun-

damentais, pela necessidade de uma nova controvérsia metodológica no âmbito do Direito Constitucional: “Há pouco tempo, dois jovens juristas colocaram a seguinte questão: o direito público não necessitaria de uma nova ‘controvérsia metodológica’? A questão é, realmente, para ser levada a sério!” (LADEUR, 2016, p. 201).

O penúltimo texto é da lavra de Thomas Vesting. Ali, o apelo anterior de Karl-Heinz Ladeur é, de certo modo, atendido. O propósito de T. Vesting é exatamente renovar a compreensão liberal dos direitos fundamentais. Dois problemas são identificados na leitura tradicional: direitos fundamentais como direitos de defesa em face do Estado e concepção do sujeito desses direitos como um indivíduo isolado e descolado de seus contextos. Em face desses problemas, por um lado, T. Vesting propõe que se concebam os direitos fundamentais a partir de um sujeito situado em uma cultura de redes caracterizada pelo complexo conceito de “vizinhança”: nessas redes, o indivíduo constitui a si mesmo, ao mesmo tempo em que pode vir a ser ameaçado por elas em sua constituição. Por isso mesmo, dado o aspecto tanto constitutivo quanto potencialmente destrutivo dessas relações de “vizinhança”, os direitos fundamentais, por outro lado, não devem ser pensados apenas como direitos negativos diante do Estado, mas como direitos que protegem o indivíduo incrustado nas tensões de tais relações:

O uso dos direitos fundamentais não pode, portanto, ser pensado como uma ação de um sujeito fechado na forma de um container e em um âmbito estável (um “âmbito de proteção”), mas antes como exercício dos direitos fundamentais dentro de sistemas culturais e de práticas de dação de sentido que se encontram já em movimento, para dar a esses sistemas de significação, num próximo momento, um outro sentido diferente e, então, manter a história da evolução cultural em movimento. (...).

Os direitos fundamentais deveriam então ser concebidos como sendo ancorados em uma estrutura coletiva de vizinhança. Seus campos de sentido são guiados

por um horizonte aberto e dinâmico que gera sempre novas experiências e acontecimentos (*Widerfahrnisse*) e emaranha os indivíduos nelas. (VESTING, 2016, p. 245-246)

Finalmente, Gunther Teubner é quem fecha o livro. Também ele se preocupa com uma renovação da compreensão dos direitos fundamentais. Dando destaque aos problemas que surgem diante da compreensão tradicional dos mesmos no âmbito das relações privadas transnacionais, G. Teubner sustenta que direitos fundamentais não podem ser lidos a partir de conflitos ponderáveis entre pretensões subjetivas de pessoas individuais, mas a partir de conflitos do tipo sistema/ambiente, devendo ser mais adequadamente tomados como contra-instituições jurídicas e sociais que se opõem a tendências expansionistas de subsistemas sociais:

Se violações de direitos fundamentais podem ser remetidas sistematicamente a tendências totalizantes de racionalidades sociais parciais, então obviamente não há mais sentido algum em compreender os efeitos horizontais dos direitos fundamentais como se se tratassem de uma relação entre atores privados cujos direitos fundamentais fossem ponderados uns contra os outros. (...) Os direitos fundamentais não se definem pela fundamentalidade do bem jurídico afetado ou por seu lugar privilegiado nos textos constitucionais, mas sim como contrainstituições jurídicas e sociais contra as tendências expansionistas de sistemas sociais. (TEUBNER, 2016, p. 292-293)

Em que pese a plurivocidade que o livro anuncia para si mesmo, duas observações são importantes para se perceber que esse ideal é alcançado apenas relativamente. A primeira delas diz respeito ao pano de fundo teórico-sistêmico compartilhado por todos os textos que compõem o livro. Certamente, isso não implica uma filiação homogênea a nenhum autor ou concepção específica, mas a pluralidade que se manifesta nesses textos é uma pluralidade que permanece interna à tradição da teoria dos sistemas. A segunda observação, ligada por razões profundas à primeira delas, diz

respeito à aproximação que esses textos em geral guardam com a ideologia liberal. Trata-se de uma aproximação que talvez nem todos os autores estivessem dispostos a reconhecer, mas que pode ser verificada nas entrelinhas até mesmo do capítulo escrito por A. Fischer-Lescano, sabidamente vinculado ao que seria uma “teoria crítica dos sistemas” (FISCHER-LESCANO, 2010). Essa aproximação, em princípio justificável no contexto de crítica aos excessos do poder estatal, pode acabar não abrindo espaço para que se reconheça também o papel mediador que o Estado pode precisar desempenhar em face das tendências à expansão hipertrófica sobretudo do sistema econômico, e sobretudo em países como o Brasil, onde essa tendência à expansão hipertrófica mostrar-se-ia ainda mais perigosa para a proteção dos direitos fundamentais, segundo formulações igualmente internas à tradição teórico-sistêmica (NEVES, 2009, p. 279-293)

Não obstante, essas ressalvas não desabonam em hipótese alguma a relevância do livro. Pelo contrário, a filiação comum a postulados basilares da teoria dos sistemas e a aproximação ideológica ao liberalismo permitem explicitar melhor problemas fulcrais da abordagem alexyana dos princípios, dos direitos fundamentais e do Direito como um todo: trata-se de problemas como a irracionalidade, o subjetivismo e o autoritarismo das decisões jurídicas. Sem pretender de modo algum imputar a R. Alexy qualquer intenção nesse sentido, fato é que a fragilidade de sua teoria tem permitido um seu manuseio extremamente ambíguo, o que tem levado, no Brasil e alhures, a que decisões pretensamente baseadas na ponderação alexyana acabem por se valer da proporcionalidade precisamente para violar direitos fundamentais em face de pretensões outras, como o interesse público ou a soberania estatal. Em um quadro como esse, é urgente retomar, numa direção renovada, o debate acerca dos princípios jurídicos e das decisões

jurídicas que os envolvem. O livro ora resenhado é um excelente ponto de partida – ou, quando menos, de passagem – para essa renovação.

Data de Submissão: 24/08/2017

Data de Aprovação: 24/11/2017

Processo de Avaliação: desk review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Diagramação: Emmanuel Luna

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUGSBERG, Ino. A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes. A teoria da ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19-35.

CAMPOS, Ricardo; RIBEIRO, Pedro Henrique. Apresentação. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 13-18.

FISCHER-LESCANO, Andreas. A teoria crítica dos sistemas da escola de Frankfurt. Trad. Rúrion Melo. **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 86, São Paulo, mar. 2010, p. 163-177.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Crítica da concordância prática. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37-61.

LADÉUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo. Entre teorias e espantalhos – Deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97-131.

LADÉUR, Karl-Heinz. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais – Apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da*

*Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 133-224.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: WMF Martins, 2009.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – A malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63-96.

TEUBNER, Gunther. A matriz anônima – Violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225-271-311.

VESTING, Thomas. Vizinhaça – Direitos fundamentais e sua teoria na cultura das redes. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225-270.