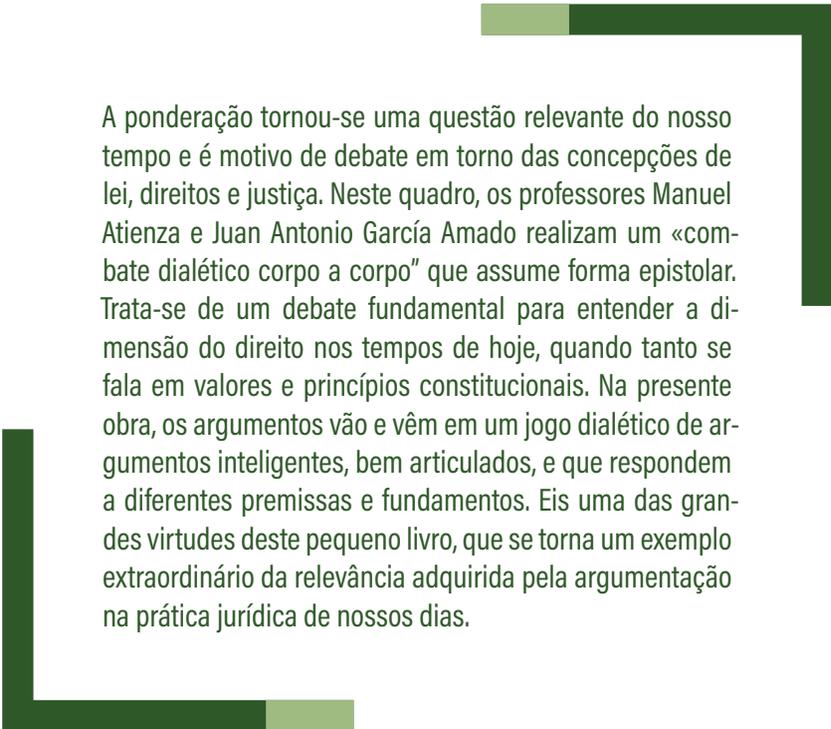


**Manuel Atienza Rodríguez
Juan Antonio García Amado**

Um debate sobre a ponderação



A ponderação tornou-se uma questão relevante do nosso tempo e é motivo de debate em torno das concepções de lei, direitos e justiça. Neste quadro, os professores Manuel Atienza e Juan Antonio García Amado realizam um «combate dialético corpo a corpo» que assume forma epistolar. Trata-se de um debate fundamental para entender a dimensão do direito nos tempos de hoje, quando tanto se fala em valores e princípios constitucionais. Na presente obra, os argumentos vão e vêm em um jogo dialético de argumentos inteligentes, bem articulados, e que respondem a diferentes premissas e fundamentos. Eis uma das grandes virtudes deste pequeno livro, que se torna um exemplo extraordinário da relevância adquirida pela argumentação na prática jurídica de nossos dias.

Um debate sobre a ponderação

Manuel Atienza Rodríguez

CATEDRÁTICO DE FILOSOFIA DO DIREITO
NA UNIVERSIDADE DE ALICANTE

Juan Antonio García Amado

CATEDRÁTICO DE FILOSOFIA DO DIREITO
NA UNIVERSIDADE DE LEÓN

Um debate sobre a ponderação

Barcelona
2020



© NOVIEMBRE 2020 MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

© NOVIEMBRE 2020



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-121579-5-6

ISBN digital: 978-84-121579-6-3

D.L.: B 5392-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

ÍNDICE

CONSIDERAÇÕES DO TRADUTOR	9
APRESENTAÇÃO	15
CAPÍTULO I	
ÀS VOLTAS COM A PONDERAÇÃO.....	17
Manuel Atienza	
CAPÍTULO II	
SOBRE PONDERAÇÕES. DEBATENDO COM MANUEL ATIENZA.....	49
Juan Antonio García Amado	
1. Noções elementares sobre a fenomenologia da ponderação	49
1.1. Sopesando objetos	49
1.2. Sopesando entidades intangíveis.....	52
1.3. A respeito de pesos e balanças.....	62
2. Algumas dúvidas e discrepâncias com Manuel Atienza	67
2.1. A evanescência das regras (ou das normas legais) e a onipresença dos princípios. Ou: de como passar a perna no legislador, inclusive quando se quer proteger direitos fundamentais	67
2.2. Regras que vão e regras que vêm	80

2.3. Pondera-se quando se quer? 83

CAPÍTULO III

CARTA SOBRE A PONDERAÇÃO 95
Manuel Atienza

CAPÍTULO IV

RESPOSTA À EPÍSTOLA DE MANUEL ATIENZA 121
Juan Antonio García Amado

CAPÍTULO V

RESPOSTA À CARTA DE JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO..... 143
Manuel Atienza

CONSIDERAÇÕES DO TRADUTOR¹

Em razão do caráter singular da obra dos Professores Doutores Manuel Atienza Rodríguez² e Juan Antonio García Amado³, considera, o tradu-

- 1 José Eduardo Schuh, brasileiro, é advogado, doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA) e docente de Fundamentos Constitucionais na cátedra Raúl Gustavo Ferreyra nessa mesma instituição.
- 2 Manuel Atienza Rodríguez é Catedrático de Filosofia do Direito na Universidad de Alicante, diretor da «Revista Doxa» e do «Observatório Doxa de Argumentación Jurídica para el mundo Latino americano». Ex-vice-presidente da «Asociación mundial de Filosofía Jurídica y Social». Doutor Honoris Causa por diversas Universidades Latinoamericanas. Membro da Comissão Nacional (espanhola) de Reprodução Humana Assistida e membro da Comissão redatora do Código modelo de Ética Judicial na Cúpula Judicial Ibero-americana. Entre seus livros, destacam-se: *Introducción al Derecho* (1985), *Sobre la analogía en el Derecho, Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico* (1986), *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (1991), *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico* (1993), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (com Juan Ruiz Manero, 1996), *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder* (com Juan Ruiz Manero, 2000), *El sentido del Derecho* (2001), *La guerra de las falacias* (2003), *Bioética, Derecho y Argumentación* (2004), *El Derecho como Argumentación* (2006), *Para una teoría postpositivista del Derecho* (com Juan Ruiz Manero), *Palestra-Temis*, (2009).

tor, necessária a divulgação das ideias e conceitos veiculados neste livro. Trata-se de Ciência do Direito exponencialmente energizada: embate aberto de ideias e sobre ideias antagônicas, direto, com o uso de argumentos claros e objetivos, filosoficamente posicionados, com o emprego das mais avançadas técnicas jurídicas, além de muitas brincadeiras e ironias.

Ressalta-se que a singularidade acima mencionada decorre da concorrência de duas características incomuns presentes neste livro: *primus*, é disponibilizado um conteúdo doutrinário de primeiríssima linha e construído com fundamento nos mais elevados instrumentos da doutrina jurídica contemporânea –trata-se de verdadeira investigação jurídica, Ciência do Direito pura; *secundus* –e não menos importante–, por apresentar um debate implacável, em que as posições dos autores se auto-impulsionam a combater vigorosamente pela defesa dos argumentos defendidos, jamais economizando objetividade (agressividade,

-
- 3 Juan Antonio García Amado é Catedrático de Filosofia do Direito da Universidad de León. Publicou os livros *Teorías de la Tópica Jurídica* (1988), *Hans Kelsen y la norma fundamental* (1996), *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann* (1997), *Escritos de Filosofía del Derecho* (1999), *La lista de Schindler. Abismos que el Derecho difícilmente alcanza* (2003), *Ensayos de filosofía jurídica* (2003), *Delito político. Al hilo de la Sentencia de la Corte Suprema de Colombia de 11 de julio de 2007* (2007), *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica* (2010), *Un debate sobre ponderación* (con Manuel Atienza, 2012), dentre outros. Editor e co-autor dos livros *El Derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales* (2001), *Torturas en el cine* (editor junto com Manuel Paredes Castañón, 2005) e *Filosofía del Derecho penal* (editor junto com Miguel Díaz y García Conlledo, 2006), *Responsabilidad y Derecho. Quince estudios* (2013), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Un debate sobre abducción* (com Pablo Bonorino, 2014).

na intransigência) ao contestar as aduções alheias –e, apesar disso, impende asseverar que ambos continuam amigos.

Alerta-se que os autores, no idioma castelhano, desenvolveram o debate com um linguajar ora formal, mas, em regra, informal, coloquial, contudo sem prejuízo da densidade das arguições expendidas. Ressalta-se: trata-se de uma conversa (científica) entre verdadeiros amigos. Ao tradutor restou a (difícil) tarefa de tentar preservar a coloquialidade da linguagem empregada, isentando-se de modificar o conteúdo dos significados e significações jurídicas disponibilizado pelos Mestres espanhóis.

Os autores, ambos naturais da Comunidade Autônoma uniprovincial das Astúrias (Principado de Astúrias), há muito relacionam-se amistosamente e debatem questões relevantes da Ciência do Direito; por exemplo, Juan Antonio García Amado, Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de León desde 1994, é conferencista no afamado curso «Master de Argumentación Jurídica» da Universidade de Alicante, do qual Manuel Atienza Rodríguez, Catedrático de Filosofia do Direito nessa instituição, é Docente e Diretor do Programa.

Em tempos de intensos debates jurídicos acerca das posturas principialistas e garantistas do constitucionalismo (ciência do Direito Constitucional),⁴ visões filosóficas de caráter ambivalente, a obra tradu-

4 Apropria-se, aqui, o tradutor, das expressões utilizadas, por exemplo, nos debates científicos desenvolvidos na Revista «Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho», n° 34 (Alicante, 2011, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y ed. Marcial Pons), cujo título da introdução redigida por Manuel Atienza, bem resume o propósito do colóquio: «Un debate sobre el constitucionalismo a propósito de un escrito de Luigi Ferrajoli» (referindo-se ao texto inaugural da edição, «Constitu-

zida desvela a manifesta polaridade entre tais posições, situando os dois autores nos diametralmente opostos polos e, portanto, dispondo a larga abrangência das concepções atuais da ciência jurídica.

Ainda, o debate esgrimido e apresentado nesta obra demonstra um exímio uso de ferramentas argumentativas, conferindo uma dinâmica impressionante ao movimento pendular tese/antítese apresentado. O uso das técnicas de argumentação desenvolvido no debate constitui um relevante destaque da obra traduzida e ao leitor é propiciada uma percepção pormenorizada da prática perfeitamente executada do raciocínio jurídico formal e materialmente válido. O resultado é que os arrazoados são substancialmente consistentes, ainda que perceptivelmente antagônicos (e independentemente da posição jurídica adotada pelo leitor).

Em relação à tradução propriamente dita, impende referir que o tradutor optou por (tentar) preservar as indicações gramaticais empregadas pelos autores; nesse sentido, as aspas, as expressões em ‘itálico’ e outros indicativos de destaque foram reproduzidos diretamente do original sem alteração na tradução, de modo a garantir fidelidade da versão em língua portuguesa. Igualmente, em relação às divisões de texto operadas pelos doutos autores (parágrafos, numerações, etc.).

Ainda, o tradutor destaca que alguns elementos explicativos foram introduzidos – todos precedidos da expressão «N.T», ou seja, ‘Nota do Tradutor’ – cujo propósito único é o de facilitar a leitura e a compreensão do texto doutrinário, complementando-o, sem, contudo, promover qualquer intervenção no trabalho autoral ora vertido ao português.

cionalismo principialista y constitucionalismo garantista»). Esse artigo paradigmático – e as críticas e comentários apresentados por juristas da mais alta estirpe é objeto de relevante referência no texto a seguir traduzido.

Por fim, o tradutor registra que se trata de uma honra e um privilégio ter contado com a confiança dos autores, Manuel Atienza Rodríguez e Juan Antonio García Amado, autorizadores da tradução em tela; aos quais, emocionadamente, agradece. É digno, também, o agradecimento ao Professor Doutor Raúl Gustavo Ferreyra, Catedrático da Universidad de Buenos Aires (UBA) e Diretor de Tese do tradutor, por ter, em julho de 2013, no curso do Programa de Doutorado em Direito dessa destacada instituição argentina de estudos jurídicos, apresentando-lhe ao insigne Professor da Universidad de León e possibilitando o contato que resultou na autorização necessária para a versão em língua portuguesa que neste momento se oferta aos estudiosos do direito. O tradutor também agradece os debates propiciados pelos colegas Carolina Machado Cyrillo da Silva (professora titular da UFRJ e docente da UBA) e Rodrigo Visotto Junkes (docente da UBA), facilitadores da tradução ‘jurídica’, preservadora do sentido jurídico dos institutos e elementos tratados pelos autores traduzidos. No mesmo sentido, há que agradecer expressamente o auxílio prestado por sua cunhada e seu irmão, Isabel Diez Vial e Antonio Augusto Schuh, «madrileños» por opção (ela, leonense e atualmente professora de Administração de Empresa da Universidade Complutense de Madri, ele, portoalegrense, diretor da companhia Telefônica da Espanha), cujo luxuoso auxílio permitiu a tradução (e compreensão) das expressões idiomáticas empregadas pelos espanhóis debatedores, sobremaneira nas manifestações «asturianas» (respeitosamente, o tradutor compara o linguajar espanhol-asturiano ao português falado no Rio Grande do Sul, com suas peculiares manifestações linguísticas).

Por fim, o tradutor agradece a honra e o privilégio de ter sido autorizado a traduzir para a língua portuguesa o livro «Um debate sobre a ponderação», destacando que essa atividade rendeu-lhe inúmeras oportunidades de refletir sobre o direito e a Ciência do Direito.

Expressamente, o tradutor agradece aos Professores Doutores Manuel Atienza Rodríguez e Juan Antonio García Amado e espera que o leitor tenha uma excelente experiência a partir da leitura da tradução para o português de «Um debate sobre a Ponderação».

APRESENTAÇÃO

Há alguns meses, os autores deste livro decidiram embarcar em uma discussão escrita sobre um tema atual da teoria e da prática do direito que interessava a ambos e sobre o qual, como haviam constatado, mantinham posições contrapostas: o da ponderação. Consideraram também a possibilidade de acompanhar seus textos com outras opiniões acerca da ponderação e de suas respectivas posições, a fim de assim obter um panorama mais completo sobre uma questão que, sem dúvida, constitui um dos núcleos fundamentais do debate contemporâneo em torno do positivismo jurídico. Contudo, diversas circunstâncias os recomendaram a manter a contenda no estado de uma simples polêmica. Os autores são conscientes dos riscos que tal decisão acarreta, porém a leitura em sequência dos cinco episódios que compõem a discussão os levou a pensar que poderia haver também alguma vantagem em oferecer o que merece ser considerado um combate dialético «corpo-a-corpo», duro, em certas ocasiões, inclusive, com certas doses de agressividade, embora respeitando sempre as regras do «jogo limpo». O inteligente leitor, que sem dúvida será capaz de suprir ou superar as parcialidades e os inevitáveis excessos que acompanham uma polêmica, não se surpreenderá com o fato de que os autores consideram que os laços de amizade e apreço profissional recíproco foram estreitados e incrementados à medida que avançava a discussão.

Os Autores