pensar
Revista de Ciências Jurídicas
Universidade de Fortaleza
e-ISSN:2317-2150
10.5020/2317-2150.2025.14941

A evolução da fórmula do peso de Robert Alexy

The evolution of the Robert Alexy weight formula

La evolución de la fórmula del peso de Robert Alexy

Mhardoqueu Geraldo Lima França*

Resumo

O presente artigo é um estudo jurídico-compreensivo e exploratório sobre a fórmula do peso de Robert Alexy, com o objetivo de analisar criticamente a evolução do pensamento do autor, no que se refere ao instrumento argumentativo, amplamente invocado estudos e decisões judiciais. Acredita-se que o estudo descritivo e crítico dessa teoria auxiliará na compreensão adequada dessa temática. Para tanto, optou-se, metodologicamente, descrevê-la de forma cronológica e conteudisticamente, visando compreender a evolução, transformação e refinamento da fórmula do peso. Ao final, tentou-se traçar a maneira adequada e atual de compreender a fórmula do peso, segundo o pensamento de Robert Alexy, com o escopo de auxiliar na melhor compreensão, aplicação e estudo dessa teoria, que, por vezes, é compreendida e utilizada de forma equivocada.

Palavras-chave: evolução; fórmula do peso; compreensão; aplicação.

Abstract

This article is a legal-comprehensive and exploratory study of Robert Alexy's weight formula, with the aim of critically addressing the evolution of this author's thought, especially about the important argumentative instrument invoked in numerous studies and decisions lawsuits, which is the weight formula. It is believed that the descriptive and critical study of this theory will help in an adequate understanding of the theme, considering the essence and the intention of its author. Therefore, it was chosen, methodologically, to describe it chronologically and in terms of content to understand how the Weight Formula evolved, transformed, and refined. In the end, an attempt was made to outline the appropriate and current way of understanding the weight formula according to Robert Alexy's thinking, with the aim of helping to better understand, apply and study this theory, which is often understood and used wrongly.

Keywords: *evolution; weight formula; understanding; application.*

Resumen

El presente artículo es un estudio jurídico-comprensivo y exploratorio sobre la fórmula del peso de Robert Alexy, con el objetivo de analizar críticamente la evolución del pensamiento del autor, en lo que se refiere al instrumento argumentativo, ampliamente invocado en estudios y decisiones judiciales. Se considera que el estudio descriptivo y crítico de esta teoría contribuirá a una adecuada comprensión de esta temática. Para ello, se optó metodológicamente por describirla de forma cronológica y en cuanto a su contenido, con el propósito de comprender la evolución, transformación y perfeccionamiento de la fórmula del peso. Al final, se intentó delinear la forma adecuada y actual de comprender la fórmula del peso, según el pensamiento de Robert Alexy, con el propósito de contribuir a una mejor comprensión, aplicación y estudio de esta teoría, que, en ocasiones, es comprendida y utilizada de forma equivocada.

Palabras clave: *evolução; fórmula do peso; compreensão; aplicação.*

* Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-Minas (2021). Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-Minas (2015). Graduado em Direito pela Faculdades Integradas do Oeste de Minas (2009). Atualmente é Supervisor do Campus de Divinópolis da Universidade José do Rosário Vellano - UNIFENAS - Divinópolis/MG (2022), Coordenador do Curso de Direito da Universidade José do Rosário Vellano - Campus Divinópolis (2019). Professor do curso de graduação em Direito da Universidade José do Rosário Vellano - Campus Divinópolis (2019), lecionando disciplinas ligadas à Filosofia do Direito; Direito Civil e Processo Civil. Professor convidado em cursos de Pós-graduação Lato-Sensu. Membro do Núcleo Docente Estruturante / NDE do Curso de Direito da Universidade José do Rosário Vellano - Campus Divinópolis (2020).

1 Introdução

A fórmula do peso em si foi apresentada por Alexy, em 2002, no posfácio da segunda edição inglesa da obra *Teoria dos direitos fundamentais* (*A theory of constitutional rights*). Em 2003, Alexy publicou o artigo *A fórmula do peso* (*Die Gewichtsformel*), apresentando uma versão ampliada da fórmula. No ano de 2014, Alexy publicou o texto *Princípios formais*, publicado inicialmente em língua portuguesa, no livro *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito.* Nesse artigo são anunciadas modificações significativas na Fórmula Peso, por meio de sua versão refinada, na qual as variáveis da certeza normativa e epistêmica passam a compor a fórmula, bem como apresenta a escala tríade epistêmica e o modelo epistêmico para a relação entre os princípios formais e materiais.

Antes de descrever e analisar a fórmula do peso, é necessário advertir, ao modo de Toledo (2017, p. 38), que a elaboração dessa fórmula não se trata de uma tentativa de matematização do Direito ou a conversão do discurso jurídico em números. O que Alexy objetiva é expressar em símbolos lógicos a estrutura do processo de ponderação entre os princípios colidentes.

Esse artigo foi dividido em quatro partes. A primeira parte trata da fórmula do peso, apresentada no posfácio da segunda edição inglesa da obra *Teoria dos direitos fundamentais*. A segunda parte descreve a fórmula do peso apresentada no ensaio *A fórmula do peso.* A terceira parte se dedica à fórmula do peso refinada, que corresponde à última alteração na tese de Alexy[1]. Na quarta e derradeira parte, que é a conclusão do artigo, é feita uma análise da evolução da fórmula do peso ao longo de 45 anos da sua formulação.

A metodologia empregada no artigo tem o viés de um estudo jurídico-compreensivo e exploratório da fórmula do peso de Robert Alexy, que ao longo de, aproximadamente, 44 anos[2], tornou-se uma das teorias de fundamentação mais estudadas e aplicadas no Brasil, com o escopo de tratar, de modo descritivo e crítico, a sua evolução e auxiliar na sua adequada compreensão e aplicação.

2 A fórmula do peso no posfácio da segunda edição inglesa da obra Teoria dos direitos fundamentais

Alexy inicia a construção da fórmula do peso a partir da formulação de críticas à distinção entre regras e princípios formulada por Dworkin, e como o aprofundamento da temática na obra *Teoria dos direitos fundamentais*, em especial no seu capítulo três. Ressalta-se que neste momento se refere à primeira edição da referida obra, na qual não consta o posfácio da segunda edição inglesa da *Teoria dos direitos fundamentais*, período denominado por este texto de *pré-fórmula do peso*.

No período pré-fórmula do peso, Alexy estabelece as bases da fórmula. Com o enfretamento da distinção entre regras e princípios, a constatação de que o conflito de princípios não se resolve por meio da declaração da invalidade de um dos princípios com a sua exclusão do ordenamento jurídico, e com a formulação do conceito de ponderação, e, consequentemente, da Lei da Colisão e da Lei da Ponderação.

É nesse período – na obra *Teoria dos direitos fundamentais*– que Alexy dá os primeiros sinais da escala triádica, ao sugerir as formas cardinais ou ordinais quando trata da hierarquização dos princípios. É importante lembrar que nesse período Alexy tinha forte resistência às formas cardinais em razão das dificuldades de metrificação. No entanto, posteriormente, apresenta uma mudança de posição. Ademais, é possível visualizar o início da discussão dos princípios formais, quando Alexy trata da inserção de uma cláusula de exceção para resolver o conflito entre regras.

O objetivo de Alexy, ao escrever o posfácio à obra *Teoria dos direitos fundamentais*, tratava-se de responder diversas críticas dirigidas à sua tese, a maioria delas direcionadas à tese da otimização. A réplica é dirigida, em especial, às críticas feitas por Habermas e Böckenförde.

Habermas afirma que a teoria dos princípios, baseada na otimização, retira a força dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais perderiam a sua solidez, a qual só poderia ser garantida por meio de uma estrutura deontológica, isto é, pela estrutura de regras. Assevera, ainda, que a ponderação não é racional ao argumentar sobre a possibilidade de juízos irracionais, pois a ponderação seria realizada de forma irracional ou irrefletida, baseada em *standards* e hierarquias consolidadas (Alexy, 2012, p. 576).

---

1 Até o fim da elaboração desse artigo, Alexy ainda não tinha publicado outro texto que modificasse a fórmula do peso.

2 Compreendendo que a fórmula do peso iniciou o seu desenvolvimento no artigo intitulado: *Sobre o conceito de princípio* (*Zum Begriff des Rechtsprinzips*), publicado em 1979.

A crítica de Habermas, segundo Alexy (2012, p. 594), não se coaduna com a tese radical da ponderação. Ela sustenta a possibilidade de uma conclusão racional, em todos os casos, por meio da ponderação, contudo, essa tese nunca foi sustentada pela teoria dos princípios. A ponderação não é um instrumento que conduz a um resultado único e inequívoco. Do mesmo modo, os questionamentos habermaseanos também não condizem com a tese moderada da ponderação, a qual explica que a ponderação, apesar de não ser um procedimento que conduz, em todos os casos, a um resultado único e inequívoco, é um método que pode em muitos casos justificar decisões de modo racional.

A justificativa da tese moderada é demonstrada por Alexy, por meio de vários exemplos, nos quais ele salienta a construção de uma escala tríade, com as categorias "leve", "médio" e "grave". Desse modo, e a partir da intensidade da intervenção e do grau de importância da razão, chega-se a um resultado. Para facilitar, Alexy (2012, p. 599) propõe a identificação da tríade pelas letras "*l*", "*m*" e "*s*", respectivamente, leve, médio e grave. A escala triádica refere-se à intensidade da intervenção.

Na Lei da Ponderação, a intensidade da intervenção em um princípio dá-se por meio de uma grandeza concreta. Não há que se falar, neste caso, de intensidade de intervenção como grandeza abstrata. A intensidade da intervenção com uma grandeza concreta não se confunde com o peso abstrato do princípio, isso é a primeira grandeza da Lei da Ponderação (Alexy, 2012, p. 600).

A satisfação do outro princípio, na Lei da Ponderação, não tem a necessidade de ser compreendida apenas como uma grandeza concreta. Assim, é possível para Alexy (2012, p. 600) a construção de um conceito que compreenda os aspectos concretos e abstratos. Trata-se, portanto, da segunda grandeza da Lei da Ponderação.

Em razão disso, Alexy (2012, p. 599) afirma que a ponderação não é realizada de forma arbitrária, uma vez que os juízos de grau, a importância de intervenção e a satisfação do outro princípio são apresentados por meio de razões plausíveis de fundamentação. Destarte, e com relação à objeção de que a otimização seja uma aplicação irrefletida, isso só faria sentido se a ponderação fosse um processo de aplicação de princípios sem base argumentativa, no entanto a Lei da Ponderação é exatamente o contrário: ela exige forte base argumentativa.

No posfácio, Alexy (2012, p. 576–578) também responde às críticas de Böckenförde. O questionamento refere-se ao fato de que os direitos fundamentais, como comando de otimização, seriam princípios supremos da ordem jurídica. A ordem jurídica estaria inteiramente contida na constituição, carecendo apenas de concretização. Em virtude disso, o legislador perderia a autonomia e sua atividade restringir-se-ia a constatar o que se encontra no texto da constituição. Por outro lado, o Tribunal Constitucional seria invocado para dar validade ao conteúdo normativo.

Dessa forma, para Böckenförde, haveria duas possibilidades: a primeira seria um Estado judiciário, atribuindo aos direitos o caráter de princípios. A segunda seria o Estado legislativo, retornando à sua função clássica, considerando os direitos fundamentais como direitos de defesa (Alexy, 2012, p. 578).

Segundo Alexy (2012, p. 578-579), a crítica de Böckenförde situa-se no patamar da contraposição entre ordem-moldura e ordem-fundamento. Alexy indaga se a teoria dos princípios de fato trata de uma ordem-fundamento, que exclui toda e qualquer liberdade do legislador. Para solucionar esse questionamento, Alexy (2012, p. 580) analisa o conceito de ordem-moldura, bem como adota um conceito em si mesmo, que permanece inalterado em todas as variantes, e analisa apenas a relação entre Constituição e Legislativo, a partir da diferenciação de três constelações.

Na primeira constelação, a constituição não contém nenhum dever ou proibição substancial que restrinja a competência do legislador, desde que respeite as previsões constitucionais sobre competência, forma e procedimento. Esse é um modelo de constituição puramente procedimental (Alexy, 2012, p. 580).

A segunda constelação é um modelo puramente material, no qual a constituição contém deveres ou uma proibição para toda e qualquer discricionariedade do legislador (Alexy, 2012, p. 581).

A terceira constelação propõe que a teoria dos princípios obriga o legislador a algumas coisas, proíbe-o em outros e, em alguns casos, não estabelecem nenhuma obrigação ou proibição, permitindo-lhe, assim, uma faculdade moderada. É um modelo material-procedimental (Alexy, 2012, p. 580).

A primeira constelação é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais, na qual ao legislador tudo é facultado. Assim, tem-se uma discricionariedade ilimitada do legislador. A segunda, ao vetar qualquer discricionariedade do legislador, fere o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, desse modo, nada é facultado ao legislador. Na terceira, existem coisas que são ou não facultadas ao legislador (Alexy, 2012, p. 582).

Alexy (2012, p. 582–583) conclui que a moldura pode ser definida da seguinte forma: o que é obrigatório ou proibido é a moldura, o que é facultado, ou seja, o que não é obrigatório nem proibido encontra-se no interior da moldura. Essa discricionariedade é de natureza estrutural. Depende diretamente do que a constituição obriga ou proíbe.

A discricionariedade estrutural distingue-se da discricionariedade epistêmica, ao passo que essa decorre dos limites da possibilidade de se reconhecer o que a constituição obriga, proíbe ou não proíbe nem obriga (Alexy, 2017, p.55). Noutras palavras, decorre dos alcances da capacidade de conhecer os limites da constituição. Para Alexy (2012, p. 583), isso depende do papel dos princípios formais.

Alexy, antes de abordar a compatibilidade entre a ordem-moldura e a otimização, esclarece o conceito de ordem-fundamento. O conceito de ordem-fundamento pode ser compreendido de forma quantitativa ou qualitativa. No sentido qualitativo, uma constituição é uma ordem-fundamento se ela nada faculta, para tanto, ela tem um dever ou uma proibição. A ordem-fundamento é um verdadeiro contraponto à ordem-moldura. No sentido qualitativo, a ordem-fundamento é aquela que decide questões fundamentais para a comunidade. Assim, o sentido qualitativo permite uma conciliação com a ordem moldura (Alexy, 2012, p. 583–584).

De acordo com Alexy (2012, p. 584), para a teoria dos princípios, uma boa constituição deve conciliar as duas ordens. Isso é possível quando uma constituição obriga e proíbe alguma coisa, estabelecendo, assim, uma moldura. Facultam-se outras coisas, isso é a discricionariedade, bem como tomam-se decisões fundamentais para comunidade por meio de seus deveres e proibições (Alexy, 2000, p. 160).

Para responder ao questionamento sobre a compatibilidade entre a ordem-moldura e a otimização dos princípios, Alexy dedica-se à discricionariedade e à ponderação.

A discricionariedade estrutural do legislador será exercida quando as normas constitucionais não impuserem obrigações nem proibições. Existem três tipos de discricionariedade estrutural: discricionariedade para definir objetivos; discricionariedade para escolher meios; e discricionariedade para ponderar (Alexy, 2012, p. 585).

O legislador terá a discricionariedade para definir objetivos quando a norma constitucional contiver uma autorização de intervenção, quando deixar em aberto as razões para intervenção ou quando mencionar essas razões sem obriga-lo a intervir. Esse tipo de discricionariedade é comum para definir objetivos de interesse coletivo (Alexy, 2012, p. 585–586).

A discricionariedade para escolher meios decorre de normas de direitos fundamentais que exigem ações positivas e escolha de meios, adequando-os para realizar ou fomentar uma atividade (Alexy, 2012, p. 586). Assim,

a discricionariedade do legislador para ponderar está nas circunstâncias em que a norma constitucional faculta a tomada de decisão do legislador.

Conforme Alexy (2012, p. 587), uma objeção recorrente à tese de otimização é a concepção de um ponto máximo, o que excluiria a discricionariedade estrutural do legislador. A concepção de um ponto máximo parte da ideia de que os direitos fundamentais, como comando de otimização, permitiriam apenas soluções de colisão que resultassem na máxima realização possível dos direitos fundamentais.

A resolução do problema acerca da incompatibilidade da otimização, como ideia de constituição como moldura, encontra-se estritamente ligada à máxima da proporcionalidade com as suas três máximas parciais.

A máxima da adequação e da necessidade expressa a máxima realização das possibilidades fáticas de um princípio. A máxima da adequação busca a aplicação do princípio mais adequado ao caso concreto, assumindo uma posição que pode ser melhorada sem que outra seja piorada, o que expressa a ideia da eficiência de Pareto. A máxima da adequação também possui um aspecto negativo, pois busca excluir meios não adequados, sem determinar tudo, excluindo algumas coisas (Alexy, 2010, p. 23). É justamente o caráter negativo que se ajusta à ideia de uma ordem-moldura, uma vez que elimina algumas coisas, mas não determina tudo. É em razão disso que a máxima da adequação não aponta para um ponto máximo (Alexy, 2012, p. 590).

A máxima da necessidade exige que, dentro de dois meios adequados, seja escolhido aquele que intervenha de forma menos gravosa. Da mesma forma que a máxima da adequação, a ideia de eficiência de Pareto revela-se presente (Alexy, 2012, p. 590).

A máxima da adequação e da necessidade revela a importância da discricionariedade epistêmica, ou seja, a discricionariedade do legislador reconhecer a sua competência para avaliar as variáveis empíricas, para saber a extensão da sua discricionariedade.

A máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, está relacionada às possibilidades jurídicas de realização dos princípios. Segundo Alexy (2012, p. 593), a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é idêntica à Lei de Ponderação, ou seja, “[...] quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (Alexy, 2012, p. 593).

Em direção à elaboração da fórmula do peso, Alexy (2012, p. 594) definem-se os três passos da Lei da Ponderação. O primeiro avalia o grau de não satisfação ou afetação de um princípio. O segundo verifica a importância da satisfação do princípio colidente. E o terceiro busca constatar se a importância do princípio colidente justifica a afetação ou não satisfação do princípio colidente.

Na Lei da Ponderação "C", expressam-se as circunstâncias relevantes para a decisão do caso, não prejudicando em nada a concretude da intensidade da intervenção, em um princípio que, dessa maneira, pode-se simbolizar IP_i. A intensidade da intervenção (I) em P_i no caso em questão (C) será simbolizada por "IP_iC"[3] (Alexy, 2012, p. 600).

Como dito, a segunda grandeza na Lei da Ponderação é a importância da satisfação do outro princípio. Neste caso, o grau de importância não é necessariamente compreendido como uma grandeza concreta, possibilitando uma construção que reúna uma grandeza concreta com uma grandeza abstrata (Alexy, 2012, p. 600).

Alexy (2012, p. 600–601) destaca que a ponderação dos pesos abstratos tem um papel influente nas decisões, desde que sejam pesos diversos. Se forem pesos idênticos, tudo dependerá dos pesos concretos. O peso da satisfação do outro princípio concreto é imprescindível. A importância da satisfação do outro princípio pode ser formulada do seguinte modo; "G" para importância da satisfação do princípio, "P_j" para o princípio e "C" para mostrar que se trata de importância no caso concreto. A importância concreta de P_j pode ser simbolizada por "GP_jC".

Alexy (2012, p. 601) generaliza e resume o que foi dito acima da seguinte forma: "A importância concreta de P_j é medida a partir da definição de quão intensamente a não intervenção em P_i intervém em P_j".

A partir de tudo isso, Alexy (2012, p. 603) estabelece uma fórmula que expressa o peso concreto de um princípio sob as circunstâncias de um determinado caso. É o que ele chama de fórmula do peso:

$$GP_{i,j}\,C = \frac{IP_i C}{GP_j C}$$

"G" representa o peso concreto de P_i sob as circunstâncias do caso a ser decidido. O peso concreto de um princípio é sempre relativo, representado por meio $P_{i,j}$. O peso concreto de P_i é o peso concreto de P*i* em relação a P_j (Alexy, 2012, p. 604).

A fórmula do peso acima representada contém apenas grandezas concretas, isso ocorre quando os pesos abstratos são iguais. Se os pesos forem distintos, deve ser acrescentado à fórmula o peso abstrato de P_i e P_j, que serão assim representados "GP_iA" e "GP_jA", tomando a fórmula do peso a seguinte composição (Alexy, 2012, p. 604):

$$GP_{i,j}\,C = \frac{IP_i C \cdot GP_i A}{GP_j C \cdot GP_j A}$$

A fórmula do peso com os pesos abstratos não difere da anterior, mas resulta da composição da fórmula do peso quando os pesos abstratos são supérfluos e se cancelam mutuamente (Alexy, 2012, p. 604).

Alexy (2012, p. 605), para atribuir valores aos componentes da fórmula do peso, confere números aos três valores do modelo triádico da ordem: 2^0, 2^1 e 2^2, isto é, 1, 2 e 4, distribuídos da seguinte forma: "*l*"[4] tem o valor 1; "*m"* o valor 2; e "*s*" tem o valor 4. Assim, o peso concreto de P_i – ($GP_{i,j}C$) é determinado por meio da atribuição daqueles valores a IP_iC e a GP_jC. O número que será atribuído a "*l*", "*m*" e "*s*" será de acordo com o grau de intensidade da intervenção e grau de importância do princípio.

Alexy (2012, p. 606) aborda a discricionariedade estrutural nos casos de impasse, ou seja, quando o peso concreto P_i é igual ao peso concreto de P_j. Assim, há dois aspectos da discricionariedade estrutural para ponderar: o primeiro trata de quando o impasse consiste no fato de que a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão para a não intervenção; e o segundo consiste no fato de que os impasses são equivalentes em diferentes níveis da escala. Alexy conclui que não é possível eliminar radicalmente todos os impasses, por meio de uma quantificação ou mesmo pela renúncia à quantificação. Admite que, nesses casos, existe uma discricionariedade estrutural para ponderar do legislativo e do judiciário.

Nesse contexto, ganha relevo a identificação da origem dos impasses, se decorrem da estrutura normativa dos direitos fundamentais, ou seja, de uma discricionariedade estrutural, ou se o impasse decorre da limitação

---

[3] Para o presente trabalho, optou-se pela notação da Fórmula do Peso utilizada por Alexy na língua alemã. Dessa forma "G" refere-se à *gewicht* (peso); "I" refere-se à *intensität* (intensidade); e "S" refere-se a *sicherheit (*certeza). É comum a notação da Fórmula do Peso ser representada em inglês, desse modo: "W" refere-se à *weight* (peso); "I" refere-se à *intensity* (intensidade); e "R" refere-se a *reliability (*certeza). "C", que significa condições do caso, é representado da mesma maneira tanto na versão em inglês quanto na versão alemã.

[4] Os símbolos referem-se a: "*l*" leve; "*m*" médio e "*s*" grave.

das possibilidades cognitivas, o que representa a discricionariedade epistêmica (Alexy, 2004, p.160). Quanto a essa última, o tema é ligado em sua essência aos princípios formais (Alexy, 2012, p. 611). A teoria dos princípios assume, então, a posição de possível resolução da discricionariedade epistêmica, por meio da ponderação entre princípios formais e materiais.

A discricionariedade epistêmica surge da insegurança acerca daquilo que no âmbito dos direitos fundamentais seja obrigatório, proibido ou facultado. Essa insegurança pode ter natureza empírica ou normativa. (França, 2020, p. 67) Quando se trata de uma discricionariedade epistêmica do tipo empírico, pode-se afirmar que ao legislador é permitido fundamentar uma intervenção a um direito fundamental a partir de premissas que sejam incertas, sendo possível afirmar que a esse direito não garante a proteção devida. Em razão disso, poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais oferecem mais proteção em caso de ser negada a discricionariedade epistêmica ao legislador (Alexy, 2012, p. 614).

Alexy (2012, p. 614–615) propõe duas soluções extremas: a primeira consiste na precedência absoluta do princípio material em face de princípio formal nos casos de incerteza empírica: e a segunda trata-se da permissão ao legislador de basear-se em prognósticos incertos, até mesmo nas intervenções mais intensas nos direitos fundamentais.

De acordo com o próprio Alexy (2012, p. 616–617), as duas soluções são inaceitáveis. A primeira implica em total ou quase total incapacidade de ação do legislador, o que é incompatível com o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático. A segunda solução, de precedência absoluta do princípio formal, geraria um poder máximo de ação para o legislador.

Buscando uma solução intermediária, Alexy (2012, p. 617) propõe a segunda Lei da Ponderação, que assim afirma: "[...] quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia".

A segunda lei, diferentemente da primeira, preocupa-se com a qualidade epistêmica, enquanto a primeira visa à importância material das razões. A primeira lei está preocupada com a intensidade da intervenção, isto é, com o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio. A segunda lei lança atenção ao peso da intervenção; esse peso é obtido pela fórmula do peso, pela intensidade da intervenção e o peso abstrato dos princípios. Alexy (2012, p. 617) denomina a primeira lei como *Lei Material de Ponderação* e a segunda como *Lei Epistêmica da Ponderação*. Com isso, a fórmula do peso permite combinar elementos materiais e epistêmicos no âmbito das razões para a intervenção.

A principal objeção aos princípios formais é que a discricionariedade epistêmica criada pelos princípios formais é inconciliável com vinculação do legislador aos princípios fundamentais (Alexy, 2012, p. 623).

Essa crítica é superada a partir da Lei da Conexão, ao afirmar que princípios formais só podem superar princípios materiais, se conectados com outro princípio material. Princípios formais têm o papel de participar da repartição de competência decisória nos casos de incerteza na relação entre princípios materiais. Eliminada a incerteza, termina a participação do princípio formal (Alexy, 2012, p. 625).

No posfácio da segunda edição inglesa da obra *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy não se resumiu a responder as críticas de Habermas e Böckenförde, mas sim em apresentar uma das suas principais teses: a fórmula do peso. No posfácio, Alexy desenvolveu e aprimorou elementos do seu pensamento mencionado, inicialmente, na versão da *Teoria dos direitos fundamentais*, publicado em 1985, principalmente a Lei da Ponderação, a escala triádica e os princípios formais.

3 A fórmula do peso no ensaio: A fórmula do peso

Em 2003, Alexy publica o artigo *A fórmula do peso* (*Die Gewichtsformel*). Nele a fórmula do peso é ampliada a partir das bases criadas no posfácio da obra *Teoria dos direitos fundamentais*. No início do artigo, Alexy (2007, p. 11) destaca sua preocupação sobre três problemas relacionados à ponderação: o da estrutura, o da racionalidade e o da legitimidade. Esses problemas estão estritamente relacionados. A legitimidade da ponderação depende da racionalidade, e esta, por sua vez, depende da estrutura. Apesar da conexão entre eles, para Alexy, o núcleo do problema da ponderação é a estrutura. Se a estrutura é colocada em dúvida, a racionalidade também o será e, consequentemente, a legitimidade. Em razão disso, o enfoque principal do artigo é a estrutura da fórmula do peso.

Nesse texto, Alexy (2007, p. 12) reafirma a distinção entre regras e princípios, os três passos da Lei da Ponderação e dá um enfoque mais contundente à escala triádica. A discussão é iniciada ao modo de Alexy por meio

dos casos “produtores de tabaco” e “sátiras Titanic”, julgados pelo Tribunal Constitucional Alemão, com o objetivo de demonstrar a versatilidade do uso da escala triádica, podendo ser utilizada tanto para questões que envolvam critérios econômicos como para direitos da personalidade e liberdade de opinião.

Como dito anteriormente, na escala triádica, os três graus são representados pelas expressões “leve”, “médio” e “grave”, respectivamente caracterizados pelas letras “*l*”, “*m*” e “*s*”. De acordo com e Lei da Ponderação, a análise para atribuir o grau pauta-se no não cumprimento ou prejuízo de um princípio e na importância do cumprimento do outro princípio que esteja em confronto (Alexy, 2007, p. 15).

Alexy, objetivando estruturar melhor a fórmula do peso, dedica-se ao desenvolvimento dos três passos da Lei da Ponderação por meio da associação com a escala triádica. Em outro momento do trabalho, apresentam-se os três passos, com sucintas repetições para auxílio na compreensão. O primeiro passo avalia o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. O segundo passo verifica a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Por fim, o terceiro passo determina se a importância do princípio o prejuízo ou o não cumprimento do outro princípio.

O primeiro passo possui um conceito duplo, composto pelo “não cumprimento” e “prejuízo” de um princípio, que Alexy denominará de *intensidade da intervenção* (Alexy, 2007, p. 16). Dessa forma, para Alexy (2007, p. 16) “P_i” é a variável para análise daquilo cuja violação decorre do “não cumprimento” e “prejuízo de um princípio”, ou seja, é a intensidade da intervenção em P_i, podendo assim ser anotado IP_i.

Imperioso destacar que, para Alexy (2007, p. 16), as intervenções são concretas; noutras palavras, a intensidade da intervenção é uma grandeza concreta. Intervenções como grandezas concretas significam que, em um conflito de princípios, as circunstâncias relevantes do caso interessam. Em razão disso, na notação é acrescentado “C”, com o objetivo de representar a grandeza concreta, passando a ser descrito IP_iC. Desse modo, a intensidade da intervenção é o primeiro objeto da escala triádica.

O segundo objeto da avaliação da escala triádica é a importância do cumprimento do outro princípio. O grau de importância não é concebido, necessariamente, como uma grandeza concreta, pode ser formado por uma grandeza abstrata, ou mesmo uma união entre elas. Para Alexy (2007, p. 16) o peso abstrato é o peso de um princípio em face de outros princípios, independentemente das circunstâncias do caso concreto.

Nesse texto, Alexy (2007, p. 17) afirma que a Lei da Ponderação somente se direciona para a intensidade da intervenção e os pesos abstratos devem ser concebidos como iguais, para que sejam anulados e não desempenhem papel algum. A partir dessa perspectiva, Alexy continua a desenvolver a importância do cumprimento de outro princípio como uma importância concreta.

A importância concreta do cumprimento de um princípio é determinada pelas repercussões que a omissão da intervenção de outo princípio recai sobre ele, ou seja, a importância concreta de um princípio é calculada a partir da intensidade que a não intervenção intervém no outro princípio (Trivisonno, 2014, p. 21).

Como notação, Alexy emprega a letra “G” para representar a importância concreta do princípio no sentido contrário, podendo notar como “GP_jC”, ou seja, a importância do princípio em sentido contrário, considerando as circunstâncias relevantes para o caso.

O terceiro objeto da avaliação da escala triádica dirige-se à forma como as valorizações dos princípios colidentes devem ser postas em relação uma à outra. Inicialmente, Alexy (2007, p. 17) preocupa-se com o problema da incomensurabilidade dos princípios que colidem, assim esclarece que não se trata de comparação entre alguns objetos, mas de um comparativo de significados para a constituição. Objetivando a comensurabilidade, Alexy (2007, p. 18) propõe dois elementos: o primeiro é um ponto de vista uniforme, que será o ponto de vista da constituição; o segundo é uma escala que proporciona os graus para avaliação das perdas e ganhos jurídico-fundamentais.

Quanto à escala, Alexy (2007, p. 19) apresenta conjunturas de intervenção de um princípio no outro, demonstrando momentos em que P_i prevalecerá sobre P_j, em que o inverso também ocorrerá e casos em que haverá empates.

(1) I_i: s, I_j: *l*
(2) I_i: s, I_j: *m*
(3) I_i: *m*, I_j: *l*

Nos casos acima, P_i prevalece sobre P_j, pois sofre intervenções de natureza grave e média, o que vai ao encontro do estabelecido na Lei de Colisão em relação à preferência condicionada, assim temos a notação (P_i**P**P_j) C. Por outro lado, Alexy (2007, p. 19) aponta três casos em que P_j prevalece sobre P_i:

(4) I_i: *l*, I_j: *s*
(5) I_i: *m*, I_j: *s*
(6) I_i: *l*, I_j: *m*

Nessa hipótese, P_j prevalece sobre P_i, uma vez que sofre intervenções de natureza grave e média; desse modo tem-se a notação (P_jPP_i)C. Alexy apresenta ainda os casos em que haverá empate:

(7) I_i: *l*, I_j: *l*
(8) I_i: *m*, I_j: *m*
(9) I_i: *s*, I_j: *s*

Nos casos de empate, a ponderação não determina nenhum resultado; esse é o espaço que, de acordo com Alexy, delimita as competências do Tribunal Constitucional.

Conforme Alexy (2007, p. 19), os três graus do modelo triádico formam uma escala que busca sistematizar classificações comuns da prática e argumentação jurídica. Esse modelo está longe de uma escala cardinal, que transcorre de forma contínua de 0–1. No texto, *A fórmula do peso*, Alexy não aborda o tema, contudo considera como possível uma ilustração da estrutura do modelo triádico por meio de números.

Desse modo, Alexy (2014b, p. 133) atinge o objetivo de efetivar os três passos da Lei da Ponderação por meio da escala triádica, o que será transposto, totalmente, para a fórmula do peso, como se verá a seguir.

Para Alexy (2007, p. 20) existem duas possibilidades, fundamentalmente diferentes, para relacionar I_i e I_j. A primeira consiste no uso aritmético e a segunda no uso geométrico. Inclusive, ressalta ainda a possibilidade de representar a tríade *l*, *m*, *s* pela sequência 1,2,3. Assim, para a observação do peso concreto do princípio tem a seguinte fórmula:

$$G_{i,j} = I_i - I_j$$

Essa fórmula é denominada por Alexy (2007, p. 20) de *fórmula da diferença*. "$G_{i,j}$" não pode ser confundido com G_i, que representa o peso abstrato de P_i. $G_{i,j}$ representa o peso concreto de P_i, ou seja, o peso de P_i, sob as circunstâncias do que deve ser decidido. A notação detalhada é a seguinte:

$$GP_{i,j}C$$

A fórmula da diferença, pormenorizada, possui a seguinte descrição:

$$GP_{i,j}C = IP_iC - IP_jC$$

A fórmula da diferença determina o peso concreto como diferença entre a intensidade da intervenção de um princípio e a importância concreta do outro que conflita. Isto é a intensidade da intervenção hipotética em P_i por omissão da intervenção, noutras palavras, por não intervenção em P_j. "O peso concreto de P_i é o peso concreto de P_i relativo à P_j" (Alexy, 2007, p. 20).

Considerando as nove conjunturas do modelo triádico, representando a tríade *l*, *m*, *s* pela sequência 1, 2 e 3, verificam-se de forma evidente os resultados da fórmula da diferença. Nas primeiras três conjunturas, nas quais P_i prevalece sobre P_j, têm-se valores positivos, descrito por Alexy (2007, p. 20–21) da seguinte maneira:

(1) *s, l* = 3 – 1 = 2
(2) *s, m* = 3 – 2 = 1
(3) *m, l* = 2 – 1 = 1

Valores negativos, ocorrem nos casos de primazia de P_j:

(4) *l, s* = 1 – 3 = –2
(5) *m, s* = 2 – 3 = –1
(6) *l, m* = 1 – 2 = –1

Quando o valor de P_i é 0, trata-se do empate no caso concreto.

(7) *l, l* = 1 – 1 = 0
(8) *m, m* = 2 – 2 = 0
(9) *s, s* = 3 – 3 = 0

A representação das relações no modelo triádico com o auxílio de números facilita a compreensão, contudo, para Alexy (2007, p. 21), uma qualidade importante dos princípios não é compreendida pela fórmula da diferença, sendo verificável por meio da comparação entre a representação do modelo triádico pela ilustração aritmética e a geométrica.

No modelo geométrico, os valores 2^0, 2^1 e 2^2 – portanto, 1, 2 e 4 – têm como consequência, em relação ao modelo aritmético, o fato de os intervalos entre os graus serem crescentes. Assim, o modelo geométrico permite definir o peso concreto de um P_i, não pela fórmula diferença, mas pela fórmula quociente, assim expressa:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Essa fórmula é o núcleo da fórmula do peso completa. A primeira fórmula apresentada, no posfácio *da Teoria dos direitos fundamentais*, pode ser chamada de fórmula do peso simples, uma vez que se refere apenas às intensidades de intervenção e aos pesos abstratos dos princípios colidentes. É importante destacar que Alexy, no posfácio da obra *Teoria dos direitos fundamentais*, já considerava os graus de segurança ou certeza e os graus de incerteza do legislador, chegando a afirmar que poderia ser inserido na fórmula do peso sem maiores problemas (Alexy, 2012, p. 619). Ademais, Alexy considera a possibilidade de colisão de mais de um princípio, o que chamará de *fórmula do peso ampliada*. Chega, inclusive, em nota de rodapé, a descrever a fórmula com a inserção desse elemento.

Por outro lado, a fórmula do peso, descrita por Alexy no artigo *A fórmula do peso* contém, além das intensidades de intervenção e dos pesos abstratos dos princípios colidentes, os graus de segurança das suposições empíricas sobre a realização ou não desses princípios colidentes.

Alexy (2007, p. 22) afirma que a ponderação interessa quando os pesos se distinguem, pois é nessa circunstância que há o desiquilíbrio na ponderação. Na relação entre intervenção e os pesos abstratos, Alexy (2007, p. 22) apresenta três situações: a primeira situação tem os pesos abstratos diferentes e intervenções iguais; neste caso, as intervenções neutralizam-se. A segunda, a qual Alexy considera a mais importante, os pesos abstratos são iguais e as intervenções são diferentes. Na terceira situação, tanto os pesos abstratos como as intervenções são iguais.

Com essa terceira variante da fórmula do peso, Alexy representa-a da seguinte maneira:

$$GP_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

No artigo *A fó*rmula do *peso,* Alexy insere, de maneira explícita, uma terceira variável, o que já havia sido mencionada no posfácio da segunda edição inglesa da *Teoria dos direitos fundamentais*, que tem por objetivo o grau de segurança da suposição empírica, conforme descreve a segunda Lei da Ponderação, denominada de Lei da Ponderação Epistêmica, com o seguinte conteúdo: "Quanto maior uma intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a certeza *à*s premissas de sua fundamentação."[5] (Alexy, 2007, p. 25, tradução nossa).

Compreendendo as três variáveis, Alexy (2007, p. 25) apresenta a fórmula do peso, contendo, além das intensidades de intervenção e os pesos abstratos dos princípios colidentes, os graus de segurança das suposições empíricas sobre a realização ou não dos princípios colidentes. Desse modo, a fórmula do peso completa assume a seguinte estrutura:

$$GP_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

De maneira detalhada, a fórmula do peso completa apresenta a seguinte configuração:

$$GP_{i,j} = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{IP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Alexy (2007, p. 26), atento à possibilidade de colisão entre mais de dois princípios, propõe a fórmula do peso ampliada. Em uma versão simples, com uma cumulação aditiva, ela tem a seguinte formulação:

---

[5] "The more heavily an interference with a constitutional right weigh, the greater must be the certainty of its underlying premises." (ALEXY, Robert. The Weight Formula. *In*: BROZEK, Bartosz; STELMACH, Jery; ZALUSKI, Wojciech (Orgs.). **Studies in the philosophy of law**: frontiers of the economic analysis of law. Michalowskiego: Jagiellonian University Press, 2007. p. 25.)

$$GP_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_i \cdot G_i \cdot S_i + \cdots I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

O questionamento que se poderia levantar sobre essa cumulação seria de cunho teórico-argumentativo, no sentido de quais princípios poderiam ser cumulados aditivamente. Para Alexy (2007, p. 26), a condição de validade para cumulação aditiva é a regra da heterogeneidade. Os princípios cumulados não devem sobrepor-se substantivamente. Os objetos a serem otimizados devem ser substantivamente diferentes.

4 A fórmula do peso no ensaio: princípios formais

Em 2014, Alexy publicou o artigo *Princípios formais*[6] com o objetivo de superar a crítica de "hiperconstitucionalização no sistema jurídico". Conforme essa crítica, a teoria dos princípios não seria capaz de lidar com a relação entre direitos fundamentais, jurisdição constitucional e democracia. Nesse contexto, os princípios formais têm um papel de destaque, contudo, o próprio Alexy destaca que existe grande controvérsia em torno do conceito desses princípios (Alexy, 2014a, p. 3–4).

Nesse propósito, Alexy (2014a, p. 4) continua a defender a tese de uma teoria da discricionariedade, a partir da análise dos princípios formais que implique numa teoria adequada da discricionariedade legislativa. Em razão dessa análise, a estrutura da ponderação necessita de uma descrição mais completa e precisa, o que implica na modificação da fórmula do peso.

O ponto de inquietação de Alexy é a certeza das suposições empíricas e normativas. A certeza não é um fator ôntico, não se refere às coisas. A certeza é um fator epistêmico, está voltada para o conhecimento das coisas. Esse dado é importante para os princípios formais (Alexy, 2014a, p. 8).

Desde 2003, a certeza, ou segurança, é uma variável presente na fórmula do peso, por meio de S_i e S_j[7]. Contudo, para Alexy (2014a, p. 9–10), a fórmula do peso não se mostrava condizente com o que foi exposto sobre a variável da certeza no posfácio da obra *Teoria dos direitos fundamentais*, no qual dá ênfase à distinção entre discricionariedade epistêmica empírica e discricionariedade epistêmica normativa. Entende-se que a variável da certeza ou da segurança não condiz com a segunda Lei da Ponderação ou Lei da Ponderação Epistêmica, uma vez que essa lei se refere tanto às premissas empíricas, quanto às premissas normativas.

Desse modo, Alexy (2014a, p. 10) passa a considerar na fórmula do peso tanto premissas normativas quanto premissas empíricas, por meio da equação da certeza, assim grafada:

$$S_i = S_i^e \cdot S_i^n$$

Com a inserção da equação da certeza, a fórmula do peso passa a ter a estrutura abaixo, a qual Alexy (2014a, p. 11) designou como fórmula do peso refinada:

$$GP_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i^e \cdot S_i^n}{I_j \cdot G_j \cdot S_j^e \cdot S_j^n}$$

Para Alexy (2014a, p. 11), a fórmula do peso só faz sentido se os fatores puderem ser representados por meio de números. Visando a esse propósito, como visto anteriormente, Alexy elaborou uma escala triádica para a intensidade da interferência e para o peso abstrato dos princípios, com a atribuição dos valores em "leve", "médio" e "grave". Esses valores são representados pelos números 2^0, 2^1 e 2^2, ou por 1, 2, e 4.

Quando se trata da questão epistêmica da fórmula do peso refinada, ou seja, S^e_i e S^n_i e S^e_j e S^n_j, Alexy (2014a, p. 12) atribui as seguintes conotações "confiável" ou "certo" (*r*), "plausível" (*p*), e "não evidentemente falso" (*e*), aos quais são atribuídos os números 2^0, 2^{-1} e 2^{-2}, isso é 1, ½ e ¼.

Alexy (2014a, p. 12) ressalta que, se os valores epistêmicos forem iguais a 1, os valores materiais permaneceram inalterados. Por outro lado, se o valor epistêmico for menor que 1, o impacto dos valores materiais é reduzido ao correspondente. Se o valor epistêmico for mais baixo, a certeza das suposições empíricas e normativas deve

---

6 O artigo *Princípios formais* foi apresentado, ineditamente, para a comunidade acadêmica, em português, por meio da obra *Princípios formais e outros aspectos da teoria do direito*. Posteriormente, em novembro de 2014, o mesmo texto foi publicado em língua inglesa com o título *Formal principles: some replies to critics*, na revista *International Journal of Constitutional Law*.

7 No texto original de *Princípios formais,* foi utilizada a notação da fórmula do peso em língua inglesa, constando, portanto, "R", que se refere à *realibility* (certeza). Para dar coerência ao trabalho que adotou a notação em língua alemã, "R" foi substituído por "S".

ser considerada “não evidentemente falsa”; desse modo, o lado epistêmico recebe o valor de 1/16. A qualidade epistêmica muito ruim destrói, quase que completamente, o poder das razões materialmente mais fortes em direitos fundamentais.

Apresentada a fórmula do peso refinada, Alexy passa a enfrentar o problema da ponderação de um princípio formal contra um princípio material e vice-versa.

Para Alexy (2014a, p. 13), princípios formais, por serem princípios, são comandos de otimização, isto é, exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. A diferença entre princípios formais e princípios materiais está no objeto da otimização, ou seja, naquilo que será otimizado.

De acordo com Alexy (2014a, p. 13), a diferença específica reside no fato de que princípios materiais têm como objeto de otimização determinados conteúdos, como a vida, a liberdade de expressão e outros. Os princípios formais tratam de decisões jurídicas, independentemente do conteúdo, e recaem na norma autoritativamente posta, conforme o ordenamento jurídico socialmente eficaz. Dessa forma, os princípios formais referem-se à dimensão real do direito.

Para comprovar a possibilidade da ponderação entre princípios formais e materiais, Alexy (2014a, p. 16-17) vale-se do exemplo da fórmula da injustiça extrema de Radbruch, que em sua versão reduzida afirma: “A injustiça extrema não é direito”, que representa um conflito entre o princípio formal da segurança jurídica e o princípio material da justiça, sendo que, nesse caso, o último terá peso concreto maior que aquele, isto é, o princípio material terá maior peso em face de um princípio formal. Essa combinação de conflito, entre princípio formal e material, é denominada por Alexy de um modelo puro material formal de ponderação de princípios.

Alexy (2014a, p. 18) defende também a possibilidade da colisão de um princípio material colidente, em face de um princípio material que fundamenta uma lei com princípios formais como, por exemplo, no princípio da segurança jurídica, que seria o modelo da combinação.

De acordo com Alexy (2014a, p. 20), tanto o puro modelo material formal como o modelo da combinação conduzem a problemas. É importante destacar que é nesse ponto que Alexy (2014a, p. 3) enfrenta a crítica acerca da relação entre direitos fundamentais e princípios formais. No caso do primeiro modelo, o problema encontra-se em pensar que a democracia, por si só, seria capaz de justificar a interferência em um direito fundamental, sob o argumento de que, pelo fato de o legislador ser democraticamente legitimado, poderia interferir em um direito fundamental. Isso para Alexy (2014a, p. 20) “[...] destruiria a prioridade da constituição sobre a legislação parlamentar ordinária”.

No problema do segundo modelo, Alexy (2014a, p. 19) responde à sugestão de Borowski (2022, p.38) de que, além dos princípios “*i*” e “*j*”, um princípio formal “*f*” deveria ser incluído na fórmula do peso. Para Alexy (2014a, p. 21), a inserção de um princípio formal na fórmula do peso admitiria interferências desproporcionais nos direitos fundamentais, tendo o legislador democraticamente legitimado a possibilidade de decidir quando decidir. Desse modo, como ocorre com o puro modelo material formal, haveria destruição da prioridade da constituição sobre a legislação parlamentar ordinária.

A partir desse contexto, e para apresentar a sua solução, Alexy (2014a, p. 21) indaga se o legislador democraticamente legitimado não possuiria discricionariedade quanto aos direitos fundamentais. A resposta é negativa e sua fundamentação é possível por meio da descrição de dois modelos de discricionariedade.

Do mesmo modo como apresenta na obra *Teoria dos direitos fundamentais*, em seu posfácio, Alexy (2014a, p. 22) afirma que há dois tipos de discricionariedade: a discricionariedade estrutural e a discricionariedade epistêmica.

A discricionariedade estrutural compreende tudo aquilo que as normas constitucionais não proíbem nem comandam definitivamente, ou seja, trata-se daquilo que o texto constitucional deixou livre. Em razão dessa liberdade do legislador quando não há obrigações, os princípios formais não exercem papel algum no que diz respeito à discricionariedade material. Alexy (2012, p. 585-611), assim, aponta três formas: discricionariedade para definir objetivos; discricionariedade para escolher meios; e discricionariedade para sopesar. Não será tratada, de forma individualizada cada uma delas, tendo em vista que este tema já foi abordado em outro momento.

A discricionariedade epistêmica estabelece-se na incerteza daquilo que seja proibido, comandado ou deixado livre pelas normas constitucionais. Ela também se divide em duas: discricionariedade epistêmica normativa e discricionariedade epistêmica empírica. A primeira, segundo Alexy (2012, p. 621), só pode existir nos casos de incerteza normativa. A segunda, que é o enfoque dado por Alexy (2012, p. 615), reconhece ao legislador uma discricionariedade cognitiva empírica, isto é, admite-se que, diante de possibilidades fáticas, esses direitos não sejam realizados na maior medida possível. A diferença entre as duas formas de discricionariedade empírica encontra-se na circunstância de que a incerteza da primeira está na norma e da segunda está nas possibilidades fáticas.

Para Alexy (2014a, p. 25), o problema principal da discricionariedade epistêmica empírica é se for permitido ao legislador fundamentar interferências em direitos fundamentais, por meio de premissas incertas. Isso possibilitará que a proteção de direitos fundamentais seja recusada com base em suposições falsas.

Diante disso, Alexy (2014a, p. 25–26) apresenta como solução o modelo epistêmico sobre o papel dos princípios formais na ponderação. Esse modelo está entre o modelo formal material puro e o modelo da combinação, e tem como núcleo a ponderação de segunda ordem, que se relaciona com a justificação da incorporação da fórmula da certeza na fórmula do peso. Com isso, a realização dos direitos fundamentais aumenta, podendo ser limitados somente com base em premissas nas quais a verdade seja assegurada. Assim, os direitos fundamentais passam a exigir uma otimização epistêmica e não só uma otimização material.

Conforme Alexy (2014a, p. 26), a ponderação de segunda ordem traz o problema de que direitos fundamentais, como comando de otimização epistêmico, colidem com o princípio formal do legislador democraticamente legitimado. Neste caso, não é possível estabelecer uma precedência absoluta de um princípio material em face do princípio do legislador democraticamente legitimado, o que ocasionaria um travamento da atividade legislativa. Essa desproporcionalidade na interferência do princípio do legislador democraticamente legitimado ocorre pela ponderação de segunda ordem.

Inicialmente a colisão de princípios acima descrita aparenta corresponder ao modelo formal material puro. No entanto, segundo Alexy (2014a, p. 27), trata-se de um caso especial de ponderação entre modelos de princípios material e formal, que ocorre fora da fórmula do peso, em metanível que determina quais variáveis e escalas devam ser inseridas na fórmula do peso.

As variáveis e escalas que devem ser inseridas na fórmula do peso resultam de uma relação condicionada de precedência, conforme preceituam as Leis da Ponderação e Colisão. Os estágios da escala epistêmica também são considerados a partir das condições de precedência.

Alexy descreve a relação das variáveis na escala epistêmica. Para ele, se o valor epistêmico for confiável ou certo (*r*), o princípio de direito fundamental favorecido por essa classificação terá precedência sobre o princípio formal. Isso significa que o princípio formal não possui nenhuma influência sobre o direito fundamental material. Por outro lado, se o valor epistêmico for “plausível” (*p*) ou “não evidentemente falso” (*e*), o princípio formal terá precedência na ponderação de segunda ordem, sobre o princípio material, que, isoladamente, exige o valor confiável ou certo em casos de interferências (Alexy, 2014a, p. 28).

Alexy (2014a, p. 29) destaca que a ponderação de segunda ordem abre portas para premissas abaixo do nível de certeza ou segurança, contudo, para a determinação do peso concreto do princípio colidente, é necessária a avaliação de todas as oito variáveis da fórmula do peso refinada. Alexy destaca, ainda, que incorporar variáveis materiais com as epistêmicas na fórmula do peso consiste em conectar a Lei da Ponderação Material com a Lei da Ponderação Epistêmica, e que ambas se referem ao peso da interferência no direito fundamental, definido pela combinação entre a intensidade da interferência e o peso abstrato.

No artigo *Princípios formais*, Alexy (2014a), com o objetivo de responder à crítica da hiperconstitucionalização, refina a fórmula do peso ao acrescentar as variáveis da certeza empírica e normativa à sua versão completa – ou seja, da equação da certeza. Além disso, para auxiliar na ponderação dessas variáveis, com a atribuição de valores, ele apresenta a escala tríade epistêmica. Ainda nesse texto, com o escopo de responder à questão sobre a ponderação entre princípio formal e material, Alexy sugere um terceiro modelo, que se encontra entre o puro modelo material formal e o modelo da combinação, denominado de *modelo epistêmico*.

5 Conclusão

Ao final da demonstração teórica e descritiva da evolução da fórmula do peso, que embrionariamente foi apresentada em 1979 por Alexy, e que durante 45 anos passou por diversas modificações, foi possível compreender, adequadamente, como esse instrumento argumentativo se apresenta na atualidade, para além das distorções por vezes verificadas na academia e nas aplicações em decisões judiciais.

Apesar de toda evolução, é importante considerar que não se trata de um meio perfeito e infalível para justificar a tomada de decisões judiciais, há críticas e discussões que precisam ser travadas em torno do tema, principalmente, após a inserção dos princípios formais na fórmula do peso, que é uma das dificuldades mais relevantes, e de pouco consenso na teoria alexyana.

Alexy, consciente das críticas dirigidas à teoria dos princípios e à ponderação, tem desenvolvido o conceito de princípios formais. Esse conceito, genericamente, é descrito na obra *Teoria dos direitos fundamentais*, em resposta aos críticos de sua teoria. No posfácio da obra citada, desenvolve de maneira mais consistente essa temática, contudo, é no artigo *Princípios formais* que fica mais clara a mudança de entendimento sobre estes princípios e sua posição na estrutura da fórmula do peso.

Apesar da importância que eles exercem na teoria dos princípios, não existe, entre os adeptos a ela, um consenso sobre o conceito, estrutura e sua função. Há que considerar que a concepção de princípios formais se apresenta como fator importante para compreender e delimitar a amplitude das decisões autoritativas no direito.

Atualmente, é um dos temas mais discutidos e indefinidos na moderna teoria dos princípios, razão pela qual os principais teóricos sobre o tema buscam um conceito e uma reconstrução própria do modelo dos princípios formais. Borowski (2016, p. 60) nesse sentido, afirma que os princípios formais "[…] constituem o último grande quadrante em branco dentro do mapa da teoria dos princípios".

Compreende-se, então, que a fórmula do peso requer maior atenção. Principalmente no que se refere aos princípios formais, especificamente na discussão que diz respeito à reconstrução da autoridade do legislador democraticamente legitimado e ao Tribunal Constitucional, na ponderação de princípios constitucionais, no exercício do controle de constitucionalidade (França, 2018, p.1038).

Essa questão é percebida por Alexy (2014a, p. 3), pois é exatamente com esse objetivo que ele inicia o artigo *Princípios formais*, ao descrever a crítica de Böckenförde, segundo a qual a consequência institucional da ponderação é a mudança de um estado parlamentar para um estado constitucional jurisdicional.

Na teoria dos princípios não é possível centralizar a responsabilidade de decidir ponderativamente as incertezas de um ordenamento jurídico, em especial o constitucional, no legislador democraticamente legitimado; caso isso ocorresse, tornaria a função do Tribunal Constitucional no que se refere ao controle de constitucionalidade desnecessária.

Por outro lado, o inverso também não é possível: centralizar no Tribunal Constitucional a reponsabilidade por dirimir todas as dúvidas do ordenamento jurídico. Desse modo, o processo democrático se esvaziaria, e a crítica de Böckenförde faria total sentido.

O desafio é encontrar um equilíbrio dentro da fórmula do peso quanto à atribuição da autoridade legislativa e a decisão do Tribunal Constitucional nas respostas às incertezas que as relações sociais e o universo jurídico impõem. Apesar de toda evolução da fórmula do peso, esse equilíbrio ainda não foi encontrado de forma consistente. O desequilíbrio na fórmula do peso está na reconstrução de princípios formais que se relacionam com os princípios materiais.

Ao analisar o evoluir da teoria dos princípios, percebe-se que Alexy, tanto nos textos iniciais como na obra *Teoria dos direitos fundamentais*, tratou o tema princípios formais de maneira periférica, passando a se dedicar a esse tema após críticas dirigidas à teoria dos princípios.

Apesar de todo o caminhar sobre os princípios formais, este ainda é um cenário indefinido e cinza, principalmente com relação à fórmula do peso. É no viés do esclarecimento, do aperfeiçoamento, desse instrumento argumentativo, que Robert Alexy e os alexyanos progressistas seguirão com a finalidade de dar continuidade no desenvolvimento da fórmula do peso.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALEXY, Robert. Princípios Formais. *In:* TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a. p. 3–36.

ALEXY, Robert. As dimensões real e ideal do direito. *In:* TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014b. p. 129–138.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2012.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudo para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. The weight formula. *In:* BROZEK, Bartosz; STELMACH, Jery; ZALUSKI, Wojciech (Orgs.). **Studies in the philosophy of law**: frontiers of the economic analysis of law. Michalowskiego: Jagiellonian University Press, 2007. p. 9–27.

ALEXY, Robert. The nature of legal philosophiy. **Ratio Juris**, [*s. l.*], v. 12, n. 2, p. 156–167, jun. 2004.

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, [*s. l.*], v. 13, n. 3, p. 294–304, set. 2000.

BOROWSKI, Martin. Principios formales y fórmula do peso. *In:* PORTOCARRERO, Jorge (Org.). **Ponderación y discrecionalidad**. Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, 2016. p. 59–158.

BOROWSKI, Martin. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **O debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima. **As decisões contrárias às leis na teoria de Robert Alexy**. São Paulo: Dialética, 2020.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima. A busca do equilíbrio entre a positividade do direito e a realização da justiça: uma visão radbruchiana. **Revista Quaestio Iuris**, [*s. l.*],v. 11, n. 2, p. 1015-1036, 2018.

TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito. *In:* TOLEDO, Cláudia (Org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017. p. 29–47.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. A teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. *In:* TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.). **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 1–32.

Como Citar:

FRANÇA, Mhardoqueu Geraldo Lima. A Evolução da fórmula do peso de Robert Alexy. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 30, n. 1, p. 1-14, jan./mar. 2024. DOI: https://doi.org/10.5020/2317-2150.2025.14941

Endereço para correspondência:

Mhardoqueu Geraldo Lima França
E-mail: mhardoqueu@yahoo.com.br

CC BY NC

Recebido em: 27/01/2024
Aceito em: 20/12/2024