

O método da ponderação é suficiente?

Um exame sobre a satisfação dos requisitos de legitimidade dados pela razão pública de Rawls no procedimento da ponderação de Alexy

Artur Comiran Tonon¹ e Paulo Baptista Caruso MacDonald²

1 Bolsista na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

2. Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul

INTRODUÇÃO

Este estudo versa sobre a temática da argumentação jurídica e dos limites do método da ponderação de Robert Alexy, segundo a perspectiva lançada pelos requisitos da ideia de razão pública de John Rawls.

Segundo Alexy, entre regras e princípios existe uma diferença qualitativa. Ambos são normas, na medida em que têm um sentido deontico; expressam que algo deve ser. As regras, por um lado, são *mandamentos definitivos*, ou seja, quando uma regra vale e é aplicável, a consequência jurídica que ela prevê deve ser aplicada estritamente. Os princípios, por outro lado, são *mandamentos de otimização*. Eles ordenam que algo seja feito realizado na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Por serem mandamentos de otimização, os princípios colidem entre si em sua aplicação. Essa característica permite afirmar que eles têm uma estreita relação com a proporcionalidade; o princípio da proporcionalidade deriva logicamente da natureza dos princípios. O princípio da proporcionalidade é dividido em três princípios parciais, quais sejam:

1. da idoneidade
2. da necessidade
3. da proporcionalidade em sentido restrito.

O princípio da proporcionalidade em sentido restrito diz respeito às possibilidades jurídicas da otimização dos princípios. Esse é o campo da ponderação, onde se tem uma relação que pode ser descrita como **lei da ponderação**. Uma formulação dessa lei pode ser a que se segue:

“Quando mais alto é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”

SÍNTESE DO PROBLEMA

Será analisada criticamente a lei da ponderação. Se as críticas a Alexy estiverem certas, o procedimento elaborado por ele não fornece critérios normativos suficientes para a argumentação jurídica. Alguns críticos argumentam que o método de Alexy leva em última análise ao intuicionismo, que, por sua vez, não satisfaz as demandas por justificação necessárias para a legitimação das decisões judiciais. Por outro lado, **é interessante inquirir se existe a necessidade da satisfação daquilo que Rawls denominou a ideia de razão pública na fundamentação das decisões, assim como a adoção de uma concepção pública de justiça externada na razão pública.** Dessa maneira, seria possível estabelecer critérios normativos mais apropriados a um Estado Democrático de Direito que os fornecidos pelo procedimento da ponderação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. Julian Rivers. Nova Iorque, Oxford University Press, 2010.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ALEXY, Robert. *La teoria delle libertà fondamentali di John Rawls*. Trad. Anna Castelli e Fabrizio Sciacca. *Libertà Fondamentali in John Rawls*. Milão, Giuffrè Editore, 2002.
- ALEXY, Robert. *The Reasonableness of Law. Reasonableness and Law*. Editora Springer, 2009.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice: revisited edition*. Belknap Harvard, 1999.
- RAWLS, John. *The Idea of Public Reason Revisited. The University of Chicago Law Review*. 1997.