

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Leonardo Simchen Trevisan

**PONDERAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO, RACIONALIDADE:
ANÁLISE DAS CRÍTICAS AO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY NO BRASIL**

Porto Alegre

2016

Leonardo Simchen Trevisan

**PONDERAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO, RACIONALIDADE:
ANÁLISE DAS CRÍTICAS AO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luís Afonso Heck.

Porto Alegre

2016

Leonardo Simchen Trevisan

**PONDERAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO, RACIONALIDADE:
ANÁLISE DAS CRÍTICAS AO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Aprovada em 10 de junho de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Luís Afonso Heck
(Orientador)

Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho

Prof^ª. Dr.^a. Maria Cláudia Cachapuz

Prof. Dr. Roberto José Ludwig

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho não teria sido possível sem o apoio de certas pessoas e instituições. Nomeá-las aqui não constitui simples liberalidade, mas verdadeira obrigação.

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, Paulo Trevisan e Cláudia Trevisan, bem como à minha avó, Iara Simchen, por todos os tipos de suporte que deles sempre recebi.

Em sequência, agradeço aos meus amigos Danielle Antpack, Thomas Collin, João Munari, Emanuel Stobbe, Moisés Stobbe, Lucas Martini, Ricardo Lima, Alexis Tierno, Tito Moreira e Messenilho Ayub pelos momentos que compartilhamos, tanto os de seriedade quanto os de descontração. Agradecimentos especiais são devidos à Danielle e ao Thomas, pelo suporte que me deram em questões atinentes a esta pesquisa.

No plano institucional, agradeço à CAPES, pela bolsa que me acompanhou durante todo o período da pesquisa, bem como ao DAAD, pelo *Stipendium* que me concedeu para a realização do *Winterkurs* junto à Universidade de Freiburg, Alemanha, entre os meses de janeiro e fevereiro de 2015.

No plano acadêmico, agradeço aos ilustres membros da banca, Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, Prof^a. Dr^a. Maria Cláudia Cachapuz e Prof. Dr. Roberto José Ludwig, pelas valiosas contribuições que prestaram ao presente trabalho por ocasião daquele exame. Ao Prof. Ludwig é devido um agradecimento particular pela gentil disponibilização de material.

Ainda nesse âmbito, agradeço ao próprio Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Robert Alexy, por ter contribuído diretamente para a solução de questões controversas que se colocaram durante esta pesquisa.

Por fim, ainda no plano acadêmico, o maior dos agradecimentos. O presente trabalho jamais teria existido sem a excelente orientação do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. A atenção e a cordialidade que ele sempre me dispensou, a constante disponibilização de material, as extremamente precisas correções e o incentivo à pesquisa, à reflexão e à crítica foram fatores decisivos para que esta empreitada pudesse ser levada a bom termo, com o rigor científico esperado de um trabalho de pós-graduação. Se a presente pesquisa for digna de algum mérito, ele certamente deve ser compartilhado com o Prof. Heck; eventuais equívocos e imprecisões, por outro lado, são de minha inteira responsabilidade.

*„Die Strahlen der Sonne vertreiben die Nacht,
zernichten der Heuchler erschlichene Macht.“
(Wolfgang Amadeus Mozart/Emanuel Schikaneder,
Die Zauberflöte, zweiter Akt, Finale)*

RESUMO

O objeto central do presente estudo é a análise das críticas ao pensamento de Robert Alexy no Brasil. Diante da recepção e divulgação das ideias do jusfilósofo alemão no país, um grande número de autores relevantes do atual cenário jurídico brasileiro vem produzindo trabalhos críticos à teoria de Robert Alexy, trabalhos esses que versam sobre pontos os mais diversos de sua teoria, bem como de suas implicações no plano teórico e no prático. Essas críticas vão desde supostas inconsistências da teoria dos princípios até os problemas da discricionariedade judicial e da divisão de competências entre o parlamento e o tribunal constitucional, passando, nesse caminho, por muitas outras questões. O presente estudo busca estabelecer um contraste entre a teoria de Robert Alexy e as críticas a ela dirigidas por esses autores, de modo a avaliar sua consistência e verificar se elas, de alguma forma, arranham a construção teórica do autor germânico.

Palavras-chave: Robert Alexy. Teoria dos princípios. Teoria do discurso. Ponderação. Argumentação. Críticas.

ABSTRACT

The object of this research is the analysis of the objections to Robert Alexy's thinking in Brazil. Because of the reception and divulgation of his ideas in this country, a considerable variety of important authors in the Brazilian legal theory has been raising many objections to Robert Alexy's theses, which involve several points of this theory and its implications in both theoretical and practical plans. Those objections include issues as alleged inconsistencies of principles theory, judicial discretion and the division of competences between parliament and constitutional court, among many other issues. This research intends to contrast the Robert Alexy's theory and the objections aimed to it by Brazilian critics, in order to evaluate the consistency of those objections and to verify if they, somehow, are harmful to the theoretical construction of the German author.

Keywords: Robert Alexy. Principles theory. Discourse theory. Balancing. Argumentation. Objections.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O POSITIVISMO E SUA SUPERAÇÃO	15
1.1 O POSITIVISMO: Kelsen E Hart	18
1.1.1 A proposta de Kelsen	18
1.1.1.1 A ciência do direito como ciência normativa	18
1.1.1.2 A ordem jurídica	21
1.1.1.3 Direito e moral	22
1.1.1.4 A norma fundamental	24
1.1.1.5 A estrutura escalonada da ordem jurídica e a aplicação do direito	29
1.1.1.6 A interpretação	32
1.1.2 A proposta de Hart	33
1.1.2.1 A distinção entre normas primárias e secundárias	33
1.1.2.2 A norma de reconhecimento e a questão da validade	35
1.1.2.3 A textura aberta das normas	39
1.1.2.4 A justiça, a moral e o direito	42
1.2 A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO: DWORKIN E ALEXY	45
1.2.1 A proposta de Dworkin	46
1.2.1.1 O ataque geral ao positivismo	46
1.2.1.2 Regras e princípios	47
1.2.1.3 Princípios, <i>policies</i> e casos difíceis	50
1.2.2 A proposta de Alexy	55
1.2.2.1 A pretensão de correção	55
1.2.2.2 O conceito de direito não positivista	58
2 LINHAS GERAIS DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY	63
2.1 NORMA: REGRA E PRINCÍPIO	63
2.1.1 O conceito semântico de norma	63
2.1.2 A distinção entre regras e princípios	66
2.1.2.1 Mandamentos de otimização e mandamentos definitivos	66
2.1.2.2 Objeções ao conceito de princípio	71
2.1.2.3 O princípio da proporcionalidade e a ponderação	73
2.2 DISCURSO PRÁTICO E DISCURSO JURÍDICO	77
2.2.1 A teoria do discurso	77

2.2.1.1 As regras do discurso.....	78
2.2.1.2 Os limites do discurso	84
2.2.2 A argumentação jurídica	86
2.2.2.1 A justificação interna.....	86
2.2.2.2 A justificação externa	89
3 CRÍTICAS AO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY NO BRASIL.....	99
3.1 AS CRÍTICAS DE HUMBERTO BERGMANN ÁVILA	99
3.1.1 Críticas relativas ao critério do modo final de aplicação de regras e princípios	99
3.1.2 Críticas relativas ao critério do conflito normativo	102
3.1.2.1 A ponderação como método de aplicação tanto de princípios quanto de regras..	103
3.1.2.2 Diversidade de princípios e de formas de colisão	106
3.1.3 Inconsistência semântica e inconsistência sintática	109
3.1.4 Modelo alternativo.....	111
3.1.4.1 Regras, princípios e postulados	111
3.1.4.2 A proporcionalidade como postulado.....	112
3.2 AS CRÍTICAS DE LENIO LUIZ STRECK.....	113
3.2.1 Críticas relativas à discricionariedade	113
3.2.2 Princípio, norma, proporcionalidade e hermenêutica	118
3.3 AS CRÍTICAS DE MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA	120
3.4 AS CRÍTICAS DE LÚCIO ANTÔNIO CHAMON JUNIOR.....	121
3.5 AS CRÍTICAS DE ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ	122
3.6 AS CRÍTICAS DE MARCELO CAMPOS GALUPPO.....	124
3.7 AS CRÍTICAS DE LEONARDO MARTINS	126
3.7.1 A crítica epistemológica	127
3.7.2 A crítica metodológica	128
3.7.3 A crítica teórico-jurídica	128
3.7.4 A crítica teórico-democrática.....	129
4 ANÁLISE DAS CRÍTICAS AO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY NO BRASIL	131
4.1 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE HUMBERTO BERGMANN ÁVILA	131
4.1.1 Critérios para a distinção entre regras e princípios	131
4.1.2 Ponderação de regras.....	134
4.1.3 Mandamentos de otimização e modelo de ponderação.....	147

4.1.4 Inconsistências	159
4.1.5 Problemas do modelo proposto por Ávila	161
4.2 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE LENIO LUIZ STRECK	167
4.2.1 O problema da discricionariedade	167
4.2.2 O suposto déficit democrático	178
4.2.2.1 Democracia e direitos do homem	180
4.2.2.2 Representação política e representação argumentativa	185
4.2.2.3 Espaços	190
4.2.3 Problemas do modelo proposto por Streck	196
4.3 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA	206
4.4 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE LÚCIO ANTÔNIO CHAMON JUNIOR	209
4.5 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ	210
4.6 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE MARCELO CAMPOS GALUPPO	214
4.7 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE LEONARDO MARTINS	217
CONCLUSÃO	221
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	223

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, positivou uma série de normas que podem ser designadas como “princípios constitucionais”. Os direitos fundamentais, que, ao contrário do que se verificava nas Constituições que a precederam, nela estão inscritos no início do texto constitucional, constituem os mais importantes (embora não os únicos) representantes dessa classe. Ao posicioná-los na abertura da Constituição, o legislador constituinte não pretendeu outra coisa senão realçar o papel central que os direitos fundamentais ocupam no contexto da ordem constitucional brasileira, contrastando-o, dessa forma, com o autoritarismo dos anos de regime militar vividos pelo Brasil no período histórico anterior ao advento da atual Constituição.

Contudo, a previsão constitucional de um extenso rol de direitos fundamentais não constitui, por si só, uma garantia da efetividade desses direitos, ainda mais em um país historicamente marcado por abusos provenientes de autoridades públicas, acostumadas a agir como se a máquina estatal a elas pertencesse, e pela marginalização de um contingente imenso de pessoas, cujo cotidiano é marcado por todos os tipos de carência. A passagem do “mundo ideal” do dever-ser normativo para o “mundo real” do faticamente existente é bastante complexa, principalmente quando tem de ser feita diante de condições sociais, políticas, econômicas e culturais tão adversas.

A eficácia imediata dos direitos fundamentais constitui, entretanto, um mandamento constitucional. Os juristas brasileiros (teóricos e práticos) estão incumbidos do dever de, na medida de suas possibilidades, promover a realização dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Trata-se de uma tarefa gigantesca, sem dúvida, mas, ao mesmo tempo, a recompensa por ela prometida mostra-se digna desse esforço: a construção de uma estrutura social mais racional e, portanto, mais justa.

Uma vez tendo essa exigência sido posta pela Constituição, a doutrina do direito e a jurisprudência nacionais passaram a procurar alternativas para melhor enfrentá-la. Considerando que o pensamento jurídico brasileiro há muito vem recebendo decisivas influências das teorias surgidas no âmbito jurídico alemão (pense-se, nesse sentido, em Tobias Barreto e Pontes de Miranda, dois dos maiores juristas pátrios), não é surpresa que a teoria do direito público germânico tenha desempenhado um importante papel no processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais no Brasil. Com isso, Robert Alexy, antigo professor da Universidade de Kiel, famoso teórico e filósofo do direito (cuja obra, após sua

acolhida inicial na Alemanha, difundiu-se por várias partes do mundo), tornou-se rapidamente a principal referência nessa área.

A primeira obra de Robert Alexy, intitulada “Teoria da Argumentação Jurídica” (no original, *Theorie der juristischen Argumentation*), foi lançada em 1978. Nela, Alexy procura demonstrar a possibilidade de uma argumentação jurídica racional, estabelecendo-a como um caso especial da argumentação prática racional geral, que se deixa reconduzir a uma teoria do discurso prático racional. A racionalidade do resultado obtido discursivamente é, nessa teoria, garantida pela observância de determinadas regras do discurso. O segundo livro de Alexy, intitulado “Teoria dos Direitos Fundamentais” (no original, *Theorie der Grundrechte*), surgiu em 1985. Nele, Alexy lança as bases de sua teoria dos princípios. Há, de acordo com essa teoria, duas espécies normativas, regras e princípios, que guardam entre si uma diferença qualitativa: princípios são mandamentos de otimização, enquanto regras são mandamentos definitivos. Como decorrência dessa diferenciação está a distinta forma de aplicação das espécies normativas: regras são aplicadas mediante subsunção, enquanto princípios são aplicados mediante ponderação. Uma terceira obra importante, intitulada “Conceito e Validade do Direito” (no original, *Begriff und Geltung des Rechts*), apareceu em 1992. Nela, Alexy trabalha o problema clássico da filosofia do direito, a relação entre direito e moral, defendendo a correção de um conceito não positivista de direito. Essas são, pode-se dizer, as suas três obras centrais, embora tanto o próprio Alexy quanto alguns de seus alunos (dentre outros, Matthias Klatt e Martin Borowski) tenham continuado a desenvolver a sua teoria em muitos outros trabalhos.

A recepção e divulgação do pensamento de Alexy no Brasil deu azo, todavia, ao surgimento de diversos trabalhos críticos, alguns dos quais empreendidos por autores de grande prestígio no âmbito jurídico nacional. A presente investigação tem por objetivo a análise de tais críticas, de modo a verificar se elas constituem objeções capazes de derrubar o edifício teórico de Alexy. Se a resposta a essa questão for positiva, ela poderá justificar o abandono dessa teoria no país e a sua substituição por um novo paradigma; se, por outro lado, a resposta for negativa, essa teoria terá sua solidez científica confirmada e, portanto, acabará fortalecida, justificando-se, nesse caso, o aprofundamento de seu uso e divulgação no Brasil. A atualidade do tema (considerando-se que esses trabalhos críticos são, em sua maioria, bastante recentes) e a relevância do pensamento filosófico-jurídico e teórico-jurídico de Alexy servem de justificativa ao presente estudo.

Registre-se, nesse ponto, que o pensamento de Alexy vem sendo objeto de críticas não apenas no Brasil, mas em países os mais diversos. Na Alemanha, apenas para exemplificar,

intelectuais do porte de Jürgen Habermas e Klaus Günther levantaram objeções contra ele, enquanto Ralf Poscher, seu principal crítico contemporâneo naquele país, vem dirigindo a Alexy críticas bastante duras, chegando a afirmar que a teoria dos princípios, por carecer de um objeto, seria a “teoria de um fantasma” (*Theorie eines Phantoms*). Ainda no plano internacional, podem ser citados críticos como Frederick Schauer (Estados Unidos), John Gardner (Grã-Bretanha), Aulis Aarnio (Finlândia), Juan Antonio García Amado (Espanha), Maeve Cooke (Irlanda), Stavros Tsakyrakis (Grécia) e Eugenio Bulygin (Argentina), dentre muitos outros. As objeções dos críticos internacionais têm recebido continuamente a atenção de Alexy e de seus alunos, originando-se, assim, um grande número de respostas; veja-se, como exemplo, os posfácios que foram posteriormente acrescentados à Teoria da Argumentação Jurídica e à Teoria dos Direitos Fundamentais, bem como a obra “Razão Institucionalizada: a Ciência do Direito de Robert Alexy” (no original, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*), editada por Matthias Klatt.

As críticas dirigidas à teoria de Alexy por autores estrangeiros não serão, aqui, objeto de investigação. E isso por três razões: em primeiro lugar, porque, como já referido, tais críticas vêm sendo constantemente rebatidas pelo próprio Alexy e por seus alunos; em segundo lugar, porque a amplitude colossal do tema inviabilizaria uma investigação mais profunda; em terceiro lugar, porque essas críticas não são, para o enfrentamento do problema relativo à recepção da teoria de Alexy no Brasil, tão relevantes quanto as formuladas no contexto jurídico brasileiro.

O recorte do tema desta investigação exclui não apenas os autores estrangeiros. Também autores brasileiros que fazem críticas demasiadamente pontuais à teoria de Alexy serão deixados de fora, o mesmo ocorrendo com autores nacionais de menor expressão. A relevância dos críticos para a ciência do direito no Brasil e a abrangência das objeções são, para os fins deste estudo, critérios decisivos. É lícito pensar que, uma vez tendo sido analisadas as críticas selecionadas de acordo com esses critérios, obter-se-á uma resposta, ainda que indireta, também às críticas que restaram excluídas, face ao grande número de pontos relevantes do pensamento de Alexy que serão abordados.

Sendo essa a proposta, as críticas a analisar partem dos seguintes autores: Humberto Bergmann Ávila, Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Lúcio Antônio Chamon Junior, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Marcelo Campos Galuppo e Leonardo Martins. A diversidade de questões levantadas por esses críticos é gigantesca: elas vão da inadequação da teoria dos princípios à perda do caráter normativo do direito, do agravamento do problema da discricionariedade ao equívoco de subordinar o direito à moral, da invasão do

Poder Judiciário em áreas de competência exclusiva do Poder Legislativo à impossibilidade de reconhecimento de um caráter científico à teoria dos princípios. Enumerá-las todas alongaria excessivamente esta introdução.

Delimitada está, portanto, a tarefa à qual a presente investigação se propõe. A sua execução dar-se-á em quatro capítulos.

O primeiro capítulo é destinado à apresentação dos aspectos mais gerais da filosofia do direito de Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Os dois primeiros constituem os principais representantes da corrente conhecida como “positivismo jurídico”, corrente essa que os dois últimos pretenderam atacar e superar. O objetivo da exposição é, sobretudo, situar o pensamento de Alexy no contexto da filosofia do direito contemporânea, bem como introduzir temas importantes, como os da discricionariedade judicial e da relação entre a moral e o direito, que serão retomados mais adiante.

O segundo capítulo é voltado à apresentação das ideias centrais do pensamento de Robert Alexy. Ele abrange os principais temas desenvolvidos pelo jusfilósofo alemão em seus trabalhos de maior relevo. Obtém-se, dessa forma, uma visão abrangente do pensamento de Alexy, contra o qual as críticas expostas no capítulo seguinte são dirigidas.

O terceiro capítulo é, assim, uma descrição das críticas ao pensamento de Alexy no Brasil. As objeções dos críticos mencionados acima nele são expostas, separadas, com o objetivo de garantir a clareza e a fluidez da apresentação, por autor.

O quarto e derradeiro capítulo traz a análise dessas críticas. As objeções descritas no capítulo anterior são, nesse ponto, contrastadas com a teoria de Alexy, de modo a avaliar a sua aptidão para prejudicar a construção teórica do autor criticado.

Antes de adentrar os desdobramentos da investigação, uma última observação, de suma importância em um país tão marcado por personalismos, mostra-se necessária. A análise crítica das objeções dirigidas ao pensamento de Robert Alexy por autores brasileiros pressupõe o apontamento de equívocos, distorções e inconsistências no trabalho dos críticos. É dever desta investigação criticá-los. Por mais que a linguagem empregada nessa crítica possa parecer, por vezes, dura e direta, deve-se ter em mente que ela não é dirigida contra a pessoa dos doutrinadores, mas contra suas ideias. Trata-se de algo evidente, mas que precisa ser ressaltado: a crítica é totalmente objetiva, não há nela o menor resquício de subjetividade. Sua motivação é puramente científica. Seria, para o autor deste estudo, a máxima felicidade se, futuramente, algum desses respeitados doutrinadores fizesse a gentileza de oferecer uma resposta ao que é dito nesta investigação. O ganho científico que disso adviria seria uma recompensa extraordinária ao esforço que nela foi empregado.

1 O POSITIVISMO E SUA SUPERAÇÃO

Creonte, cuja tirania sobre Tebas é tão temida quanto odiada, proíbe a seus cidadãos que o corpo de Polinice, o traidor da pátria, seja enterrado; sem funerais, sem sepultura, sem luto, o cadáver deve ser deixado ao relento, à mercê das intempéries e das feras. Diante de uma ordem tão abominável, Antígona, irmã de Polinice, rebela-se. Capturada pelos guardas enquanto enterrava o irmão, a moça é levada à presença de Creonte, o qual, enfurecido por suas leis terem sido transgredidas (e, o que para ele é ainda pior, por ter sido uma mulher a fazê-lo), sentencia: Antígona deverá reunir-se ao irmão no reino dos mortos. Ela, sem demonstrar o mais pálido vestígio de medo, desafia o tirano: não fora Zeus a proclamar as leis injustas por ela transgredidas, fora um simples mortal, e nada do que um homem pudesse decretar teria o poder de sobrepor-se à justiça, às leis perenes e imutáveis dos deuses.¹

Antonio, com a intenção de ajudar seu amigo Bassanio a levantar uma quantia considerável em dinheiro, quantia essa da qual urgentemente necessita para levar adiante sua proposta de casamento com Portia, oferece-se como fiador ao rico usurário judeu Shylock, seu desafeto. Esse afirma estar disposto a emprestar o dinheiro, mas com uma condição: não sendo o empréstimo pago na data e local combinados, Antonio terá de deixar que lhe seja cortada uma libra de carne de seu próprio corpo. O dia do pagamento chega e Antonio, surpreendido pelo naufrágio de sua frota, está insolvente. Levado o caso à corte de justiça de Veneza, o Doge, embora enojado com a crueldade de Shylock, mostra-se relutante em invalidar o contrato por um motivo estranho às leis da cidade. O usurário, enquanto isso, permanece irredutível aos apelos dos presentes por misericórdia: seja qual for o custo, quer consumir sua vingança contra Antonio. Ele, todavia, esqueceu-se de um detalhe: o contrato dava-lhe o direito a uma libra de carne de Antonio, mas não ao seu sangue. Derramasse ele, ao cortar a carne do infeliz, uma única gota de sangue, as leis de Veneza, que ele tão ardentemente chamava em seu auxílio, voltar-se-iam contra ele. Alertado quanto a isso pelas ameaçadoras palavras de Portia, Shylock desiste de seu intento.²

Harry Haller e seu amigo Gustav estão encarrapitados, rifles em mãos, no alto de um enorme pinheiro, em uma espécie de posto de observação que ali fora construído para servir de abrigo aos atiradores na guerra contra as máquinas. A paisagem é bela e tranquila, a contrastar fortemente com o grande número de carros que eles haviam abatido e que jaziam inertes na estrada abaixo. Repentinamente, surge um caminhante; ele começa a revistar os

¹ SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Donald Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2015. p. 7-34.

² SHAKESPEARE, William. **The Merchant of Venice**. London: HarperCollins, 2011. p. 19-90.

carros tombados e, após recolher algumas coisas, senta-se despreocupadamente no peitoril da estrada. Contemplando-o, Harry Haller pergunta a Gustav: “você seria capaz de atirar naquele homem e abrir-lhe um buraco na nuca? Deus sabe que eu não conseguiria.” A resposta do outro vem seca e direta: “isso porque não te ordenaram.”³

Essas breves passagens, todas elas retiradas de obras bastante conhecidas da literatura universal, representam um tratamento artístico daquele que é o problema central da filosofia jurídica, do qual os pensadores do direito ocupam-se há milênios e para o qual foram oferecidas tentativas de solução as mais diversas: a relação entre direito e moral – ou, o que é semelhante, a relação entre direito e justiça.⁴

Diante desse problema, duas são as posições fundamentais: a positivista e a não positivista. As características mais marcantes do positivismo estão em duas teses por ele defendidas, a da separabilidade e a da separação. Segundo a tese da separabilidade, não há uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, o que significa que quaisquer conexões que porventura possam ser verificadas entre eles possuem um mero caráter contingente. Pode-se, com isso, conferir ao direito qualquer conteúdo,⁵ sem que exigências de moral e de justiça desempenhem um papel determinante. A tese da separação, por sua vez, pressupõe a tese da separabilidade e, para além disso, assevera que há fundamentos normativos suficientemente bons para a exclusão dos elementos morais do conceito de direito. A tese da separabilidade busca demonstrar que é possível definir o direito sem o recurso a elementos morais; a tese da separação busca demonstrar que isso, além de possível, é desejável.⁶

O positivismo conhece, portanto, apenas dois elementos de definição do direito: a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social. As numerosas formas pelas quais esses elementos podem ser postos em relação possibilitam a existência de distintas variantes do positivismo jurídico. Os conceitos de direito positivistas podem ser primariamente orientados para a eficácia, como ocorre no âmbito das teorias sociológicas e realistas do direito, ou

³ HESSE, Hermann. **O Lobo da Estepe**. Tradução de Ivo Barroso. 36. ed. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 197-204.

⁴ Salienta Alexy: “Justiça é correção em referência à distribuição e compensação e questões de justiça são questões morais. Pois bem, trata-se, em decisões jurídicas, essencialmente de distribuição e compensação. Por conseguinte, trata-se, em decisões jurídicas, essencialmente de questões morais. Isso leva, juntamente com a necessidade, com a qual é promovida a pretensão de correção com decisões jurídicas, a uma união necessária da argumentação jurídica e moral. [...] Desse modo, é a ideia de justiça abarcada no conceito de direito.” (Cf. ALEXY, Robert. *Direito e Moral*. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 118.)

⁵ Ver, sobre isso, a proposta de Kelsen (itens 1.1.1.3 e 1.1.1.4, infra).

⁶ ALEXY, Robert. *Direito e Moral*. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115-116.

primariamente orientados para a normatização, como no caso das teorias analíticas do direito, dedicadas principalmente à análise lógica e conceitual da prática jurídica.⁷

A definição positivista do direito exclui um terceiro elemento, o da correção moral, e nisso reside a divergência entre positivistas e não positivistas. Dentre esses últimos, todos defendem que o conceito de direito deve abarcar o elemento da correção moral (e isso vale para os defensores de concepções tão díspares quanto as do direito natural⁸ e do direito discursivo). Também aqui é possível fazer uma distinção entre duas teses. A “tese da união forte” representa a negação da tese positivista da separabilidade: segundo ela, a inclusão da correção moral na definição do direito é conceitualmente necessária. A “tese da união fraca”, por sua vez, considera a inclusão da correção moral na definição do direito como desejável, embora não necessária do ponto de vista conceitual, oferecendo, dessa forma, um contraponto à tese positivista da separação.⁹

Radicalizando-se a definição não positivista de direito, chegar-se-ia a um sistema jurídico no qual a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social não existiriam, tendo lugar apenas a correção moral. São óbvios os inconvenientes que um sistema jurídico assim concebido traria; em última análise, ele degeneraria inevitavelmente em alguma forma de anarquismo. A questão central não é, portanto, se a correção moral deve, isoladamente, ser oposta aos dois outros elementos, mas se deve ser unida a eles, de modo que os três tomem parte na definição do direito.¹⁰

Para os objetivos deste estudo, mostra-se interessante, em um primeiro momento, a análise do positivismo, na forma que lhe é dada pelos seus principais defensores, e, em um

⁷ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 31-38.

⁸ Sobre o direito natural (jusnaturalismo), não mais do que breves considerações serão feitas aqui. O pensamento jusnaturalista, centrado na ideia de que existe um direito inerente à própria natureza humana, dominou a ciência do direito durante séculos: na Antiguidade Clássica, ocuparam-se dele os filósofos gregos, sobretudo Platão e Aristóteles, o mesmo ocorrendo com os juristas romanos; a Idade Média assistiu à construção de um direito natural de matriz cristã, notadamente através de Agostinho e Tomás de Aquino; o século XVI, com o racionalismo e a Reforma, marcou a superação da concepção cristã do direito natural, com a consolidação do direito natural racional (jusracionalismo), no qual se verificou o abandono da base religiosa e a sua substituição pela razão humana, corrente capitaneada pelo jurista holandês Hugo Grotius. Posteriormente, a escola de direito natural desenvolver-se-ia na Inglaterra (com Thomas Hobbes), na Alemanha (com Samuel Pufendorf) e, embora de forma menos intensa, na França (com Jean Domat). A concepção da existência de direitos naturais subjetivos inalienáveis marcou o século XVIII, o “Século das Luzes”, sobretudo através da contribuição de nomes como John Locke, Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau e Cesare Beccaria, encontrando sua máxima expressão na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. (Cf. GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013. p. 364-368.) O jusnaturalismo, contudo, entraria em declínio a partir do século XIX, com as codificações e a conseqüente ascensão do positivismo; no século XX, Hans Kelsen despontaria como o seu mais poderoso e tenaz adversário (ver infra, item 1.1.1). Hoje, pode-se dizer que a concepção jusnaturalista perdeu muito de sua antiga força, continuando, entretanto, a ser defendida em alguns círculos, sobretudo aquele dos juristas de formação religiosa.

⁹ ALEXY, Robert. **Direito e Moral**. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 116-117.

¹⁰ *Ibidem*, p. 117.

segundo momento, a apresentação das principais teses não positivistas que buscaram superá-lo. Obtém-se, dessa forma, a contextualização do objeto central desta pesquisa no quadro maior da filosofia do direito.

1.1 O POSITIVISMO: KELSEN E HART

Os dois principais teóricos do positivismo jurídico foram Hans Kelsen (no âmbito da tradição romano-germânica) e Herbert Lionel Adolphus Hart (no âmbito da tradição anglo-saxônica). Expõe-se doravante as ideias centrais da concepção positivista de direito desses autores, a começar pelo primeiro.

1.1.1 A proposta de Kelsen

1.1.1.1 A ciência do direito como ciência normativa

Kelsen propõe uma “teoria pura” do direito positivo, ou seja, uma teoria voltada a explicar o que é e como é o direito, sem que entre em jogo a questão de como o direito deve ser. A resposta a essa última indagação deve ser buscada não no âmbito da ciência jurídica (*Rechtswissenschaft*), mas no da política do direito (*Rechtspolitik*). O princípio metodológico básico de tal teoria pura consiste em excluir da ciência do direito todos os elementos que a ela são estranhos, delimitando o seu objeto em face de outras áreas do conhecimento, tais como a ética, a sociologia e a teoria política, que, embora se refiram a objetos muito próximos do direito, possuem metodologia própria, distinta daquela que uma ciência jurídica pura vem a exigir.^{11 12}

¹¹ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 01.

¹² Uma das principais decorrências da proposta de Kelsen consiste no caráter anti-ideológico da ciência do direito. Uma teoria do direito que pretenda qualificar o direito positivo vigente como “bom” ou “mau”, “justo” ou “injusto”, de acordo com a representação que faz de uma ordem jurídica ideal (como as teorias jusnaturalistas), é claramente ideológica, na medida em que se vale de juízos de valor subjetivos para distorcer o objeto do conhecimento que deveria apenas conhecer e descrever. A teoria pura do direito, como uma teoria do positivismo jurídico, vai frontalmente de encontro a isso. Ela busca compreender e representar o direito tal como ele é, não como ele deveria ser; não pergunta pelo direito “ideal” ou “justo”, mas pelo direito real e possível. Com isso, ela se recusa a servir a determinados interesses políticos, interesses esses que podem ter por objetivo tanto legitimar quanto deslegitimar a ordem existente. Como conhecimento, a ciência busca desvendar o seu objeto; a ideologia, contudo, é incompatível com a ciência, na medida em que ela distorce a realidade, seja qual for a sua intenção, se a de conservá-la ou a de destruí-la. Ciência é conhecimento; ideologia é interesse e vontade. A ciência do direito deve buscar o conhecimento do direito e não pretender ser um instrumento a serviço de uma ideologia determinada. As forças políticas podem não saber o que fazer com uma ciência jurídica alheia a qualquer forma de ideologia; isso, contudo, foge às preocupações da ciência do direito. (Cf. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 111-113.)

O conceito central de uma ciência jurídica assim constituída é o conceito de norma. O direito nada mais é do que uma ordem normativa da conduta humana, um sistema normativo voltado a regulamentar o comportamento humano. A norma, por sua vez, é o sentido de um ato mediante o qual uma determinada conduta é ordenada, permitida ou autorizada. Através dela se estabelece que algo deve ser (*etwas sein soll*), ou, mais especificamente, que o destinatário da norma deve conduzir-se de uma determinada maneira. Ela é, com isso, o sentido de um ato de vontade, um ato humano (e, portanto, não um dado imanente da natureza) dirigido intencionalmente à conduta de outrem, que pode ordenar essa conduta, pode permiti-la ou pode conferir o poder (competência) de realizar algo. A norma, todavia, não se confunde com o ato de vontade cujo sentido ela representa: o ato de vontade é um dado do mundo físico (logo, um ser); a norma é o sentido desse ato (logo, um dever-ser).¹³

A palavra “norma” designa, com isso, uma prescrição, um mandamento; ela significa que algo deve ser ou deve ocorrer. Expressa-se linguisticamente por meio de uma proposição de dever-ser. O ato cujo sentido é o de uma prescrição ou de um mandamento constitui um ato de vontade; a norma (o dever-ser) é, portanto, o sentido desse ato de vontade.¹⁴

Um ato humano transforma-se em um ato jurídico não pela sua faticidade, vale dizer, pela sua existência como um dado do mundo físico, mas pela circunstância de possuir um sentido objetivo conferido por uma norma jurídica. Não basta, aqui, o sentido subjetivo do ato, o sentido que aquele que põe o ato empresta ao seu agir; é possível, por exemplo, que alguém tenha a intenção de redigir um testamento (significado subjetivo do ato), mas, se a feitura desse documento não estiver revestida das formalidades que o direito prescreve, ele não terá o sentido objetivo de um testamento. O ato jurídico surge quando há a coincidência entre o conteúdo de um acontecer fático e o conteúdo de uma norma tida como válida.¹⁵

São muitas as formas através das quais os atos que têm seu sentido objetivo conferido por uma norma jurídica podem realizar-se faticamente. Podem sê-lo através de gestos, como no caso do guarda de trânsito, através de símbolos, como no caso dos semáforos, ou ainda através de palavras, faladas ou escritas. A ideia de dever-ser está presente, em seu sentido subjetivo, em todo ato de vontade através do qual um indivíduo pretende dirigir a conduta de outro; nem sempre, contudo, tal ato de vontade terá também objetivamente esse sentido, ou seja, nem todo o dever-ser constitui norma.¹⁶

¹³ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 04-05.

¹⁴ KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien: Manzsche, 1979. S. 02.

¹⁵ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 02-04.

¹⁶ *Ibidem*, S. 06-07.

O dever-ser, como sentido subjetivo do ato, somente constituirá também o seu sentido objetivo se uma norma jurídica válida a ele conferir esse sentido. Vale dizer, haverá um dever-ser objetivo quando ao ato de vontade, do qual ele constitui o sentido subjetivo, for emprestado um sentido objetivo por uma norma superior que atribua a competência para a prática de tal ato. Não basta uma mera expectativa do indivíduo do qual emana esse agir. A ordem de um ladrão dirigida a alguém para que lhe entregue uma determinada quantia em dinheiro possui um sentido subjetivo idêntico ao da ordem do fiscal de tributos que exige exatamente o mesmo; contudo, somente a ordem do fiscal de tributos tem o sentido de uma norma válida, uma norma que vincula o destinatário, já que o seu ato é fundamentado em uma lei que lhe confere essa competência, o que obviamente não ocorre no caso do ladrão. A esse ato legislativo, por seu turno, é conferido um sentido objetivo (e, portanto, o sentido de uma norma válida) pela norma superior; no caso, a norma superior à lei tributária que regula a atuação do fiscal de tributos é a Constituição. O ato que estabeleceu a Constituição, por sua vez, terá sentido objetivo se pressuposto o dever de uma atuação em conformidade à Constituição. A validade objetiva é, nesse nível, garantida por uma norma fundamental (*Grundnorm*).¹⁷

Como já referido, o objeto da ciência do direito é a norma jurídica. A conduta humana só é objeto da ciência do direito na medida em que se encontra prevista em uma dada norma jurídica; vale dizer, as relações entre as pessoas somente são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas.¹⁸

A ciência do direito é uma ciência social normativa e, como tal, uma ciência distinta das ciências naturais. As ciências naturais ocupam-se das leis naturais, leis essas que são aplicações do princípio da causalidade; na natureza, pode-se verificar que determinados elementos estão unidos entre si por uma relação de causa e efeito, como, por exemplo, na proposição “quando um metal é aquecido, ele se dilata”. A ciência do direito é regida não pelo princípio da causalidade, mas pelo da imputação. Exemplo de uma proposição jurídica é “se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena” (ou seja, sob determinados pressupostos, deve ter lugar uma dada consequência). No âmbito da natureza, diz-se que, quando A é, B é; no âmbito do direito, diz-se que, quando A é, B deve ser. A ligação dos elementos da proposição difere-se da seguinte forma: na proposição jurídica, a ligação é estabelecida através de uma norma posta por meio de um ato de vontade da autoridade

¹⁷ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 07-08.

¹⁸ *Ibidem*, S. 72.

jurídica; na ligação de causa e efeito, que pode ser encontrada nas leis naturais, trata-se de algo estabelecido independentemente de qualquer interferência humana.¹⁹

Dito de outro modo: tanto o princípio da causalidade quanto o da imputação são expressos através de juízos hipotéticos nos quais se liga um determinado pressuposto a uma determinada consequência. O sentido dessa ligação, todavia, é diferente. Pelo princípio da causalidade expressa-se que, quando A é, B também é (ou será); pelo princípio da imputação expressa-se que, quando A é, B deve ser. Causa e efeito nas leis naturais são independentes de qualquer intervenção humana; na imputação, por outro lado, a relação entre o pressuposto e a consequência é produzida por uma norma posta pelo homem.²⁰

1.1.1.2 A ordem jurídica

O direito é uma ordem de conduta humana, ou seja, um sistema normativo no qual todas as normas possuem o mesmo fundamento de validade, que consiste em uma norma fundamental da qual se depreende a validade de todas as demais normas pertencentes a essa ordem. Como uma ordem desse tipo, o objeto do direito é a regulamentação da conduta humana. Na medida em que constitui uma ordem social, o direito regula a conduta dos indivíduos reciprocamente. A autoridade dotada da competência de prescrever as normas atua no interesse da comunidade jurídica dos indivíduos. É assim que condutas socialmente perniciosas são combatidas através de um ato de coação, ou seja, um mal infligido àquele que infringiu uma determinada norma (pode ser a privação da vida, da liberdade e assim por diante). Direito é, portanto, ordem coativa: ele permite instituir sanções contra aqueles que desrespeitam as normas, mesmo contra a vontade deles, inclusive mediante o emprego de força física, se necessário. A possibilidade de coação é o critério decisivo para que se possa distinguir o direito de outros tipos de ordem social, como, por exemplo, a ordem moral.²¹

O ato coativo tem o caráter de uma sanção; a conduta humana contra a qual ele se dirige é uma conduta antijurídica, contrária ao direito. O monopólio da coação pertence à comunidade jurídica, o que significa que a possibilidade do emprego da força física de um indivíduo contra outro é, nas ordens jurídicas modernas, reduzida a casos muito específicos.²²

Ao regular tanto os pressupostos sob os quais a coação física pode ser exercida quanto os indivíduos que detêm o poder de exercê-la, o direito objetiva proteger os indivíduos a ele

¹⁹ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 78-80.

²⁰ *Ibidem*, S. 93-94.

²¹ *Ibidem*, S. 31-36.

²² *Ibidem*, S. 36-38.

submetidos contra o uso arbitrário de força por parte de outros indivíduos. Com isso, ele busca garantir a segurança coletiva e, por meio dela, a paz, entendida essa como a ausência do emprego de força física. Trata-se, todavia, de uma paz relativa, não de uma paz absoluta, já que o direito não exclui peremptoriamente o uso da força, não é uma ordem totalmente isenta de coação. Apesar da crescente tendência das ordens jurídicas modernas para a centralização das reações ao antijurídico (e, portanto, à promoção de um monopólio estatal do uso da força), o próprio exercício da autodefesa é, em casos muito especiais, tido como autorizado (por exemplo, a legítima defesa).²³

1.1.1.3 Direito e moral

As normas jurídicas não são as únicas normas destinadas a regular a conduta humana; há outros tipos de normas sociais, normas essas que fogem ao objeto da ciência do direito e das quais ela, portanto, não se ocupa. Essas normas podem ser caracterizadas como normas morais, que são estudadas no âmbito da disciplina denominada “ética”. Sendo a justiça uma exigência da moral, na relação entre moral e direito é definido o papel da justiça no direito.²⁴

A distinção entre as esferas do direito e da moral não pode ser buscada no conteúdo de cada uma dessas ordens; não é correta a distinção, muito frequente, segundo a qual o direito prescreve uma conduta externa, e a moral, uma conduta interna, já que ambas as ordens prescrevem os dois tipos de conduta. Também o modo de produção e aplicação das normas não é suficiente para possibilitar a distinção entre direito e moral; as normas morais, assim como as jurídicas, são criadas pelo costume ou por elaboração consciente, e, por mais que a aplicação das primeiras seja descentralizada, ou seja, não dependa de órgãos especificamente encarregados dessa tarefa, tal situação é idêntica à de uma ordem jurídica primitiva.²⁵

Direito e moral só podem ser devidamente distinguidos quando é perguntado não por aquilo que ambos prescrevem ou proíbem, mas por como o fazem. O direito é uma ordem de coação, ou seja, uma ordem normativa dotada de atos de coerção, socialmente organizados, dirigidos às condutas a ele contrárias; a moral, por outro lado, é uma ordem social desprovida de sanções desse tipo. As sanções previstas pela moral consistem meramente na aprovação ou desaprovação à conduta, não se cogitando o emprego da força física.²⁶

²³ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 38-41.

²⁴ *Ibidem*, S. 60-61.

²⁵ *Ibidem*, S. 61-64.

²⁶ *Ibidem*, S. 64-65.

Nesse âmbito, coloca-se a questão da relação entre direito e moral. A ideia de que o direito representa um mínimo moral, ou, em outras palavras, de que ele é, por sua própria essência, moral, é rejeitada por Kelsen. Sendo a existência de um valor moral absoluto algo insustentável do ponto de vista científico, não pode haver uma moral absoluta, um único sistema moral, válido independentemente de circunstâncias de espaço e tempo, que exclua a possibilidade de qualquer outro sistema moral concorrente. Isso inviabiliza a determinação do que é, em todas as circunstâncias, bom ou mau, justo ou injusto. Apenas há valores morais relativos, que não excluem a possibilidade de valores opostos. Analisados em conjunto, os diferentes sistemas morais permitem atribuir qualificações como “bom”, “mau”, “justo” e “injusto” a uma infinidade de coisas. A diversidade de sistemas morais não permite vislumbrar sequer um ponto comum a todos eles; nem mesmo a paz constitui uma exigência moral unânime.^{27 28}

A necessidade de separação entre direito e moral (dito de outro modo, a circunstância de ser a validade de uma ordem jurídica positiva independente de sua congruência relativamente a um sistema moral) decorre da inexistência de uma tal moral absoluta. A qualificação de uma dada ordem jurídica como “má” ou “injusta” traduz apenas a relação entre essa ordem jurídica e um dos diversos sistemas morais existentes. Trata-se de um juízo de valor não absoluto, mas relativo. Evidentemente, uma moral relativa, moral essa que não conhece valores absolutos e da qual não pode ser deduzida uma justiça absoluta, não é capaz de fornecer um padrão absoluto de valoração para a ordem jurídica.^{29 30}

Sendo a justiça uma exigência da moral e, portanto, uma exigência alheia à ordem jurídica, a validade de uma norma de direito positivo não pode ser negada em razão de sua contradição com uma determinada norma de justiça. O princípio elementar do positivismo

²⁷ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 65-68.

²⁸ E, mesmo que pontos em comum pudessem ser encontrados, isso não significaria, de modo algum, a correção de tais juízos morais, o seu entendimento como os únicos possíveis. A circunstância de que um grande número de indivíduos aceitem determinados valores não elimina o seu caráter relativo, da mesma forma que o fato de muitos indivíduos terem acreditado, durante muito tempo, que o sol girava ao redor da Terra não implica a veracidade dessa crença. A relatividade da ideia de justiça é independente do número de casos nos quais uma determinada concepção de justiça é defendida. (Cf. KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. New Brunswick/London: Transaction, 2008. p. 08.)

²⁹ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 68-69.

³⁰ A distinção entre direito e moral também é importante quando se leva em consideração o ponto de vista do indivíduo submetido à ordem jurídica. A moral é, por sua natureza, autônoma; disso decorre que uma norma moral somente existe para o indivíduo quando ele mesmo se submete a ela, em outras palavras, quando ele, autonomamente, decide querer segui-la. O direito possui uma natureza completamente diferente. A natureza do direito é heterônoma; isso significa que ele impõe obrigações aos indivíduos independentemente da vontade deles e independentemente até mesmo do seu conhecimento daquilo que é devido. Diferentemente do que ocorre no caso da moral, o dever (*Sollen*) pode, no direito, ser instituído sem consideração ao querer (*Wollen*) dos indivíduos e até mesmo em oposição a ele. (Cf. KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**. Tübingen: Mohr, 1911. S. 35-41.)

jurídico, que o opõe frontalmente ao jusnaturalismo, é o de que a validade de uma norma de direito positivo independe da validade de uma norma de justiça.³¹

Isso não significa, contudo, que, do ponto de vista de uma teoria positivista, não exista qualquer justiça. O que se nega, como visto, é a existência de uma norma de justiça absoluta. As normas de justiça de fato existem, mas são relativas, o que quer dizer que são distintas e muitas vezes contraditórias entre si. Uma ordem jurídica pode ter sua formação influenciada por qualquer das concepções de justiça faticamente existentes. Da mesma forma, pode ser valorada como justa ou injusta por qualquer delas. Não pode, todavia, ter a sua validade condicionada por uma determinada ideia de justiça. Dizer que uma norma de justiça constitui o fundamento de validade da ordem jurídica significaria eleger como tal fundamento uma das várias normas de justiça possíveis, o que é inaceitável, na medida em que nenhuma delas pode pretender uma preferência em face das demais. É a norma fundamental, e não qualquer das possíveis normas de justiça, o fundamento de validade da ordem jurídica.³²

Uma importante decorrência disso está na impossibilidade de justificação do direito através da moral. Partindo-se do pressuposto de que o direito é, em sua essência, moral, é emprestado ao direito um caráter moral e, com isso, uma legitimação. Tal legitimação pode ser interessante do ponto de vista político, mas não é, de forma alguma, adequada do ponto de vista científico. Não constitui tarefa da ciência do direito a valoração ou apreciação do seu objeto; ela deve limitar-se a uma descrição livre de valores (*wertfreie Beschreibung*) desse objeto. A qualificação de uma dada ordem jurídica como boa ou má, justa ou injusta, foge ao âmbito da ciência do direito, a excluir também a possibilidade de legitimação da ordem jurídica por meio dela.³³

1.1.1.4 A norma fundamental

O fato de que uma norma vale significa que ela é vinculativa, ou seja, que o destinatário da norma deve conduzir-se de acordo com aquilo que está prescrito por ela. Surge aqui a questão acerca do fundamento de validade da norma. Esse fundamento de validade só pode ser buscado em outra norma; há, portanto, uma norma superior e uma norma inferior, a primeira constituindo o fundamento de validade da última. Um ser não pode ser fundamento de um dever-ser; dessa forma, algo pertencente ao mundo fático não pode ser o fundamento

³¹ KELSEN, Hans. Das Problem der Gerechtigkeit. in: Idem. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 361-362.

³² *Ibidem*, S. 403-404.

³³ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 69-71.

de uma norma. Vale dizer, a circunstância de a norma ter sido posta por uma dada autoridade não pode ser o seu fundamento de validade.³⁴

A norma que confere a uma outra norma o seu fundamento de validade é, em face desta, uma norma superior. Contudo, a busca pelo fundamento de validade das normas não pode ir ao infinito; é necessário que as indagações terminem ao atingir-se uma norma que se pressupõe como a última. Essa é necessariamente uma norma pressuposta, uma vez que o seu fundamento de validade não pode ser buscado em uma norma ainda mais elevada e, portanto, não pode ser uma norma posta. A essa norma, que constitui o fundamento de validade das demais e o elemento agregador de todo o sistema normativo, dá-se o nome de norma fundamental. O que confere unidade a um sistema normativo é a possibilidade de reconduzir-se a validade de todas as normas que integram esse sistema à mesma norma fundamental.³⁵

De acordo com a natureza do fundamento de validade, é possível fazer uma distinção entre dois tipos de sistemas normativos: um estático e um dinâmico. Um ordenamento do tipo estático tem na norma fundamental não só o fundamento de validade, mas também o conteúdo de validade das normas que dela podem ser deduzidas. Ou seja, todas as normas de um ordenamento desse tipo já estão contidas no conteúdo da norma fundamental pressuposta e podem ser deduzidas dele por meio de uma operação lógica. Tal sistema, contudo, somente é possível quando o conteúdo da norma fundamental é considerado como imediatamente evidente (ou natural), ou seja, quando se considera que ele é dado através da razão. Isso, todavia, pressupõe a existência de uma razão prática, uma razão legisladora, uma ideia insustentável na medida em que à razão compete conhecer e não querer; o estabelecimento de uma norma não é um ato de conhecimento, mas um ato de vontade. Por outro lado, o tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de que a norma fundamental limita-se a instituir a competência para criar as normas do ordenamento sobre ela fundado, sem nada dizer a respeito do conteúdo de tais normas. A norma pertence a esse ordenamento porque é criada através da forma prescrita pela norma fundamental, não porque o seu conteúdo pode ser deduzido dela.³⁶

A ordem jurídica representa um sistema de normas de caráter dinâmico. A validade de uma norma jurídica independe do fato de ter ela um determinado conteúdo, ou seja, da possibilidade de dedução desse conteúdo a partir de uma norma fundamental. Ela vale porque é produzida de uma determinada forma, a forma que a norma fundamental institui. Com isso,

³⁴ Kelsen, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 196.

³⁵ *Ibidem*, S. 197.

³⁶ *Ibidem*, S. 198-200.

todo e qualquer conteúdo pode ser direito: não se pode, *a priori*, excluir nenhuma conduta humana da possibilidade de tornar-se conteúdo de uma norma. Uma contrariedade entre a norma jurídica e uma norma estranha ao ordenamento erigido sobre a norma fundamental não determina a invalidade dessa norma jurídica.^{37 38}

A norma fundamental de uma ordem jurídica não possui caráter material; não existe uma norma cujo conteúdo possa ser havido como imediatamente evidente e da qual possam ser logicamente deduzidas outras normas. Normas jurídicas são normas postas, ou seja, normas produzidas em um processo especial de criação. Havendo uma Constituição a determinar os órgãos responsáveis pela criação de normas jurídicas, bem como o processo que deve ser observado para tanto, a norma fundamental será a norma pressuposta quando o ato constituinte ou o costume, dos quais resultou a Constituição, são objetivamente entendidos como atos produtores de normas. No caso de um ato constituinte, a norma fundamental será a norma pressuposta quando se confere autoridade legislativa ao indivíduo ou à assembleia de indivíduos encarregados de pôr a Constituição. Ela é, aqui, a Constituição em um sentido lógico-jurídico, distinta da Constituição em um sentido jurídico-positivo. O constituinte não

³⁷ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 200-201.

³⁸ Isso, segundo Kelsen, significa que a norma fundamental não oferece nenhum critério para qualificar o direito positivo vigente como justo ou injusto. Ela somente confere à ordem jurídica a sua validade, não impondo a ela qualquer conteúdo. A teoria da norma fundamental afasta-se, assim, da doutrina do direito natural, que busca fornecer um critério ético-político de justificação da ordem jurídica. O próprio direito natural possui, em última análise, uma norma fundamental: deve-se obedecer aos comandos da natureza. Essa norma, contudo, é problemática, pois a natureza é um sistema de elementos regido pelo princípio da causalidade; ela não possui uma vontade e, por isso, não pode estabelecer normas, a menos que se tome como pressuposto a ideia de que a natureza representa a vontade de Deus. Dizer que Deus ordena aos homens, através da natureza, que se conduzam de uma determinada maneira é, todavia, uma suposição metafísica que não pode ser aceita do ponto de vista científico, pois se trata de uma hipótese alheia a qualquer forma possível de experiência. (Cf. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 226-227.) Em outro trabalho, Kelsen explica: “O que é comum às distintas definições do direito natural, o essencial daquilo que se denomina ‘direito natural’, é a validez de normas que não são o sentido de atos de vontade humanos; [...] Agora se pode, talvez, consentir que normas não necessariamente têm de ser atos de vontade humanos. De modo nenhum, porém, pode consentir-se que existem normas que não são o sentido de um ato de vontade, ainda que não justamente de um ato de vontade humano. A uma natureza, à qual normas são imanentes, tem de também uma vontade ser imanente, cujo sentido essas normas são. De onde, porém, pode uma tal vontade entrar na natureza que, do ponto de vista do conhecimento racional-empírico, é um agregado de fatos do ser unidos um com o outro como causa e efeito? Uma vontade na natureza é ou uma superstição animista ou é a vontade de deus na natureza criada por ele, a imanência do valor divino na realidade. Se normas são imanentes à natureza da pessoa, especialmente à sua razão, não pode a razão, que de um ponto de vista puramente psicológico somente é uma capacidade de pensar ou de conhecimento, ser a razão humano-empírica. Pois a razão que fixa a norma tem de ser, simultaneamente, capacidade de conhecimento e de vontade. Isso não pode existir no âmbito da realidade empírica, contanto que essa pode ser descrita sem contradição lógica. Mas numa esfera situada do outro lado de toda realidade empírica, transcendental, sobre-humana não encontra, contanto que se supõe sua existência, o princípio da contradição excluída, como um princípio da lógica humana, nenhuma aplicação. Da razão divina pode fazer-se a declaração, cheia de contradição para a razão humana, que ela é, simultaneamente, função de conhecimento e de vontade; de deus pode dizer-se que nele conhecer e querer são um.” (Cf. KELSEN, Hans. *O Fundamento da Doutrina do Direito Natural*. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 54-55.)

recebe a sua competência de uma norma posta por uma autoridade superior; recebe-a da norma fundamental pressuposta.³⁹

O fundamento de validade de uma norma pertencente a uma dada ordem jurídica deve ser buscado, portanto, na recondução à norma fundamental sobre a qual está assentada aquela ordem jurídica. Será ela uma norma válida se sua produção ocorrer de acordo com a norma fundamental. Por exemplo: a aplicação de uma pena a um criminoso através de uma sentença judicial (ou seja, uma norma individual) somente é possível porque essa norma individual foi aplicada de acordo com a lei penal que contém uma norma geral aplicável a esse caso. O fundamento de validade dessa lei penal pode ser encontrado na Constituição. O fundamento de validade da Constituição pode estar em uma Constituição anterior, se ela tiver surgido através de uma alteração constitucional prevista na Constituição mais antiga. Chegando-se, contudo, à primeira Constituição, a validade tem de ser pressuposta. Essa pressuposição é a norma fundamental, que, no caso, poderia ser formulada sinteticamente da seguinte forma: deve-se conduzir de acordo com a forma prescrita pela Constituição.⁴⁰

A norma fundamental refere-se imediatamente a uma Constituição efetivamente estabelecida; mediatamente, refere-se à ordem normativa criada em conformidade a essa Constituição. Ela permite que o sentido subjetivo do ato constituinte seja interpretado como o seu sentido objetivo, o que confere à Constituição, objetivamente, a sua validade. A norma fundamental é, portanto, o pressuposto lógico-transcendental (*transzendental-logische Voraussetzung*) dessa interpretação. Uma tal formulação permite evitar referências metajurídicas (a Deus ou à natureza) na questão do fundamento de validade do direito.^{41 42}

Também o direito internacional, quando se reconhece o seu primado, pode fornecer um fundamento de validade para a ordem jurídica nacional. Nesse caso, o fundamento de validade pode ser encontrado em uma norma posta no âmbito do direito internacional positivo, e não em uma norma pressuposta. O problema da norma fundamental, aqui, é deslocado para o fundamento de validade da norma de direito internacional. Vale dizer, a

³⁹ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 201-202.

⁴⁰ *Ibidem*, S. 202-204.

⁴¹ *Ibidem*, S. 204-205.

⁴² Em obra publicada postumamente, Kelsen confere à norma fundamental o caráter de uma norma fictícia (*fingierte Norm*), ou seja, uma norma meramente pensada, afastando-se, com isso, de seu entendimento anterior, segundo o qual a norma fundamental teria o caráter de uma hipótese. Dizer que a norma fundamental é uma norma fictícia equivale a dizer que ela constitui o sentido de um ato de vontade meramente pensado, não de um ato de vontade real. Tendo ela a finalidade de ser o fundamento de validade de toda a ordem jurídica sobre ela erigida, somente pode essa finalidade ser buscada através de uma ficção. Como ela não pode corresponder à realidade, não é adequado formulá-la como hipótese. (Cf. KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien: Manzsche, 1979. S. 206-207.) Seja notado que a primeira menção de Kelsen a essa mudança em sua teoria da norma fundamental apareceu em 1962. (Cf. HECK, Luís Afonso. Posfácio. in: Idem. **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 231. nota 12.)

necessidade lógica de reconhecimento de uma norma pressuposta não desaparece quando se considera o direito internacional como o fundamento de validade para a ordem jurídica nacional.⁴³

Uma revolução, ou seja, um rompimento total com a ordem constitucional vigente, altera não só a própria Constituição, mas também a norma fundamental: antes, a norma fundamental determinava que o direito deveria ser posto na forma prevista pela antiga Constituição; agora, ela determina que isso deve ocorrer de acordo com a nova Constituição (seja qual for o conteúdo de ambas). Com isso, a eficácia tanto da velha Constituição quanto das leis promulgadas sob a sua égide, se não recepcionadas, será perdida. Pode ocorrer, todavia, que a revolução não se complete e a sua Constituição não se torne eficaz. Aparece, então, o problema da relação entre validade (*Geltung*) e eficácia (*Wirksamkeit*) da norma.⁴⁴

A validade de uma norma é um dever-ser, ou seja, uma qualidade própria do direito, segundo a qual a norma jurídica é, para o destinatário, de observância obrigatória, devendo ele ajustar a sua conduta àquilo que é prescrito por ela; a sua eficácia é um ser, ou seja, uma qualidade própria da conduta humana (e, portanto, não do direito em si), na medida em que essa conduta põe-se de acordo com o prescrito pela norma. Dizer que uma norma é válida equivale a dizer que os indivíduos devem comportar-se de uma determinada maneira; dizer que uma norma é eficaz equivale a dizer que os indivíduos de fato comportam-se na forma que ela prescreve.⁴⁵

O problema da relação entre validade e eficácia é um dos problemas centrais da teoria positivista do direito. Kelsen soluciona-o da seguinte forma: a validade de dever-ser de uma norma jurídica não se identifica com a sua eficácia no plano do ser, mas a eficácia constitui uma condição de validade da norma. A ordem jurídica global e as suas normas em particular não mais podem ser consideradas válidas quando cessam de ser eficazes. As duas categorias não se confundem na medida em que a condição não se confunde com aquilo que condiciona; por exemplo, um homem, para manter-se com vida, deve receber alimento. Vida e alimento não se confundem, mas o segundo é condição da primeira. O fato de uma norma jurídica específica perder a sua eficácia não significa, contudo, que a ordem jurídica como um todo deixará de ser eficaz e, com isso, válida. Ela continuará válida enquanto suas normas, em uma consideração geral, são observadas e aplicadas, ou seja, são eficazes.⁴⁶

⁴³ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 221-222.

⁴⁴ *Ibidem*, S. 212-215.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. New Brunswick/London: Transaction, 2008. p. 39-40.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 215-219.

1.1.1.5 A estrutura escalonada da ordem jurídica e a aplicação do direito

Uma das principais peculiaridades do direito consiste no fato de que ele regula a sua própria criação. Uma norma jurídica somente pode ser considerada válida porque sua produção ocorreu de uma determinada forma, forma essa estabelecida por uma outra norma jurídica. Essa confere àquela o seu fundamento de validade. A norma que regula a produção da outra norma é uma norma superior; a norma que é produzida dessa maneira é uma norma inferior. A ordem jurídica não é horizontal, ou seja, não compreende um conjunto de normas situadas no mesmo plano; é, isso sim, uma construção escalonada composta por diversas camadas ou níveis de normas jurídicas. A unidade do sistema ocorre através da relação de dependência entre as normas no que concerne ao seu fundamento de validade, de modo que o raciocínio desemboca, invariavelmente, na norma fundamental pressuposta como fator de unidade da ordem jurídica.⁴⁷

O escalão mais elevado da ordem jurídica positiva estatal é representado pela Constituição. Em sentido material, Constituição é aquela norma positiva que regula a produção das normas jurídicas gerais. Em sentido formal, Constituição é o documento assim intitulado que contém não só a regulação da produção de normas gerais, mas também normas relativas a outras questões politicamente relevantes e preceitos sobre a própria alteração das normas constitucionais. É possível que a Constituição disponha não só sobre a forma de produção, mas também sobre o conteúdo de futuras normas gerais, ou seja, contenha determinações acerca do conteúdo possível da legislação. Os catálogos de direitos fundamentais escritos nas Constituições modernas são um bom exemplo disso; eles têm por objetivo impedir que leis com um determinado conteúdo sejam produzidas. Isso, por sua vez, pressupõe que a lei ordinária não possa derrogar a norma constitucional que lhe determina a forma e o conteúdo; a Constituição deve poder ser modificada somente através de um processo mais exigente do que o processo legislativo ordinário.⁴⁸

Ao regular a Constituição a forma pela qual a legislação é elaborada, legislar significa, em relação à Constituição, aplicar o direito. Todavia, a lei também é criação do direito, uma vez considerados os regulamentos e outros atos subordinados a ela. O regulamento, por sua vez, constitui aplicação do direito em relação à lei e criação do direito em relação aos atos administrativos e sentenças judiciais que o aplicam. Esses últimos também constituem aplicação do direito, quando se olha para cima, e criação do direito, quando se olha para baixo

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 228.

⁴⁸ *Ibidem*, S. 228-230.

(no caso deles, para os atos que os executam). Os diferentes escalões da ordem jurídica são, portanto, ao mesmo tempo produção e reprodução do direito. São produção de direito relativamente ao grau inferior; são reprodução de direito relativamente ao grau superior. Há um processo crescente de concretização do direito, que parte da Constituição e desemboca nos atos de execução material, com limitações sempre crescentes: quanto mais para baixo se vai, torna-se o direito cada vez mais aplicação e cada vez menos criação.⁴⁹

No atinente à jurisprudência, Kelsen assinala que os tribunais têm a função de aplicar, na decisão de um litígio jurídico, as normas jurídicas gerais, estabelecendo, com isso, normas individuais, cujo conteúdo é determinado pelas normas gerais. Não é, todavia, exclusividade dos tribunais a aplicação do direito, como visto; ela existe na produção de normas gerais por via legislativa, no ato administrativo e até mesmo no negócio jurídico. A tarefa do juiz é verificar se, no caso concreto, os pressupostos da consequência do antijurídico, determinados em abstrato pela norma geral, estão presentes.⁵⁰

A decisão judicial não é simplesmente declaratória; o juiz não descobre e declara um direito *a priori* estabelecido. Ela tem também um caráter constitutivo. A norma individual que estabelece, no caso concreto, a consequência do ato antijurídico (seja de que natureza for) apenas pode ser criada pela decisão do juiz. Antes disso, ela não existia. A norma individual para a decisão do caso é, assim, a continuação do processo de criação do direito.⁵¹

Na maioria dos casos, a ordem jurídica dispõe de normas gerais que determinam o conteúdo da norma individual a ser criada pelo tribunal no caso concreto. Isso, contudo, não ocorre sempre. É possível que seja conferido ao tribunal o poder de produzir, para o caso que tem diante de si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não possa ser reconduzido a nenhuma norma jurídica geral, decorrente da lei ou do costume, se nenhuma norma geral adequada para a decisão do caso for encontrada. Não é correto dizer-se, com isso, que o tribunal exerce a função de legislador, porque “legislação” é criação de normas jurídicas gerais, não de normas individuais, as únicas abrangidas pela competência do tribunal.⁵²

Essa é, certamente, uma função criadora do direito muito pouco limitada. O tribunal possui, aqui, uma ampla margem de apreciação. Contudo, também no caso de uma norma jurídica individual cujo conteúdo é predeterminado por uma norma jurídica geral o tribunal possui certa margem de livre apreciação. É impossível à norma geral prever todos os

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1929. S. 32.

⁵⁰ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 242-243.

⁵¹ *Ibidem*, S. 243-244.

⁵² *Ibidem*, S. 249-250.

elementos que surgirão das particularidades do caso concreto. A norma geral é uma simples moldura dentro da qual deverá ser produzida a norma individual. Essa moldura é mais estreita quando a norma geral predetermina o conteúdo da norma individual e mais larga quando isso não ocorre.^{53 54}

É em conformidade com essa ideia de norma individual e de criação do direito pelos tribunais que deve ser entendida a questão da nulidade (*Nichtigkeit*) e da nulificabilidade (*Vernichtbarkeit*).⁵⁵ Uma norma jurídica declarada inválida (por exemplo, uma lei inconstitucional) somente pode ter sua invalidade estabelecida através de uma decisão (uma norma, portanto), decisão essa que não tem um caráter meramente declaratório, mas constitutivo. Mesmo uma lei declarada nula foi válida até que a sua nulidade fosse declarada pelo tribunal; ela não era nula *a priori*. A nulificabilidade pode ter diferentes graus; pode ser para frente (*ex nunc*) ou para trás (*ex tunc*). A nulidade, mediante a qual a norma é declarada inválida retroativamente, restando, com isso, destruídos os efeitos que produziu, corresponde ao grau mais alto da nulificabilidade.^{56 57}

⁵³ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 250.

⁵⁴ Tal função criadora de direito dos tribunais aparece com particular nitidez quando é conferida a um tribunal a competência para produzir normas gerais através de decisões tidas como precedentes. Aqui, a norma individual criada pela decisão judicial torna-se vinculante para a decisão de casos idênticos. A isso é especialmente favorável um sistema de direito consuetudinário; não é surpresa, portanto, que a ideia do precedente tenha experimentado um grande desenvolvimento no sistema do *common law*. Acerca da relação entre precedente e legislação, Kelsen defende uma teoria intermediária entre o *common law* anglo-americano, que, radicalizando a ideia do precedente, diz que só os tribunais criam direito e que, portanto, só existem normas jurídicas individuais, e o direito legislado da tradição continental europeia, segundo o qual aos tribunais compete só aplicar o direito já criado através da legislação, existindo apenas normas jurídicas gerais, não se reconhecendo aos tribunais uma função criadora do direito. Para Kelsen, os tribunais criam direito, mas o fazem aplicando o direito já criado pela via legislativa ou consuetudinária. A decisão judicial é, como já mencionado, uma continuação do processo de criação jurídica. (Cf. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 256-260.)

⁵⁵ Sobre a tradução da palavra alemã *Vernichtbarkeit* por “nulificabilidade” e não por “anulabilidade”, a opção mais comum de tradução dessa palavra para a língua portuguesa, ver HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional: Teoria da Nulidade versus Teoria da Nulificabilidade das Leis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 34-35.

⁵⁶ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 280-282.

⁵⁷ Sendo a Constituição o escalão mais alto da ordem jurídica, pode-se dizer que ela somente representará uma real garantia quando o ato contrário a ela (o ato inconstitucional, portanto) puder ser objeto de nulificação. A nulificação dos atos inconstitucionais (e, portanto, a própria garantia da Constituição) é tarefa da jurisdição constitucional, jurisdição essa que deve ficar a cargo de um órgão independente, o tribunal constitucional. O objeto principal da jurisdição constitucional (embora não o único) é constituído pelas leis cuja conformidade ou não à Constituição é motivo de controvérsia. (Cf. KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1929. S. 51-57.) Na célebre discussão travada com Carl Schmitt, Kelsen defende a necessidade de entrega da guarda da Constituição ao tribunal constitucional e a função por ele exercida como uma autêntica jurisdição, em oposição ao seu adversário, que defende que a guarda da Constituição seria uma função política e que, nessa qualidade, deveria ser conferida não a um tribunal específico, mas ao chefe de Estado. A controvérsia pode ser sinteticamente descrita da seguinte forma: o argumento central de Schmitt é o de que a apreciação da constitucionalidade das leis seria uma função política, uma função essencialmente distinta da jurisdicional, portanto. Contra isso, Kelsen objeta que, entendendo-se “política” (termo esse cuja vagueza e imprecisão equiparam-se ao abuso de seu emprego) por um “exercício de poder”, em oposição à jurisdição (nesse contexto, um “exercício de direito”), e sendo o “político” caracterizado

1.1.1.6 A interpretação

Outro problema colocado no âmbito da aplicação do direito é o da interpretação. Ao órgão aplicador do direito é necessário determinar o sentido da norma que irá aplicar; deve, portanto, interpretar essa norma. A interpretação não se restringe à tarefa do juiz diante da lei; também o legislador deve interpretar a Constituição, e mesmo normas jurídicas individuais (como, por exemplo, o negócio jurídico) não fogem à necessidade de interpretação.⁵⁸

De acordo com a estrutura da ordem jurídica, a norma superior regula a produção e, em certas ocasiões, também o conteúdo da norma inferior. Isso, contudo, não pode ser feito integralmente. Não é possível à norma superior predeterminar todos os aspectos do ato pelo qual será aplicada. Há sempre uma margem de livre apreciação, de modo que a norma superior tem o caráter de uma moldura (*Rahmen*) a preencher pelo ato que a aplica. Será conforme ao direito todo o ato que estiver dentro dessa moldura, preenchendo-a com qualquer das possibilidades que a indeterminação da norma superior oferece.⁵⁹

O resultado da interpretação é a fixação de tal moldura. Através dela são descobertas as possibilidades de preenchimento da moldura; ela não leva diretamente ao preenchimento. Interpretação não significa, portanto, atribuir um sentido a uma norma como sendo o único adequado. Dizer, por exemplo, que uma sentença judicial é fundada na lei não significa mais do que dizer que ela está dentro da moldura determinada pela lei. Ela é apenas uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro dos limites estabelecidos pela norma geral. A tarefa da interpretação é apenas determinar a moldura, não determinar de antemão o seu preenchimento.⁶⁰

Dentre as várias soluções possíveis que essa moldura (ou “quadro normativo”) abrange, não há uma única solução que possa ser entendida como “correta”. O juiz que

pela resolução de conflitos de interesse (na terminologia de Schmitt, “decisão”), é forçoso reconhecer que também a jurisdição encerra um certo caráter político, na medida em que toda sentença judicial possui, em maior ou menor extensão, um elemento decisório, ou seja, um elemento de exercício de poder. Um tal “caráter político da jurisdição” é tanto mais forte quanto maior for a amplitude do poder discricionário que a legislação deixa, necessariamente, à jurisdição. Assim como a legislação, a jurisdição também constitui uma criação de direito; portanto, ambas encerram um caráter político, embora a legislação o faça em maior medida. Há, com isso, apenas uma diferença quantitativa, e não qualitativa, entre o caráter político de ambas. Todo conflito jurídico é um conflito de interesses ou de poder, o que equivale a dizer que toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política. A afirmação de Schmitt, de que questões políticas não estão sujeitas à jurisdição é, portanto, sem sentido. No que tange especificamente à função do tribunal constitucional, não se nega que ela tenha um caráter político muito mais acentuado que a de outros tribunais. Isso, contudo, não impede que ele seja considerado como um autêntico tribunal, e a função por ele exercida, como jurisdicional. (Cf. KELSEN, Hans. *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?* in: **Die Justiz**. Band VI. Berlin-Grunewald: Dr. Walther Rothschild, 1930/31. S. 585-587.)

⁵⁸ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 346.

⁵⁹ *Ibidem*, S. 346-348.

⁶⁰ *Ibidem*, S. 348-349.

pretende extrair da lei, por meio da interpretação, a única sentença correta ou justa propõe-se uma tarefa tão malfadada quanto o legislador que procura extrair da Constituição as únicas leis corretas ou justas. A “correção”, aqui, não é um problema de conhecimento do direito, mas um problema de política do direito. Ou seja: o direito nada diz sobre a produção da norma a partir da moldura conferida pela norma superior. Dentro desse limite, o órgão que deve produzir o ato é livre, vale dizer, pode exercer seu livre poder discricionário (*freies Ermessen*); sua escolha por uma das soluções possíveis pode ter por base normas estranhas ao direito positivo, como normas de justiça e de moral, por exemplo.⁶¹

Isso significa que, na aplicação do direito, a interpretação (como ato de conhecimento, ou seja, como a determinação do quadro normativo) é combinada a um ato de vontade, através do qual o órgão encarregado de aplicar o direito realiza uma escolha entre as possibilidades dadas pelo ato de conhecimento da interpretação. É justamente esse ato de vontade que distingue a interpretação do órgão aplicador do direito das outras formas de interpretação, como a da ciência jurídica e a do cidadão que se vê diante de uma norma. Diferentemente das demais, a interpretação do órgão aplicador do direito é sempre autêntica, no sentido de uma interpretação criadora de direito.⁶²

Hans Kelsen representou o apogeu do positivismo no âmbito da Europa continental. Todavia, a análise da concepção positivista de direito não estaria completa sem que Herbert Hart, seu homólogo anglo-saxônico, fosse igualmente considerado. É o que se fará a seguir.

1.1.2 A proposta de Hart

1.1.2.1 A distinção entre normas primárias e secundárias

Hart concebe o direito como a união de normas primárias e normas secundárias (*primary and secondary rules*). Normas primárias são as normas de obrigação, destinadas a atuar diretamente sobre a conduta dos membros da sociedade; normas secundárias são normas que versam sobre as normas primárias, determinando o seu pertencimento ao sistema jurídico e estabelecendo as condições segundo as quais podem ser tidas como efetivamente violadas.⁶³

Normas primárias (ou normas de obrigação) podem ser encontradas em todas as sociedades minimamente organizadas (comunidades primitivas, por exemplo). Em uma

⁶¹ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960. S. 350-351.

⁶² *Ibidem*, S. 351-352.

⁶³ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 94.

sociedade na qual existem apenas normas primárias, a única forma de controle social consiste na atitude geral do grupo perante as atitudes dos indivíduos que reproduzem ou não os seus padrões de comportamento, inexistindo autoridades legislativas e judiciárias de qualquer espécie. Contudo, se essa sociedade for mais complexa do que um pequeno grupo de indivíduos, reunido em um ambiente estável e vinculado por estreitos laços de parentesco e por um horizonte comum, o modelo puro de normas primárias torna-se deficiente.⁶⁴

Há, aqui, três tipos de deficiência. A primeira delas é a incerteza (*uncertainty*), uma vez que não existe propriamente um sistema de normas, apenas um conjunto de padrões dispersos, padrões esses que não podem ser reconduzidos a um texto dotado de autoridade ou a um órgão que se pronuncie sobre eles de forma vinculante. A segunda é o caráter estático (*static*) das normas primárias. Normas desse tipo não podem ser modificadas através de um processo consciente; a eliminação de normas antigas e a introdução de normas novas não podem ser realizadas de uma forma deliberada. A terceira é a ineficiência (*inefficiency*) de uma organização social baseada apenas em normas primárias. Ela dá margem a infinitas discussões acerca da violação às normas, na medida em que não existe uma instância encarregada de estabelecer isso definitivamente. Não há, além disso, um monopólio oficial das sanções; as punições aos indivíduos que infringem as normas são deixadas ao próprio grupo social, o que pode ter consequências extremamente graves. Essas três deficiências podem ser solucionadas através da introdução de normas secundárias ao lado das normas primárias de obrigação. A introdução das normas secundárias constitui uma etapa decisiva na transição do pré-jurídico ao jurídico, sendo possível afirmar-se, a partir dela, que o conjunto de normas primárias constitui indubitavelmente um sistema jurídico.⁶⁵

A incerteza pode ser combatida através da introdução de uma norma de reconhecimento (*rule of recognition*), ou seja, uma norma que traz as características que toda norma deve ter para poder ser reconhecida como integrante do sistema jurídico. Essas normas de reconhecimento podem assumir uma forma bastante simples, como a inscrição de determinados mandamentos em uma lista que se reconhece como dotada de autoridade (típica de sistemas jurídicos primitivos); em sistemas jurídicos mais evoluídos, contudo, as normas de reconhecimento adquirem uma maior complexidade, podendo ser caracterizadas como tal em razão de sua aprovação por um determinado órgão, ou devido à prática consuetudinária, ou ainda por estarem relacionadas às decisões dos tribunais. O decisivo, em todos os casos, é que a norma de reconhecimento deve ser vista como a fonte da autoridade, vale dizer, como o

⁶⁴ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 91-92.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 92-94.

meio adequado para esclarecer as dúvidas relativas à existência das normas primárias de obrigação.⁶⁶

O caráter estático do regime de normas primárias pode ser combatido mediante a introdução de normas de modificação (*rules of change*), ou seja, normas que possibilitam, no âmbito do sistema jurídico, a inclusão de novas normas primárias e a eliminação de normas antigas. Entra aqui a ideia de promulgação e de revogação das leis. Há entre as normas de modificação e as normas de reconhecimento uma relação bastante estreita; se as primeiras existirem, elas devem fazer referência à atividade legislativa como uma característica decisiva para a identificação das normas. As normas de modificação, contudo, não são dirigidas apenas à autoridade encarregada de fazer as leis; tais normas estão presentes também na elaboração de um testamento ou na celebração de um contrato entre particulares, por exemplo.⁶⁷

Por fim, a ineficiência inerente ao regime de normas primárias pode ser remediada através de normas de julgamento (*rules of adjudication*), ou seja, normas secundárias que conferem a determinados indivíduos o poder de definir se, em um dado caso, uma norma primária foi ou não violada. Está ao encargo de tais normas a definição tanto dos indivíduos capacitados a julgar quanto dos procedimentos que devem ser seguidos para o julgamento. A norma de julgamento é simultaneamente uma norma de reconhecimento, uma vez que, através dela, são identificadas normas primárias decorrentes da atuação dos tribunais, convertendo-se tais precedentes em fontes do direito.⁶⁸

O cerne de um sistema jurídico está, portanto, na estrutura que decorre da união de normas primárias de obrigação com as normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento.⁶⁹

1.1.2.2 A norma de reconhecimento e a questão da validade

Na teoria de Hart, o fundamento de um sistema jurídico está na aceitação e utilização de uma norma secundária de reconhecimento para a identificação de normas primárias de obrigação. Existindo tal norma de reconhecimento, tanto os indivíduos submetidos ao direito quanto as autoridades encarregadas de aplicá-lo estão munidos de critérios válidos para a identificação das normas primárias. Tais critérios podem assumir diversas formas, como a referência a um texto legislativo, à prática consuetudinária e ao precedente judicial. Em uma

⁶⁶ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 94-95.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 95-96.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 96-97.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 98.

monarquia absoluta, onde só é direito aquilo que é declarado como tal pelo soberano, a norma de reconhecimento é muito simples; em um sistema jurídico moderno, todavia, a norma de reconhecimento é mais complexa, em razão da existência de várias “fontes” do direito, geralmente incluindo uma Constituição, a promulgação pelo parlamento e os precedentes. Há, aqui, a necessidade de uma previsão específica de mecanismos de solução de possíveis conflitos, através do estabelecimento de uma relação hierárquica entre esses critérios (é o caso do sistema inglês, onde o *common law* está subordinado à lei positivada, o *statute*).⁷⁰

Não é necessário que a norma de reconhecimento seja expressamente formulada como norma; a sua existência, como no caso do direito inglês, pode ser simplesmente demonstrada através da forma pela qual são identificadas outras normas. Pode-se traçar um paralelo entre a norma de reconhecimento e as regras de contagem de pontos em determinados esportes (por exemplo, as corridas no críquete e os gols no futebol); ao longo da partida, a regra correspondente raramente é anunciada, o que não impede que ela seja utilizada pelo árbitro e pelos jogadores para a identificação do vitorioso.⁷¹

Adquire especial relevância, aqui, a distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo (*internal and external point of view*). Tanto o juiz que, em um dado caso, aplica uma determinada norma quanto o particular que a observa aceitam essa norma como uma diretriz; trata-se de um ponto de vista interno ao sistema jurídico. Por outro lado, um observador que se limita a verificar a aceitação de determinadas normas por um grupo social, sem estar a elas submetido, o faz a partir de um ponto de vista externo. No primeiro caso, a expressão característica (enunciado interno) é: “a lei diz...”; no segundo (enunciado externo), é: “em um determinado lugar, reconhece-se como lei...”⁷²

Disso decorre que a norma de reconhecimento pode ser aceita como base para enunciados internos, ou seja, enunciados advindos de alguém que aplica essa norma de reconhecimento para identificar como válidas outras normas do sistema, situação que deve ser distinguida daquela de um observador que produz um enunciado externo acerca da aceitação da norma de reconhecimento no âmbito de um determinado grupo social. A noção de validade é mais frequente nos enunciados internos, quando se aplica a uma norma específica uma norma de reconhecimento aceita, embora não expressamente declarada como tal. A validade de uma norma depende da satisfação dos critérios previstos pela norma de reconhecimento.⁷³

⁷⁰ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 100-101.

⁷¹ *Ibidem*, p. 101-102.

⁷² *Ibidem*, p. 102-103.

⁷³ *Ibidem*, p. 103.

No âmbito da questão da validade jurídica, aparece também o problema da relação entre validade e eficácia. Em princípio, não há uma ligação necessária entre a validade de uma norma específica e a sua eficácia, a menos que a norma de reconhecimento tenha, dentre seus critérios, aquele segundo o qual uma norma perde sua validade se deixou de ser eficaz há muito tempo. Tal situação deve, todavia, ser distinguida daquela em que há uma desconsideração generalizada pelas normas do sistema, situação na qual a ideia de validade das normas perde o sentido. Quem formula um enunciado interno acerca da validade de uma norma específica do sistema pressupõe a verdade do enunciado externo de que esse sistema é, em geral, eficaz.⁷⁴

A norma de reconhecimento que é utilizada como parâmetro para avaliar a validade de outras normas é uma norma última (*ultimate rule*); além disso, instituindo ela vários critérios de validade hierarquizados entre si, um deles é necessariamente o critério supremo. Dizer que um determinado critério é supremo equivale a dizer que as normas identificadas através dele são reconhecidas como pertencentes ao sistema mesmo quando conflitantes com outras normas, identificadas através de outros critérios. A ideia de um critério supremo de validade não pressupõe a existência de um poder legislativo juridicamente ilimitado; esse critério pode existir mesmo no caso de um poder legislativo que encontra limitações constitucionais.⁷⁵

Do fato de ser a norma de reconhecimento a norma última do sistema decorre que o critério de validade a ela correspondente não pode ser buscado em nenhuma outra norma. Ou seja, quando se indaga sobre a validade jurídica de uma norma, surge a necessidade de tomar-se um critério de validade oferecido por uma outra norma e assim sucessivamente, mas, ao fazê-lo, inevitavelmente se chegará a um ponto em que o questionamento não poderá continuar, pois será atingida uma norma que fornece critérios para a avaliação da validade de outras normas, sem que haja ainda uma norma que ofereça critérios para a avaliação de sua própria validade.⁷⁶

Na Inglaterra, essa norma última de reconhecimento pode ser vista na proposição segundo a qual tudo aquilo que o parlamento decreta, por delegação da Coroa, constitui lei. São inúmeras as indagações que podem ser feitas acerca dessa norma última, como, por exemplo, se existiriam razões suficientes para apoiar um sistema fundado sobre tal norma de reconhecimento, ou mesmo se haveria a obrigação moral de fazê-lo. Essas indagações, contudo, são completamente distintas daquelas que são respondidas, com o auxílio da norma

⁷⁴ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 103-104.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 105-106.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 107.

última de reconhecimento, acerca da validade de outras normas. No caso das indagações concernentes à norma última, a resposta só pode ser obtida através de enunciados valorativos, não de enunciados sobre validade jurídica.⁷⁷

Hart observa que alguns autores, quando se ocupam do fundamento derradeiro de validade das normas de um sistema jurídico, sustentam não ser possível demonstrar a validade da norma última de reconhecimento, devendo ela ser “presumida” ou “postulada”, ou, ainda, tida como uma “hipótese”. Isso, segundo ele, apresenta problemas. A ideia de validade está presente dentro de um sistema normativo no qual o *status* de norma depende de certos critérios estabelecidos pela norma de reconhecimento; a questão da validade surge apenas dentro desse sistema. Não se pergunta pela validade da própria norma última de reconhecimento; ela não pode ser válida nem inválida nesse sentido. Só o que se pode dizer é que seu uso como norma última é aceito como apropriado. A existência de tal norma de reconhecimento é, em última análise, uma questão de fato; ela reside na prática efetiva dos juízes, autoridades e particulares, prática essa bastante complexa, embora, de modo geral, harmônica e congruente, que consiste na utilização de determinados critérios para a identificação do direito.^{78 79}

A norma última de reconhecimento encontra-se, portanto, na intersecção dos círculos do jurídico e do fático. Não é adequado escolher para ela apenas um dos rótulos, seja o de “direito”, seja o de “fato”. Deve-se encará-la sob dois pontos de vista, um externo (segundo o qual a norma efetivamente existe na prática do direito) e um interno (que consiste nos enunciados de validade feitos por aqueles que identificam as normas pertencentes ao sistema).⁸⁰

Os conceitos de norma de comportamento e de norma de reconhecimento são necessários para que seja possível esclarecer a noção da própria existência de um sistema jurídico. Ela depende de duas condições. A primeira delas é a obediência regular às normas primárias de comportamento, normas essas válidas segundo os critérios de validade do sistema. A segunda é a aceitação das normas secundárias de reconhecimento, modificação e

⁷⁷ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 107-108.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 108-110.

⁷⁹ Hart, com isso, afasta-se de Kelsen, para quem o fundamento de validade da ordem jurídica, a norma fundamental (que, em Kelsen, possui papel análogo ao da norma última de reconhecimento de Hart), seria um pressuposto lógico-transcendental e, como tal, uma norma meramente pensada. O fundamento último de validade do sistema normativo é, em Hart, um fundamento empírico, fundamento esse que, como visto, pode ser encontrado na prática cotidiana do direito. É possível reconhecer, diante disso, o pertencimento da teoria de Hart à tradição empirista dos pensadores ingleses (para uma comparação com a posição de Kelsen, ver *supra*, item 1.1.1.4). Até que ponto a diferença de postura dos dois autores ante o problema da norma fundamental remete à distinção entre os dois grandes sistemas jurídicos (*common law* e *civil law*) pode, aqui, ficar em aberto.

⁸⁰ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 111-112.

juízo como padrões de conduta oficial pelas autoridades encarregadas de criar e aplicar o direito.⁸¹

Para o cidadão comum, a obediência às normas é suficiente (logo, eles devem preencher apenas a primeira condição); não é preciso perguntar-se pelo motivo dessa obediência (ela pode derivar de um interesse meramente pessoal ou do temor de uma sanção, embora, em uma sociedade saudável, a obrigação de obedecer às normas independentemente dessas circunstâncias seja, em geral, reconhecida). As autoridades do sistema, por sua vez, devem preencher não apenas a primeira, mas também a segunda condição: elas têm de encarar as normas como padrão de comportamento oficial e, com base nelas, tanto determinar a sua conduta quanto reprovar a conduta faltosa.⁸²

1.1.2.3 A textura aberta das normas

Grupos sociais numerosos necessariamente dependem de determinados tipos de normas gerais como o principal instrumento de controle social. Se não houvesse a possibilidade de uma transmissão de padrões gerais de conduta a uma grande massa de indivíduos, o direito, tal qual hoje o conhecemos, simplesmente não existiria.⁸³

Tais padrões gerais de conduta são usualmente comunicados de duas formas: a legislação e o precedente. A legislação corresponde a uma linguagem geral vinculante; o precedente, a um exemplo dotado de autoridade. A diferença entre ambas as formas pode ser vista claramente através de um caso simples e não jurídico: o pai que diz ao filho que, antes de entrar na igreja, todos devem tirar o chapéu, comunica um padrão de comportamento por meio da linguagem; por outro lado, o pai que tira o próprio chapéu ao entrar na igreja com o filho e chama a atenção dele para esse ato comunica um padrão de comportamento através do exemplo. Essa transmissão por meio do exemplo (juridicamente falando, do precedente) tem a desvantagem da imprecisão, já que não há uma determinação clara acerca daquilo que é pretendido com o exemplo, deixando-se muitas possibilidades em aberto; a transmissão por meio de fórmulas linguísticas gerais (ou seja, a legislação) parece, se comparada à anterior, mais clara, confiável e segura.⁸⁴

Isso, contudo, não significa que a técnica de formulação de normas gerais através de enunciados linguísticos vinculantes (legislação) seja imune a todo e qualquer tipo de

⁸¹ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 116.

⁸² *Ibidem*, p. 116-117.

⁸³ *Ibidem*, p. 124.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 124-125.

incerteza. O surgimento de dúvidas acerca do comportamento exigido pela norma geral em um caso concreto não é apenas algo plausível; essa situação ocorre com frequência. A riqueza do mundo dos fatos e as inúmeras possibilidades que ele deixa em aberto não podem ser apreendidas previamente, de modo integral, em um enunciado normativo. Não se trata de uma exclusividade do campo das normas; trata-se, em última análise, de um limite inerente à própria natureza da linguagem, limite esse que voltará à tona sempre que ela for utilizada. Certamente existem casos claros, onde fórmulas gerais podem ser aplicadas sem maiores dificuldades; por exemplo, analisando-se a abrangência da categoria “veículo”, não oferece dificuldades a inclusão do elemento “automóvel” como um de seus integrantes. Ao lado de tais casos claros, entretanto, há um amplo espaço de casos nos quais não se pode verificar de antemão, com a certeza necessária, se a norma geral é aplicável; ainda no exemplo da categoria “veículo”, não é claro se ela inclui bicicletas, aviões e patins. Os cânones de interpretação, embora úteis para minorar tais incertezas, não são capazes de eliminá-las totalmente, já que eles próprios constituem normas para o uso da linguagem e são, como tais, carentes de interpretação.⁸⁵

Tanto os padrões de comportamento transmitidos através da legislação quanto os transmitidos por meio dos precedentes, embora plenamente suficientes para a maioria dos casos, mostrar-se-ão, em algum momento, imprecisos, o que significa que terão sua aplicação posta em dúvida. Eles têm uma textura aberta (*open texture*). Trata-se de algo ínsito à natureza da linguagem humana; na medida em que a comunicação é realizada através de termos classificatórios gerais, as zonas limítrofes necessariamente geram incertezas.⁸⁶

Certo é que a linguagem normativa geral possui um âmbito indúvidoso de aplicação, um “círculo luminoso” que representa o seu significado mais evidente. Todavia, não é menos certo que há, ao lado desse “círculo luminoso”, um “círculo de penumbra”, composto de uma série de casos discutíveis, aos quais a aplicação da norma não pode ser imediatamente afirmada nem imediatamente excluída. As situações de fato às quais a norma pode ser aplicada não estão belamente empacotadas e disponíveis para o comércio; não há uma etiqueta na qual seja possível ler o que elas realmente significam do ponto de vista da norma.⁸⁷

A regulamentação prospectiva de uma conduta por meio do estabelecimento de um padrão geral, como no caso da legislação, possui, portanto, duas desvantagens. A primeira é a

⁸⁵ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 126.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 127-128.

⁸⁷ HART, H. L. A. **Contributi all'Analisi del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1964. p. 129.

relativa ignorância dos fatos; a segunda é a relativa imprecisão do objetivo. O mundo não possui um número finito de características que possam ser apreendidas de antemão; o legislador não é capaz de prever todas as combinações possíveis de circunstâncias que surgirão no futuro. Tome-se como exemplo de uma norma geral de conduta a norma que impede qualquer veículo de entrar em um parque. Essa norma fixa, através da linguagem, determinadas condições necessárias para que algo possa ser abrangido por ela; nesse caso, exemplos claros daquilo que está abrangido pela norma seriam automóveis, ônibus e motocicletas. Também o objetivo aqui está bastante claro: escolhe-se privilegiar a tranquilidade no parque mediante a exclusão desses veículos, os quais certamente viriam a perturbá-la.⁸⁸

Esses, todavia, são casos fáceis. Abrangeria essa proibição também um carrinho elétrico de brinquedo, muito comum entre as crianças? Esse é um caso não previsto inicialmente, e o próprio objetivo da norma será, através dele, posto em questão. Deve-se fazer uma concessão, quanto ao objetivo geral de manter a tranquilidade no parque, ao permitir-se às crianças a utilização daqueles brinquedos? Ou a proibição deve ser estendida também a esse caso? Situações imprevistas como essa somente podem ser solucionadas quando venham efetivamente a ocorrer, ocasião na qual o problema deve ser posto em discussão e solucionado através de uma escolha satisfatória entre os interesses conflitantes. Com isso, tanto o objetivo da norma quanto o sentido da linguagem nela empregada podem ser tornados mais claros.⁸⁹

Sempre há a possibilidade de que a aplicação da norma se depare com o problema da penumbra. Isso pode ocorrer tanto em casos relativamente pouco importantes, como na regulamentação de uso de um simples parque, quanto em casos de grande dimensão e relevância, como aqueles concernentes à interpretação constitucional. Comum a todos eles é a impossibilidade de decisão por meio de uma dedução lógica. O método característico de decisão no direito fica, portanto, excluído nesses casos; o desafio aqui é conferir um caráter racional à argumentação e à decisão jurídicas, racionalidade essa que não se deixa reconduzir à conformação lógico-dedutiva da decisão às premissas.^{90 91}

⁸⁸ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 128-129.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 129.

⁹⁰ HART, H. L. A. **Contributi all'Analisi del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1964. p. 129-130.

⁹¹ Vê-se, portanto, que o próprio Hart, o mais célebre positivista da tradição anglo-saxônica, reconhece a insuficiência do método de aplicação das normas jurídicas baseado exclusivamente no silogismo de subsunção, ao mesmo tempo em que afirma que as decisões somente podem ser consideradas racionais nesse âmbito quando se adota uma racionalidade que ultrapassa o simples método lógico-dedutivo. As bases para essa racionalidade podem ser encontradas em Robert Alexy, na teoria da argumentação jurídica, por um lado, e na teoria dos princípios, por outro. Sobre isso, ver capítulo 2, *infra*.

A margem de textura aberta das normas é bastante variável. A norma que proíbe a um ser humano causar a morte de outro é um exemplo claro de norma com uma pequena margem de textura aberta; mesmo que haja inúmeras circunstâncias sob as quais esse delito possa ocorrer, a proteção à vida tem tal importância que outros fatores que possam entrar em jogo ficam quase sempre eclipsados. Há, evidentemente, algumas exceções, como a legítima defesa e outras formas de homicídio justificável, mas essas são em número muito reduzido e constituem não mais do que exceções à norma geral. Em contraste, a norma que determina a uma empresa atuante em um certo setor da economia que pratique apenas “tarifas razoáveis” ou que proporcione aos empregados “condições seguras de trabalho” possui uma grande margem de textura aberta, o mesmo ocorrendo com a norma que determina que devem ser tomadas “precauções razoáveis” para que se evite infligir danos a outras pessoas. No primeiro caso, pode-se conceder a um determinado órgão administrativo, por meio de seu poder regulamentar, a possibilidade de definir o que pode ser considerado como “tarifas razoáveis” ou “condições seguras de trabalho” para aquele determinado setor; no segundo caso, a definição do que se pode entender por “precaução razoável” deve, nos casos difíceis, ser determinada judicialmente. Em ambos os casos, o padrão variável de comportamento é objeto de uma especificação, embora por meios diferentes.⁹²

Também no precedente pode-se verificar a existência da textura aberta e, portanto, de uma atividade judicial criadora de direito, não meramente reprodutiva do direito já existente. Os tribunais podem, por exemplo, restringir a norma extraída de um precedente ao admitir exceções que não eram cogitadas anteriormente, ou podem seguir um precedente ao desconsiderar restrições que haviam sido estabelecidas no caso anterior, ampliando o seu alcance. Da mesma forma que a atividade dos órgãos administrativos, a atividade dos tribunais engloba uma função criadora do direito.⁹³

1.1.2.4 A justiça, a moral e o direito

Quando os juristas pretendem louvar ou criticar o direito, normalmente o fazem através das qualificações “justo” e “injusto”; trata-se, então, de um juízo moral. A justiça, contudo, não é equivalente à moral. Ela é apenas um de seus segmentos específicos. Um pai que comete um ato gravemente cruel contra seu filho recebe a culpa por uma conduta moralmente errada, má ou perversa; não seria adequado, todavia, criticar essa conduta como

⁹² HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 131-133.

⁹³ *Ibidem*, p. 134-136.

“injusta”. Quem diz que algo é justo ou injusto expressa um juízo moral mais específico do que aquele contido na crítica de alguém que qualifica algo como moralmente bom ou moralmente mau, moralmente certo ou moralmente errado.⁹⁴

A importância capital do conceito de justiça na crítica do direito é a sua natureza como um segmento da moral dirigido não à conduta individual (não em primeiro lugar, ao menos), mas à forma pela qual classes de indivíduos devem ser tratadas. Ela constitui certamente a mais jurídica das virtudes, embora não encerre em si a moral em seu todo; o direito pode ser criticado moralmente sem que, para tanto, se faça necessário o recurso à ideia de justiça.⁹⁵

O princípio que está por trás de toda ideia de justiça é aquele que exige um tratamento igual para casos iguais e um tratamento distinto para casos distintos. Por meio desse princípio, os indivíduos são deixados em posições relativas de igualdade ou desigualdade, de modo que uma certa situação de equilíbrio entre eles seja preservada ou restaurada. Essa é, todavia, uma fórmula vazia até que se determine quais são as semelhanças que exigem um tratamento igual e quais as diferenças que exigem um tratamento desigual. Todo o ser humano é igual a outros de sua espécie em alguns aspectos e, ao mesmo tempo, diferente dos demais em outros aspectos. Determinar quais semelhanças e diferenças são pertinentes e quais não o são depende, em essência, do objetivo que se busca alcançar. Os critérios para a definição do que é uma semelhança ou diferença relevante variam profundamente de acordo com as concepções morais básicas adotadas pelo indivíduo e pela sociedade; as divergências nesse âmbito podem ser, todavia, minoradas pela consideração do objetivo almejado pela norma posta em questão.⁹⁶

Como já referido, as ideias de justiça e de moral não são coextensivas. Uma norma jurídica pode ser condenada moralmente não por ser injusta, mas por exigir dos indivíduos um comportamento contrário a uma norma moral. As normas morais distinguem-se das normas jurídicas e de outros tipos de norma social em face de quatro características que as tornam peculiares.⁹⁷

A primeira delas é a sua importância (*importance*). A observância de certos padrões morais de conduta é tida como algo extremamente importante; mesmo que essa observância acarrete, em muitos casos, um sacrifício do interesse pessoal, há a crença generalizada de que tais padrões devem ser seguidos para que se possa obter uma convivência social harmônica. Normas jurídicas que reproduzem o conteúdo das normas morais são, indubitavelmente, tão

⁹⁴ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 157-158.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 167-168.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 159-163.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 167-173.

importantes quanto elas; todavia, a importância não é um requisito da existência da norma jurídica. Ela pode ser considerada desimportante e, mesmo assim, continuar tendo o *status* de norma jurídica. Já no caso da norma moral, seria completamente sem sentido considerá-la como pertencente à moral da sociedade sem tê-la, ao mesmo tempo, como uma norma importante.⁹⁸

A segunda é a sua imunidade à modificação deliberada (*immunity from deliberate change*). As normas morais não podem ser criadas, alteradas ou extintas por uma ação consciente nesse sentido, diferentemente das normas jurídicas, que podem ser tanto introduzidas no sistema jurídico quanto modificadas e excluídas. É perfeitamente possível dizer que uma conduta será legal ou ilegal a partir de um marco temporal, mas seria absurdo dizer-se que a mesma conduta passaria a ser imoral a partir daquela data. Normas e tradições morais somente adquirem e perdem seu *status* com a prática; elas evoluem, consolidam-se e perecem não pelo ato consciente de uma autoridade, mas por um processo lento e inconsciente acerca de seu uso e desuso pelo grupo social.⁹⁹

A terceira consiste no caráter voluntário das infrações morais (*voluntary character of moral offences*). A responsabilização moral depende necessariamente de uma ação deliberada do indivíduo. Uma pessoa que tenha cometido um ato imoral de forma involuntária, mesmo tendo se cercado de todos os cuidados para evitá-lo, não pode ser considerada culpada moralmente. O sistema jurídico, embora possa reconhecer tal circunstância como excludente de responsabilidade, pode também impor a responsabilização objetiva (independente de dolo ou culpa) para determinados tipos de infração. Diferentemente da responsabilidade moral, a responsabilidade jurídica não fica peremptoriamente excluída pelo caráter involuntário da conduta do indivíduo.¹⁰⁰

A quarta e última consiste na forma de pressão moral (*form of moral pressure*). O respeito à obrigação moral não é exigido através da ameaça de consequências desagradáveis para aquele que a descumpra (a forma típica da pressão jurídica); ele é exigido através de apelos ao respeito às normas como algo importante em si mesmo. A pressão é exercida sobre a consciência do indivíduo, esperando-se que ele seja tomado por sensações como culpa ou remorso se infringir a norma moral.¹⁰¹

A moral, contudo, não se esgota na imposição de tais deveres e obrigações. Ao lado disso, ela tem a importante função de definir determinados ideais, cuja concretização não é

⁹⁸ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 173-175.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 175-176.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 178-179.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 179-180.

uma obrigação moral, mas uma proeza digna de admiração; aquele que age de acordo com esse ideal vai além do que lhe é exigido pelo dever moral. Esses ideais morais possuem um importante papel no âmbito da crítica aos padrões de conduta vigentes na sociedade e podem, assim, converter-se em fatores decisivos de transformação social.¹⁰²

No que tange especificamente à relação entre direito e moral, Hart sustenta que um conceito de direito em conformidade à teoria positivista, segundo o qual as normas jurídicas são consideradas como válidas mesmo se injustas ou moralmente incorretas, é preferível a um conceito jusnaturalista de direito, vale dizer, um conceito de direito que nega validade jurídica a essas normas. Decisivo para isso é o fato de que o problema da injustiça legal, tomando-se o positivismo como ponto de partida, torna-se mais claro e pode ser formulado de um modo mais honesto. O positivismo permite uma constatação como “uma determinada norma jurídica é válida; não obstante, é tão injusta que não deve ser aplicada e obedecida”, mas não uma constatação como “uma determinada norma jurídica é inválida, posto que injusta”. Ora, onde mais deve ser estudada a questão das normas injustas, senão na disciplina do direito? Pode-se dizer, portanto, que um conceito restrito de direito, o qual exclui do sistema jurídico as normas injustas ou moralmente incorretas, embora compatíveis com os requisitos de validade do sistema, não oferece nenhuma vantagem sobre um conceito amplo, segundo o qual também essas normas devem ser entendidas como normas jurídicas.¹⁰³

Isso não significa, porém, que não exista qualquer relação entre o direito e a moral. O direito sempre foi fortemente influenciado pela moral, seja abertamente, como no âmbito da legislação, seja veladamente, como no âmbito do processo judicial. Sendo a interpretação das normas jurídicas, em face da textura aberta a elas inerente, uma atividade judicial criadora, ela frequentemente envolve o recurso a valores morais (o que pode ser visto claramente em decisões de grande importância constitucional). Isso, todavia, não afasta a necessidade de um conceito de direito que possibilite uma distinção entre a sua invalidade e a sua imoralidade.¹⁰⁴

1.2 A SUPERACÃO DO POSITIVISMO: DWORKIN E ALEXY

Numerosas foram as críticas opostas ao positivismo jurídico. A variante mais frutífera dessas críticas toma por base a noção de princípio. Seus dois principais defensores, Ronald Dworkin e Robert Alexy, sustentam a insuficiência do positivismo como um direito

¹⁰² HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 180-184.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 207-212.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 203-211.

simplesmente por regras e salientam que o direito apenas pode ser adequadamente conhecido e aplicado quando nele são incluídos, ao lado das regras, os princípios jurídicos.¹⁰⁵

1.2.1 A proposta de Dworkin

1.2.1.1 O ataque geral ao positivismo

Dworkin inicia o primeiro capítulo de sua obra mais conhecida chamando a atenção para o fato de que os juristas se confrontam, em sua atividade prática, tanto com problemas técnicos, nos quais há um acordo geral acerca dos tipos de prova ou de argumento que são relevantes, quanto com problemas que não são técnicos nesse sentido, não havendo em semelhantes casos um consenso sobre qual o modo adequado de proceder. Pense-se na questão relativa à equanimidade de uma lei ou na tentativa de utilização de conceitos jurídicos obscuros. Controvérsias como essas extrapolam a técnica usual dos juristas e são por eles chamadas de “questões relativas à ciência do direito” (*jurisprudential questions*).¹⁰⁶

Durante muito tempo, na Inglaterra e nos Estados Unidos, a teoria do direito procurou resolver esses problemas através de técnicas advindas dos casos convencionais, ou seja, através dos instrumentos que a prática profissional do direito colocava à disposição. Isso, contudo, não é, segundo Dworkin, satisfatório, pois os problemas de teoria do direito são, em última análise, problemas concernentes a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. Eles não devem, portanto, ser abordados da maneira convencional. Uma teoria adequada do direito deve englobar as questões de princípio.^{107 108}

Com isso, abre-se a porta para a crítica à teoria dominante na filosofia do direito, a do positivismo jurídico, analisada por Dworkin na forma que lhe é dada pelo pensamento de Hart. O “esqueleto” do positivismo é formado por algumas poucas ideias-chave, quais sejam: (a) o direito de uma comunidade é constituído por um conjunto de regras utilizadas por ela

¹⁰⁵ Seja notado que Hart, no posfácio que escreveu para sua obra central, reconhece, diante da crítica de Dworkin, seu equívoco ao não ter tratado especificamente dos princípios, embora saliente que normas de caráter “não conclusivo” (correspondentes aos princípios em Dworkin) façam parte de sua teoria, e não apenas normas “tudo-ou-nada”, como defende o crítico. (Cf. HART, H. L. A. Postscript. in: Idem. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994. p. 259-263.)

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 01.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 01-07.

¹⁰⁸ Com isso, fica claro também um outro ponto fundamental do direito, que o distingue de outros fenômenos sociais e empresta a ele, em grande medida, a complexidade, a função e as consequências que lhe são inerentes: o seu caráter argumentativo. A prática do direito consiste basicamente na discussão de proposições jurídicas, as quais têm por objeto aquilo que o direito permite ou proíbe, o que só pode ser definido argumentativamente. (Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 13.)

para determinar quais comportamentos serão punidos ou coagidos. Tais regras podem ser identificadas através de testes que dizem respeito não ao seu conteúdo, mas sim à forma pela qual foram adotadas, o seu *pedigree*; (b) o conjunto formado por essas regras é coextensivo com o do direito. Se um determinado caso não estiver previsto em alguma das regras, então tal caso não poderá ser decidido através de uma aplicação do direito. A decisão, aqui, é deixada a cargo do “discernimento pessoal” da autoridade competente (por exemplo, o juiz); (c) a existência de uma obrigação jurídica depende da existência de uma regra jurídica válida que exige um determinado comportamento. Inexistindo uma tal regra, inexiste também qualquer obrigação jurídica.¹⁰⁹

O ataque geral ao positivismo (*general attack on positivism*) parte do pressuposto de que não só as regras são *standards* utilizados no raciocínio jurídico; especialmente nos casos difíceis, quando os problemas conceituais aparecem com particular intensidade, princípios, *policies* e outros tipos de *standard* entram em jogo. O positivismo busca limitar o direito a um sistema de regras e, com isso, ignora o importante papel desempenhado por diferentes *standards*, notadamente as *policies* e os princípios. Uma *policy* é um *standard* que estabelece um objetivo a alcançar, normalmente algo relacionado a um certo aspecto econômico, político ou social da comunidade; um princípio é um *standard* decorrente de uma exigência de justiça, de *fairness* ou de outra dimensão da moralidade. O *standard* que estabelece a necessidade de redução dos acidentes automobilísticos é uma *policy*; o *standard* segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se de sua própria torpeza é um princípio.^{110 111}

1.2.1.2 Regras e princípios

Coloca-se, com isso, a questão dos critérios para a distinção entre regras e princípios, critérios esses que Dworkin busca em casos famosos do direito norte-americano. O primeiro deles é o caso *Riggs vs. Palmer*, no qual um tribunal de New York decidiu, em 1889, que um neto que matara o avô, com o objetivo de receber a herança que este lhe deixara em testamento, não tinha o direito à herança, pois, por mais que as leis reguladoras da propriedade e do testamento favorecessem, no caso, o assassino, as leis em geral deviam ser interpretadas em harmonia com as disposições do *common law* e com certas máximas gerais, como a de que ninguém pode lucrar com a sua própria fraude ou beneficiar-se de seu próprio

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 17.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 22.

¹¹¹ Ver *infra*, item 1.2.1.3.

crime. O segundo é o caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, julgado por um tribunal de New Jersey em 1969, no qual estava em jogo a responsabilidade do fabricante de automóveis pelos defeitos de seu produto, defeitos esses que haviam provocado um acidente; ficou decidido que, no caso, uma das normas inseridas no contrato, segundo a qual o fabricante seria responsável tão somente pelo conserto do veículo, deveria ser afastada, responsabilizando-se o fabricante por outras despesas, como os gastos médicos das pessoas envolvidas na colisão, embora não houvesse nenhuma lei a ir de encontro aos termos do contrato. Alguns dos fundamentos expressos na decisão foram: a liberdade de contratar não é algo absoluto e imutável; o fabricante de automóveis tem uma obrigação especial quanto à fabricação, promoção e venda de seus carros; os contratos entre eles e os consumidores devem ser equânimes, podendo o juiz interferir quando o desequilíbrio for muito intenso.¹¹²

Os *standards* retratados nessas decisões são substancialmente diferentes de proposições como a que limita a velocidade na autoestrada a noventa quilômetros por hora ou a que estabelece que um testamento só será válido se assinado por três testemunhas. Essas proposições são regras jurídicas; as proposições existentes nos casos acima referidos são princípios jurídicos.¹¹³

Há uma diferença lógica entre regras e princípios. Regras são aplicadas de uma forma tudo-ou-nada (*all-or-nothing*). Se, em um dado caso, uma regra pertinente for válida, a decisão será determinada através dela; se não for válida, não contribuirá para a decisão. A regra pode ter exceções, mas o enunciado da regra deve estabelecê-las de antemão; caso contrário, será impreciso e incompleto. Em tese, é possível listar todas as exceções a uma regra, por mais estranho que isso possa ser quando houver um grande número delas; quanto mais exceções são listadas, mais completo torna-se o enunciado da regra.¹¹⁴

Princípios, por outro lado, não apresentam uma consequência jurídica que se segue automaticamente se determinadas condições são dadas. Eles possuem invariavelmente um sem-número de relativizações, relativizações essas que sequer podem ser encaradas como exceções ao princípio ao qual se referem; os contraexemplos a um princípio não são, nem mesmo em tese, passíveis de enumeração. O princípio nem mesmo estabelece as condições sob as quais deve ser aplicado; ele simplesmente traz uma razão que conduz o argumento em um certo sentido, mas, ainda assim, carece de uma decisão. Pode haver, no caso, outros princípios ou *policies* que argumentem em sentido contrário, hipótese na qual o princípio

¹¹² DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 23-24.

¹¹³ *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 24-25.

pode não prevalecer, sem que, contudo, isso signifique que ele não pertence ao sistema jurídico, uma vez que, em outro caso, estando ausentes os argumentos em contrário ou tendo eles menor força, o princípio poderá decidir a questão. Em suma, um princípio, se efetivamente verificada sua pertinência ao caso, deve ser levado em conta pela autoridade jurídica como uma razão que fala a favor de uma ou de outra decisão.¹¹⁵

Os princípios possuem, com isso, uma dimensão que está ausente nas regras, a dimensão do peso ou importância (*dimension of weight or importance*). Havendo um conflito entre princípios (pense-se, por exemplo, no conflito entre a *policy* de proteção aos consumidores de automóveis e a liberdade de contratar, conflito esse retratado no caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*), a autoridade responsável pela decisão deve levar em conta a força relativa de cada um deles. Essa não pode ser, naturalmente, uma mensuração exata, de modo que, em casos envolvendo princípios, a decisão frequentemente será objeto de controvérsia.¹¹⁶

Tal dimensão, como já referido, não existe nas regras. Existindo um conflito entre duas regras, uma delas não poderá ser válida. A decisão acerca da validade de uma ou de outra deve ser tomada com o recurso a considerações que estão além das próprias regras; o sistema jurídico pode regular esses conflitos, dando preferência à regra promulgada pela autoridade superior, à regra mais recente, à regra mais específica, à regra sustentada pelos princípios mais importantes ou algo desse gênero.¹¹⁷

Um *standard* nem sempre deixa claro, apenas por sua forma, se deve ser entendido como uma regra ou um princípio. O *standard* “um testamento somente será válido se assinado por três testemunhas” não é, formalmente, muito distinto do *standard* “nenhum homem pode beneficiar-se de sua própria torpeza”. Não obstante, aquele que trabalha com o direito norte-americano reconhece claramente o primeiro como uma regra e o segundo como um princípio. A própria inclusão do *standard* em uma dessas categorias pode ser objeto de controvérsia: a proteção à liberdade de expressão, prevista na primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos, deve ser encarada como um “absoluto”, ou seja, uma regra, ou como algo carecedor de ponderação, ou seja, um princípio? O resultado a que se chega pode ser distinto conforme a concepção que se adota: aquele que defende que a liberdade de expressão é uma regra considera inconstitucionais todas as leis que tenham por objeto uma restrição a esse direito; aquele que defende que ela é um princípio admite que ela possa ser restringida sob

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 25-26.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 26.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 27.

determinadas circunstâncias, ou seja, admite a possibilidade de uma ponderação (*balancing*) com outros princípios.¹¹⁸

É possível, da mesma forma, que regras e princípios desempenhem papéis bastante semelhantes. Quando, por exemplo, uma regra contém expressões vagas como “razoável” ou “injusto”, ela não perde o seu caráter de regra, mas a sua aplicação passa a depender, até certo ponto, de princípios e *policies* que ultrapassam a própria regra. Ela torna-se, diante disso, um *standard* muito semelhante a um princípio.¹¹⁹

1.2.1.3 Princípios, *policies* e casos difíceis

A concepção de regras e princípios como diferentes *standards* permite ver com clareza o importante papel desempenhado pelos princípios no âmbito do sistema jurídico – nos casos difíceis, sobretudo. Coloca-se, com isso, a questão dos princípios na formação da obrigação jurídica. Pode-se seguir dois caminhos: o primeiro está em sustentar que os princípios, da mesma forma que as regras, são obrigatórios e devem ser levados em conta pelas autoridades jurídicas (caso no qual o direito incluirá tanto regras quanto princípios); o segundo está em negar a eles a obrigatoriedade inerente às regras, caso no qual a autoridade jurídica, mormente nos casos difíceis, poderá ir além das regras que está obrigada a aplicar (indo, portanto, além do próprio direito), estando autorizada a recorrer a princípios extrajurídicos para decidir o caso. A primeira possibilidade trata os princípios como obrigatórios, de modo que as autoridades jurídicas falham ao deixar de aplicá-los devidamente. A segunda possibilidade trata os princípios como meros resumos daquilo que as autoridades jurídicas fazem quando são forçadas a ir além das regras, os únicos *standards* aos quais estão realmente vinculadas.¹²⁰

Tomando-se o segundo caminho, uma questão adquire especial relevância: a do poder discricionário (*judicial discretion*). A ideia segundo a qual o juiz possui, na inexistência de uma regra que seja aplicável a um dado caso, um poder discricionário para a decisão é parte do esqueleto do positivismo. O próprio conceito de “poder discricionário” é, todavia, problemático; a expressão pode ser empregada em vários sentidos distintos. É possível empregá-la em um sentido fraco, significando que os *standards* que devem ser aplicados por uma autoridade não comportam uma aplicação mecânica (diante de sua imprecisão, por exemplo), exigindo o uso da faculdade de discernimento daquele que os aplica; é possível

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 27.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 27-28.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 28-30.

empregá-la também em um segundo sentido fraco, no sentido de que um agente público ou um órgão tem o poder de tomar uma decisão em última instância, insuscetível a qualquer revisão; é possível, por fim, empregá-la em um sentido forte, dando-se a entender, com isso, que uma autoridade não está limitada aos *standards* estabelecidos por outra.¹²¹

Os positivistas empregam a expressão “poder discricionário” no terceiro sentido, o sentido forte. Se o juiz não encontra uma regra adequada à solução do caso que tem diante de si, ele tem esse poder discricionário, o que significa que ele não está vinculado a quaisquer critérios jurídicos em sua decisão. Aqueles *standards* que, embora não constituam regras, são aplicados pelos juízes no exercício do poder discricionário não têm, de acordo com o positivismo, caráter vinculativo.¹²²

Na medida em que sustenta que os princípios não são vinculativos, o positivismo representa uma tese incorreta. No caráter lógico de um princípio, não há nenhum elemento que permita concluir que ele não é de observância obrigatória pela autoridade jurídica. Se ela, em um caso que exige a aplicação de um princípio, simplesmente passar por cima dessa circunstância, sua decisão será tão equivocada quanto se uma regra pertinente ao caso for ignorada.¹²³

Também a regra de reconhecimento do positivismo é falha quando se trata de princípios. Mesmo que eles possam encontrar apoio em atos emanados de instituições jurídicas, não possuem com tais atos uma relação estreita que permita falar em uma regra suprema de reconhecimento, ao contrário do que ocorre no caso das regras. Nenhum teste de *pedigree* é adequado para associar os princípios a fontes do direito tais como a legislação e o costume.¹²⁴

Analisadas as teses da discricionariedade judicial e da regra de reconhecimento, resta a análise da terceira tese que forma o esqueleto do positivismo, a de que a obrigação jurídica existe apenas quando uma regra preexistente assim determina. Segundo Dworkin, a tese do positivismo de que a obrigação jurídica somente pode ser instituída por uma regra não é acertada; uma obrigação jurídica também pode ser imposta por um conjunto de princípios. Nesse último caso, ela existirá sempre que razões mais fortes, sustentadas por princípios obrigatórios, falem a favor dela. Os princípios são, portanto, incompatíveis com as três teses que constituem o esqueleto do positivismo. Abandonando-se o sistema puro de regras que o positivismo representa, um sistema extremamente simples, simplicidade essa que não leva a

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 30-32.

¹²² *Ibidem*, p. 34.

¹²³ *Ibidem*, p. 35.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 39-43.

lugar algum e que nada diz, é possível pensar em um modelo mais fiel à complexidade do próprio direito.¹²⁵

O que acima foi dito possui especial relevância na solução dos casos difíceis (*hard cases*). De acordo com a tese do poder discricionário do positivismo, o juiz tem a possibilidade de, diante de um caso difícil (vale dizer, um caso que não pode ser claramente enquadrado em nenhuma regra jurídica), criar novos direitos para as partes e aplicá-los retroativamente ao caso. Dworkin objeta a isso que, mesmo nos casos difíceis, o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, não podendo criá-los e retroativamente aplicá-los ao caso concreto. Isso, contudo, não exclui a possibilidade de que haja divergências quanto a tais direitos. Não há um procedimento mecânico que garanta que todos os juízes darão a mesma resposta às questões colocadas pelos casos difíceis.¹²⁶

De fundamental importância para que se possa pensar em uma teoria adequada para a solução dos casos difíceis é a distinção entre argumentos de *policy* e argumentos de princípio. Os argumentos de *policy* são voltados à justificação de decisões políticas através da demonstração de que tais decisões estão de acordo com determinados objetivos coletivos da comunidade (pense-se, por exemplo, no argumento a favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, através do qual se defende ser tal medida necessária para a segurança nacional). Argumentos de princípio, por outro lado, são voltados à justificação de decisões políticas por meio da demonstração de que essas decisões garantem um determinado direito a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos (por exemplo, o argumento a favor de leis contra a discriminação, que defende que toda minoria tem o direito à igualdade de consideração e respeito).¹²⁷

Os argumentos de princípio são, portanto, argumentos voltados ao estabelecimento de um direito individual, ao passo que os argumentos de *policy* são argumentos voltados ao estabelecimento de um objetivo coletivo. As decisões judiciais nos casos difíceis devem estar baseadas em argumentos de princípio, não em argumentos de *policy*. Objeções à ideia da criação do direito pelos tribunais, tais como a de que os juízes não são eleitos e, portanto, não possuem legitimidade democrática, razão pela qual suas decisões deveriam estar subordinadas à lei tanto quanto possível, atingem fortemente o argumento de *policy*, mas não o de princípio. Com efeito, decisões políticas, como aquelas que envolvem os objetivos coletivos da comunidade, dependem da consideração de todos os interesses concorrentes e, portanto,

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 44-45.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 81.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 82.

devem ser tomadas no âmbito do processo político democrático, não nas salas de audiência e nos gabinetes dos juízes.¹²⁸

Direitos, nessa concepção, são trunfos (*trumps*) do indivíduo em face das justificativas de *policy* que estabelecem determinados objetivos coletivos. O fato de que alguém tem um direito significa que a sua posição deve ser respeitada mesmo quando as autoridades, com base em argumentos de *policy*, acreditam que seria melhor para a comunidade se esse direito fosse violado.¹²⁹ Essa ideia pode ser vista nitidamente no notório conflito entre liberdade e igualdade: certos direitos essenciais à liberdade, tais como os direitos à liberdade de consciência, de crença, de expressão e de manifestação, bem como os direitos relativos a aspectos fundamentais da configuração da vida privada do indivíduo, não podem ser limitados pelo poder político com fundamento em exigências de igualdade, a não ser que sejam apresentados argumentos extraordinariamente fortes para tanto.¹³⁰

Casos difíceis são casos nos quais a argumentação jurídica é dirigida para conceitos extremamente debatidos no âmbito da teoria do direito. A argumentação nesses casos remete aos conceitos da intenção ou do propósito da lei e aos princípios subjacentes às regras de direito positivo. Cabe a um juiz filósofo (o juiz Hércules, dotado de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas) formular, nos casos que têm diante de si, teorias sobre o que é exigido pela intenção da lei e pelos princípios.¹³¹

Para serem justificadas, essas teorias devem estar de acordo com a Constituição, as leis e os precedentes. A tarefa de Hércules consiste na elaboração de um sistema de princípios abstratos e concretos capaz de fornecer uma justificação adequada a todos os precedentes (nisto compreendida a sua força gravitacional, ou seja, a possibilidade de exercer influência sobre as decisões posteriores que tenham com o precedente alguma proximidade), a todas as disposições constitucionais e a todas as determinações legislativas.¹³²

Hércules, com isso, rechaça a doutrina positivista da discricionariedade judicial, segundo a qual o juiz, esgotadas as possibilidades de uma decisão guiada pela lei ou pelos precedentes, está livre para agir como bem entender. Mesmo nos casos difíceis, Hércules decide com base naquilo que lhe é exigido pelo direito, embora, ao fazê-lo, inevitavelmente deixe à mostra suas convicções políticas e filosóficas.¹³³

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 84-90.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985. p. 359.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **Virtù Sovrana: Teoria dell'Uguaglianza**. Milano: Feltrinelli, 2002. p. 131-132.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 105.

¹³² *Ibidem*, p. 105-117.

¹³³ *Ibidem*, p. 118.

Isso, todavia, dá azo a um novo problema. Decisões de princípio que envolvam direitos dependem de juízos de teoria política, juízos esses que podem ser apreciados diferentemente entre os próprios juízes e entre o público em geral. Matérias de convicção política são matérias abertas ao dissenso. Poder-se-ia objetar que, se o juiz Hércules decidisse os casos apenas com base em suas próprias convicções políticas, decidiria de forma injusta e cometeria um atentado à democracia, na medida em que usurpava uma competência do legislador democraticamente legitimado.^{134 135}

Para evitar esse problema, Hércules deve decidir questões desse tipo não com base em suas convicções pessoais, mas com base na moralidade comunitária, ou seja, a moralidade política pressuposta pelas leis e instituições de sua comunidade, embora, é claro, ele tenha de valer-se de seu próprio juízo para determinar o conteúdo dessa moralidade. Isso significa que a decisão de Hércules será, ela própria, passível de controvérsia em muitos casos; trata-se de algo inevitável. A técnica de decisão judicial de Hércules, contudo, conserva seu valor: não há outra pessoa ou outro grupo em melhores condições de tomar uma decisão como essa do que o juiz, e o fato de que ele pode estar errado em seus juízos políticos é para ele um lembrete acerca do cuidado e da humildade que devem guiar as suas decisões nos casos difíceis.¹³⁶

Entretanto, disso não decorre, como alguém poderia pensar à primeira vista, que não haja nenhuma resposta correta para os casos difíceis. O fato de que as decisões são passíveis de controvérsia não exime o juiz da tarefa de buscar a resposta correta para o caso que tem diante de si. A teoria política por ele criada, teoria essa que, como já visto, deve tomar por base a moralidade comunitária, permite avaliar as decisões como mais ou menos adequadas a

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 123.

¹³⁵ Segundo Dworkin, o conhecido argumento da democracia, segundo o qual decisões políticas de princípio deveriam ser decididas não pelos tribunais, mas por legisladores eleitos pelos cidadãos, sob pena de enfraquecer-se a participação política do povo e, com isso, ferir-se a igualdade de poder político que está na base da democracia, não é, por si só, suficiente para derrubar a tese de que há direitos garantidos por princípios. De fato, se houvesse uma transferência total e definitiva do poder político para os juízes, não seria possível continuar a falar-se em uma democracia; todavia, as decisões de princípio representam apenas uma pequena parte das decisões políticas, e, mesmo que se admita que há uma certa perda de poder político aos cidadãos com a transferência dessas decisões aos tribunais, deve-se reconhecer, da mesma forma, que alguns desses cidadãos obtêm com isso um ganho de poder político, não uma perda. A democracia é, de fato, o regime político no qual o poder está nas mãos do povo; seria, todavia, uma grande ingenuidade supor que ela proporciona uma igualdade efetiva de poder político. Há grupos que, em face de sua organização ou de seu poderio econômico, possuem uma capacidade muito maior de influir no processo democrático do que os cidadãos comuns. Indivíduos desprivilegiados economicamente têm obviamente menos poder sobre o Legislativo do que os abastados, enquanto minorias podem ter seus direitos facilmente vilipendiados em nome da vontade da maioria. O fato de que esses cidadãos podem exigir judicialmente seus direitos, mesmo se valendo de argumentos políticos para tanto, significa para eles uma ampliação – e não uma diminuição – do seu poder político. Sob esse aspecto, a transferência de decisões de princípio para os tribunais não viola o ideal de igualdade de participação no processo político; ao contrário, ela o promove. (Cf. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985. p. 27-28.)

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994. p. 124-130.

essa moralidade. É possível que várias respostas mostrem-se, a partir dessa teoria, como boas; sempre haverá, contudo, uma que se ajusta melhor a ela, e essa será a única correta. É extremamente improvável que duas respostas exijam soluções diferentes para um determinado caso e, ao mesmo tempo, ajustem-se igualmente bem à moralidade política que constitui o pano de fundo da decisão.¹³⁷

Expostas estão, com isso, as traves do pensamento de Dworkin. Um caminho semelhante foi trilhado por Robert Alexy, cuja teoria ocupa o centro do presente estudo.

1.2.2 A proposta de Alexy

1.2.2.1 A pretensão de correção

Em Alexy, a união entre direito e moral encontra seu fundamento mais importante na ideia de pretensão de correção (*Anspruch auf Richtigkeit*).

O direito promove necessariamente uma pretensão de correção. Alexy ilustra isso com os exemplos de um dispositivo constitucional absurdo (que definisse um determinado Estado como “uma república soberana, federal e injusta”) e de uma sentença judicial absurda (que determinasse a condenação do réu a uma pena de prisão perpétua, expressamente declarando isso como uma interpretação equivocada do direito vigente). Tanto o ato constituinte, no primeiro caso, quanto a decisão do juiz, no segundo, têm um caráter vicioso, mas não o de um vício técnico, moral ou convencional. Ambos são absurdos, absurdidade essa que nasce de uma contradição entre o conteúdo desses atos e a pretensão de correção promovida pelo direito.^{138 139}

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985. p. 119-144.

¹³⁸ ALEXY, Robert. Minha Filosofia do Direito: a Institucionalização da Razão. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 20-23.

¹³⁹ A ideia de pretensão de correção tem uma raiz kantiana. No célebre conceito de direito de Kant - “O direito é, portanto, a totalidade de condições sob as quais a arbitrariedade de um com a arbitrariedade do outro pode ser unida em conjunto segundo uma lei geral de liberdade” (Cf. KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**: Erster Teil. 2. Aufl. Hamburg: Felix Meiner, 1998. S. 38. No original: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“) –, está presente, como um de seus elementos componentes, a ideia de “totalidade de condições”, a qual deve ser entendida como a totalidade de leis exteriores. Nisso estão abrangidos tanto o direito natural (aquele direito que se fundamenta nos puros princípios da razão, dados *a priori*) quanto o direito positivo (aquele direito que provém da vontade do legislador). Surge, com isso, uma relação de tensão no âmbito do conceito de direito, que se deixa formular, em última análise, como um problema de ponderação entre a segurança jurídica (o direito positivo) e a justiça (o direito natural). Tomando-se por base uma ideia do direito perfeito, pode-se dizer que nele estão unidas a liberdade e a segurança, ambas em uma medida tão alta quanto possível, o que significa que a relação de tensão entre direito positivo e direito natural é anulada, pois o primeiro corresponde ao segundo. Há, certamente, uma discrepância entre a ideia do direito

A pretensão de correção, no âmbito do direito, inclui a correção moral. Aquele que atua juridicamente promove, com o seu agir, uma pretensão à correção moral. Não se trata aqui de uma moral qualquer; a pretensão de correção traz consigo uma pretensão de fundamentabilidade, o que significa que o atuar jurídico deve ser correto no sentido de uma moral correta, ou seja, uma moral que seja passível de fundamentação. Uma moral que não satisfaz as exigências mínimas de uma fundamentação racional não pode, nesse sentido, ser tida como correta (é o caso, por exemplo, da moral racista do nacional-socialismo).¹⁴⁰ Com isso, é estabelecida a conexão entre a pretensão de correção e a teoria do discurso racional.¹⁴¹

O argumento da correção, cujo cerne está na pretensão de correção, é um dos três argumentos que, em Alexy, fundamentam a necessidade de uma vinculação entre direito e moral. Ele está na base dos outros dois argumentos: o da injustiça e o dos princípios.¹⁴²

De acordo com o argumento da injustiça, as normas jurídicas perdem o caráter de direito quanto atravessado o umbral da extrema injustiça.¹⁴³ Esse foi o argumento invocado

perfeito e o direito como ele é na realidade; isso, todavia, é algo inerente à natureza das ideias, das quais somente se pode pretender uma aproximação. Sendo o conceito de direito perfeito uma ideia, ele necessariamente estabelece ao direito faticamente existente uma pretensão de correção, na qual a pretensão de justiça está incluída. A pretensão de correção é, assim, o elo entre idealidade e faticidade no direito. (Cf. ALEXY, Robert. A Interpretação de Ralf Dreier da Definição do Direito Kantiana. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 140-152.)

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 131-135.

¹⁴¹ Sobre isso, ver infra, item 2.2.1.

¹⁴² ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 64.

¹⁴³ Alexy faz alusão, aqui, à célebre fórmula de Radbruch. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, Radbruch sustentou que a concepção positivista do direito havia deixado os juristas e o povo da Alemanha desarmados contra leis arbitrárias e criminosas, como foram as do nacional-socialismo, defendendo ele, diante disso, a perda da qualidade jurídica de leis extremamente injustas: “Certamente, também a lei como tal, até a lei ruim, tem ainda sempre um valor – o valor de assegurar o direito perante dúvidas. Certamente, imperfeição humana não sempre deixa na lei todos os três valores do direito, utilidade comum, segurança jurídica e justiça, unir-se harmonicamente e sobra, então, somente ponderar se deve ser conferida à lei ruim, prejudicial ou injusta, por causa da segurança jurídica, contudo, validade, ou, por causa de sua injustiça ou prejudicialidade à comunidade, recusada a validade. Isso tem de, porém, imprimir profundamente na consciência do povo e dos juristas: pode haver leis com uma tal medida de injustiça e prejudicialidade à comunidade que a elas tem de ser negada a validade, sim, o caráter jurídico.” (Cf. RADBRUCH, Gustav. Fünf Minuten Rechtsphilosophie. in: Idem. **Rechtsphilosophie**. 5. Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler, 1956. S. 336. No original: „Gewiß, auch das Gesetz als solches, sogar das schlechte Gesetz, hat noch immer einen Wert – den Wert, das Recht Zweifeln gegenüber sicherzustellen. Gewiß, menschliche Unvollkommenheit läßt im Gesetze nicht immer alle drei Werte des Rechts: Gemeinnutz, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, sich harmonisch vereinigen, und es bleibt dann nur übrig abzuwägen, ob dem schlechten, dem schädlichen oder ungerechten Gesetze um der Rechtssicherheit willen dennoch Geltung zuzusprechen, oder um seiner Ungerechtigkeit oder Gemeenschädlichkeit willen die Geltung zu versagen sei. Das aber muß sich dem Bewußtsein des Volkes und der Juristen tief einprägen: es kann Gesetze mit einem solchen Maße von Ungerechtigkeit und Gemeenschädlichkeit geben, daß ihnen die Geltung, ja der Rechtscharakter abgesprochen werden muß.“) Mais adiante, Radbruch esclarece: “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria ser solucionado no sentido de que o direito positivo, assegurado por estatuto e poder, também então tem a primazia quando ele é injusto e não-conforme à finalidade quanto ao conteúdo, a não ser que a contradição da lei positiva para com a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, como ‘direito incorreto’, tenha de ceder à justiça.” (Cf. RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht. in: Idem. **Rechtsphilosophie**. 5. Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler, 1956. S. 353. No original: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung

em numerosas decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha para negar validade a dispositivos legais promulgados à época do regime nacional-socialista.^{144 145}

O caráter jurídico não é, de acordo com esse argumento, perdido apenas com base na injustiça; é necessário para tanto que a injustiça atinja um grau extremo, de forma que possam ser superados aqueles princípios que estão na base da norma positivada - o da segurança jurídica, sobretudo. O argumento da injustiça, contudo, pode levar apenas à invalidade de normas jurídicas individuais; ele não pode ser usado para uma negação da validade de sistemas jurídicos em seu conjunto.¹⁴⁶

Quanto ao argumento dos princípios, Alexy, baseando-se na tese de Hart,¹⁴⁷ observa que todo direito positivo possui uma textura aberta, um âmbito de abertura mais ou menos amplo. Segundo o positivismo, os casos duvidosos que se situam nesse âmbito de abertura não podem ser decididos com base no direito positivo, o que significa que sua decisão somente pode ocorrer mediante critérios extrajurídicos. O argumento dos princípios contrapõe-se a isso, asseverando que o juiz, mesmo no âmbito de abertura do direito positivo, encontra-se vinculado juridicamente. Com isso, cria-se uma vinculação necessária entre o direito e a moral.^{148 149}

Todo sistema jurídico minimamente desenvolvido deve conter princípios, uma vez que sempre surgirão casos duvidosos, casos esses cuja solução reclama uma ponderação. A ponderação é necessária justamente quando existem razões opostas entre si que, consideradas isoladamente, constituem boas razões para uma decisão, embora não levem imediatamente a uma decisão definitiva, uma vez que há razões em sentido contrário que exigem uma decisão oposta. Tais razões são princípios; a ponderação constitui o método de sua aplicação.^{150 151}

Nos casos duvidosos, quem pretende dizer o que é devido sem deduzir essa resposta do material fundado em autoridade e, ao mesmo tempo, atuar de acordo com a pretensão de

und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat.“)

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 52-53.

¹⁴⁵ Para uma análise de caso mais recente, no qual a problemática da extrema injustiça aparece com uma roupagem totalmente nova, ver PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **Direito e Moral em Robert Alexy: um Estudo do Caso dos Guardas do Muro de Berlim**. 2007. 67 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. p. 08-41.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 71-117.

¹⁴⁷ Sobre isso, ver supra, item 1.1.2.3.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 117-119.

¹⁴⁹ Seja notado que Dworkin já chamava a atenção para isso (ver supra, item 1.2.1.3).

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 121-123.

¹⁵¹ Para uma análise pormenorizada dos conceitos de princípio e ponderação em Alexy, ver infra, item 2.1.2.

correção deve considerar todos os princípios apropriados, ou seja, deve levar em conta os princípios integrantes de uma moral. Essa moral é uma moral qualquer, não a única moral correta. Princípios possuem a dupla qualidade de pertencer simultaneamente à moral e ao direito; o juiz que decide com base em princípios o faz, portanto, segundo critérios jurídicos. Disso não decorre, todavia, que rigorosamente todos os princípios, decorrentes de qualquer moral imaginável, possam fundamentar decisões jurídicas. Como já referido, a pretensão de correção implica uma pretensão de fundamentabilidade; uma moral que resiste à possibilidade de uma fundamentação racional não pode estar vinculada ao direito.¹⁵²

Com isso, coloca-se a questão sobre a possibilidade de fundamentação racional de juízos morais. Kelsen, cuja versão do positivismo já foi analisada,¹⁵³ rejeita tal possibilidade, o que fundamenta a sua teoria segundo a qual a tarefa da ciência do direito é a mera descrição livre de valores do direito vigente, bem como a tarefa da interpretação como a fixação da “moldura normativa” dentro da qual o juiz é juridicamente livre para escolher entre as diversas alternativas que lhe são dadas. Alexy, ao contrário, sustenta que juízos de valor e de dever (entre os quais estão os juízos morais) são suscetíveis a uma fundamentação racional e, portanto, podem ser cientificamente considerados.^{154 155} Pode-se dizer, com isso, que Alexy defende, em oposição ao direito positivo, um direito discursivo.

1.2.2.2 O conceito de direito não positivista

Em estreita conexão com isso está o problema da validade jurídica. Sendo o conceito de direito a conjugação de três elementos, a decretação de acordo com a ordem, a eficácia social e a correção moral, a cada um deles corresponde um conceito distinto de validade – respectivamente, o sociológico, o ético e o jurídico. O primeiro tem por objeto a validade social da norma, em outras palavras, a sua eficácia. O segundo trata da validade moral da norma, da sua justificabilidade do ponto de vista da moral. O terceiro se ocupa da validade jurídica. Ele tem necessariamente de pressupor a validade social, pois uma norma que não desenvolve um grau mínimo de eficácia social não pode ser considerada como uma norma juridicamente válida. Ele também pode, embora não necessariamente, conter elementos da

¹⁵² ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 127-136.

¹⁵³ Ver item 1.1.1, supra.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 264. Fn. 6.

¹⁵⁵ Isso depende, por certo, de uma teoria da argumentação, a qual, em Alexy, é formulada como uma teoria do discurso prático racional geral, constituindo a argumentação jurídica um caso especial do discurso prático geral. Sobre isso, ver infra, item 2.2.

validade moral. Se os contém, representa um conceito não positivista de validade jurídica; se os exclui, representa um conceito positivista. Ao lado disso, pode-se falar também em um conceito da validade jurídica em sentido estrito, segundo o qual uma norma jurídica é válida se posta de acordo com o procedimento previsto para tanto e pelo órgão ao qual foi conferida essa competência.¹⁵⁶

O conceito jurídico de validade suscita dois problemas, um interno e outro externo. O primeiro trata da circularidade da noção de validade jurídica; conferi-la a uma norma pressupõe uma outra norma juridicamente válida, e assim sucessivamente. Isso leva à necessidade de uma norma fundamental. O problema externo está na determinação da relação entre o conceito jurídico de validade e os conceitos ético e sociológico de validade.¹⁵⁷

Quanto à relação entre validade jurídica e validade social, um sistema normativo, para que possa ser considerado como juridicamente válido, deve apresentar uma validade social em termos globais. Se as normas individuais que integram esse sistema perderem sua validade social, disso não decorre, por si só, que o sistema normativo, em seu conjunto, deixe de ser válido. Uma tal situação só se verifica quando essas normas individuais deixam de ser socialmente eficazes em termos globais, o que pode ser vislumbrado mais nitidamente em casos nos quais há a coexistência de sistemas normativos entre si incompatíveis (uma guerra civil, por exemplo). As normas individuais, por outro lado, não carecem de uma eficácia social global para que sejam reconhecidas como juridicamente válidas. Do fato de uma norma não ser observada com frequência não decorre automaticamente a perda de sua validade jurídica. Ela, contudo, deve apresentar um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia – se isso não se verificar, a norma pode ser derogada pelo direito consuetudinário.¹⁵⁸

Quanto à relação entre validade jurídica e validade moral, cumpre salientar que, nos termos do já mencionado argumento da correção, sistemas normativos pelos quais não se estabelece nenhuma pretensão de correção não são sistemas jurídicos. Se, todavia, a pretensão de correção é formulada, a situação é diversa. Mesmo sistemas jurídicos essencialmente injustos não podem ter sua validade negada com base no argumento da injustiça; ele só é aplicável às normas individuais. Isso significa que um sistema jurídico só deixará de ser juridicamente válido quando, face à extrema injustiça, um número tão grande de normas individuais for privado de validade jurídica que o sistema deixe de dispor de uma quantidade mínima de normas necessária à sua existência. De outra forma, no que tange às normas

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 139-143.

¹⁵⁷ *Ibidem*, S. 143.

¹⁵⁸ *Ibidem*, S. 144-147.

individuais - e tomando-se mais uma vez por base o argumento da injustiça -, elas perdem a validade jurídica quando se apresentam como extremamente injustas.¹⁵⁹

Essas relações estão na base do problema externo do conceito de validade jurídica. O problema interno está, como já mencionado, na circularidade de tal conceito, o que remete à questão da norma fundamental. Nesse ponto, Alexy defende uma norma fundamental não positivista, cuja formulação mais completa é a seguinte:

Se uma constituição de fato é fixada e socialmente eficaz, então é, se e na medida em que as normas dessa constituição não são extremamente injustas, ordenado juridicamente comportar-se tão segundo essa constituição como corresponde à pretensão de correção.¹⁶⁰

Embora Alexy esteja de acordo com Kelsen quanto à necessidade de pressuposição de uma norma fundamental para que se possa evitar o problema da transição de um ser para um dever-ser na questão da validade jurídica e quanto ao caráter da norma fundamental como uma norma meramente pensada, ele afasta-se da concepção kelseniana relativamente ao conteúdo da norma fundamental, defendendo que nele podem ser incluídos elementos morais (representados, como visto, pelo argumento da injustiça), bem como no tocante à fundamentação da norma fundamental (Kelsen assevera ser a norma fundamental insuscetível a uma fundamentação, o que é negado por Alexy, segundo o qual, embora uma norma jurídica não possa, por certo, servir de fundamentação à norma fundamental, isso não impede que ela seja fundamentada por normas ou argumentos normativos de outro tipo – normas morais ou considerações acerca da conformidade à finalidade, por exemplo).^{161 162}

Quanto à teoria da norma fundamental de Hart, a da norma de reconhecimento (*rule of recognition*), cujo caráter empírico a distingue da variante lógico-transcendental de Kelsen,¹⁶³ Alexy sustenta que ela não resolve o problema ínsito à norma fundamental, qual seja, o da transição de um ser para um dever-ser. Sendo a existência da norma fundamental, em Hart, uma questão de fato que pode ser reconduzida à prática das autoridades jurídicas e dos cidadãos na identificação do direito, isso significa que da prática (ou seja, do ser) nasce um dever de atuação em conformidade a essa prática (ou seja, um dever-ser). A construção de Hart inevitavelmente esbarra, portanto, no problema que a teoria de Kelsen, a da norma

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 148-151.

¹⁶⁰ *Ibidem*, S. 169-170. No original: „Wenn eine Verfassung tatsächlich gesetzt und sozial wirksam ist, dann ist es, wenn und soweit die Normen dieser Verfassung nicht extrem ungerecht sind, rechtlich geboten, sich so gemäß dieser Verfassung zu verhalten, wie es dem Anspruch auf Richtigkeit entspricht.“

¹⁶¹ *Ibidem*, S. 182-186.

¹⁶² Ver, sobre isso, item 1.1.1.4, supra.

¹⁶³ Ver, sobre isso, item 1.1.2.2, supra.

fundamental como pressuposto lógico-transcendental de validade da ordem jurídica, procurou resolver.^{164 165}

Alexy, após estabelecer essas premissas, formula um conceito de direito não positivista, no qual a noção de validade jurídica está compreendida:

O direito é um sistema de normas que (1) promove uma pretensão de correção, (2) compõe-se da totalidade das normas que fazem parte, em geral, de uma constituição socialmente eficaz e não são extremamente injustas, assim como da totalidade das normas que são fixadas segundo essa constituição, mostram um mínimo em eficácia ou chance de eficácia social e não são extremamente injustas, e do qual (3) fazem parte os princípios e os outros argumentos normativos sobre os quais o procedimento de aplicação do direito apoia-se e/ou tem de apoiar-se para cumprir a pretensão de correção.¹⁶⁶

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 195-197.

¹⁶⁵ Ao lado das concepções de Kelsen e Hart acerca da norma fundamental, Alexy analisa uma terceira concepção, a de Kant. A versão kantiana da norma fundamental (que Alexy denomina “norma fundamental normativa”) pode ser encontrada na “Metafísica dos Costumes”, quando Kant faz a seguinte distinção: as leis vinculativas para as quais é possível uma legislação externa são, em geral, leis externas (*leges externae*), dentre as quais estão aquelas que podem ter sua vinculatividade reconhecida mesmo sem legislação externa, *a priori*, mediante a razão - são, na verdade, externas mas naturais; por outro lado, as leis que não obrigam sem uma legislação externa efetiva (sem a qual não seriam, portanto, leis) são leis positivas. Pode-se pensar, pois, em uma legislação exterior que contenha somente leis positivas; mas então deveria ser precedida por uma lei natural que fundamentasse a autoridade do legislador (quer dizer, a faculdade de obrigar outros apenas mediante o seu arbítrio). (Cf. KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**: Erster Teil. 2. Aufl. Hamburg: Felix Meiner, 1998. S. 26.) Com isso, a validade do direito positivo encontra seu fundamento em uma lei natural, o que tem por consequência um dever moral de obediência ao direito. A máxima de agir conforme o direito é uma exigência colocada pela ética. (Cf. KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**: Erster Teil. 2. Aufl. Hamburg: Felix Meiner, 1998. S. 39.) No que tange ao conteúdo possível do direito positivo fundamentado por essa lei natural, Kant parece entrar em contradição: ao mesmo tempo em que ele defende ser impossível ao legislador cometer uma injustiça contra alguém, na medida em que ele representa a vontade unida do povo e, portanto, trata-se do povo decidindo sobre si mesmo, do que decorre um dever incondicionado de obediência ao legislador, retirando-se dos súditos qualquer possibilidade de resistência legítima (Cf. KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**: Erster Teil. 2. Aufl. Hamburg: Felix Meiner, 1998. S. 130-142.), do que forçosamente se deduz que o direito positivo pode apresentar qualquer conteúdo, ele também sustenta que o único fundamento possível de uma legislação positiva deve ser buscado na razão, cujos princípios possibilitam que aquilo que a lei diz em um dado lugar e em um dado momento seja apreciado como justo ou injusto, sendo uma doutrina do direito que não se ocupa dessa questão uma cabeça que, como aquela da fábula de Fedro, até pode ser dotada de beleza, mas é certamente desprovida de cérebro. (Cf. KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**: Erster Teil. 2. Aufl. Hamburg: Felix Meiner, 1998. S. 37-38.) Como pode uma tal contradição ser solucionada? Segundo Alexy, dois caminhos apresentam-se. O primeiro consiste em aceitar a norma fundamental kantiana em sua forma rígida anteriormente apresentada, caso no qual ela deve ser reconhecida como ainda mais positivista do que a versão de Kelsen, pois essa última não estabelece qualquer obrigação moral de obediência ao direito positivo. Kant, assim considerado, seria o representante de um positivismo fundamentado moralmente – um positivismo radical, portanto. O segundo caminho está em afirmar que a ideia da norma fundamental kantiana não está de acordo com os princípios mais importantes de sua filosofia e que, portanto, ela não deve ser entendida na forma acima exposta, devendo-se nela incluir algo como o argumento da injustiça a fim de compatibilizá-la com aqueles princípios. Esse caminho parece ser indicado pela suposição de que Kant, ao formular sua norma fundamental, não o fez de acordo puramente com o seu sistema filosófico, mas deixou-se influenciar pela ideologia autoritária do Estado de sua época. (Cf. ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 186-194.) Sobre esse problema, com maior profundidade, ver ALEXY, Robert. A Interpretação de Ralf Dreier da Definição do Direito Kantiana. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 148-152.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 201. No original: „Das Recht ist ein Normensystem, das (1) einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, (2) aus der Gesamtheit der Normen besteht, die zu einer im großen und ganzen sozial wirksamen Verfassung gehören und

Lançadas estão, com isso, as bases tanto para a contextualização da teoria de Robert Alexy no quadro maior do pensamento jurídico quanto para a compreensão dessa teoria em seus pontos mais importantes e originais. O próximo capítulo, em atenção aos objetivos do presente estudo, será dedicado à análise pormenorizada desses pontos.

nicht extrem ungerecht sind, sowie aus der Gesamtheit der Normen, die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance aufweisen und nicht extrem ungerecht sind, und zu dem (3) die Prinzipien und die sonstigen normativen Argumente gehören, auf die sich die Prozedur der Rechtsanwendung stützt und/oder stützen muß, um den Anspruch auf Richtigkeit zu erfüllen.“

2 LINHAS GERAIS DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY

Este capítulo é dedicado à exposição dos pontos principais da teoria de Alexy. Sua proposta é eminentemente descritiva, constituindo ele uma aproximação a conceitos que serão problematizados mais adiante.¹⁶⁷ O primeiro ponto trata do conceito e da estrutura da norma no pensamento do autor analisado.

2.1 NORMA: REGRA E PRINCÍPIO

2.1.1 O conceito semântico de norma

O conceito de norma é, ao mesmo tempo, um dos conceitos fundamentais da teoria do direito, talvez o mais fundamental dentre todos, e, provavelmente por essa razão, um dos mais discutidos no âmbito da ciência jurídica. Uma escolha por um determinado conceito de norma é simultaneamente uma escolha sobre o objeto e o método da ciência do direito – uma escolha que diz respeito, portanto, ao próprio caráter científico da disciplina.¹⁶⁸

Alexy busca superar essa discussão através um modelo semântico de norma, ou seja, um modelo que diferencia a norma (*Norm*) da proposição normativa (*Normsatz*): “Uma norma é, com isso, o significado de uma proposição normativa.”¹⁶⁹ O enunciado, expresso na Lei Fundamental, “nenhum alemão pode ser extraditado”, constitui um exemplo de proposição normativa. Essa proposição normativa conduz à norma que proíbe a extradição de um cidadão alemão. Essa mesma norma poderia ser expressa através de outras proposições normativas, tais como “é proibido extraditar alemães” e “alemães não podem ser extraditados”, ou ainda através de uma frase escrita em outra língua.¹⁷⁰

O critério para a identificação da norma deve ser buscado no nível da norma, não no da proposição normativa. Um tal critério pode ser formulado com o auxílio das três

¹⁶⁷ Ver infra, capítulos 3 e 4. Saliente-se, ainda, que a ordem de exposição dos conceitos não segue a ordem cronológica das obras de Alexy; a Teoria dos Direitos Fundamentais, que, neste capítulo, será abordada antes, apareceu em um momento posterior à publicação da Teoria da Argumentação Jurídica. Isso, todavia, tem um propósito: o de situar desde logo o leitor com relação a temas centrais do pensamento de Alexy, notadamente as diferentes espécies normativas (regra e princípio), temas em torno dos quais giram algumas das principais críticas dos autores brasileiros que a presente investigação tenciona analisar. Como a argumentação jurídica, mormente no que tange à justificação externa, desempenha um papel destacado no âmbito dos princípios (embora seja ela importante também no caso das regras), a sua exposição ao final deste capítulo pode ser tomada como um complemento necessário ao que é dito no início.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 40-41.

¹⁶⁹ *Ibidem*, S. 43. No original: „Eine Norm ist damit die Bedeutung eines Normsatzes.“

¹⁷⁰ *Ibidem*, S. 42-43.

modalidades deônticas básicas, as do mandamento, da proibição e da permissão. A proposição normativa “nenhum alemão pode ser extraditado” constitui a expressão de uma norma na medida em que contém uma das modalidades deônticas, a da proibição. A norma é, portanto, uma entidade semântica, ou seja, um conteúdo de significado que engloba uma modalidade deôntica. Toda norma pode ser expressa através de uma proposição de norma, embora, como já mencionado, tal proposição de norma possa ser colocada de diversas maneiras.¹⁷¹

Uma das vantagens do conceito semântico de norma é a de que ele não torna a norma dependente de elementos relativos à validade. Isso significa que o modelo semântico é compatível com teorias da validade as mais diversas, sejam elas de tipo sociológico (como as de Alf Ross e Theodor Geiger), jurídico (como a de Hans Kelsen) ou ético (como a de Immanuel Kant).¹⁷²

No tocante à norma de direito fundamental, surge a questão a respeito de quais são as normas garantidoras de direitos fundamentais que estão previstas na Lei Fundamental alemã. Uma resposta simples poderia ser assim formulada: normas de direitos fundamentais seriam normas expressas por proposições normativas relativas aos direitos fundamentais, e essas seriam somente aquelas existentes na Lei Fundamental. Isso apresenta dois problemas: a pressuposição de que há um critério firme para dividir as proposições da Lei Fundamental entre proposições que expressam e que não expressam direitos fundamentais e a questão relativa a saber se as normas de direitos fundamentais estão limitadas àquelas normas diretamente expressas pelas proposições da Lei Fundamental.¹⁷³

Alexy dá à proposição normativa de direito fundamental o nome de “determinação de direito fundamental” (*Grundrechtsbestimmung*). São determinações de direitos fundamentais, de acordo com o critério formal por ele adotado, todas aquelas disposições da seção da Lei Fundamental intitulada “Os Direitos Fundamentais”, bem como outras disposições que garantem direitos individuais, espalhadas no texto constitucional. Nesse sentido, normas de direitos fundamentais são aquelas normas expressas diretamente por tais proposições.¹⁷⁴ Ao lado delas há, contudo, uma outra categoria, a das normas de direitos fundamentais associadas (*Zugeordnete Grundrechtsnormen*).¹⁷⁵ Uma norma de direito fundamental associada é uma norma para a qual é possível uma fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais correta

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 43-45.

¹⁷² *Ibidem*, S. 49-50.

¹⁷³ *Ibidem*, S. 53-54.

¹⁷⁴ *Ibidem*, S. 54-56.

¹⁷⁵ Sobre a tradução da expressão alemã *zugeordnete Grundrechtsnorm* por “norma de direito fundamental associada”, ver LUDWIG, Roberto José. *A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 34-39.

(*korrekte grundrechtliche Begründung*), de modo a associá-la a uma norma diretamente decorrente do texto da Lei Fundamental.^{176 177}

Um exemplo de norma de direito fundamental associada pode ser obtido a partir da seguinte proposição contida na Lei Fundamental: “ciência, pesquisa e ensino são livres”. Essa determinação de direito fundamental expressa uma norma, a qual, contudo, é extremamente indeterminada, tanto do ponto de vista semântico quanto do ponto de vista estrutural. Sua abertura semântica decorre da indeterminação dos termos “ciência”, “ensino” e “pesquisa”; sua abertura estrutural decorre da impossibilidade de uma definição prévia de circunstâncias como o modo de sua realização (se a norma deve ser realizada através de uma ação ou de uma abstenção estatal) e a existência de um direito subjetivo aos cientistas atribuído por essa norma. Nesse caso, o Tribunal Constitucional Federal decidiu, quanto à questão semântica, que a atividade científica é tudo aquilo que, por seu conteúdo e forma, pode ser encarado como uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade. Houve, dessa forma, uma precisão do conceito.¹⁷⁸ Quanto à questão estrutural, o Tribunal decidiu que o Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e sua transmissão às futuras gerações através de meios pessoais, financeiros e organizacionais e, ainda, que todo aquele que atua na área da ciência, da pesquisa e do ensino tem o direito à defesa contra interferências estatais na obtenção e transmissão do conhecimento científico. Nesse caso, foram reconhecidas como normas de direitos fundamentais não normas diretamente estabelecidas pelo texto da Lei Fundamental, mas normas associadas a uma determinação de direito fundamental constitucionalmente prevista.^{179 180}

É possível, portanto, classificar as normas de direitos fundamentais em duas espécies: normas de direitos fundamentais que decorrem diretamente das determinações da Lei

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 61.

¹⁷⁷ Um conceito ainda mais preciso pode ser encontrado em Roberto José Ludwig, que define a norma de direito fundamental associada como “a norma de direito fundamental não imediatamente estatuída no texto constitucional, mas que é associada, por meio de uma relação de precisão e fundamentação, a uma ou mais determinações de direito fundamental, em procedimento de ponderação de princípios colidentes, e que, expressando a relação de precedência condicionada estabelecida nas condições do caso, apresenta-se como a regra sob a qual pode ser subsumido o mesmo caso e também outros do mesmo tipo.” (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 56.)

¹⁷⁸ Ludwig esclarece que as normas de direito fundamental associadas “mantêm com as normas imediatamente estatuídas uma relação de **precisão** e de **fundamentação**, ou seja, são fruto de trabalho de se precisarem as normas estatuídas no texto, as quais, por seu turno, as justificam, servindo-lhes de fundamento.” (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 31.)

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 57-60.

¹⁸⁰ Para um estudo da aplicação do conceito de norma de direito fundamental associada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ver LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 559-584.

Fundamental e normas de direitos fundamentais associadas. Normas de direitos fundamentais associadas permitem a descoberta de novas normas de direitos fundamentais; é necessário, porém, que a descoberta seja feita mediante argumentação jurídico-fundamental correta.^{181 182}

Com isso, estão lançadas as bases do conceito de norma de direito fundamental. Uma questão complementar a essa é aquela que concerne à estrutura de tal norma. Aqui, entra em cena a distinção entre regras e princípios, de suma importância no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, a chave para a solução de problemas centrais dessa teoria.¹⁸³

2.1.2 A distinção entre regras e princípios

2.1.2.1 Mandamentos de otimização e mandamentos definitivos

Tanto regras quanto princípios são normas, pois ambos são razões para juízos concretos de dever-ser. O fato de que regras e princípios expressam que algo é devido pode ser claramente depreendido da possibilidade de formulação de ambos por meio dos modais deônticos do mandamento (*Gebot*), da permissão (*Erlaubnis*) e da proibição (*Verbot*). Normas, portanto, podem ser regras ou princípios, e a distinção entre essas categorias é uma distinção entre duas espécies normativas.¹⁸⁴

Uma grande quantidade de diferentes critérios para essa distinção pode ser encontrada. O mais frequente dentre tais critérios é o da generalidade, segundo o qual princípios seriam normas com grau relativamente alto de generalidade, ao passo que regras seriam normas com grau de generalidade relativamente baixo. No primeiro caso, um exemplo seria o da norma que garante a liberdade de crença; no segundo, um exemplo seria o da norma que confere ao

¹⁸¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 60-63.

¹⁸² Nesse sentido, a observação de Anizio Pires Gavião Filho: “A afirmação de norma associada deve restar sustentada por um conjunto de razões apresentadas a partir de argumentos apoiadores da concretização da disposição de direito fundamental. Não se trata apenas de um dever de fundamentação, mas de um dever de fundamentação correta, pois, sob pena de cair em uma contradição performativa, toda a decisão jurisdicional coloca uma pretensão de correção e, assim, uma fundamentação correta.” (Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 37.) Também ressaltando a vinculação entre as ideias de fundamentação (portanto, de argumentação) e de norma de direito fundamental associada, aduz Roberto José Ludwig: “Aqui assoma o papel central do conceito de NDFA como ponto de conexão entre a teoria dos direitos fundamentais e a da argumentação, uma vez que, por meio daquela, o postulado da proposicionalidade, que decorre da natureza argumentativa do direito e representa elemento comum às teorias referidas, encontra uma forma especial de manifestação.” (Cf. LUDWIG, Roberto José. A Norma de Direito Fundamental Associada: um Conceito Operativo e Central da Teoria de Robert Alexy. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 182.)

¹⁸³ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 71.

¹⁸⁴ *Ibidem*, S. 72.

apenado o direito de converter os outros apenados à sua crença. Há, também, outros critérios; fala-se em determinabilidade dos casos de aplicação, em caráter explícito do conteúdo axiológico, em referência à ideia de direito e assim por diante.¹⁸⁵

Tais critérios levam a três teses diferentes acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira assinala que qualquer distinção desse tipo é, em face da diversidade existente, infrutífera. A segunda pontua que há uma distinção relevante entre regras e princípios, mas que essa distinção é somente de grau, ou seja, o grau de generalidade é o aspecto decisivo para ela. A terceira tese admite a distinção entre regras e princípios e salienta que essa não é uma distinção apenas de grau, mas uma distinção qualitativa.¹⁸⁶

Essa última é a tese adotada por Alexy. Eis o conceito de princípio por ele formulado:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados pelo fato de que eles podem ser cumpridos em graus diferentes e que a medida ordenada de seu cumprimento não depende só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado por princípios e regras em sentido contrário.¹⁸⁷

E, em sequência, o conceito de regra:

Pelo contrário, regras são normas que sempre somente podem ser ou cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, então é ordenado fazer exatamente o que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção segundo o grau. Cada norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁸⁸

A distinção entre princípios e regras pode ser vista mais nitidamente quando se dirige o olhar para o problema das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras. Conflitos entre regras somente podem ser resolvidos ou introduzindo-se uma exceção em uma das regras ou declarando-se inválida ao menos uma delas, a qual será excluída do ordenamento jurídico. Colisões entre princípios, de outra forma, são resolvidas não com a extirpação de um

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 73-74.

¹⁸⁶ *Ibidem*, S. 74-75.

¹⁸⁷ *Ibidem*, S. 75-76. No original: „Der für die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien entscheidende Punkt ist, daß Prinzipien Normen sind, die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote, die dadurch charakterisiert sind, daß sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmt.“

¹⁸⁸ *Ibidem*, S. 76-77. No original: „Demgegenüber sind Regeln Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Wenn eine Regel gilt, dann ist es geboten, genau das zu tun, was sie verlangt, nicht mehr und nicht weniger. Regeln enthalten damit Festsetzungen im Raum des tatsächlich und rechtlich Möglichen. Dies bedeutet, daß die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien eine qualitative Unterscheidung und keine Unterscheidung dem Grade nach ist. Jede Norm ist entweder eine Regel oder ein Prinzip.“

deles do ordenamento jurídico ou com a introdução de uma cláusula de exceção, mas pela determinação de qual dos dois princípios, em face do caso concreto, tem a precedência. Sob outras condições, a relação de precedência pode ser determinada inversamente. Colisões entre princípios são resolvidas na dimensão do peso (*Dimension des Gewichts*), enquanto conflitos entre regras são resolvidos na dimensão da validade (*Dimension der Geltung*).¹⁸⁹

Para além da questão da colisão, regras e princípios guardam uma distinção fundamental relativamente à forma de aplicação. Como mandamentos de otimização, princípios não dispõem da extensão de sua aplicação; eles apenas determinam que algo seja realizado na máxima medida possível, levando-se em conta as possibilidades fáticas e jurídicas de tal realização. Eles são, por conseguinte, carentes de ponderação. Essa é sua forma de aplicação característica. Regras, por outro lado, como mandamentos definitivos, somente podem ou ser cumpridas ou não cumpridas, uma vez que as possibilidades fáticas e jurídicas para tanto estão dadas. Elas não admitem ponderação. Sua forma característica de aplicação é a subsunção.¹⁹⁰

Voltando à questão relativa à forma de solução de colisões entre princípios, colisões essas bastante frequentes na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, cumpre salientar que a ponderação, como procedimento para solução dessas colisões, leva ao estabelecimento de uma relação de precedência condicionada (*bedingte Vorrangrelation*) entre os princípios conflitantes, relação essa determinada com base nas circunstâncias do caso concreto. Esse modelo não confere qualquer espaço a relações de precedência formuladas de modo absoluto.¹⁹¹ O que foi dito acima pode ser formulado através de uma lei de colisão (*Kollisionsgesetz*), que diz: “as condições, sob as quais um princípio precede o outro, formam o tipo de uma regra, que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.”¹⁹²

Toda a ponderação que seja correta do ponto de vista dos direitos fundamentais tem como resultado uma norma de direito fundamental associada, que tem a estrutura de uma regra e que se aplica ao caso concreto mediante subsunção. Resta claro, com isso, que existem normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras e normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios.¹⁹³

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 77-79.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. Sistema Jurídico e Razão Prática. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 164-165.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 79-82.

¹⁹² *Ibidem*, S. 84. No original: „Die Bedingungen, unter denen das eine Prinzip dem anderen vorgeht, bilden den Tatbestand einer Regel, die die Rechtsfolge des vorgehenden Prinzips ausspricht.“

¹⁹³ *Ibidem*, S. 86-87.

O fenômeno das colisões entre princípios deixa claro que princípios e valores apresentam uma grande semelhança no que se refere à estrutura. Colisões entre princípios podem ser formuladas como colisões entre valores. A diferença entre os dois reside na constatação de que os princípios têm caráter deontológico, ao passo que os valores, caráter axiológico; os primeiros ocupam-se do que é devido, os últimos, do que é bom. Princípios dizem o que é ordenado, proibido ou permitido; valores dizem o que é bom ou ruim, melhor ou pior. Isso significa que os problemas inerentes às teorias dos valores existem também nas teorias dos princípios. Todavia, como princípios deixam reconhecer claramente o seu caráter deontológico e, ao mesmo tempo, permitem a formulação de um conceito de forma menos problemática do que ocorreria no caso dos valores, a teoria dos princípios, no âmbito do sistema jurídico, deve prevalecer.¹⁹⁴

Um outro ponto importante consiste no distinto caráter *prima facie* de regras e de princípios. Como os princípios são mandamentos de otimização, eles não contêm mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie*; vale dizer, a solução exigida pelo princípio para um determinado caso não necessariamente deverá ser a solução desse caso. Isso somente poderá ser verificado levando-se em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. As regras, por sua vez, são mandamentos definitivos; elas contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isso, todavia, não significa que as regras tenham sempre o mesmo caráter definitivo. Uma regra pode ser superada quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio que colide com o princípio que sustenta essa regra e quando ele é capaz de, ao mesmo tempo, superar também os princípios formais que determinam a obediência às regras emanadas das autoridades que detêm a legitimidade para sua fixação. O caráter *prima facie* das regras é, portanto, substancialmente mais forte que o dos princípios.¹⁹⁵

Regras e princípios são razões para normas. A diferença é a de que princípios são razões *prima facie* e regras são razões definitivas. Havendo um juízo concreto de dever-ser que tenha a definição de um direito por conteúdo, e sendo uma regra a razão para tal juízo, haverá um direito definitivo. Princípios, por outro lado, nunca são razões definitivas: eles estabelecem apenas direitos *prima facie*. Para que seja possível a transição do plano do direito *prima facie* ao plano do direito definitivo, deve-se, necessariamente, passar pelo estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, cujo resultado, segundo a lei de

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. Sistema Jurídico e Razão Prática. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 166.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 87-90.

colisão, é uma regra. É a regra que traz o direito definitivo; o princípio é só a razão para ela.^{196 197}

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 90-92.

¹⁹⁷ Com isso, restam estabelecidas as linhas fundamentais da concepção de Alexy acerca da distinção entre regras e princípios. Cabe, neste ponto, perguntar: em que medida ela se afasta da concepção de Dworkin (já analisada no item 1.2.1, supra)? Uma resposta geral a essa pergunta pode ser encontrada através da análise comparativa de três pontos importantes. O primeiro deles é o “caráter tudo-ou-nada” da aplicação das regras. Como um dos pilares de sua teoria, Dworkin defende que as regras, diferentemente dos princípios, são aplicadas de uma forma tudo-ou-nada; elas, para esse autor, podem ter suas exceções, ao menos do ponto de vista teórico, completamente listadas no próprio enunciado da regra. Contra isso, Alexy sustenta que, como as regras podem não ser aplicadas em virtude de princípios (sendo possível, portanto, que o princípio determine uma exceção à regra), e não sendo os casos de aplicação de princípios (sequer teoricamente) passíveis de enumeração, as exceções às regras não podem ser enumeráveis. A tentativa de introdução de uma cláusula de reserva geral na regra, através da qual é ressalvada a possibilidade de aplicação de um princípio em sentido contrário, é, para Alexy, apenas uma solução aparente para o problema, pois, se regras são concebidas dessa forma, também princípios podem ser dotados de uma condição como “se nenhum princípio em sentido contrário tiver a prevalência”. Nesse caso, tanto regras quanto princípios poderiam ser aplicados de uma forma tudo-ou-nada. Em suma: renunciando-se às cláusulas de reserva, nem regras nem princípios podem ser aplicados de forma tudo-ou-nada; adotando-se tais cláusulas de reserva, ambos podem ser aplicados dessa maneira, o que significa que o caráter tudo-ou-nada não pode constituir um critério de distinção adequado entre as duas espécies normativas. (Cf. ALEXY, Robert. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 140-147.) O segundo ponto relevante está na ideia de “única resposta correta”. No pensamento de Dworkin, a única resposta correta é aquela que, no âmbito da teoria política criada pelo juiz Hércules, melhor se ajusta à moralidade comunitária, entendida essa como a moralidade política subjacente às leis e instituições da comunidade. Contra essa ideia, Alexy objeta que o papel das questões morais no direito somente pode ser adequadamente compreendido no quadro de uma teoria da argumentação jurídica que abarca a teoria da argumentação prática geral (portanto, da argumentação moral). Utilizando-se para isso a teoria do discurso, na forma proposta por Alexy, a ideia de “única resposta correta” deve ser tomada como falsa. No âmbito do discursivamente possível, não pode ser excluído que duas respostas para a mesma questão prática, contraditórias entre si, sejam entendidas como “corretas”. Dizer que para uma questão prática somente pode existir uma única resposta correta significa defender uma posição ontológica cuja plausibilidade é extremamente discutível, além de muito difícil de fundamentar; ela toma por base um conceito absoluto de correção, distinto do conceito de correção adotado pela teoria do discurso, que tem um caráter procedimental (ver, para isso, o item 2.2.1, infra). A ficção ontológica da ideia de “única resposta correta” é, portanto, incompatível com a teoria do discurso. É necessário ressaltar, contudo, que, nessa teoria, a correção tem um caráter absoluto como ideia regulativa: embora não exista, de acordo com o conceito procedimental de correção, uma única resposta correta, que apenas espera por ser descoberta, para cada questão prática, a única resposta correta constitui um objetivo a ser aspirado pelos participantes do discurso. (Cf. ALEXY, Robert. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 159-161; ALEXY, Robert. Problemas da Teoria do Discurso. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 96-97.) O terceiro ponto relevante está na distinção feita por Dworkin entre argumentos de princípio e argumentos de *policy*. Segundo essa distinção, apenas argumentos de princípio (aqueles argumentos que estabelecem direitos individuais) podem fundamentar as decisões judiciais nos casos difíceis; argumentos de *policy* (que determinam objetivos coletivos) não podem fazê-lo. Direitos, nesse sentido, seriam trunfos do indivíduo contra justificativas de *policy*. A teoria de Dworkin converte-se, com isso, em uma teoria radicalmente liberal. Alexy rebate isso com a sua distinção entre direitos individuais e bens coletivos. Um bem pode ser considerado um bem coletivo de uma classe de indivíduos se é impossível conceitual, fática ou juridicamente decompô-lo em partes e, dessa forma, associar as partes aos indivíduos – é, portanto, um bem não distributivo. Isso, todavia, não basta para definir um bem coletivo: ele apenas existirá quando for não distributivo e, ao mesmo tempo, tiver a sua produção ou manutenção ordenada *prima facie* ou definitivamente (bens coletivos podem ter, portanto, o caráter de regra ou de princípio). Como exemplos de bens coletivos, Alexy menciona a segurança interna e externa, a prosperidade econômica nacional, a higidez do meio ambiente e um alto nível cultural. O fundamental aqui é que esses bens coletivos podem entrar em rota de colisão com direitos individuais (o que pressupõe que tanto o direito individual quanto o bem coletivo em questão tenham caráter de princípio). Ocorrendo isso, deve-se fazer uma ponderação. Há, nesse caso, uma primazia *prima facie* em favor do direito individual, o que se deixa fundamentar na necessidade de levar o indivíduo a sério como indivíduo,

2.1.2.2 Objeções ao conceito de princípio

Contra o conceito de princípio acima exposto, Alexy reconhece três objeções. A primeira delas refere-se à possibilidade de declaração da invalidade não apenas de regras, mas também de princípios; a segunda diz respeito à existência de princípios absolutos, princípios esses que jamais poderiam ser postos em uma relação de precedência condicionada com outros princípios; a terceira é relativa ao caráter extremamente amplo do conceito de princípio, amplitude essa que possibilitaria a inclusão de um sem-número de coisas na ponderação, o que tornaria o conceito inútil.¹⁹⁸

Quanto à primeira objeção, ela não atinge a teoria dos princípios porque, embora existam realmente princípios que são excluídos pela ordem jurídica e, portanto, inválidos (o princípio da segregação racial, por exemplo), o que significa que eles jamais poderão retroceder ou prevalecer sobre outros princípios em uma relação de precedência condicionada (os possíveis conflitos entre princípios desse tipo e os princípios integrantes da ordem jurídica devem ser resolvidos como um conflito entre regras), há duas categorias distintas de contradições normativas em sentido amplo. Uma delas diz respeito à validade da norma, ou seja, ao seu pertencimento à ordem jurídica. A outra diz respeito às contradições normativas que ocorrem dentro da ordem jurídica, ou seja, às colisões de princípios, hipótese na qual a validade dos princípios colidentes é pressuposta. A existência de princípios inválidos não é capaz de afetar, portanto, a construção teórica antes mencionada.¹⁹⁹

Quanto à segunda objeção, Alexy sustenta que um ordenamento jurídico abarcador de direitos fundamentais não comporta princípios absolutos, princípios extremamente fortes que nunca retrocedem diante de princípios colidentes, do que decorreria a ausência de limitações jurídicas à sua realização; ela conheceria apenas limitações fáticas. Se um princípio como esse fizesse referência a um bem coletivo, não haveria a possibilidade de um estabelecimento de limites jurídicos a ele através dos direitos fundamentais. Não existiriam direitos fundamentais até onde esse princípio absoluto alcançasse. Se, por outro lado, um princípio desse tipo

necessidade essa que, embora não leve a uma impossibilidade de limitação ou eliminação de posições jurídicas do indivíduo em face de bens coletivos, pede uma justificação suficiente para que isso possa ser realizado. Verifica-se, então, a existência de uma carga da argumentação que deve ser suportada por aquele que pretende defender a prevalência de um bem coletivo sobre um direito individual. Resta claro, portanto, que o conflito entre direitos individuais e bens coletivos é, em Alexy, resolvido de forma muito diversa da sustentada por Dworkin para o conflito análogo entre direitos e *policies*. (Cf. ALEXY, Robert. *Direitos Individuais e Bens Coletivos*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 181-198.)

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 93.

¹⁹⁹ *Ibidem*, S. 93-94.

veiculasse direitos individuais, haveria uma incompatibilidade entre direitos de distintos titulares garantidos por esse princípio. Trata-se, em ambos os casos, de algo insustentável.²⁰⁰

Mesmo a dignidade humana, que na Lei Fundamental é descrita como “intangível”, não possui um caráter absoluto. A norma da dignidade humana é simultaneamente regra e princípio; o princípio da dignidade humana deve ser objeto de ponderação com outros princípios para que o conteúdo da regra da dignidade humana possa ser determinado. Se no nível dos princípios ela cede, então ela não está violada no plano das regras. Como exemplos, podem ser citados os casos envolvendo interceptação telefônica (no qual o Tribunal Constitucional Federal decidiu que essa medida não violava a dignidade humana quando necessária à proteção da ordem democrática e à própria existência do Estado) e prisão perpétua (no qual a mesma corte decidiu que a dignidade humana não estava violada quando a manutenção do encarceramento do apenado justificava-se pela permanente periculosidade).²⁰¹

Vale dizer: a abertura semântica da norma da dignidade humana permite falar em uma regra e em um princípio da dignidade humana. A regra é absoluta; não o é o princípio. A relação de precedência condicionada do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo dessa regra. Há, todavia, um amplo espectro de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalece sobre os demais; existem, na maioria dos casos, razões fortes para que a relação de precedência seja decidida em favor dele.^{202 203}

Quanto à terceira objeção, Alexy defende que um conceito adequado de princípio deve abarcar tanto direitos individuais quanto bens coletivos.²⁰⁴ Tanto os princípios relativos a direitos individuais quanto os relativos a bens coletivos são mandamentos de otimização e podem entrar em rota de colisão. As características lógicas comuns permitem que ambos sejam entendidos como princípios. Essa e outras diferenciações podem ser feitas no interior do próprio conceito de princípio.²⁰⁵

²⁰⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 94-95.

²⁰¹ *Ibidem*, S. 95-96.

²⁰² *Ibidem*, S. 96-97.

²⁰³ Tomando como ponto de partida a construção teórica de Alexy, ou seja, a da dignidade humana como regra e princípio simultaneamente, Nils Teifke assinala que o pretense caráter absoluto da dignidade humana não significa que ela seja insuscetível a ponderações. Em circunstâncias normais, pode-se falar em uma proteção absoluta da dignidade humana; do ponto de vista do direito constitucional, a dignidade humana é, dentre todos os princípios constitucionais, aquele que possui o peso abstrato mais alto. Isso significa que apenas em casos extremos pode um princípio colidente ter a primazia sobre o princípio da dignidade humana. Portanto, é lícito falar em uma primazia *prima facie* abstrata da dignidade humana, que, embora não assegure uma primazia sua em todos os casos possíveis, estabelece em seu favor uma regra de carga da argumentação. (Cf. TEIFKE, Nils. Flexibilidade da Dignidade Humana? Para a Estrutura do Artigo 1, Alínea 1, da Lei Fundamental. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 184-186.)

²⁰⁴ Ver nota 197, supra.

²⁰⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 98-99.

2.1.2.3 O princípio da proporcionalidade e a ponderação

A teoria dos princípios de Alexy deve ser entendida a partir de sua estreita conexão com o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). A própria natureza dos princípios leva ao princípio da proporcionalidade, e vice-versa. Vale dizer, a proporcionalidade e seus três princípios parciais, o da idoneidade (*Geeignetheit*), o da necessidade (*Erforderlichkeit*) e o da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), decorrem logicamente da ideia de princípio.^{206 207}

Como mandamentos de otimização, princípios ordenam a realização de algo em uma medida máxima possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios da idoneidade e da necessidade representam a natureza dos princípios como mandamentos de otimização relativamente às possibilidades fáticas; o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, ou seja, a exigência de ponderação, representa a natureza dos princípios como mandamentos de otimização relativamente às possibilidades jurídicas.^{208 209}

O primeiro passo da proporcionalidade consiste no exame da idoneidade:

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 100.

²⁰⁷ No mesmo sentido, a lição de Luís Afonso Heck: “O Tribunal Constitucional Federal também entende o preceito da proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, como resultante da essência dos direitos fundamentais. Esses, como direitos defensivos, têm um conteúdo de proporcionalidade distintamente reconhecível; em sua interpretação e aplicação, a jurisprudência desenvolveu critérios, praticáveis e, no geral, reconhecidos, para o controle de intervenções estatais – como, v. g., o preceito da proporcionalidade. Nesse contexto, ele exige que o particular fique preservado de intervenções desnecessárias e excessivas; uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção precisa ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, i. e., deve poder ser dele exigível.” (Cf. HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 175.)

²⁰⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 100-101.

²⁰⁹ Tanto a ideia dos princípios como mandamentos de otimização quanto a de proporcionalidade estão ligadas ao conceito de “concordância prática”, assim exposto por Konrad Hesse: “[...] bens jurídicos protegidos juridico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em ‘ponderação de bens’ precipitada ou até ‘ponderação de valor’ abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a *ambos* os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar a eficácia ótima. Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto ser proporcionais; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos. ‘Proporcionalidade’ expressa, nessa conexão, uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz o melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma ‘finalidade’ constante e um ‘meio’ variável ou vários. Ela fica clara, por exemplo, na ‘ação recíproca’ (equivocadamente assim indicada) entre liberdade de opinião e lei geral limitadora no artigo 5º da Lei Fundamental: trata-se de concordância prática pela coordenação ‘proporcional’ da liberdade de opinião por um lado, dos bens jurídicos protegidos por ‘leis gerais’, por outro. Sobre isto, que é proporcional em cada caso particular o princípio não diz nada; ele indica, todavia, como diretiva contida na Constituição e, por causa disso, obrigatória, a direção e ele determina o procedimento no qual uma resolução constitucional somente deve ser procurada.” (Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 66-67. n. m. 72.) Alexy refere expressamente que o modelo de ponderação por ele adotado corresponde ao princípio da concordância prática. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 152.)

O princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir. Se um meio *M*, que é empregado para fomentar a realização do princípio *P₁*, para isso não é idôneo, certamente, porém, prejudica a realização do princípio *P₂*, então não nascem custos nem para *P₁* nem para *P₂*, se *M* é deixado cair, certamente, porém, custos para *P₂* se *M* é empregado. *P₁* e *P₂* podem, então, juntados, relativamente às possibilidades fáticas, ser realizados em uma medida superior, se *M* é deixado cair. *P₁* e *P₂*, *juntados*, probem, com isso, o emprego de *M*. Isso mostra que o princípio da idoneidade é nada mais que a expressão da ideia da otimidade-Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras.²¹⁰

O segundo passo, no exame da necessidade:

O mesmo vale para o princípio da necessidade. Esse princípio pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem *P₁*, escolher aquele que menos intensamente intervém em *P₂*. Se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. A aplicabilidade do princípio da necessidade pressupõe, todavia, que não existe um terceiro princípio *P₃* que, pelo emprego do meio menos intensivamente interveniente em *P₂*, é afetado negativamente. Nessa conjuntura, o caso não mais pode ser solucionado em virtude de reflexões, que se apoiam na ideia da otimidade-Pareto. Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária uma ponderação.²¹¹

Por último, aparece o exame da proporcionalidade em sentido restrito. Seu objeto é a ponderação, vale dizer, a determinação do que é a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. O terceiro subprincípio da proporcionalidade pode ser formulado como uma “lei da ponderação”, que diz: “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”^{212 213}

Resta claro, com isso, que a ponderação possui uma determinada estrutura:

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro

²¹⁰ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 110.

²¹¹ *Ibidem*, p. 110-111.

²¹² *Ibidem*, p. 111.

²¹³ Sobre essa concatenação de exames, veja-se a lição de Konrad Hesse: “A tarefa da concordância prática requer a coordenação ‘proporcional’ de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais [...]: na interpretação de limitações constitucionais ou da limitação com base em uma reserva legal trata-se de deixar ambos chegar à eficácia ótima. Como os direitos fundamentais, também na medida em que eles estão sob reserva legal, pertencem às partes integrantes essenciais da ordem constitucional, essa determinação proporcional nunca deve ser efetuada em uma forma que prive uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade. A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser *adequada* para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser *necessária* para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser *proporcional* no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.” (Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 255-256. n. m. 318.)

passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.²¹⁴

Essa estrutura permite ver a ponderação como um procedimento de argumentação e de fundamentação (ou seja, de correção); como um procedimento racional, portanto.²¹⁵ Alexy ilustra isso com os exemplos de duas decisões emanadas do Tribunal Constitucional Federal, a “decisão tabaco” e a “decisão Titanic”.

Na primeira delas, estava em discussão o dever imposto aos fabricantes de produtos derivados do tabaco de inserir nesses produtos advertências ao consumidor relativamente às consequências danosas do fumo para a saúde. Tem-se, com isso, uma intervenção relativamente leve no direito fundamental à liberdade de profissão. Como uma intervenção grave, poder-se-ia cogitar uma proibição definitiva de fabricação de todos os produtos de tabaco. Entre tais casos há outros de intensidade mediana. Com isso, é possível observar a existência de uma escala composta por graus “leve”, “médio” e “grave” de intervenção no direito fundamental. Em contraposição a esse direito, há um fundamento de intervenção, a proteção à saúde em face dos perigos do fumo, que pesa gravemente. Tratando-se de uma intervenção leve no direito fundamental, justificada por um fundamento altamente importante de intervenção, ela, no exame da proporcionalidade em sentido restrito, está justificada.²¹⁶

Na segunda, estava em jogo a liberdade de opinião dos editores da revista ilustrada de sátiras *Titanic*, de um lado, e o direito de personalidade geral de um oficial da reserva hemiplégico, que havia sido designado pela publicação como “nascido assassino” e “aleijado”, de outro. A revista foi condenada, nos tribunais inferiores, ao pagamento de uma pesada indenização por ter publicado tais qualificações. No Tribunal Constitucional Federal, a indenização foi classificada como intervenção grave na liberdade de opinião, já que poderia

²¹⁴ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111.

²¹⁵ Coloca-se, aqui, a questão: é a ponderação efetivamente um procedimento racional? Diante dessa indagação, dois modelos devem ser distinguidos. O primeiro é um modelo de decisão, segundo o qual a fixação da relação de precedência entre os princípios colidentes é determinada apenas pelas inclinações subjetivas daquele que pondera (e, portanto, a solução se dá de uma forma intuitiva). Esse modelo não é, certamente, algo que diga respeito a um procedimento racional, uma vez que trata a ponderação, em última análise, como um processo psíquico insuscetível a um controle intersubjetivo. Não é essa, todavia, a proposta de Alexy. Ele propõe um segundo modelo, um modelo de fundamentação, segundo o qual a ponderação representa um procedimento racional na medida em que o seu resultado pode ser racionalmente fundamentado, o que pressupõe, por sua vez, a teoria da argumentação jurídica racional. Embora a lei da ponderação não forneça um procedimento de decisão que conduza, em todos os casos, a rigorosamente um resultado possível, ela determina aquilo que deve ser fundamentado; em outras palavras, ela estrutura racionalmente a argumentação. Fundamentação, argumentação e racionalidade estão, com isso, indissociavelmente ligadas entre si. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 144-152.)

²¹⁶ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111-112.

afetar a disposição futura dos editores em produzir a sua revista na forma como haviam feito até então. A qualificação de “nascido assassino” foi, na sequência, posta em relação com outras sátiras publicadas pela revista, onde outras pessoas eram designadas, jocosamente, de algo semelhante; aqui, o prejuízo do direito de personalidade foi entendido apenas como “leve”. Isso, portanto, não poderia, por si só, ensejar a condenação à indenização por dano pessoal, entendida essa como uma intervenção grave na liberdade de opinião. Tratamento distinto, contudo, foi dispensado à designação “aleijado”. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, essa qualificação atingiu o oficial da reserva gravemente em seu direito de personalidade, uma vez que tal tratamento, em geral, é tido como uma forma de humilhação e expressa um desprezo do incapacitado, afetando-o diretamente em sua dignidade. Em face da gravidade do prejuízo do direito de personalidade, o Tribunal Constitucional Federal declarou, no que tange à designação “aleijado”, a intervenção na liberdade de opinião como justificada.^{217 218}

A racionalidade da ponderação é garantida pela observância de determinadas regras de argumentação. Sendo a argumentação jurídica um caso especial da argumentação prática geral, uma teoria da argumentação jurídica somente é possível no quadro de uma teoria da argumentação prática geral; em Alexy, essa teoria é formulada como uma teoria do discurso prático racional. Considerando-se a argumentação como uma atividade guiada pelas regras próprias da teoria do discurso, a união entre ponderação e argumentação permite qualificar os resultados obtidos através da ponderação como racionais.²¹⁹

²¹⁷ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 112-114.

²¹⁸ Sobre essa decisão, salienta Luís Afonso Heck: “O decisivo nessa sentença, segundo Alexy, são as comprovações dos graus de prejuízo dos direitos que se acham em jogo. Ponderações compõem-se essencialmente de tais graduações. A lei da ponderação expressa isso pela exigência que os fundamentos que justificam a intervenção devem pesar tanto mais gravemente quanto mais intensa é a intervenção. Se se parte das graduações do tribunal constitucional federal, então *fundamenta*, no caso descrito, a liberdade de opinião, por causa de seu prejuízo grave, em afetação só relativamente leve do direito de personalidade em sentido contrário, a inadmissibilidade de uma sanção por causa da qualificação ‘nascido assassino’. Sob essas condições, ela tem, por conseguinte, bem no sentido da lei de colisão, acima esboçada, primazia diante do direito de personalidade. Inversamente *fundamenta* o prejuízo muito grave do direito de personalidade a admissibilidade da sanção por causa do tratamento ‘aleijado’. Sob essas condições, ele tem primazia diante da liberdade de opinião. Isso são fundamentações, e a decisão pode, independentemente disto, se ela é correta em todos os pontos, promover a pretensão de correção. Mas, simultaneamente, essas fundamentações são ponderações, uma vez que elas consistem essencialmente nisto, que princípios em sentido contrário por graduações são postos em relação, o que forma o núcleo da ponderação.” (Cf. HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 124-125.)

²¹⁹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 315.

2.2 DISCURSO PRÁTICO E DISCURSO JURÍDICO

2.2.1 A teoria do discurso

O papel central que a argumentação desempenha na teoria de Alexy pode ser compreendido já de seu “modelo-três-planos” do sistema jurídico, um modelo no qual não apenas regras e princípios são entendidos como parte integrante do sistema normativo, sendo-o também o procedimento através do qual os distintos tipos de norma são aplicados: trata-se do “modelo-regra/princípio/procedimento.”²²⁰ Em Alexy, esse procedimento é um procedimento de argumentação. Isso deixa claro que a argumentação não é importante apenas no âmbito dos princípios, como um pressuposto da racionalidade da ponderação; ela igualmente o é no âmbito das regras, uma vez que a interpretação das normas jurídicas constitui uma atividade argumentativa.²²¹ Indo mais além, pode-se dizer que a própria legitimidade do direito está, assim como o caráter científico da disciplina, apoiada na possibilidade de uma argumentação jurídica racional.²²²

Em uma de suas obras centrais, intitulada “Teoria da Argumentação Jurídica”, Alexy, após discorrer minuciosa e criticamente sobre diversas teorias preexistentes do discurso prático (no âmbito da filosofia analítica, as teorias naturalistas,²²³ intuicionistas,²²⁴ emotivistas,²²⁵ as regras da argumentação moral de Wittgenstein,²²⁶ Austin,²²⁷ Hare,²²⁸ Toulmin²²⁹ e Baier,²³⁰ a teoria habermasiana da verdade por consenso,²³¹ a teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen;²³² a teoria da argumentação de Perelman²³³), desenvolve a sua própria teoria do discurso prático racional geral,²³⁴ na qual são adotadas

²²⁰ ALEXY, Robert. Sistema Jurídico e Razão Prática. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 173.

²²¹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Interpretação como Argumentação. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 119.

²²² ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 15.

²²³ *Ibidem*, S. 55-58.

²²⁴ *Ibidem*, S. 58-60.

²²⁵ *Ibidem*, S. 60-69.

²²⁶ *Ibidem*, S. 71-76.

²²⁷ *Ibidem*, S. 77-82.

²²⁸ *Ibidem*, S. 82-107.

²²⁹ *Ibidem*, S. 108-123.

²³⁰ *Ibidem*, S. 124-132.

²³¹ *Ibidem*, S. 134-177.

²³² *Ibidem*, S. 178-196.

²³³ *Ibidem*, S. 197-218.

²³⁴ *Ibidem*, S. 221-257.

contribuições provenientes de todas as teorias anteriormente trabalhadas. A análise desemboca em uma teoria da argumentação jurídica,²³⁵ sendo essa dependente da teoria do discurso prático geral, uma vez que o discurso jurídico é entendido como um caso especial do discurso prático geral.

2.2.1.1 As regras do discurso

Segundo a teoria do discurso, a verdade ou correção de uma proposição normativa depende da possibilidade de ser ela o resultado de um determinado procedimento: o do discurso prático racional. Sendo esse um procedimento de argumentação, a teoria do discurso constitui uma teoria procedimental.²³⁶ A racionalidade, aqui, é garantida pela observância de determinadas regras do discurso. Com isso, evita-se o problema exposto no assim chamado “trilema de Münchhausen”, segundo o qual ou o regresso ao infinito, ou uma decisão explicável no máximo psicológica ou sociologicamente, mas não passível de justificação, ou o círculo lógico são as três alternativas para a fundamentação de proposições normativas, todas elas inaceitáveis. A observância das regras do discurso permite que os resultados obtidos discursivamente sejam qualificados como racionais, embora não seja capaz de garantir certeza definitiva quanto a eles; racionalidade e certeza definitiva não se confundem.²³⁷

É uma das características da teoria do discurso a abertura do procedimento discursivo a um número ilimitado de participantes, sejam eles ideais ou faticamente existentes.²³⁸ A racionalidade é assegurada não por determinações relativamente aos participantes ou pelo recurso a um discurso puramente ideal; ela decorre, como já mencionado, da observância das regras do discurso. Tais regras são numerosas e de natureza bastante diversa.

As regras que definem o discurso prático racional são de tipo completamente diferente. Existem regras que valem somente em discursos práticos e regras que também valem em outros jogos idiomáticos. Existem mandamentos, proibições e autorizações. Algumas regras pedem cumprimento rigoroso, outras contêm exigências que somente aproximadamente podem ser cumpridas. Existem, ademais, regras que regulam a conduta dentro do discurso prático e regras que fazem

²³⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung.** 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 261-359.

²³⁶ ALEXY, Robert. A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito.** Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 78.

²³⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung.** 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 223-224.

²³⁸ ALEXY, Robert. A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito.** Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 79.

determinações para a passagem em outras formas de discurso. Finalmente, devem ser distinguidas das regras do discurso as formas de argumento.²³⁹

O primeiro grupo de regras do discurso é o das regras fundamentais (*Grundregeln*), regras sem as quais a comunicação linguística restaria, como tal, inviabilizada. Dentre elas estão as exigências de não contradição (o que remete às regras elementares da lógica), de sinceridade do discurso, de coerência do falante (princípio da universalidade) e de uma comunidade no âmbito do emprego da linguagem.²⁴⁰ Tais regras são assim formuladas:

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Cada falante pode somente afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Cada falante, que aplica um predicado F a um objeto A, tem de estar disposto a aplicar F também a cada outro objeto, que se parece com A em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Falantes distintos não devem usar a mesma expressão com significados distintos.²⁴¹

As próximas regras são regras de razão (*Vernunftregeln*). Tratando-se o discurso prático de um procedimento voltado à justificação de afirmações referentes a proposições normativas, é ele dependente dessas afirmações. Nesse âmbito, a afirmação está unida a uma pretensão de fundamentabilidade (*Anspruch auf Begründbarkeit*).²⁴² A essa ideia é possível reconduzir uma série de regras do discurso:

- (2) Cada falante tem de, a pedido, fundamentar aquilo que ele afirma, a não ser que ele possa alegar fundamentos que justificam denegar uma fundamentação.
[...]
- (2.1) Cada um que pode falar pode participar em discursos.
[...]
- (2.2) (a) Cada um pode problematizar cada afirmação.
(b) Cada um pode introduzir no discurso cada afirmação.
(c) Cada um pode manifestar suas colocações, desejos e carências.
[...]
- (2.3) Nenhum falante pode ser impedido, por coerção dominante dentro ou fora do discurso, disto, de salvar seus direitos determinados em (2.1) ou (2.2).²⁴³

²³⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation:** die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 233-234. No original: „Die den rationalen praktischen Diskurs definierenden Regeln sind von ganz unterschiedlicher Art. Es gibt Regeln, die nur in praktischen Diskursen, und Regeln, die auch in anderen Sprachspielen gelten. Es gibt Gebote, Verbote und Erlaubnisse. Einige Regeln verlangen strikte Befolgung, andere enthalten Forderungen, die nur annäherungsweise erfüllt werden können. Es gibt ferner Regeln, die das Verhalten innerhalb des praktischen Diskurses normieren, und Regeln, die Festlegungen für den Übergang in andere Diskursformen treffen. Schließlich sind von den Diskursregeln die Argumentformen zu unterscheiden.“

²⁴⁰ *Ibidem*, S. 235-237.

²⁴¹ *Ibidem*, S. 234-235. No original: „(I.1) Kein Sprecher darf sich widersprechen. (I.2) Jeder Sprecher darf nur das behaupten, was er selbst glaubt. (I.3) Jeder Sprecher, der ein Predikat F auf einen Gegenstand a anwendet, muß bereit sein, F auch auf jeden anderen Gegenstand, der a in allen relevanten Hinsichten gleicht, anzuwenden. (I.4) Verschiedene Sprecher dürfen den gleichen Ausdruck nicht mit verschiedenen Bedeutungen benutzen.“

²⁴² *Ibidem*, S. 238-239.

²⁴³ *Ibidem*, S. 239-240. No original: „(2) Jeder Sprecher muß das, was er behauptet, auf Verlangen begründen, es sei denn, er kann Gründe anführen, die es rechtfertigen, eine Begründung zu verweigern. [...] (2.1) Jeder, der

A regra (2) pode ser chamada de “regra geral de fundamentação”. A regra (2.1) estabelece a universalidade do discurso, enquanto as três exigências da regra (2.2) expressam a liberdade no discurso. A regra (2.3), por último, diz respeito à ausência de coerção. Com elas, estão dadas as condições mais importantes para a racionalidade discursiva. Certo é que tais regras, nas discussões práticas, somente podem ser cumpridas de uma forma aproximada; isso, todavia, não retira o seu valor, uma vez que elas definem um ideal ao qual a prática deve buscar aproximar-se e, com isso, convertem-se em um instrumento de crítica relativamente à exclusão arbitrária de participantes no discurso e a restrições à liberdade de discussão.²⁴⁴

As regras seguintes são regras de carga da argumentação (*Argumentationslastregeln*):

(3.1) Quem quer tratar uma pessoa A diferente como uma pessoa B está obrigado a fundamentar isso.

[...]

(3.2) Quem ataca uma declaração ou norma, que não é objeto do discurso, tem de para isso dar um fundamento.

[...]

(3.3) Quem alegou um argumento está obrigado a outros argumentos somente em um contra-argumento.

[...]

(3.4) Quem introduz uma afirmação ou manifestação sobre suas colocações, desejos ou carências no discurso, que, como argumento, não diz respeito a uma manifestação precedente, tem de, a pedido, fundamentar porque ele introduz essa afirmação ou essa manifestação.²⁴⁵

A regra (3.1) é uma decorrência da conjugação do princípio da universalidade com a regra geral de fundamentação. As regras do discurso estabelecem uma presunção em favor do tratamento igual; aquele que pretende afastar essa presunção, baseando-se para tanto na existência de um fundamento que justifique o tratamento desigual, suporta para isso a carga da argumentação.²⁴⁶ A regra (3.2) é uma expressão do “princípio da inércia”: como nem tudo

sprechen kann, darf an Diskursen teilnehmen. [...] (2.2) (a) Jeder darf jede Behauptung problematisieren. (b) Jeder darf jede Behauptung in den Diskurs einführen. (c) Jeder darf seine Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse äußern. [...] (2.3) Kein Sprecher darf durch innerhalb oder außerhalb des Diskurses herrschenden Zwang daran gehindert werden, seine in (2.1) und (2.2) festgelegten Rechte wahrzunehmen.“

²⁴⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 239-242.

²⁴⁵ *Ibidem*, S. 243-245. No original: „(3.1) Wer eine Person A anders als eine Person B behandeln will, ist verpflichtet, dies zu begründen. [...] (3.2) Wer eine Aussage oder Norm, die nicht Gegenstand der Diskussion ist, angreift, muß hierfür einen Grund angeben. [...] (3.3) Wer ein Argument angeführt hat, ist nur bei einem Gegenargument zu weiteren Argumenten verpflichtet. [...] (3.4) Wer eine Behauptung oder eine Äußerung über seine Einstellungen, Wünsche oder Bedürfnisse in den Diskurs einführt, die nicht als Argument auf eine vorangegangene Äußerung bezogen ist, hat auf Verlangen zu begründen, weshalb er diese Behauptung oder diese Äußerung einführt.“

²⁴⁶ A imposição da carga da argumentação a favor do tratamento igual, um princípio elementar de racionalidade prática, pode ser encontrada também no princípio jurídico da igualdade, expresso na fórmula clássica “deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. A exigência de fundamentação para a possibilidade de um tratamento desigual reside, nesse contexto, na compreensão da norma constitucional de igualdade como um princípio da igualdade, princípio esse através do qual é exigido, *prima facie*, um tratamento igual, justificando-se um tratamento desigual apenas quando isso for, em uma relação de precedência condicionada, exigido por um

pode ser colocado em discussão ao mesmo tempo, aquele que pretende dirigir-se contra algo não discutido expressamente deve dar uma razão para isso. A regra (3.3) impede que o falante seja constrangido a sempre dar novos argumentos enquanto seus interlocutores permanecem na cômoda posição de exigi-los; a necessidade de novos argumentos pelo falante somente existe quando os interlocutores apresentam contra-argumentos. A regra (3.4) permite que afirmações relativas a colocações, desejos e carências dos participantes alheias ao objeto da discussão sejam introduzidas no discurso, exigindo, contudo, fundamentação.²⁴⁷

Na sequência, aparecem as formas de argumento típicas do discurso prático. As “proposições normativas singulares” (N), proposições que são o objeto central do discurso, podem ser fundamentadas de duas formas distintas. Na primeira delas, toma-se por válida uma regra (R) pressuposta; na segunda, leva-se em consideração as consequências (F) do seguimento de N . Ambas guardam uma importante semelhança estrutural: aquele que pretende fundamentar N com base em uma regra R pressupõe que as condições de aplicação de tal regra estejam preenchidas, condições essas expressas por meio de uma proposição (T) que as descreve; em uma direção semelhante, aquele que fundamenta uma proposição N aduzindo uma consequência F pressupõe a existência de uma regra segundo a qual produzir-se tal consequência seria ordenado ou bom. Isso está na base da ideia de que a apresentação de uma razão (G) pressupõe a existência de uma regra que estabelece que algo é uma razão para alguma coisa. Pode-se expressar isso por meio da seguinte forma geral: (4) $GR=N$, forma essa da qual derivam as subformas (4.1) $TR=N$ e (4.2) $FR=N$.²⁴⁸

Coloca-se, com isso, a questão da justificação de R . Isso pode ocorrer indicando-se a situação existente caso R valha (Zr) ou indicando-se a situação futura que existirá se R for seguida (Zf). Ambos os casos podem ser tratados como “consequências de R ” (Fr). Também aqui vale a ideia de que introduzir uma razão para uma afirmação pressupõe a existência de uma regra que estabelece essa razão como uma razão para a respectiva afirmação. Como Fr é uma razão para R , surge a necessidade de uma regra de segundo nível (R'), regra essa que, sob uma condição T' , exige R . Há, com isso, duas formas de argumento de segundo nível, que também são subformas da forma geral (4): (4.3) $FrR'=R$ e (4.4) $T'R'=R$.²⁴⁹

princípio de maior peso em sentido contrário. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 361-373.)

²⁴⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 243-245.

²⁴⁸ *Ibidem*, S. 245-246; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 133.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 247; GAVIÃO FILHO,

Consideradas isoladamente, cada uma das regras anteriores (4.1)-(4.4) conduz a apenas um resultado em cada caso. É, contudo, possível que regras diferentes conduzam a resultados distintos, incompatíveis entre si. Quando isso ocorre, surge a necessidade de determinação de qual das fundamentações deve prevalecer, o que só pode ser feito através de regras de precedência. Essa precedência pode ser incondicionada (o que significa que algumas regras tem precedência sobre outras em quaisquer condições) ou condicionada (o que significa que algumas regras tem precedência sobre outras apenas em determinadas condições *C*). Sendo *P* uma relação de preferência entre duas regras, a regra de precedência pode existir de duas formas: (4.5) *RiPRk* ou *R'iPR'k* (relação incondicionada de preferência) e (4.6) *(RiPRk)C* ou *(R'iPR'k)C* (relação condicionada de preferência). O conflito entre as regras de precedência deve ser resolvido com a aplicação de regras de precedência de segundo nível.²⁵⁰

As próximas regras do discurso prático são regras de fundamentação (*Begründungsregeln*). O primeiro grupo de regras de fundamentação decorre, em suas distintas variantes, do princípio da generalizabilidade (*Verallgemeinerbarkeitsprinzip*). A primeira dessas regras, que pode ser reconduzida à concepção de Hare de generalizabilidade, deixa-se formular da seguinte maneira: “(5.1.1) Cada um tem de poder aceitar as consequências da regra, pressuposta em uma declaração normativa afirmada por ele, para a satisfação dos interesses de cada pessoa particular também para o caso hipotético em que ele se encontra na situação dessa pessoa.”²⁵¹ A segunda refere-se à variante habermasiana do princípio de generalizabilidade: “(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um em particular têm de poder ser aceitas por todos.”²⁵² A terceira é relativa à concepção de generalizabilidade de Baier: “(5.1.3) Cada regra tem de ser aberta e ensinável em geral.”²⁵³

As regras precedentes não são capazes de garantir um acordo racional; a criação de um procedimento que, com absoluta certeza, conduzisse, em todos os casos, a um acordo racional

Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 133.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 247-249; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 133.

²⁵¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 251. No original: „(5.1.1) Jeder muß die Konsequenzen der in einer von ihm behaupteten normativen Aussage vorausgesetzten Regel für die Befriedigung der Interessen einer jeden einzelnen Person auch für den hypothetischen Fall akzeptieren können, daß er sich in der Situation dieser Person befindet.“

²⁵² *Ibidem*, S. 252. No original: „(5.1.2) Die Konsequenzen jeder Regel für die Befriedigung der Interessen eines jeden einzelnen müssen von allen akzeptiert werden können.“

²⁵³ *Ibidem*, loc. cit. No original: „(5.1.3) Jede Regel muß offen und allgemein lehrbar sein.“

é impossível. Contudo, um procedimento que aumente a probabilidade de transformação de concepções incompatíveis entre si, faticamente existentes, em um acordo racional é não só possível, mas também desejável. O programa da gênese crítica de Lorenzen e Schwemmer permite que sejam analisadas as condições sob as quais ocorre a formação de um determinado sistema de regras morais, permitindo, com isso, que ele seja criticado do ponto de vista do discurso.²⁵⁴ Diante disso, podem ser formuladas as seguintes regras:

(5.2.1) As regras morais que estão na base das concepções morais do falante têm de poder resistir à revisão de uma gênese histórica crítica. Uma regra moral não resiste a uma tal revisão

- a) se ela, sem dúvida, originalmente era justificável racionalmente, entretantes, porém, perdeu sua justificação, ou
- b) se ela originalmente já não era justificável racionalmente e também não se deixam alegar fundamentos novos suficientes para ela.

[...]

(5.2.2) As regras morais que estão na base das concepções morais do falante devem poder resistir à revisão de sua história da origem individual. Uma regra moral não resiste a uma tal revisão se ela foi aceita somente em virtude de condições de socialização que não podem ser justificadas.²⁵⁵

A última regra do grupo das regras de fundamentação, regras que dispõem imediatamente sobre o conteúdo das proposições e regras a fundamentar, decorre do caráter do discurso prático como um discurso voltado à solução de questões práticas faticamente existentes. Ela diz: “(5.3) Os limites faticamente dados da realizabilidade devem ser observados.”²⁵⁶

Finalmente, as derradeiras regras do discurso prático geral são regras de transição (*Übergangsregeln*), regras que, face à impossibilidade inerente ao discurso prático de solução de todas as questões que podem ser nele colocadas somente com os meios da argumentação prática, possibilitam a transição a outras formas de discurso.²⁵⁷ Dizem elas:

(6.1) É possível a qualquer hora a cada falante passar para um discurso (empírico) teórico.

(6.2) É possível a qualquer hora a cada falante passar para um discurso analítico-idiomático.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation:** die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 252-253.

²⁵⁵ *Ibidem*, S. 253-254. No original: „(5.2.1) Die den moralischen Auffassungen der Sprecher zugrunde liegenden moralischen Regeln müssen der Überprüfung in einer kritischen historischen Genese standhalten können. Eine moralische Regel hält einer solchen Überprüfung nicht stand, a) wenn sie zwar ursprünglich rational zu rechtfertigen war, inzwischen aber ihre Berechtigung verloren hat, oder b) wenn sie schon ursprünglich nicht rational zu rechtfertigen war und sich auch keine hinreichenden neuen Gründe für sie anführen lassen. [...] (5.2.2) Die den moralischen Auffassungen der Sprecher zugrunde liegenden moralischen Regeln müssen der Überprüfung ihrer individuellen Entstehungsgeschichte standhalten können. Eine moralische Regel hält einer solchen Überprüfung nicht stand, wenn sie nur aufgrund nicht zu rechtfertigenden Sozialisationsbedingungen übernommen wurde.“

²⁵⁶ *Ibidem*, S. 254. No original: „(5.3) Die faktisch gegebenen Grenzen der Realisierbarkeit sind einzuhalten.“

²⁵⁷ *Ibidem*, S. 254-255.

(6.3) É possível a qualquer hora a cada falante passar para um discurso teórico-discursivo.²⁵⁸

Com relação a (6.1), deve-se ressaltar que o conhecimento empírico (em muitos casos, o objeto central da controvérsia) nem sempre pode ser tão certo quanto o desejável, fazendo-se necessário, nessa situação, o recurso a regras de presunção racional.²⁵⁹

2.2.1.2 Os limites do discurso

Do conjunto das regras anteriormente trabalhadas, podem ser depreendidos os limites do discurso prático geral. Um acordo racional sobre questões práticas é certamente mais provável quando as regras do discurso são observadas; mas isso não é uma garantia de que sempre será possível chegar a um acordo, tampouco uma garantia de que, uma vez alcançado o acordo, tal situação seja mantida em definitivo e irrevogavelmente. Isso ocorre porque algumas das regras do discurso só podem ser cumpridas parcialmente, porque elas não determinam todos os passos da argumentação e porque o discurso tem de partir de concepções normativas dadas historicamente e, por isso, mutáveis. O resultado do discurso não está, portanto, coberto por uma certeza definitiva; será sempre possível revisá-lo.²⁶⁰

Há, todavia, resultados necessários discursivamente e resultados impossíveis discursivamente. Alguns juízos de valor e de obrigação são exigidos ou excluídos pelas regras do discurso. A submissão de uma pessoa ao *status* de escravo, por exemplo, é um resultado discursivamente impossível, na medida em que isso significaria a sua exclusão de qualquer tipo de participação no discurso. Pode-se falar, dessa forma, em impossibilidade discursiva (*diskursive Unmöglichkeit*) e em necessidade discursiva (*diskursive Notwendigkeit*).²⁶¹

Isso mostra que a teoria do discurso, apesar de seu caráter procedimental, não é totalmente vazia de conteúdo; a existência de resultados discursivamente impossíveis e de resultados discursivamente necessários revela que determinadas situações são rechaçadas ou exigidas pelas regras do discurso. Direitos do homem, como, por exemplo, o direito à vida, o direito à integridade da pessoa, o direito à liberdade de atuação fundamental, o direito à participação no processo de formação da vontade política e o direito a um mínimo existencial

²⁵⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation:** die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 255. No original: „(6.1) Es ist jederzeit jedem Sprecher möglich, in einen theoretischen (empirischen) Diskurs überzugehen. (6.2) Es ist jederzeit jedem Sprecher möglich, in einen sprachanalytischen Diskurs überzugehen. (6.3) Es ist jederzeit jedem Sprecher möglich, in einen diskurstheoretischen Diskurs überzugehen.“

²⁵⁹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁶⁰ *Ibidem*, S. 255-256.

²⁶¹ *Ibidem*, S. 256.

são discursivamente necessários, ao mesmo tempo em que suas negações são discursivamente impossíveis.²⁶²

Ao lado disso, contudo, está um amplo espaço daquilo que é meramente possível no âmbito do discurso, ou seja, quando as regras do discurso permitem a fundamentação de proposições normativas incompatíveis entre si. Fala-se aqui em possibilidade discursiva (*diskursive Möglichkeit*).²⁶³

A existência de um espaço considerável da mera possibilidade discursiva leva à necessidade do direito. A esse espaço, que é bastante amplo, não pode corresponder um espaço tão amplo relativamente àquilo que é permitido juridicamente; conflitos sociais não podem ser solucionados através de regras contraditórias entre si. Fica a cargo da dação de leis parlamentar a escolha entre os resultados possíveis discursivamente. Além disso, mesmo que somente existissem resultados discursivamente necessários ou discursivamente impossíveis, não se poderia prescindir da existência de normas jurídicas. A aprovação geral a uma regra no âmbito do discurso não implica, necessariamente, o cumprimento dessa regra por todos, e, se alguns estão autorizados a descumprir livremente as regras, o seu cumprimento não pode ser exigido dos demais.²⁶⁴

Promove-se, com isso, a transição para o âmbito do discurso jurídico, que nada mais é do que um caso especial do discurso prático geral. Isso pode ser fundamentado através da constatação de que as discussões jurídicas têm por objeto questões práticas. Além disso, nelas também está presente a pretensão de correção.²⁶⁵ É um caso especial porque, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, a discussão jurídica só pode existir dentro de certas condições limitadoras.²⁶⁶

No discurso prático geral, todo aquele que afirma algo promove, com essa afirmação, uma pretensão de correção. Essa pretensão de correção está necessariamente unida a uma pretensão de fundamentabilidade, a qual, por sua vez, de acordo com a regra geral de fundamentação, tem por consequência um dever *prima facie* de dar um fundamento para o que foi afirmado, quando o destinatário da afirmação expressar uma exigência nesse

²⁶² ALEXY, Robert. Uma Concepção Teórico-Discursiva da Razão Prática. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111.

²⁶³ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 256.

²⁶⁴ ALEXY, Robert. A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 84.

²⁶⁵ Ver, sobre isso, supra, item 1.2.2.1.

²⁶⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 263.

sentido.²⁶⁷ No discurso jurídico, que também abarca a pretensão de correção, ela leva a outra exigência: aquilo que foi afirmado não deve apenas poder ser racionalmente fundamentado, mas deve poder sê-lo no contexto do ordenamento jurídico vigente.²⁶⁸ A questão do que pode ser entendido como uma fundamentação racional nesse contexto é objeto da teoria da argumentação jurídica.

2.2.2 A argumentação jurídica

O objeto do discurso jurídico consiste na justificação de decisões jurídicas, as quais, como já mencionado, são um caso especial de proposições normativas. Ele compreende dois tipos de justificação: a justificação interna (*interne Rechtfertigung*) e a justificação externa (*externe Rechtfertigung*). A primeira envolve a dedutibilidade lógica da decisão a partir das premissas utilizadas para sua fundamentação; a segunda trata da correção dessas premissas.²⁶⁹

2.2.2.1 A justificação interna

Embora a justificação externa seja, por excelência, o campo da argumentação jurídica, mostrar-se-ia um equívoco subestimar a importância da justificação interna. Ela determina, em considerável medida, o objeto e a estrutura da justificação externa. A importância da justificação interna pode ser apreciada também quando se leva em conta as discussões no âmbito da teoria do silogismo jurídico, prática tão arraigada na forma de pensar do jurista.²⁷⁰

O silogismo corresponde a uma forma de argumento estruturada em duas premissas (a maior e a menor) e uma conclusão. Ele será válido se, na sua estrutura interna, puder ser verificada uma dedução lógica da verdade da conclusão a partir da verdade das premissas que a ela conduzem; sendo verdadeiras as premissas, a conclusão também o será. A conclusão já está, ainda que implicitamente, contida nas premissas; deduzi-la significa apenas tornar explícito o que anteriormente já existia.^{271 272}

²⁶⁷ ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 107-108.

²⁶⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 264.

²⁶⁹ *Ibidem*, S. 273.

²⁷⁰ ALEXY, Robert. A Análise Lógica de Decisões Jurídicas. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 20-21.

²⁷¹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 168.

Sobre a estrutura da premissa maior no silogismo jurídico, refere Alexy:

A exigência mais importante é esta, que, pelo menos, uma premissa deve ser a formulação de uma norma universal. Essa exigência entende-se, em geral, por si, uma vez que a teoria do silogismo jurídico é, em primeiro lugar, uma teoria da aplicação da lei e leis são, em regra, normas universais. Ela vale, contudo, também para os casos nos quais nenhuma norma de lei está à disposição. O fundamento para isso consiste nisto, que sentenças sobre aquilo que está ordenado, proibido ou permitido devem apoiar-se em uma regra universal. O princípio da universalidade, com isso formulado, que corresponde ao princípio da justiça formal, exclui que em dois casos, cujos aspectos relevantes para a decisão podem ser descritos de modo igual completamente, sejam pronunciadas sentenças distintas. Ele impede arbítrio na relação entre os fundamentos e a sentença e transforma, com isso, os fundamentos primeiro em fundamentos. Com isso, ele é condição para a realização de uma série de objetivos desejáveis, como a certeza jurídica, a justiça e a consistência e o controle racional de decisões.²⁷³

As regras e formas da justificação interna são, portanto, regras e formas da justiça formal, na medida em que elas, com o estabelecimento da estrutura formal da fundamentação jurídica, constituem uma garantia do princípio da universalidade. Sem elas, o tratamento igual de casos diversos, embora idênticos nos aspectos essenciais, seria impossível.²⁷⁴

A forma mais simples de justificação interna (J.1.1), na qual o silogismo jurídico deixa-se reconhecer sem qualquer dificuldade, pode ser exemplificada da forma seguinte: (1) o soldado deve dizer a verdade em questões de serviço; (2) M. é um soldado; (3) M. deve dizer a verdade em questões de serviço.²⁷⁵ Nesse caso, pode-se dizer, em uma análise superficial, que (1) expressa uma norma universal, (2) um indivíduo abrangido pelo tipo (*Tatbestand*) da norma referida em (1) e (3) a consequência jurídica que se segue logicamente de (1) e (2).

A justificação é, nesse âmbito, obtida através da constatação de que a decisão jurídica decorre logicamente da norma universal. É possível, diante disso, formular as seguintes regras da justificação interna:

(J.2.1) Para a fundamentação de uma sentença jurídica tem de, pelo menos, ser citada uma norma universal.

(J.2.2) A sentença jurídica tem de resultar logicamente de, pelo menos, uma norma universal juntamente com outras declarações.²⁷⁶

²⁷² Aqui, trata-se da subsunção, a expressão jurídica para essa forma de argumento. Sobre tal conceito, bem como sobre os problemas a ele inerentes, ver ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 94-112.

²⁷³ ALEXY, Robert. A Análise Lógica de Decisões Jurídicas. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 21.

²⁷⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 280.

²⁷⁵ *Ibidem*, S. 274.

²⁷⁶ *Ibidem*, S. 275. No original: „(J.2.1) Zur Begründung eines juristischen Urteils muß mindestens eine universelle Norm angeführt werden. (J.2.2) Das juristische Urteil muß aus mindestens einer universellen Norm zusammen mit weiteren Aussagen logisch folgen.“

Não é necessário, ao contrário do que se poderia pensar à primeira vista, que essa norma universal seja uma norma de direito positivo. Especialmente nos casos difíceis, é comum partir-se de premissas que não podem ser reconduzidas diretamente ao material fundado em autoridade. O aspecto provavelmente mais importante da justificação interna está em trazer à luz essas premissas, em expô-las claramente à análise. Fundamentá-las, por sua vez, é tarefa da justificação externa.²⁷⁷

Os casos difíceis apresentam, todavia, dificuldades que vão além dessa e que exigem uma formulação correspondentemente mais detalhada da justificação interna. Pode, por exemplo, ocorrer uma dúvida sobre se o indivíduo preenche ou não o tipo da norma. Deve um assassino que matou sua mulher enquanto ela dormia ser condenado, nos termos da lei penal, à prisão perpétua? Uma das hipóteses de condenação do criminoso a essa pena consiste, ainda de acordo com a lei penal, em matar alguém com “perfidia”. Mas o que deve ser entendido por “perfidia”? De acordo com a jurisprudência dos tribunais, a perfídia se verifica quando o assassino tira proveito da boa-fé e do caráter indefeso da vítima para cometer o delito. Tal circunstância, por sua vez, ocorre quando a vítima não espera um ataque e somente possui uma pequena possibilidade de defesa. Com isso – e apenas após o estabelecimento dessas premissas adicionais –, pode-se considerar o assassino como passível de condenação à prisão perpétua. Esse exemplo toma por base uma forma mais complexa de justificação interna (J.1.2).²⁷⁸

Há, com a fixação dessas premissas, uma concretização sempre crescente da norma a ser aplicada. Todas essas premissas dizem respeito ao uso das expressões que constituem os passos da fundamentação. São, portanto, regras de uso da palavra (*Wortgebrauchsregeln*).²⁷⁹ Nesse sentido, tomando-se a como o indivíduo, T como o tipo da norma e M^I como uma das características de T , é possível formular a seguinte regra: “(J.2.3) Sempre então, se é duvidoso, se a é um T ou um M^I , deve ser dada uma regra que decide essa questão.”^{280 281}

²⁷⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung.** 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 275-281.

²⁷⁸ *Ibidem*, S. 276-279.

²⁷⁹ *Ibidem*, S. 278.

²⁸⁰ *Ibidem*, S. 279. No original: „(J.2.3) Immer dann, wenn zweifelhaft ist, ob a ein T oder ein M^I ist, ist eine Regel anzugeben, die diese Frage entscheidet.“

²⁸¹ Dizer que há dúvidas sobre se a é ou não um T equivale a dizer que T possui um espaço semântico. Três tipos de espaço semântico podem ser reconhecidos: a ambiguidade, a vagueza e a abertura valorativa. A ambiguidade significa que a expressão pode ser empregada de acordo com distintas regras semânticas; a vagueza significa que as regras de emprego de uma expressão permitem considerar a tanto como um T quanto como um não T ; a abertura valorativa ocorre quando são utilizadas expressões tipicamente valorativas como “bom” ou “justo”. Quanto à ambiguidade, a questão é normalmente solucionada pelo contexto no qual a expressão é utilizada. Por outro lado, a vagueza e a abertura valorativa somente podem ser solucionadas com a definição de uma regra semântica que estabelece o complexo de características M que deve existir para que a possa ser considerado um

A partir disso, surge a questão acerca de quantos passos de desenvolvimento são necessários. A regra em questão pode ser formulada diretamente em relação a T , mas também é possível que já se tenha algo como M^1 e a dúvida continue a existir. Assim, é necessária outra regra que estabeleça M^2 , e assim por diante. Quanto mais regras desse tipo são formuladas, maior é a qualidade da fundamentação. Ela deve ser aprimorada até que não se possa mais impugnar o fato de que a expressão é aplicável ao caso.²⁸²

Diante disso, é possível estabelecer duas regras. A primeira diz: “(J.2.4) São necessários tantos passos de desenvolvimento que se chegue a tais expressões das quais não mais é discutível que elas são aplicáveis ao caso duvidoso.”²⁸³ Dar muitos passos de desenvolvimento é certamente difícil e lento, mas a clareza é sua recompensa. Por isso, a segunda regra diz: “(J.2.5) Devem ser indicados tantos passos de desenvolvimento quanto possível.”²⁸⁴

A justificação interna, mediante suas regras e formas, assegura uma determinada medida de racionalidade ao discurso jurídico. Essa racionalidade, todavia, está condicionada à racionalidade das premissas empregadas nela. É, portanto, imprescindível que a racionalidade dessas premissas seja, da mesma forma, assegurada. Isso significa que, ao lado da justificação interna, deve colocar-se a justificação externa.²⁸⁵

2.2.2.2 A justificação externa

Como já referido, a justificação externa busca fundamentar as premissas utilizadas na justificação interna. Dentre elas, podem ser reconhecidas normas de direito positivo (cuja fundamentação consiste na afirmação de sua validade de acordo com os critérios estabelecidos pelo sistema jurídico), premissas empíricas (para as quais vários são os métodos de fundamentação, como os das ciências empíricas, as regras de presunção racional e as normas processuais) e premissas que não se enquadram em nenhuma das alternativas anteriormente referidas. Essas últimas são o campo por excelência da argumentação jurídica,

T. (Cf. ALEXY, Robert. *A Análise Lógica de Decisões Jurídicas*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 24-25.)

²⁸² ALEXY, Robert. *A Análise Lógica de Decisões Jurídicas*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 26.

²⁸³ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 280. No original: „(J.2.4) *Es sind so viele Entfaltungsschritte erforderlich, daß man zu solchen Ausdrücken gelangt, von denen nicht mehr streitig ist, daß sie auf den fraglichen Fall zutreffen.*“

²⁸⁴ *Ibidem*, loc. cit. No original: „(J.2.5) *Es sind möglichst viele Entfaltungsschritte anzugeben.*“

²⁸⁵ *Ibidem*, S. 283.

embora os outros dois tipos de premissa também desempenhem, por vezes, um papel importante.²⁸⁶

Há seis grupos de regras e formas da justificação externa: regras e formas da interpretação, da argumentação dogmática, da utilização dos precedentes, da argumentação prática geral, da argumentação empírica e das formas especiais de argumentos jurídicos.²⁸⁷

A argumentação empírica, em suas mais distintas formas, é de especial relevância para o discurso jurídico. Basta dizer que, quando não há discussão, no âmbito da justificação interna, sobre qual a norma universal que deve constituir o ponto de partida, a controvérsia jurídica converte-se em uma controvérsia tão somente sobre os fatos. Não há, todavia, regras e formas específicas para a argumentação empírica no discurso jurídico; vale aqui a regra de transição (6.1), que permite a qualquer dos falantes passar, em qualquer momento, a um discurso empírico. O problema da certeza na argumentação empírica é, da mesma forma, comum ao discurso jurídico e ao discurso prático geral; regras de presunção racional mostram-se indispensáveis em ambos os casos.²⁸⁸

De especial relevância para a fundamentação jurídica são também os - por demais conhecidos - “cânones de interpretação”.²⁸⁹ Eles podem ser divididos em seis grupos: os da interpretação semântica, da interpretação genética, da interpretação histórica, da interpretação comparativa, da interpretação sistemática e da interpretação teleológica. Em Alexy, esses cânones são entendidos como formas de argumento.²⁹⁰

O argumento semântico é aquele através do qual uma interpretação baseada na linguagem, seja ela a geral ou a técnica, pode ser sustentada, criticada ou afirmada como

²⁸⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 283-284.

²⁸⁷ *Ibidem*, S. 285.

²⁸⁸ *Ibidem*, S. 285-287.

²⁸⁹ Em Alexy, interpretação é argumentação. Com a interpretação também é promovida uma pretensão de correção, que pode ser demonstrada através da fundamentação: a interpretação correta é aquela para a qual podem ser mencionados argumentos a seu favor e podem ser rechaçados argumentos a ela contrários. São esses argumentos que, em última análise, definem a escolha entre as várias alternativas de interpretação. (Cf. ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 65-66.) Estabelecendo a conexão entre essa ideia e o conceito semântico de norma, Gavião Filho assinala: “Interpretação jurídica é a atividade por intermédio da qual o intérprete atribui significado aos signos linguísticos dados nos textos jurídicos normativos. As normas jurídicas existem apenas como significados dos textos jurídicos normativos uma vez já interpretados. Uma norma jurídica é sempre já concretização de um texto jurídico. Interpretação e argumentação estão unidas. Interpretação é uma atividade argumentativa. Os argumentos interpretativos são razões que jogam a favor ou contra os significados possíveis que os símbolos linguísticos autorizam formular. Com isso, fica reduzido o espaço da subjetividade e da arbitrariedade na atribuição de significado aos textos jurídicos normativos.” (Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Interpretação como Argumentação*. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 144.)

²⁹⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 288-289.

semanticamente possível.²⁹¹ Tomando-se R como uma norma, W como uma regra de uso da palavra e R' como a interpretação de R segundo W , é possível formular as seguintes regras, em correspondência às situações acima descritas:

- (J.3.1) R' tem de, em virtude de W_i , ser aceita como interpretação de R .
 (J.3.2) R' não pode, em virtude de W_k , ser aceita como interpretação de R .
 (J.3.3) É possível aceitar R' como interpretação de R e é possível não aceitar R' como interpretação de R , pois não valem nem W_i nem W_k .²⁹²

W_i e W_k são, nesse caso, regras semânticas. A validade ou invalidade dessas regras pode ser fundamentada de diversas maneiras; mencione-se, a título de exemplo, a competência linguística do falante, levantamentos empíricos e a autoridade de dicionários. Nos casos de (J.3.1) e (J.3.2), a controvérsia pode ser resolvida apenas mediante o recurso ao argumento semântico, uma vez que resta claro, com isso, se a norma é ou não aplicável ao caso. Em (J.3.3), contudo, a situação é diversa; aqui, somente é possível constatar a existência de uma zona de penumbra, na qual não está claro, apenas pela semântica, se a norma pode ser aplicada ou não. Aparece, então, a necessidade de argumentos distintos do semântico.^{293 294}

O argumento genético é aquele no qual uma interpretação R' de R é justificada através do recurso à ideia de vontade do legislador; nesse caso, R' deve ser correta por corresponder àquilo que foi desejado pelo legislador no momento da feitura da norma. Há duas formas de argumentos genéticos: a primeira (J.4.1) determina que a interpretação (R') de R segundo W está de acordo com a vontade do legislador; a segunda (J.4.2), que também pode ser entendida como uma variante do argumento teleológico, estabelece que o legislador, com R , pretendeu atingir os fins Z_1, Z_2, \dots, Z_n em uma combinação K , sendo a interpretação R' de R necessária para que se possa realizar $(Z_1, Z_2, \dots, Z_n)K$.^{295 296}

²⁹¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 289.

²⁹² *Ibidem, loc. cit.* No original: „(J.3.1) R' muß aufgrund W_i als Interpretation von R akzeptiert werden. (J.3.2) R' kann aufgrund W_k nicht als Interpretation von R akzeptiert werden. (J.3.3) Es ist möglich, R' als Interpretation von R zu akzeptieren, und es ist möglich, R' nicht als Interpretation von R zu akzeptieren, denn es gelten weder W_i noch W_k .“

²⁹³ *Ibidem*, S. 289-291.

²⁹⁴ Em um trabalho posterior, Alexy coloca os argumentos semânticos junto aos argumentos sintáticos como espécies de um novo gênero, o dos argumentos linguísticos. Os argumentos semânticos são argumentos linguísticos apoiados no significado das expressões encontradas em uma dada norma; os argumentos sintáticos são argumentos linguísticos baseados na estrutura gramatical da norma, no que se refere, por exemplo, ao uso da pontuação ou de conjunções. (Cf. ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 71.)

²⁹⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 291.

²⁹⁶ Isso remete ao clássico litígio acerca do objetivo da interpretação jurídica. A teoria subjetiva, que corresponde ao argumento genético, estabelece como objetivo da interpretação a vontade do legislador; por outro lado, a teoria objetiva defende que a atividade interpretativa deve buscar o sentido razoável, correto ou justo da lei. Há

No âmbito do argumento genético, os simples enunciados acerca da vontade do legislador não são, frequentemente, o bastante para que a decisão possa ser justificada. Mostram-se necessários, nesse caso, argumentos que o complementem; trata-se da “exigência de saturação” (*Erfordernis der Sättigung*). Tratando-se do argumento genético, a saturação pode ser difícil, às vezes até mesmo impossível. Dois problemas surgem aqui com particular intensidade: o do sujeito e o do conteúdo da vontade do legislador. A quem deve ser conferida essa vontade no âmbito do processo legislativo? Sendo à maioria parlamentar, o que fazer se não for possível reconhecer nessa maioria alguma ideia plausível acerca de um determinado dispositivo legal? Deve-se recorrer às comissões nas quais a lei foi discutida? E se houver diferentes opiniões a considerar, opiniões essas que são, por sua vez, carentes de interpretação? Resta claro, através disso, que a argumentação genética é um campo particularmente espinhoso do discurso jurídico.²⁹⁷

Os três argumentos seguintes são o histórico, o comparativo e o sistemático. O argumento histórico é aquele no qual há a apresentação de fatos relativos à história do problema jurídico em análise. Esses fatos podem ser entendidos como razões para a aceitação ou a rejeição de uma determinada interpretação. Busca-se demonstrar, através desse argumento, que uma determinada circunstância já verificada historicamente pode se repetir se for adotada uma solução já tentada anteriormente para o problema. O argumento comparativo, estruturalmente semelhante ao histórico, refere-se às soluções adotadas para o problema por sistemas jurídicos vigentes em outras sociedades. O argumento sistemático, por sua vez, faz alusão às relações de natureza lógica verificadas entre as normas. No âmbito da argumentação sistemática, a forma de argumento mais importante é aquela que faz referência a uma contradição entre as normas: sendo uma interpretação R'_1 da norma R_1 conflitante com uma norma válida R_2 , R'_1 deve, com base no argumento sistemático, ser rejeitada.^{298 299}

argumentos fortes tanto a favor quanto contra cada uma dessas teorias (falam a favor da teoria subjetiva os princípios da democracia e da divisão de poderes; contra ela, o fato de ser extremamente difícil, muitas vezes impossível, averiguar a vontade do legislador histórico. Falam a favor da teoria objetiva a busca de justiça na decisão, a sua correção quanto ao conteúdo; contra ela, o perigo da arbitrariedade interpretativa e a inflação da competência dos juízes), o que sugere que o problema da interpretação não pode ser resolvido somente com o recurso às teorias acerca do objetivo da interpretação. O papel decisivo não cabe a elas, mas à argumentação. (Cf. ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 69-70.)

²⁹⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 293-294.

²⁹⁸ *Ibidem*, S. 294-295.

²⁹⁹ Em um trabalho posterior, Alexy reúne os argumentos histórico, comparativo e sistemático em uma única categoria, a dos argumentos sistemáticos, argumentos esses cujo apoio consiste na ideia de unidade ou coerência do sistema jurídico. Ao lado dos argumentos históricos e comparativos, a categoria dos argumentos sistemáticos abrange os seguintes subgrupos: argumentos asseguradores de consistência (que buscam evitar as contradições normativas, correspondendo ao argumento sistemático na classificação anterior), argumentos contextuais (que

Resta o argumento teleológico. Como já foi mencionado quando se tratou do argumento genético, há uma variante do argumento teleológico que alude aos fins almejados pelo dador de leis. Aqui, todavia, o problema é distinto: trata-se da determinação “objetiva” dos fins que devem ser perseguidos através da interpretação da norma. São, portanto, argumentos “teleológico-objetivos”, relativos a fins racionais ou determinados objetivamente no quadro do ordenamento jurídico. A determinação desses fins é objeto da argumentação racional.^{300 301}

A forma de argumento (J.5), característica da argumentação teleológica, pressupõe tanto um enunciado normativo, segundo o qual a promoção de um estado ou de uma situação (ou seja, uma finalidade) é ordenada, quanto um enunciado empírico, de acordo com o qual a interpretação sustentada como correta é um meio para esse fim. Não estando em discussão a finalidade em si, a controvérsia cinge-se a esse enunciado empírico. Com isso, aparece mais uma vez a relevância da argumentação empírica no âmbito do discurso jurídico.³⁰²

Acerca do papel dos cânones no discurso jurídico, há seis aspectos importantes: seu âmbito de aplicação, seu *status* lógico, a exigência de saturação, as funções das diversas formas, o problema da sua hierarquia e a solução para ele oferecida no discurso jurídico.³⁰³

No que se refere ao âmbito de aplicação, os cânones são formas de argumento que falam a favor ou contra uma determinada interpretação de uma determinada norma. Para além do seu âmbito de aplicação característico, eles podem ter lugar em constelações de casos as mais diversas: conflitos entre normas, restrições à aplicação de normas, fundamentação de normas não diretamente decorrentes do material fundado em autoridade e assim sucessivamente.³⁰⁴

buscam interpretar a norma de acordo com o lugar por ela ocupado no texto da lei, bem como de acordo com sua relação com outras normas), argumentos sistemático-conceituais (que buscam clareza conceitual, unidade formal e completude sistemática), argumentos de princípio (que buscam trazer os princípios jurídicos à interpretação da norma), argumentos jurídicos especiais (através dos quais a norma é aplicada além de seu texto, como na analogia, por exemplo) e argumentos prejudiciais (que objetivam trazer à interpretação decisões judiciais anteriores). (Cf. ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 72.)

³⁰⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 295-296.

³⁰¹ Em um trabalho posterior, Alexy coloca os argumentos teleológicos ao lado dos argumentos deontológicos como espécie do gênero dos argumentos práticos gerais. Diferentemente dos argumentos linguísticos, genéticos e sistemáticos, os argumentos práticos gerais não derivam do material posto à disposição pelo direito positivo, valendo apenas em razão de sua correção quanto ao conteúdo. Portanto, também podem ser chamados de “argumentos substanciais”. (Cf. ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 73-74.)

³⁰² ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 297-298.

³⁰³ *Ibidem*, S. 299-300.

³⁰⁴ *Ibidem*, S. 300.

No atinente ao *status* lógico de tais cânones, embora seja essa uma questão muito discutida, Alexy defende que eles devem ser entendidos como formas de argumento, esquemas de enunciados de uma determinada forma dos quais um novo enunciado ou é deduzido logicamente ou se deixa fundamentar por uma regra pressuposta.³⁰⁵

Quanto à exigência de saturação, um argumento somente pode ser tido como completo se ele contém todas as premissas da forma de argumento correspondente. Trata-se, em primeiro lugar, de fundamentações empíricas, mas não exclusivamente; argumentos de outra natureza, como os comparativos e os práticos gerais, também podem desempenhar um papel importante, conforme o caso.³⁰⁶ Surge, com isso, uma nova regra: “(J.6) Cada uma das formas de argumentação, que pode ser incluída nos cânones de interpretação, deve ser saturada.”³⁰⁷

Concernente às funções das diversas formas, cada um dos cânones está voltado a cumprir uma função diferente. Pode-se dizer que a forma de argumentação semântica tem por função vincular o julgador à letra da lei, a genética, à vontade do legislador, a histórica e a comparativa, a de possibilitar uma comparação com as situações, respectivamente, de outros tempos e de outras sociedades, a sistemática, a de livrar a ordem jurídica de contradições, e a teleológica, a de abrir espaço à argumentação prática geral no âmbito do discurso jurídico.³⁰⁸

Há controvérsias acerca da hierarquia entre os cânones. A utilização de formas de argumento distintas pode levar a soluções completamente diferentes para a mesma questão, o que leva à necessidade de encarar essas relações entre as formas de argumento como um problema de hierarquia entre elas. Embora uma solução definitiva para esse problema, que consistiria na elaboração de uma hierarquia fixa entre todas as formas de argumento, não possa ser perseguida pela teoria do discurso, ela oferece uma resposta sem precisar basear-se em critérios tão fortes. Pretendendo-se estabelecer critérios para uma discussão racional no direito, é imprescindível que a prioridade recaia sobre o material fundado em autoridade; por isso, argumentos que expressam uma vinculação ao direito vigente devem ter a preferência. Essa, todavia, é uma preferência *prima facie*; esses argumentos podem ser preteridos se apresentadas razões suficientemente fortes para tanto.³⁰⁹ Surge, então, a regra:

(J.7) Todos os argumentos que expressam uma vinculação ao texto da lei ou à vontade do dador de leis histórico precedem outros argumentos, a não ser que se

³⁰⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation:** die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 300-301.

³⁰⁶ *Ibidem*, S. 301-302.

³⁰⁷ *Ibidem*, S. 302. No original: „(J.6) Jede der zu den canones der Auslegung zu rechnenden Argumentformen ist zu sättigen.“

³⁰⁸ *Ibidem*, loc. cit.

³⁰⁹ *Ibidem*, S. 303-305.

deixem alegar fundamentos racionais para isto, conceder a primazia a outros argumentos.^{310 311}

A questão de como se deve atribuir os pesos aos argumentos é, por essa regra, deixada àqueles que tomam parte no discurso jurídico. Essa atribuição deve ser racionalmente fundamentável. Como uma decorrência do princípio da universalidade, ela deve poder ser estabelecida também para os casos que, nos aspectos essenciais, são idênticos àquele que originou a atribuição.³¹² Isso é expresso por meio da regra seguinte: “(J.8) A determinação do peso de argumentos de formas distintas tem de realizar-se segundo regras de classificação.”³¹³

Ainda em atenção ao problema dos cânones, é possível estabelecer uma última regra, que diz respeito diretamente a uma das regras discursivas mais importantes, aquela tendente a assegurar a liberdade no discurso: “(J.9) Todos os argumentos da forma que pode ser incluída nos cânones de interpretação, que possivelmente poderiam ser apresentados, devem ser considerados.”³¹⁴

Os cânones de interpretação desempenham certamente um papel central na argumentação jurídica, mas, como já referido, não são os únicos a fazê-lo. Um outro tipo de argumentação especialmente importante é o da argumentação dogmática, aquela baseada em enunciados da dogmática jurídica, da ciência do direito em sentido estrito e próprio. A uma tal ciência são colocadas basicamente três tarefas: a descrição do direito vigente, sua exposição sistemático-conceitual e a proposta de soluções para casos jurídicos duvidosos. A cada uma

³¹⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung.** 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 305. No original: „(J.7) *Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, gehen anderen Argumenten vor, es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen.*“

³¹¹ Em um trabalho posterior, Alexy formula duas regras gerais de primazia. De acordo com a primeira, os argumentos linguísticos prevalecem, *prima facie*, sobre todos os demais argumentos; de acordo com a segunda, os argumentos linguísticos, genéticos e sistemáticos prevalecem, *prima facie*, sobre os argumentos práticos gerais. A primeira regra encontra seu fundamento no fato de que o argumento linguístico tem por base imediatamente aquilo que foi estabelecido pelo legislador e, portanto, está amparado pelos princípios da democracia, da divisão de poderes, da certeza jurídica e do Estado de Direito. Isso significa que, na classe dos argumentos institucionais, da qual fazem parte os argumentos linguísticos, genéticos e sistemáticos, os argumentos linguísticos têm a primazia. A segunda regra estabelece que os argumentos institucionais possuem uma primazia *prima facie* sobre os argumentos práticos gerais. Isso porque os primeiros somente são possíveis quando há a institucionalização de um sistema jurídico e dele tiram, mediata ou imediatamente, a sua autoridade, o que não ocorre no caso dos últimos, cuja autoridade repousa tão somente na sua correção relativamente ao conteúdo. (Cf. ALEXY, Robert. **Interpretação Jurídica.** in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito.** Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 74-75.)

³¹² ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung.** 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 305-306.

³¹³ *Ibidem*, S. 306. No original: „(J.8) *Die Bestimmung des Gewichtes von Argumenten verschiedener Formen hat nach Gewichtsregeln zu erfolgen.*“

³¹⁴ *Ibidem*, loc. cit. No original: „(J.9) *Alle Argumente der zu den canones der Auslegung zu rechnenden Form, die möglicherweise vorgebracht werden könnten, sind zu berücksichtigen.*“

dessas tarefas corresponde uma dimensão da dogmática jurídica: a empírico-descritiva, a analítico-lógica e a prático-normativa, respectivamente.³¹⁵

Alexy define a dogmática jurídica da seguinte forma:

Uma dogmática jurídica é (1) uma classe de proposições que (2) dizem respeito às normas fixadas e à jurisprudência, mas não são idênticas à sua descrição, (3) estão em uma conexão umas com as outras, (4) são postas e discutidas no quadro de uma ciência do direito institucionalmente explorada e (5) têm conteúdo normativo.³¹⁶

Há basicamente cinco tipos de enunciados dogmáticos. O primeiro consiste na definição dos assim chamados “autênticos conceitos jurídicos”, como, por exemplo, os de contrato, ato administrativo e legítima defesa. O segundo consiste na definição de outros conceitos que, embora não tão essenciais quanto os anteriores, aparecem com frequência nas normas jurídicas e comumente são entendidos como objetos da interpretação. O terceiro consiste na definição de enunciados que expressam uma norma não deduzida da lei. O quarto consiste na descrição de estados de coisas cuja realização é ordenada ou proibida normativamente. O último consiste na formulação de princípios.³¹⁷

Uma importante questão que surge através do emprego de enunciados dogmáticos é a da sua fundamentação e revisão. Fundamentar um enunciado dogmático significa derivá-lo de outros enunciados; revisá-lo significa perguntar pela sua aceitabilidade. Tanto em uma quanto em outra desempenham um papel decisivo os enunciados práticos gerais, uma vez que a discussão não se deixa esgotar no âmbito dos enunciados dogmáticos.³¹⁸ Para a fundamentação de tais enunciados, isso pode ser expresso na seguinte regra: “(J.10) Cada proposição dogmática tem de, se ela é posta em dúvida, ser fundamentada sob o emprego de, pelo menos, um argumento prático geral.”³¹⁹

A revisão de enunciados dogmáticos, por sua vez, caracteriza-se por poder ser feita de modo sistemático, havendo aqui duas possibilidades. A primeira é a da revisão sistemática em sentido estrito, na qual entra em questão a compatibilidade ou incompatibilidade do enunciado dogmático com outros enunciados do mesmo tipo e com as normas jurídicas. A segunda é a da revisão sistemática em sentido amplo, na qual entra em jogo a relação entre os enunciados

³¹⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation:** die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 307-308.

³¹⁶ *Ibidem*, S. 314. No original: „Eine Rechtsdogmatik ist (1) eine Klasse von Sätzen, die (2) auf die gesetzten Normen und die Rechtsprechung bezogen, aber nicht mit ihrer Beschreibung identisch sind, (3) untereinander in einem Zusammenhang stehen, (4) im Rahmen einer institutionell betriebenen Rechtswissenschaft aufgestellt und diskutiert werden und (5) normativen Gehalt haben.“

³¹⁷ *Ibidem*, S. 315-319.

³¹⁸ *Ibidem*, S. 320-321.

³¹⁹ *Ibidem*, S. 325. No original: „(J.10) Jeder dogmatische Satz muß, wenn er angezweifelt wird, unter der Verwendung mindestens eines allgemeinen praktischen Argumentes begründet werden.“

normativos cuja fundamentação deve ter por base enunciados dogmáticos carecedores de revisão e os enunciados normativos restantes.³²⁰ Isso traz uma nova regra: “(J.11) Cada proposição dogmática tem de poder resistir tanto a uma revisão sistemática em sentido estrito quanto a uma revisão sistemática em sentido amplo.”³²¹

Uma última regra concernente à argumentação dogmática diz: “(J.12) Se argumentos dogmáticos são possíveis, eles devem ser utilizados.”³²² Na medida em que a dogmática é racional, a utilização de argumentos dogmáticos no discurso jurídico mostra-se necessária.³²³

Outro campo importante da argumentação jurídica consiste na utilização dos precedentes. Embora o papel do precedente seja certamente muito mais visível na tradição jurídica anglo-saxônica, ele também é importante no direito europeu continental. A utilização do precedente é uma exigência do princípio da universalidade, entendido, nesse contexto, como a exigência de tratar casos iguais de forma igual. A inexistência de dois casos que sejam iguais em todos os aspectos é, contudo, um problema; é possível apenas aplicar o precedente a um caso a ele idêntico nos aspectos relevantes. Isso significa que a determinação das semelhanças e diferenças relevantes é a tarefa primordial da argumentação por precedentes.³²⁴

Alem disso, é possível que um caso seja idêntico a outro nos aspectos relevantes e, mesmo assim, a decisão não ocorra no mesmo sentido da decisão do caso que originou o precedente, pois a valoração das circunstâncias tidas como relevantes é distinta em ambas as situações. Embora o princípio da universalidade, que subjaz à necessidade de utilização dos precedentes, impeça algo desse tipo, a pretensão de correção promovida pelo direito pode exigir o contrário. O respeito aos precedentes é, indubitavelmente, algo importante no âmbito da argumentação jurídica, mas não uma exigência absoluta; aquele que pretende decidir de forma diversa daquela do precedente deve apresentar razões para tanto – ou seja, assume a carga da argumentação.³²⁵ Com isso, pode-se formular as seguintes regras:

(J.13) Se um precedente, a favor ou contra uma decisão, pode ser citado, ele deve ser citado.

(J.14) Quem quer desviar de um precedente suporta a carga da argumentação.³²⁶

³²⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation:** die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 322.

³²¹ *Ibidem*, S. 325. No original: „(J.II) Jeder dogmatische Satz muß sowohl einer systematischen Überprüfung im engeren als auch einer systematischen Überprüfung im weiteren Sinne standhalten können.“

³²² *Ibidem*, S. 334. No original: „(J.I2) Wenn dogmatische Argumente möglich sind, sind sie zu benutzen.“

³²³ *Ibidem*, S. 333-334.

³²⁴ *Ibidem*, S. 334-336.

³²⁵ *Ibidem*, S. 336.

³²⁶ *Ibidem*, S. 339. No original: „(J.I3) Wenn ein Präjudiz für oder gegen eine Entscheidung angeführt werden kann, ist es anzuführen. (J.I4) Wer von einem Präjudiz abweichen will, trägt die Argumentationslast.“

Ressalte-se que os argumentos práticos gerais também desempenham um papel importante na argumentação baseada em precedentes, principalmente quando se tem a intenção de decidir de forma diversa da apontada pelo precedente, como nos casos do *distinguishing* (a interpretação restritiva da norma resultante do precedente) e do *overruling* (o abandono do precedente). Em ambos, é necessária uma fundamentação, para a qual são admissíveis os argumentos característicos do discurso jurídico, com particular ênfase aos argumentos práticos gerais.³²⁷

A argumentação jurídica também abarca o que Alexy chama de “formas de argumentos jurídicos especiais”, categoria na qual ele inclui o *argumentum e contrario*, a analogia e o *argumentum ad absurdum*, expressos respectivamente pelas formas (J.15), (J.16) e (J.17). Todas essas formas de argumento representam formas de inferência logicamente válidas.³²⁸ Comum a elas é o fato de frequentemente carecerem de outros tipos de enunciados para uma fundamentação completa, do que pode ser deduzida a seguinte regra: “(J.18) As formas de argumentação jurídicas especiais devem ser saturadas.”³²⁹

Por fim, no que tange à função dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico, sintetiza Alexy:

Argumentação prática geral pode tornar-se necessária (1) na fundamentação das premissas normativas necessárias para a saturação das formas de argumento distintas, (2) na fundamentação da escolha entre formas de argumento distintas que levam a resultados diferentes, (3) na fundamentação e revisão de proposições dogmáticas, (4) na fundamentação do *distinguishing* ou do *overruling* e (5) imediatamente na fundamentação das proposições empregadas na justificação interna.³³⁰

Embora enunciados dogmáticos e enunciados decorrentes de precedentes também possam desempenhar essas funções e, com isso, deslocar os argumentos práticos gerais, esse deslocamento é sempre provisório. Precedentes e dogmática carecem de argumentos práticos gerais para a sua fundamentação. A argumentação prática geral constitui, portanto, a base da argumentação jurídica.³³¹

³²⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung.** 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 340-341.

³²⁸ *Ibidem*, S. 341-345.

³²⁹ *Ibidem*, S. 346. No original: „(J.18) Die speziellen juristischen Argumentformen sind zu sättigen.“

³³⁰ *Ibidem*, S. 347. No original: „Allgemeine praktische Argumentation kann erforderlich werden (1) bei der Begründung der zur Sättigung der verschiedenen Argumentformen erforderlichen normativen Prämissen, (2) bei der Begründung der Wahl zwischen verschiedenen, zu unterschiedlichen Ergebnissen führenden Argumentformen, (3) bei der Begründung und Überprüfung dogmatischer Sätze, (4) bei der Begründung eines *distinguishing* oder *overruling* und (5) unmittelbar bei der Begründung von in der internen Rechtfertigung verwendeten Sätzen.“

³³¹ *Ibidem*, S. 347-348.

3 CRÍTICAS AO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY NO BRASIL

Estabelecidos no capítulo anterior os pontos-chave do pensamento de Robert Alexy, passa-se doravante, em atenção ao plano antes formulado, à exposição das críticas a ele direcionadas por autores relevantes do cenário jurídico brasileiro. Uma análise dessas críticas será feita mais adiante.³³²

3.1 AS CRÍTICAS DE HUMBERTO BERGMANN ÁVILA

Dentre todos os críticos à teoria de Alexy no Brasil, aquele cuja obra possui o maior alcance é, indubitavelmente, Humberto Bergmann Ávila.³³³ Isso justifica começar a exposição com as ideias desse autor.

Em seu mais conhecido trabalho, intitulado “Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos”, Ávila, como ele próprio define, procura “contribuir para uma melhor definição e aplicação dos princípios e das regras”,³³⁴ o que ele faz não para abandonar a distinção entre as duas espécies normativas, mas para fundá-la sobre critérios diversos daqueles adotados pelos autores que se ocuparam da questão (os quais são por ele criticados), pretendendo estabelecer, com isso, um novo paradigma na matéria.³³⁵

Ávila, dessa forma, dirige suas críticas às teorias de autores os mais diversos: Josef Esser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Ronald Dworkin e, evidentemente, Robert Alexy.³³⁶ Face aos objetivos deste estudo, apenas as críticas a esse último devem interessar.

3.1.1 Críticas relativas ao critério do modo final de aplicação de regras e princípios

A primeira das críticas que Ávila dirige a Alexy consiste na adoção do “modo final de aplicação” como um critério central para a distinção entre regras e princípios:

³³² Ver capítulo 4.

³³³ Essa afirmação pode ser corroborada pela grande aceitação e divulgação do livro “Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos”, cujo sucesso comercial no Brasil refletiu-se na sua tradução para as línguas espanhola, inglesa (com apresentação de Frederick Schauer) e alemã (com prefácio de Claus-Wilhelm Canaris). A teoria sustentada nesse livro foi, da mesma forma, utilizada como suporte em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, o que demonstra a sua influência não apenas no plano teórico, mas também no prático. (Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 05-13.)

³³⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 29.

³³⁵ *Ibidem*, p. 29-30.

³³⁶ *Ibidem*, p. 38-70.

Alexy, apesar de atribuir importância à criação de exceções e de salientar o seu distinto caráter *prima facie*, define as regras como normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas. Segundo o autor, as regras instituem obrigações definitivas, já que não superáveis por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes.³³⁷

Contra isso, Ávila sustenta que o modo pelo qual uma norma deve ser aplicada não está dado *a priori* no texto objeto de interpretação, decorrendo de conexões axiológicas realizadas por aquele que interpreta. Normas que, a um primeiro olhar, deveriam ser aplicadas de um modo absoluto podem deixar de sê-lo quando se atenta para as circunstâncias de sua aplicação.³³⁸

Para conferir suporte a essa tese, Ávila menciona três decisões. Na primeira delas, a norma do Código Penal que estabelece uma presunção incondicional de violência quando o ato sexual é praticado com menor de 14 anos (norma que, ao estabelecer uma obrigação absoluta, constitui uma regra) foi relativizada em nome de circunstâncias que a própria norma não previa, tais como o consentimento e o fato de que a suposta vítima aparentava uma idade superior à que realmente possuía. Na segunda, a norma constitucional que estabelece a obrigatoriedade de concurso público para a admissão de pessoal no âmbito da Administração Pública, sob pena de invalidade do ato e responsabilização daquele que o praticou por improbidade administrativa (norma essa que tem a estrutura de regra), não produziu efeitos no caso de uma prefeita que, durante seu mandato na chefia do Poder Executivo Municipal, contratou um limpador de ruas pelo período de nove meses, sem que tenha havido a realização de concurso público para tanto, entendendo-se, nesse caso, como atentatória à razoabilidade a exigência de concurso público para uma única admissão em um cargo de menor hierarquia. Na terceira, a norma da lei tributária federal que determina a proibição de importação de produtos do exterior por parte das empresas ingressantes no programa de pagamento simplificado de tributos federais não levou à exclusão de uma empresa que havia importado apenas quatro pés de sofá do regime especial de tributação, em respeito àquilo que seria uma interpretação da norma dentro do razoável.³³⁹

Em todos esses casos, a consequência estabelecida pela regra deixou de ser aplicada em face de razões que o aplicador entendeu como superiores às razões que justificavam a própria regra. Ávila pretende, com isso, demonstrar que mesmo as regras podem ser

³³⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 48-49.

³³⁸ *Ibidem*, p. 49.

³³⁹ *Ibidem*, p. 49-51.

superadas por razões não previstas inicialmente, o que vai de encontro à ideia segundo a qual elas possuem um modo incondicional de aplicação.³⁴⁰

Existem, da mesma forma, regras cujo âmbito de aplicação não é total e previamente estabelecido; a incidência da norma ao caso concreto depende de um processo de ponderação de argumentos contrários e favoráveis.³⁴¹ Como exemplo disso, Ávila cita a inclusão do livro eletrônico no âmbito da regra da imunidade tributária. A vagueza não é uma exclusividade dos princípios, mas uma característica comum aos enunciados prescritivos em geral, tanto princípios quanto regras. Apenas através da interpretação é possível determinar se as consequências previstas pela regra devem ser aplicadas ao caso concreto e em que medida isso deve ocorrer.^{342 343}

Nesse sentido, o critério de distinção baseado no modo de aplicação apresenta uma outra inconsistência: ele não permite uma avaliação da estrutura da norma antes da sua aplicação. Somente após a verificação das circunstâncias do caso concreto é possível dizer, de acordo com esse critério, se uma norma é ou uma regra ou um princípio. Ocorre que, se a distinção entre as duas espécies normativas deve ter um significado prático, no sentido de facilitar o trabalho do aplicador, esse critério mostra-se inadequado, pois ele não permite uma antecipação segura do modo pelo qual a norma será aplicada.³⁴⁴

Regras e princípios, prossegue Ávila, possibilitam a consideração de aspectos concretos e individuais em sua aplicação. Para os princípios, isso pode ser feito sem que haja obstáculos institucionais; princípios são normas tendentes a estabelecer um estado de coisas a ser promovido, embora sem descrever diretamente qual o comportamento exigido para tanto. Exige-se apenas que os comportamentos sejam compatíveis com a promoção da finalidade requerida pelo princípio. Para as regras, de outra forma, a consideração de aspectos concretos e individuais depende de uma fundamentação capaz de vencer a “trincheira” representada pela noção da autoridade da regra. Há, portanto, um ônus argumentativo para que as circunstâncias

³⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 51.

³⁴¹ Sobre a ponderação de regras, ver infra, item 3.1.2.1.

³⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 52.

³⁴³ Em outro lugar, Ávila sustenta: “É preciso, de um lado, considerar que há também regras mais ou menos vagas ou ambíguas, em função das quais a consequência jurídica não pode ser imediatamente implementada (regras que contêm conceitos jurídicos indeterminados, p. ex.); de outro, é necessário considerar que há variadas formas de relacionamento entre as regras (estabelecimento de definições, instituição de exceções ou estabelecimento de novas condições), em função das quais a decisão é modificada.” (Cf. ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 01, nº. 04, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2015. p. 13-14.)

³⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 72-73.

específicas do caso possam justificar uma superação da regra, o que conduz a uma ponderação.³⁴⁵

As regras, ainda segundo Ávila, podem ser aplicadas mesmo que as condições previstas para sua aplicação não estejam satisfeitas, como no caso da analogia; podem, da mesma forma, não ser aplicadas mesmo que essas mesmas condições estejam satisfeitas, como no caso de sua superação por razões mais importantes no caso concreto. Com isso, conclui ele, não se pode sustentar que regras são normas que necessariamente devem ser aplicadas quando as condições para tanto estão cumpridas.³⁴⁶

No que se refere ao conceito de princípio como mandamento de otimização, Ávila objeta que não é o princípio que se deixa aplicar em uma forma gradual; é o estado de coisas a ser promovido pelo princípio que pode ser mais ou menos atingido. O princípio é, em todos os casos, ou aplicado ou não aplicado, vale dizer, o comportamento tendente a realizar ou manter o estado de coisas por ele exigido somente pode ser ou adotado ou não adotado. Portanto, afirmar que o princípio pode ser aplicado de forma gradual significa promover, segundo Ávila, uma confusão.³⁴⁷

3.1.2 Críticas relativas ao critério do conflito normativo

Ávila também critica o uso do critério do “conflito normativo” para a distinção entre regras e princípios:

Alexy afirma que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. No caso de colisão entre os princípios a solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica, naquele entre princípios o conflito já se situa no interior dessa mesma ordem.³⁴⁸

Embora esse critério seja de fato importante para a diferenciação entre as duas espécies normativas, Ávila sustenta que ele deve ser objeto de um aprimoramento. E isso porque a aplicação do método da ponderação não é uma exclusividade dos princípios, do que

³⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 53-54.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 54-55.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 55.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 56-57.

se segue a incorreção da afirmação segundo a qual os princípios possuem uma dimensão do peso.³⁴⁹

3.1.2.1 A ponderação como método de aplicação tanto de princípios quanto de regras

Para Ávila, sendo a ponderação uma atividade de sopesamento de razões e contrarrazões a culminar em uma decisão de interpretação, ela também pode ser verificada no caso das regras. O critério de distinção entre regras e princípios baseado na forma de solução do conflito normativo, segundo o qual um conflito entre regras somente pode ser resolvido ou com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a inclusão de uma exceção em uma delas, enquanto conflitos entre princípios são resolvidos com a atribuição de uma dimensão de peso maior a um deles, não é exato, na medida em que é possível que regras entrem em conflito sem que a questão seja resolvida no plano da validade, caso no qual deverá ser atribuído peso maior a uma das regras colidentes – exatamente o que ocorre no caso do conflito entre princípios.³⁵⁰

Em socorro a essa ideia, Ávila faz alusão a dois exemplos. O primeiro deles é o de um conflito entre duas normas pertencentes ao código de ética da categoria do profissional médico, no qual uma delas determina que o médico deve dizer a verdade ao seu paciente acerca da doença que o acomete e outra estabelece ao médico a obrigação de fazer todo o possível para a cura do seu paciente. Suponha-se que o paciente sofrerá um forte abalo emocional se o médico lhe contar a verdade sobre a moléstia da qual padece, o que fatalmente diminuirá as chances de cura; deve o médico, nesse caso, dizer a verdade ou omiti-la? O segundo exemplo é o do conflito entre a regra que proíbe a concessão de medidas liminares contra a Fazenda Pública e a regra que estabelece ao Estado o dever de fornecer ao cidadão carente os medicamentos imprescindíveis à manutenção de sua vida. Uma das regras obriga o juiz a conceder, por medida liminar, o medicamento; a outra proíbe que ele proceda assim. Tanto no primeiro quanto no segundo caso, a solução do conflito não deve ocorrer mediante a declaração de invalidade de uma das regras, mas através de um processo de ponderação entre razões.³⁵¹

O próprio estabelecimento de exceções a uma regra constitui, para Ávila, um processo de ponderação. Deve-se, nesse caso, avaliar a importância das razões para a aplicação da regra

³⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 57.

³⁵⁰ *Ibidem*, loc. cit.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 58-59.

e a importância das razões para que, diante do caso concreto, seja criada uma exceção. Dizer que “regras são interpretadas” e “princípios são ponderados” não é exato, pois, mesmo quando o que se tem é uma simples subsunção, os conceitos subsumidos devem, necessariamente, ter passado por um processo de ponderação de razões; dizer que uma regra incide ou não incide significa avaliar as razões para a inclusão ou exclusão do conceito do fato no conceito previsto pela regra. É igualmente equivocado dizer que a relação entre a regra e a exceção não constitui um conflito, pois só uma delas pode ser aplicada ao caso, enquanto a relação entre princípios contrapostos constituiria um conflito autêntico, pois ambos seriam aplicados, apesar de um deles receber um peso maior que o do outro. Há, em ambos os casos, uma ponderação a ser realizada pelo aplicador, na qual as razões mais fortes falarão a favor da regra ou da exceção (no primeiro caso), de um princípio ou de outro (no segundo). Disso decorre que um dos princípios não será, na verdade, aplicado, o mesmo ocorrendo com a regra ou com a exceção.³⁵²

A ponderação de regras é visível também quando há a delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos, tais como os de Estado de Direito, certeza jurídica e democracia. A análise de razões é necessária em ambos os casos. As formulações do legislador, sempre decorrentes de generalizações feitas por ele, nunca podem prever todas as situações que surgirão no futuro, mesmo quando é possível reconhecer a tentativa de torná-las precisas em uma máxima medida. Uma regra que proíba a entrada de cães em restaurantes abrange filhotes recém-nascidos, cães empalhados, cães utilizados por policiais? O enfoque, aqui, deve recair sobre a razão justificativa da regra, a sua finalidade. Quando se tem em mente que a finalidade dessa regra está na proteção da tranquilidade e da segurança dos clientes, o aplicador pode decidir acerca da sua aplicação ou não aplicação àqueles casos específicos. A questão central é a determinação dos casos nos quais o aplicador pode buscar a razão justificativa da regra e dos casos nos quais ele deve permanecer fiel àquilo que está descrito na hipótese normativa. Isso depende de uma ponderação entre as razões que sustentam a obediência à regra, como a segurança jurídica e a previsibilidade do direito, e as razões que falam a favor da busca da razão justificativa da regra, quando não há congruência entre a finalidade da norma e os elementos descritos pela hipótese normativa.³⁵³

Também a aplicação de precedentes judiciais constitui, segundo Ávila, uma ponderação de regras, o mesmo ocorrendo na utilização de formas de argumento como a

³⁵² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 59-61.

³⁵³ *Ibidem*, p. 62-63.

analogia e o *argumentum e contrario*, dependendo-se, em todos esses casos, do sopesamento de razões para que se possa chegar a uma decisão.³⁵⁴

Todas essas considerações demonstram que a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação (*abwägungsbedürftig*). A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso.³⁵⁵

Dizer que o tipo de ponderação é diverso equivale a dizer que as regras e os princípios não estão submetidos ao mesmo processo argumentativo e justificativo de sopesamento de razões. Para as regras, ele consiste basicamente na avaliação da correspondência entre a construção conceitual da norma e a construção conceitual dos fatos; para os princípios, ele consiste na avaliação da congruência entre o estado de coisas que o princípio busca promover e o comportamento efetivamente adotado para essa promoção.³⁵⁶

Isso permite considerar como falsa também a ideia de que somente os princípios possuem dimensão de peso. A uma, porque também as regras são suscetíveis à ponderação, estando a dimensão axiológica incorporada a todas as normas da ordem jurídica, não apenas aos princípios; a duas, porque não são os princípios que possuem a dimensão de peso, mas as razões e os fins aos quais se referem, a qual será atribuída mediante um juízo valorativo do aplicador. O peso dessas razões não é determinado de antemão pelos princípios.³⁵⁷

Nesse sentido, sustenta Ávila:

o mero qualificativo de *princípio* pela doutrina ou pela jurisprudência não implica uma consideração de peso no sentido da compreensão de determinada prescrição como valor a ser objeto de ponderação com outros. O Poder Judiciário pode desprezar os limites textuais ou restringir o sentido usual de um dispositivo. Pode fazer dissociações de significado até então desconhecidas. A conexão entre a norma e o valor que preliminarmente lhe é sobrejacente não depende da norma enquanto tal ou de características diretamente encontráveis no dispositivo a partir do qual ela é construída, como estrutura hipotética. Essa conexão depende tanto das razões utilizadas pelo aplicador em relação à norma que aplica, quanto das circunstâncias avaliadas no próprio processo de aplicação. Enfim, a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso. Além disso, a atribuição de peso depende do *ponto de vista* escolhido pelo observador, podendo, em função dos fatos e da perspectiva com que se os analisa, uma norma ter maior ou menor peso, ou mesmo peso nenhum para a decisão.³⁵⁸

³⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 63.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 63-64.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 64-65.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 65.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 67-68.

3.1.2.2 Diversidade de princípios e de formas de colisão

Em conexão com a ideia da dimensão do peso está o conceito de princípio como dever de otimização (o “mandamento de otimização” de Alexy): princípios são normas cujo conteúdo deve ser aplicado na máxima medida. Ávila defende que isso não vale para todos os casos; há tipos de colisões entre princípios nos quais eles não se relacionam dessa forma.³⁵⁹

Quatro hipóteses podem ser vislumbradas aqui. A primeira delas ocorre quando há uma concordância entre os fins determinados pelos princípios em questão: nesse caso, a promoção do fim exigido por um deles leva necessariamente à promoção do fim exigido pelo outro. Assim, não há um dever de realização na medida máxima possível do princípio, mas um dever de realização na medida necessária para a promoção do fim determinado pelo outro. A segunda verifica-se quando a promoção do fim determinado por um dos princípios exclui a promoção do fim determinado pelo outro, o que significa que os fins por eles estabelecidos são alternativamente excludentes. Nesse caso, um dos princípios deve ser rejeitado, semelhantemente ao que ocorre no conflito entre regras. A terceira diz respeito aos casos nos quais a realização do fim determinado por um princípio contribui apenas para parte da realização do fim determinado pelo outro. Aqui, há uma complementaridade e uma limitação recíproca entre os princípios. A quarta e derradeira hipótese pode ser vislumbrada quando os princípios estabelecem fins indiferentes entre si, o que significa que a promoção do fim exigido por um princípio não terá qualquer influência na promoção do fim exigido pelo outro.³⁶⁰

Deve-se considerar, aqui, a diversidade existente no âmbito dos princípios. As teorias predominantes (Dworkin e Alexy) insistem em definir os princípios como normas dependentes de confronto horizontal com outros princípios, ou seja, como normas carecedoras de ponderação; para elas, são características essenciais dos princípios a restringibilidade e a afastabilidade. Tais características não estão, todavia, sempre presentes nos princípios.³⁶¹

Há, em primeiro lugar, princípios que desempenham diferentes funções, como aqueles que determinam o âmbito e o modo da atuação estatal (os princípios republicano, federativo, democrático, do Estado de Direito) e aqueles que determinam o conteúdo e os fins da atuação estatal (os princípios do Estado Social, da liberdade e da propriedade); princípios que desempenham diferentes funções estão entre si em uma relação de complementação, não

³⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 68.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 68-69.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 130-132.

podendo existir conflito e restrição recíproca entre eles. Em segundo lugar, há princípios que se situam em níveis superiores e em níveis inferiores, como se pode verificar na subordinação dos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da irretroatividade ao sobreprincípio do Estado de Direito; nesse caso, não há conflito entre os princípios, mas subordinação. Em terceiro lugar, princípios podem desenvolver tipos diferentes de eficácia (interpretativa, quando um princípio é interpretado de acordo com outro; integrativa, quando há o preenchimento de uma lacuna por um princípio; bloqueadora, quando uma norma legal é afastada devido a um princípio com ela incompatível), não havendo qualquer tipo de conflito entre os princípios nesse caso. Disso decorre que os princípios (os quais, como visto, podem ter natureza bastante diversa) não necessariamente são conflitantes entre si, o que significa que a “defectibilidade” (ou seja, a afastabilidade por razões em sentido contrário) não é, ao contrário do afirmado pelas teorias predominantes, um elemento essencial dos princípios; trata-se de um elemento meramente contingente.³⁶²

Ainda nessa direção, Ávila sustenta que princípios estruturantes, tais como os princípios do Estado de Direito, da separação dos poderes, republicano e federativo, são insuscetíveis à ponderação; ao normatizar o âmbito e o modo da atuação estatal, eles o fazem integralmente, não tendo uma eficácia *prima facie*, mas definitiva, nem graduável, mas linear. Como esses são princípios instrumentais, no sentido de que conformam a organização e a atuação do Estado, não é correto atribuir a eles uma dimensão de peso. Essas normas tampouco são regras, porque não são aplicadas mediante subsunção. Elas são princípios, não obstante ser impossível o seu afastamento no caso concreto através de uma ponderação. Há princípios que se ajustam à definição de princípio como norma carecedora de ponderação, como os relativos à liberdade e à propriedade, mas há princípios, como os estruturantes, que não podem ser vistos dessa forma.³⁶³ “Princípios não são necessariamente meras razões ou simples argumentos afastáveis, mas também estruturas e condições inafastáveis.”³⁶⁴

Para Ávila, a importância de uma definição de princípio que não inclua como um elemento determinante a possibilidade de restrição e de afastamento da norma está em preservar, para os princípios, o elemento da vinculação. Dizer que os princípios são normas suscetíveis à restrição e ao afastamento significa dizer que eles constituem normas que podem ou não ser levadas em consideração; em outras palavras, que eles não vinculam, de forma igual e livre de exceções, os destinatários. Trata-se de algo perigoso, pois permite que

³⁶² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 132-134.

³⁶³ *Ibidem*, p. 134-136.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 138.

qualquer princípio, por mais fundamental que seja, venha a ser afastado no caso concreto em nome de razões contrárias mais significativas. Os princípios tornam-se, nessa concepção, meras normas descartáveis, desprovidas de normatividade.³⁶⁵

Especificamente no que se refere à ponderação, Ávila defende a necessidade de adoção de um modelo rigoroso³⁶⁶ para que se evite o arbítrio na aplicação dos princípios:

No caso dos princípios, propugna-se por um modelo criterioso de aplicação, no qual os princípios têm funções específicas que não afastam pura e simplesmente as regras eventualmente aplicáveis. O essencial é que, mesmo havendo ponderação, ela deverá indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), efetuar a ponderação (ponderação) e fundamentar a ponderação feita. E, nessa fundamentação, deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados. Sem a observância desses requisitos ou fases, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que *explica* tudo, mas não *orienta* nada. E, nessa acepção, ela não representa nada mais de que uma “caixa preta” legitimadora de um “decisionismo” e formalizadora de um “intuicionismo moral”. Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento.³⁶⁷

³⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 136-141.

³⁶⁶ Em outro trabalho, Ávila assevera que a ponderação não pode ser tomada como um critério geral para a aplicação do direito. A concepção segundo a qual os princípios constitucionais devem ser ponderados sempre que se mostrarem relevantes para a decisão do caso implica uma onipresença desses princípios, pois a amplitude a eles inerente significa que sempre poderão ser tomados como fundamento para uma decisão. Isso provoca, segundo ele, efeitos extremamente nocivos. Em primeiro lugar, um “antiescalonamento” da ordem jurídica, pois apenas os princípios constitucionais assumem relevância para a decisão, desprezando-se, com isso, as leis, os atos administrativos, os negócios jurídicos e assim por diante; trata-se de uma “constitucionalização total” da ordem jurídica. Em segundo lugar, o princípio democrático é prejudicado, pois a utilização dos princípios constitucionais em detrimento das regras emanadas do legislador democraticamente legitimado conduz à desvalorização do papel democrático exercido por ele, o que vai de encontro até mesmo a princípios constitucionais fundamentais, tais como o princípio democrático, o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes. Em terceiro lugar, a ponderação leva necessariamente ao subjetivismo e, com isso, prejudica o caráter heterolimitador e a própria normatividade do direito, uma vez que, sendo os princípios normas carentes de uma ponderação que pode simplesmente afastá-los no caso concreto pelas mãos do aplicador, as normas adquirem o caráter de meros conselhos, que podem ou não ser considerados e, mesmo que o sejam, não necessariamente determinam a conduta a ser adotada, além de aniquilar o caráter orientador do direito, pois o destinatário da norma, se a ponderação ocorre no âmbito do Poder Judiciário, somente pode saber depois da ponderação aquilo que deveria ter sabido antes. Ávila ressalta, todavia, que uma ponderação munida de critérios objetivos e atenta às limitações impostas pela separação de Poderes não acarreta necessariamente esses problemas. (Cf. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 19 out. 2013. p. 07-10.)

³⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 129-130.

Ávila pretende demonstrar, em suma, que não se pode fundar a distinção entre regras e princípios sobre a forma de aplicação dessas normas (as regras “no todo” e os princípios “na medida máxima”), pois ambas reclamam uma aplicação tendente a realizar de forma integral o seu respectivo conteúdo de dever-ser. Em apoio a essa tese, ele salienta que os princípios não podem ser, eles próprios, mandados de otimização, pois o mandado de otimização como tal não pode ser aplicado mais ou menos; ou o princípio é otimizado ou não é. O conteúdo de um princípio, não o seu uso como um mandado de otimização, é que deve ser otimizado. Ávila salienta que, diante de uma crítica nesse sentido, o próprio Alexy passou a adotar uma diferenciação entre comandos para otimizar e comandos para serem otimizados.³⁶⁸

O critério de distinção entre regras e princípios baseado no conflito normativo é, segundo Ávila, importante, mas com ressalvas. Não é possível afirmar, segundo ele, que o conflito entre princípios sempre ocorre no plano concreto, enquanto o conflito entre regras, sempre no plano abstrato. É possível conceber, mesmo abstratamente, um âmbito no qual um princípio, em consideração a outro princípio, não pode ser aplicado – por exemplo, na relação entre o princípio da liberdade de expressão e o princípio da proteção da esfera privada deve-se reconhecer, em abstrato, que a liberdade de expressão não pode expor demasiadamente a vida privada do cidadão. Além disso, as regras podem entrar em conflito no plano concreto, não no abstrato, como no caso do conflito entre as regras do código de ética médica, já citado.³⁶⁹

Uma classificação não pode, a pretexto de definir espécies normativas em nível preliminar, utilizar-se de elementos que dependem da consideração de todas as circunstâncias. Isso significa, por conseguinte, que os critérios do *modo final de aplicação* e do *conflito normativo* são inadequados para uma classificação abstrata, na medida em que dependem de elementos que só com a consideração de todas as circunstâncias podem ser corroborados.³⁷⁰

3.1.3 Inconsistência semântica e inconsistência sintática

No que tange ao uso da “distinção forte” entre regras e princípios, defendida por Dworkin e Alexy, segundo a qual as espécies normativas possuem qualidades diferentes (oposta à “distinção fraca”, para a qual princípios e regras diferenciam-se apenas quanto ao grau de abstração e generalidade, elevado nos princípios e inexistente, ou existente apenas em pequena medida, nas regras), Ávila assevera que tal distinção carrega duas inconsistências.³⁷¹

³⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 69-70.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 73.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 74.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 91-95.

A primeira delas é uma inconsistência semântica. Essa inconsistência reside na impropriedade da definição de princípio com base no modo final de aplicação e no modo de solução de antinomias. As espécies normativas (regras e princípios) não podem ser diferenciadas com base no modo de aplicação (ponderação ou subsunção), uma vez que, segundo Ávila, toda norma jurídica é aplicada através de um processo de ponderação. Regras, portanto, também são suscetíveis de ponderação; ela não é uma exclusividade dos princípios. As regras conhecem dois tipos de ponderação, a interna e a externa: elas carecem de uma ponderação interna porque a reconstrução do conteúdo semântico de sua hipótese e da finalidade que subjaz a elas está na dependência de um confronto entre várias alternativas de interpretação, e carecem de uma ponderação externa quando duas regras entram em conflito diante do caso concreto, sem que, para a solução do conflito, seja necessário declarar a invalidade de uma delas. Dessa forma, tanto o modo final de aplicação quanto o modo de solução de antinomias não se mostram adequados para distinguir as duas espécies normativas: ponderabilidade e superabilidade são características que podem ser encontradas não apenas nos princípios, mas também nas regras. Defender a distinção forte entre regras e princípios pode levar tanto à concepção de que as regras não são, em absolutamente nenhuma hipótese, passíveis de superação (quando elas, em casos extraordinários, o são) quanto à arbitrariedade no uso dos princípios, se não fornecido, ao mesmo tempo, um conjunto de critérios precisos de aplicação e argumentação.³⁷²

A segunda é uma inconsistência sintática. Essa inconsistência reside no fato de que há defensores da “distinção forte” que insistem em qualificar como “princípios” normas que não correspondem aos critérios por ela adotados para a definição de princípio. De acordo com Ávila, os “princípios” da não cumulatividade, da anterioridade, da irretroatividade e da imunidade, todos do direito tributário, deveriam ser entendidos, se empregados os critérios da distinção forte, como regras, não como princípios. Nenhuma dessas normas pode ser realizada em vários graus, de acordo com as restrições impostas por outros princípios. Segundo ele, para além de uma singela questão de nomenclatura, o equívoco de chamar de “princípios” normas que têm a estrutura correspondente às regras é extremamente perigoso, pois pode levar à flexibilização de normas que, do ponto de vista constitucional, deveriam ser tratadas com maior rigidez. Para Ávila, descumprir um princípio não é, ao contrário do que sustenta maciçamente a doutrina, mais grave do que descumprir uma regra; na verdade, ocorre o inverso. Nesse mesmo sentido, é incorreta a afirmação de que princípios prevalecem, em caso

³⁷² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 95-96.

de conflito, sobre regras de mesmo nível hierárquico; via de regra, é o contrário que deve acontecer.^{373 374}

3.1.4 Modelo alternativo

3.1.4.1 Regras, princípios e postulados

Baseado nisso, Ávila propõe o seu próprio modelo, no qual a distinção não ocorre somente entre duas categorias (regras e princípios), mas entre três (regras, princípios e postulados). O conceito de regra que ele propõe é o seguinte:

*As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.*³⁷⁵

Imediatamente após definir o conceito de regra, ele propõe um conceito de princípio:

*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.*³⁷⁶

Quanto à terceira categoria inserida em seu modelo, a dos postulados, Ávila adota a seguinte definição:

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas.³⁷⁷

³⁷³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 96-98.

³⁷⁴ Em conexão com isso está a ideia, exposta por Ávila em outro trabalho, segundo a qual a Constituição de 1988 é mais regulatória que principiológica, ou seja, é composta preponderantemente de regras, não de princípios. Uma das decorrências dessa concepção, segundo ele, é a impossibilidade de um princípio constitucional afastar a aplicação de uma regra situada no mesmo plano, sob pena de flexibilizar normas cuja rigidez é objetivamente pretendida pela Constituição. (Cf. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 19 out. 2013. p. 03-06.)

³⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 85.

³⁷⁶ *Ibidem*, loc. cit.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 143.

Em síntese, pode-se dizer que, no modelo proposto por Ávila, as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que descrevem uma conduta a ser necessariamente seguida pelo destinatário (o que pode significar uma obrigação, uma permissão ou uma proibição), ao passo que os princípios são normas imediatamente finalísticas, pois limitam-se a estabelecer um estado ideal de coisas, o qual somente pode ser atingido através de certos comportamentos.^{378 379} O elemento essencial dos princípios, no modelo por ele defendido, “é a indeterminação estrutural: princípios são prescrições finalísticas com elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas previamente determinadas.”³⁸⁰ Os postulados normativos aplicativos, por sua vez, são normas de segundo grau, normas que regulam a aplicação de outras normas. Estão situados, portanto, em um metanível. Eles não são princípios de acordo com o conceito adotado pela teoria dominante, pois não possuem nenhuma das suas características.³⁸¹ Como espécies de postulados, Ávila menciona (embora com algumas considerações adicionais) a ponderação, a concordância prática, a proibição de excesso, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade.^{382 383}

3.1.4.2 A proporcionalidade como postulado

Acerca da proporcionalidade,³⁸⁴ Ávila sustenta que a dificuldade de sua inclusão nas categorias de regra ou de princípio pode ser vista nas próprias teorias por ele criticadas;

³⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 78.

³⁷⁹ Em outra obra, Ávila faz uma distinção adicional no âmbito do conceito de princípio: ele coloca os princípios em sentido estrito e os sobreprincípios como espécies do gênero princípio. Os princípios em sentido estrito correspondem aos princípios na definição antes mencionada. Os sobreprincípios, por sua vez, são aqueles princípios que determinam a realização de um ideal mais amplo, de modo a abarcar ideais mais restritos. O princípio do Estado de Direito é, de acordo com essa definição, um sobreprincípio: a busca dos ideais por ele exigidos, tais como a juridicidade e a previsibilidade da atuação estatal, bem como a estabilidade dos direitos individuais, abarca ideais mais restritos, cuja realização é reclamada por outros princípios, como os da segurança jurídica e da legalidade. O sobreprincípio tem a função de orientar a aplicação e a interpretação dos seus subprincípios. (Cf. ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38-40.)

³⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 136.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 143-144.

³⁸² *Ibidem*, p. 163-198.

³⁸³ Em outro trabalho, Ávila defende a concepção de que o direito é “um conjunto composto de normas (princípios, regras) cuja interpretação e aplicação depende de postulados normativos (unidade, coerência, hierarquização, supremacia da Constituição, etc.), critérios normativos (superioridade, cronologia e especialidade), *topoi* (interesse público, bem comum, etc.) e valores.” (Cf. ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 01, n.º. 04, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2015. p. 17.)

³⁸⁴ O “dever de proporcionalidade” é, para Ávila, “um postulado normativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do

Alexy, por exemplo, não a enquadra explicitamente em uma dessas categorias, pois, embora a descreva como um princípio, ressalva que as suas máximas parciais podem ser vistas como regras.³⁸⁵ Contra isso, ele sustenta que a tentativa de inclusão da proporcionalidade nessas categorias significa não esclarecer, mas confundir. Adotando-se a distinção forte entre princípios e regras, a proporcionalidade não pode ser vista como um princípio, pois não pode ser realizada em diferentes graus, tampouco ser objeto de ponderação; não pode, da mesma forma, ser vista como regra, pois não há uma hipótese normativa e uma consequência que se ajustem ao modelo da subsunção, não podendo ela, tampouco, colidir com outra regra.³⁸⁶

Não se trata apenas de uma questão de nomenclatura. Definir os postulados como princípios ou regras cria um problema triplo: o primeiro é um problema fenomênico, pois os fenômenos são distintos e devem, portanto, receber designações distintas; o segundo é um problema de coerência, pois é impossível manter a coerência científica ao classificar a proporcionalidade como princípio ou como regra, tendo em vista que ela não pode se enquadrar em nenhuma dessas categorias; o terceiro é um problema de justificação, pois a proporcionalidade não é o objeto, mas o critério de aplicação da norma.³⁸⁷

Um último ponto da teoria de Ávila que aqui se mostra interessante é o do exame da proporcionalidade em sentido restrito. Ele salienta que tal exame consiste na comparação entre a importância da realização do fim almejado e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos, avaliação essa que é, segundo ele, fortemente subjetiva.³⁸⁸

3.2 AS CRÍTICAS DE LENIO LUIZ STRECK

3.2.1 Críticas relativas à discricionariedade

A obra de Alexy também é duramente criticada no Brasil por Lenio Luiz Streck. A crítica de Streck a Alexy diz respeito, sobretudo, a um ponto: o da discricionariedade.

poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.” (Cf. ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 01, n.º. 04, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2015. p. 31.)

³⁸⁵ Ávila ressalva, em outro lugar, que Alexy exclui a proporcionalidade do âmbito dos princípios, exclusão com a qual ele salienta concordar. (Cf. ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 01, n.º. 04, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2015. p. 24.)

³⁸⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 156-160.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 160.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 195.

Com efeito, Streck sustenta que a “Jurisprudência dos Valores” (originária do Tribunal Constitucional Federal alemão no segundo pós-guerra, que significou a superação, exigida pelo contexto histórico, da rígida legalidade através da referência a valores), embora tenha exercido um papel considerável na formação constitucional contemporânea de várias nações, foi recepcionada de forma equivocada no Brasil, país onde mesmo o estabelecimento de uma simples “legalidade burguesa” tem sido historicamente problemático. A tendência atual em confiar ao protagonismo judicial a tarefa de concretização dos direitos, decorrente dessa recepção equivocada, traz consigo o problema da discricionariedade dos juízes; as questões jurídicas são decididas de acordo com a “consciência do julgador”, o que, dentre outros problemas, inevitavelmente leva a um déficit democrático, na medida em que aponta para um protagonismo judicial nocivo à democracia. Segundo Streck, as teorias da argumentação (dentre as quais a de Alexy) são necessariamente dependentes dessa discricionariedade.³⁸⁹

No âmbito do direito constitucional, a discricionariedade manifesta-se no emprego arbitrário dos princípios. Decisões de ponderação são, na maioria dos casos (Streck ressalva que há decisões de ponderação que, do ponto de vista finalístico, podem ser consideradas constitucionalmente corretas), apenas um meio para o exercício da discricionariedade do julgador. O sopesamento entre meios e fins (exatamente o que Streck entende por “ponderação”) pode levar a respostas diferentes para casos idênticos, da mesma forma que o mesmo princípio pode ser usado para a sustentação de teses incompatíveis entre si.³⁹⁰ Nesse sentido, o modelo de “ponderação discricionária” proposto por Alexy pode abrir a porta para que direitos constitucionalmente garantidos sejam tratados como “valores negociáveis”, o que levaria à perda do caráter normativo da Constituição.³⁹¹

A discricionariedade, na forma defendida pelas teorias “procedurais-argumentativas” como a de Alexy, confunde-se com a arbitrariedade;³⁹² a “teoria da moda” (adjetivação dada por Streck à teoria da argumentação jurídica de Alexy), ao apostar suas fichas na subjetividade do intérprete, nada mais faz que reprimatizar a velha discricionariedade do positivismo, carregando, com isso, um letal déficit democrático. Streck salienta que o próprio Alexy reconhece a dependência de sua teoria em relação à discricionariedade.^{393 394}

³⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O Que É Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20-24.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 51-52.

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 239.

³⁹² STRECK, Lenio Luiz. **O Que É Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 68-69.

³⁹³ *Ibidem*, p. 93-94.

Na verdade, Alexy confunde texto e norma, deixando de lado a necessária problematização da aplicação, esquecendo-se, assim, do caso concreto. A teoria da argumentação proposta por Alexy busca uma espécie de ultra ou transracionalidade, alcançável a partir de fórmulas aptas a realizar o que ele denomina de ponderação de princípios.³⁹⁵

Para efetivamente superar o positivismo, uma teoria deve abandonar aquela que é uma de suas principais marcas, a discricionariedade. As teorias da argumentação, que dela são dependentes, não se mostram compatíveis com um modelo pós-positivista de teoria do direito.^{396 397} O combate travado por Streck contra a discricionariedade leva-o a rejeitar também a possibilidade, defendida por Alexy, de uma correção do direito positivo através da moral, uma vez que isso deve repousar, inevitavelmente, sobre o subjetivismo – a correção moral da lei somente pode ocorrer através das concepções de mundo adotadas pelo juiz.³⁹⁸ Tal circunstância implica, para Streck, uma dependência do direito relativamente à moral (embora isso seja rechaçado pelo próprio Alexy).³⁹⁹

Nesse ponto, Streck salienta que a teoria de Alexy afasta-se da de Dworkin, embora ambos sejam frequentemente postos lado a lado nas discussões acerca do pós-positivismo. Dworkin, com as críticas por ele dirigidas ao positivismo de Hart, procurou construir uma teoria jurídica antidiscionária, em oposição a Alexy, que vê a discricionariedade como inevitável.⁴⁰⁰

Isso, segundo Streck, pode ser visto nitidamente na teoria da ponderação. É o próprio juiz a escolher os princípios que devem ser postos em rota de colisão, bem como a decidir qual o resultado, com base no dever de otimização, desse conflito. Embora a ponderação

³⁹⁴ Para conferir suporte a essa tese, Streck faz menção à seguinte passagem da tradução para a língua portuguesa da Teoria dos Direitos Fundamentais (realizada por Virgílio Afonso da Silva): “Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.” (Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 611.)

³⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 117.

³⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O Que É Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 106.

³⁹⁷ Em outro lugar, Streck descreve a teoria de Alexy como representante de um “pós-positivismo de matriz analítica”, o qual não representa nada além de uma repetição do positivismo normativista de Kelsen e Hart, circunstância visível, sobretudo, pela dependência inexorável dessa teoria em relação à discricionariedade. Trata-se, segundo Streck, de um “pós-positivismo de continuidade”. (Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 503-504.)

³⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O Que É Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 112.

³⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 360.

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. Porque a Discricionariedade É um Grave Problema para Dworkin e Não o É para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, vol. 04, nº. 07, 2013. p. 345-346.

tenha como objetivo “racionalizar” o procedimento de aplicação do direito, ela acaba por agravar o problema da imprevisibilidade das decisões, gerando incerteza e dificultando o seu controle.⁴⁰¹

Streck salienta que o âmbito de “textura aberta” das normas (a tese de Hart) é, em Alexy, a “porta de entrada” para as questões de justiça (ou questões morais) no direito, em consonância com a ideia, por ele defendida, de que o direito necessariamente promove uma pretensão de correção, na qual está abrangida uma pretensão de correção moral. Alexy salienta que os casos situados nesse âmbito de abertura do direito positivo (os “casos difíceis”) devem ser decididos com o recurso a tais elementos “não jurídicos”, extraídos do “discurso prático geral”; trata-se da “concepção não positivista de direito” por ele defendida. Tudo isso torna a teoria de Alexy dependente da discricionariedade, teoria essa que, embora se apresente como “não positivista”, pode ser apontada como detentora de um positivismo latente.⁴⁰²

Tal circunstância ainda pode ser observada através da proximidade existente entre o “intérprete do positivismo” (que se vale da discricionariedade para escolher dentre várias alternativas de interpretação) e o “intérprete ponderador” (que se vale da discricionariedade para manejar os princípios aplicáveis ao caso). A existência de critérios oferecidos pela teoria da argumentação jurídica para a decisão não é, segundo Streck, suficiente para afastar a discricionariedade do “intérprete ponderador”, pois ela não oferece critérios para decidir qual o melhor critério.⁴⁰³ Em Alexy, a ponderação é um método cuja construção é deixada a cargo do próprio intérprete e cujos critérios sempre poderão ter sua validade questionada, o que faz ressurgir a dificuldade exposta no trilema de Münchhausen.^{404 405}

Ao lado dessa insuficiência teórica, Streck defende que o pensamento de Alexy vem sendo aplicado inadequadamente nos tribunais brasileiros. No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora sejam frequentes as menções ao conceito de ponderação, são raros os casos nos quais as etapas da ponderação estabelecidas por Alexy são

⁴⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. Porque a Discricionariedade É um Grave Problema para Dworkin e Não o É para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, vol. 04, nº. 07, 2013. p. 348.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 350-353.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 353-354.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 340.

⁴⁰⁵ Isso, segundo Streck, é visível também na teoria do discurso prático geral, quando Alexy postula a utilização de “regras de prioridade de segundo nível” para a solução de conflitos envolvendo “regras de prioridade de primeiro nível”, bem como na teoria do discurso jurídico, quando Alexy sustenta um peso *prima facie* maior de determinados argumentos. Em todos os casos, o trilema de Münchhausen reaparece. (Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 238-239.)

efetivamente respeitadas. Também a “norma de direito fundamental atribuída”,⁴⁰⁶ um dos conceitos centrais da teoria de Alexy, é relegada a um segundo plano. De acordo com o conceito de norma de direito fundamental atribuída (que, segundo Streck, representa uma concessão explícita de Alexy à discricionariedade judicial), há normas que podem ser atribuídas à Constituição sem que possam ser dela diretamente deduzidas, como o resultado do sopesamento de princípios em colisão. O que confere validade a essas normas (que possuem a estrutura das regras e que devem ser aplicadas ao caso subsuntivamente) é o respeito ao procedimento da ponderação, circunstância não verificável na prática dos tribunais brasileiros. Além disso, não é possível sequer falar na observância da teoria da argumentação no Brasil, o que inviabiliza o controle que ela permite, de uma forma ou de outra, sobre a aplicação dos princípios.⁴⁰⁷

Streck deixa transparecer inclusive que, em sua opinião, as regras estabelecidas na teoria da argumentação jurídica de Alexy seriam inúteis, pois nunca houve casos em que pudessem ter sido de fato empregadas: “Nenhum juiz ou tribunal – pelo menos até o presente momento – chegou a declinar em suas decisões: *‘A presente decisão é correta porque o falante não produziu nenhuma contradição’*; ou então, *‘o falante somente afirmou aquilo em que ele mesmo acredita’*, etc.”⁴⁰⁸ Nessa linha, prossegue ele:

E mais: que tipo de contribuição a teoria da argumentação pode dar ao problema hermenêutico em que o direito está constantemente envolvido e que se manifesta no âmbito da interpretação? Ou seja, que tipo de solução a teoria da argumentação apresenta para o problema da discricionariedade, se ela mesma não abre mão do *Leitmotiv* do positivismo? E, em face da inevitabilidade da discricionariedade, como evitar a arbitrariedade interpretativa?⁴⁰⁹

A ponderação vem sendo utilizada antes para a legitimação de decisões arbitrárias do que para a solução efetiva dos problemas atuais no âmbito do direito. Como ela está umbilicalmente ligada à discricionariedade, ela pode ser usada para conferir soluções diferentes a casos idênticos. É assim que medicamentos são, com base nela, deferidos e indeferidos a pessoas enfermas, bem com o princípio da dignidade humana é empregado arbitrariamente para a solução dos casos mais diversos. “Ponderar”, nesse sentido, nada mais é do que tentar esconder a subjetividade do intérprete: aquele que pondera efetua discricionariamente uma escolha e, a seguir, busca justificar essa escolha de uma forma pretensamente “racional”. Há, através de tal artifício, apenas uma “racionalização” da

⁴⁰⁶ Seja notado, aqui, que Streck faz menção ao conceito de norma de direito fundamental associada.

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. Porque a Discricionariedade É um Grave Problema para Dworkin e Não o É para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, vol. 04, nº. 07, 2013. p. 354-356.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 362.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, loc. cit.

discricionariiedade.⁴¹⁰ Nesse sentido, Streck chama a atenção para a circunstância de que, em Alexy, a própria fundamentação nada mais é do que algo “à disposição” do intérprete.⁴¹¹

Some-se a isso que a ponderação, tomada como método de solução dos casos difíceis, pressupõe a divisão dos casos jurídicos em “casos simples” e “casos difíceis”, divisão essa que pode ser reconduzida ao positivismo de Hart. Streck sustenta que essa divisão é incorreta: o fato de um caso poder ser enquadrado como “simples” ou “difícil” não depende de nenhuma propriedade sua, mas sim da possibilidade de sua compreensão – ou seja, da pré-compreensão daquele que interpreta. O mesmo caso pode ser “simples” para um intérprete e “difícil” para outro. O método da ponderação, nesse contexto, embora com a intenção de substituir o poder discricionário do juiz para a solução dos casos difíceis (os casos simples continuam a ser decididos, nesse modelo, através do método subsuntivo-dedutivo), desloca o problema da solução do conflito entre os princípios para a subjetividade do intérprete, caindo novamente naquela que representa a mais grave insuficiência do positivismo – a discricionariiedade judicial.⁴¹²

3.2.2 Princípio, norma, proporcionalidade e hermenêutica

A própria noção de princípio estabelecida por Alexy é criticada por Streck:

Na teoria da argumentação ocorre essa cisão (cesura) entre regra e princípio, *circunstância que provoca uma ligação umbilical do problema dos princípios com o da cisão entre casos fáceis e casos difíceis*. Isto pode ser facilmente detectado em Alexy, para quem todos os ordenamentos jurídicos possuem um âmbito de abertura, lugar em que se enquadram os casos difíceis, duvidosos, denominados *hard cases*, para os quais não haverá “regra aplicável”. Nesse caso, o juiz valer-se-á dos princípios (princípios, aqui, têm a forte conotação moral, porque “corretivos”).⁴¹³

O erro capital de Alexy está, segundo Streck, na distinção por ele feita entre regra e princípio (que pressupõe, respectivamente, a subsunção e a ponderação), pois a regra não é apenas uma “explicação causalista” cuja “insuficiência ôntica” requer o emprego dos princípios.⁴¹⁴ Streck rejeita, com isso, a concepção de Alexy segundo a qual princípios seriam “mandados de otimização”. Eis o que ele entende por “princípio”:

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Porque a Discricionariiedade É um Grave Problema para Dworkin e Não o É para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, vol. 04, nº. 07, 2013. p. 363-364.

⁴¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 286.

⁴¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 337-341.

⁴¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 307.

⁴¹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade. O fio condutor desses princípios é a diferença ontológica (*ontologische Differenz*). É por ela que o positivismo é invadido pelo mundo prático. A regra recebe do princípio a sua “espessura”, a sua significatividade (*Bedeutsamkeit*).⁴¹⁵

Nesse sentido, Streck salienta que a superação da distinção lógico-estrutural entre regras e princípios é condição para que se possa defender a existência de respostas adequadas ou corretas no direito.⁴¹⁶ A resposta que os princípios oferecem está no campo da hermenêutica (ou seja, no da compreensão) e não no analítico-procedimental (ou seja, no da fundamentação). Da mesma forma, ele defende ser incorreto sustentar que uma regra pode superar um princípio constitucional: isso dá azo a uma interpretação constitucional conforme as leis ordinárias (as regras), o que seria um retrocesso do ponto de vista hermenêutico.⁴¹⁷

A distinção fundamental entre ambas as teses é a seguinte: a teoria da argumentação (Alexy) define os princípios como mandados de otimização e, ao fazê-lo, reconhece a “abertura interpretativa” que eles proporcionam, na qual está necessariamente presente a subjetividade daquele que interpreta; a hermenêutica, por outro lado, defende que, através dos princípios, o mundo prático é introduzido no direito, o que leva a um fechamento da interpretação, de modo a diminuir o espaço de discricionariedade. O princípio da proporcionalidade possui, da mesma forma, um caráter distinto para a hermenêutica: ele significa a necessidade de coerência e integridade das decisões, vale dizer, ele explicita a circunstância de que a interpretação deve estar guiada por uma reconstrução integrativa do direito, evitando-se, através disso, tanto o problema da discricionariedade quanto o da arbitrariedade.⁴¹⁸

Streck também faz críticas ao conceito semântico de norma adotado por Alexy. Não se pode formular um conceito de norma que confira normatividade *a priori* às regras e aos princípios como tais. A norma não existe sem a interpretação, e a interpretação não existe sem que se esteja diante de um caso, real ou hipotético. Dito de outro modo: sendo a norma o

⁴¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225.

⁴¹⁶ Sobre o modo pelo qual essa questão é trabalhada em Alexy, aduz Streck: “Alexy defende uma ‘versão fraca da única resposta correta’ de Dworkin, mas, ao mesmo tempo, sustenta a ponderação como ‘método’ para a resolução de conflitos entre princípios e regras, o que não o afasta do problema da discricionariedade. De todo modo, parece contraditório que o mais importante adepto da teoria da argumentação jurídica – eminentemente procedimental – defenda a possibilidade de resposta certa (única ou não; versão forte ou versão fraca, não importando, aqui, o tipo ou a espécie).” (Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 362.)

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225-226.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 235-240.

produto da interpretação do texto, ela só pode ser realizada na concretude. A norma, nesse sentido, é um conceito interpretativo, não um conceito semântico. Disso decorre a impossibilidade de determinação antecipada do caráter normativo das espécies “regra” e “princípio”. Partindo-se de uma concepção como a de Alexy, chega-se ao seguinte problema: o que faz com que a liberdade de consciência seja um princípio e não uma regra? Os adeptos de sua teoria diriam: a amplitude de seu dever-ser como princípio, em oposição ao dever-ser das regras, que é restrito. Mas isso só pode ser afirmado em abstrato; no caso concreto, a amplitude do dever-ser desaparece. Em suma: o problema da concepção de norma de Alexy reside no fato de que ela estabelece os princípios como existentes abstratamente, antes de sua aplicação ao caso concreto.⁴¹⁹

Diante da insuficiência do modelo proposto por Alexy (e também de outros modelos, todos eles ainda presos à filosofia da consciência e, portanto, ao paradigma do esquema sujeito-objeto, incompatíveis com a revolução proporcionada na filosofia contemporânea pelo giro ontológico-linguístico, que deslocou o problema do conhecimento para o âmbito da linguagem), Streck propõe o modelo por ele construído, ao qual ele dá o nome de “nova crítica do direito” ou “crítica hermenêutica do direito”. Trata-se de um modelo decorrente da imbricação Heidegger-Gadamer-Dworkin, ou seja, uma fusão de horizontes entre a filosofia hermenêutica, a hermenêutica filosófica e a teoria integrativa do direito. De acordo com esse modelo, o cidadão é titular de um direito fundamental à resposta correta, resposta essa que será aquela constitucionalmente adequada.⁴²⁰

3.3 AS CRÍTICAS DE MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA

Outro crítico brasileiro à teoria de Alexy é Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Esse autor toma como ponto de partida de suas críticas o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no célebre “caso Ellwanger”, no qual, segundo ele, o raciocínio da “ponderação de valores” (oriundo da tradição da “jurisprudência dos valores” na Alemanha, na qual os princípios constitucionais são concebidos como “comandos otimizáveis”, cuja colisão determinará o resultado do caso concreto) foi utilizado para dar sustentação a posições totalmente diversas, o que evidencia que o processo de ponderação não é independente das pré-compreensões acerca dos valores que estão em jogo. Há, com isso, uma condução do

⁴¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 549-561.

⁴²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O Que É Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 91-92.

processo de ponderação por premissas axiológicas que não são discutidas durante o ponderar, resultando, ao final, em um privilégio de determinados pontos de vista em detrimento de outros.⁴²¹

Ainda no que tange ao “raciocínio da ponderação de valores”, Cattoni sustenta que, diferentemente do pressuposto nesse raciocínio, uma conduta somente pode ser ou lícita ou ilícita; *tertium non datur*. Uma conduta não pode ser considerada “meio lícita e meio ilícita”. Sustentar que há normas dependentes de uma aplicação gradual (em medida maior ou menor) e confundir tais normas com valores significa negar o caráter normativo (deontológico) do próprio direito.⁴²²

Conceitos como os de princípio da proporcionalidade, ponderação de bens ou interesses e princípios como valores otimizáveis representam, para Cattoni, uma confusão entre “argumentos de princípio” e “argumentos de política”. Os direitos não estão, nessa concepção, garantidos, ao mesmo tempo em que a jurisdição não encontra legitimidade. Nessa perspectiva, a relativização da distinção entre direito e política é nociva à democracia e incompatível com uma adequada compreensão do Estado Democrático de Direito, pois esconde um aumento das competências do Poder Judiciário (transformado em uma espécie de “superpoder”) diante do Legislativo e do Executivo, em uma postura intolerante e preconceituosa para com os processos políticos exigidos pela cidadania.⁴²³

3.4 AS CRÍTICAS DE LÚCIO ANTÔNIO CHAMON JUNIOR

Na mesma linha de Cattoni estão as críticas de outro autor, Lúcio Antônio Chamon Junior. Para Chamon, a proposta de uma “otimização dos princípios” no momento da aplicação, defendida por Alexy, não é adequada, pois, nos termos da crítica de Habermas a Alexy, o direito conhece apenas um código binário, não gradual.⁴²⁴

Por outro lado, o ideal de integridade defendido por Chamon (na esteira das teses de Habermas e Dworkin) leva à necessidade de um direito que reconheça, indistintamente e na maior medida possível, iguais liberdades subjetivas a todos os cidadãos, o que significa uma dependência (na maior medida possível) do direito em face da moral. Esse “na maior medida

⁴²¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição Democrática no Marco do Patriotismo Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 116-118.

⁴²² *Ibidem*, p. 118-119.

⁴²³ *Ibidem*, p. 121-125.

⁴²⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 105.

possível” não pode, todavia, ser lido de acordo com a teoria de Alexy, para o qual um mero ideal aproximativo seria suficiente.⁴²⁵

Ainda de acordo com Chamon, uma decisão somente pode ser racionalmente justificada se tomar por base a ideia de respeito (igual e recíproco) à liberdade daqueles que são afetados por ela. Com base nisso, não se pode querer inserir uma hierarquia axiológica na interpretação do direito, como postulado pela jurisprudência dos valores que permeia a obra de Alexy. A submissão de um indivíduo aos valores de outro indivíduo não é aceitável em sociedades marcadas pelo pluralismo, o que significa que o direito não pode tornar-se refém de uma concepção ética determinada.⁴²⁶

3.5 AS CRÍTICAS DE ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ

A crítica de Chamon encontra eco em outro autor, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Para Cruz, Alexy, ao admitir a precedência de um valor sobre outro, não é capaz de superar uma concepção etnocêntrica da sociedade. Ele trabalha, segundo Cruz, com uma “moralidade convencional”, pressupondo, da mesma forma que Kant, uma errônea subordinação do direito a uma moral convencional, ainda presa à ideia de direito natural.⁴²⁷

A “moralidade convencional” seria, nesse sentido, uma moralidade expressa por meio de valores sociais, surgidos e consolidados historicamente através de tradições relativas à cultura, à religião e ao idioma; por sua vez, a “moralidade pós-convencional” (concepção defendida por Cruz, com esteio no pensamento de Habermas) tem um caráter procedimental, filtrando, com base na reciprocidade, apenas valores absolutos e universais. Para aclarar esse ponto, Cruz cita a questão da homossexualidade: na tradição judaico-cristã, o comportamento homossexual é um desvio dos padrões normais de conduta e, como tal, visto como uma imoralidade. Tomando-se por base a moral convencional, seria possível justificar uma decisão contrária – por exemplo – à adoção de menores por casais homossexuais. Ao contrário, tomando-se por parâmetro a moralidade pós-convencional, o fator decisivo seria a reciprocidade: colocar-se-ia a questão acerca de como cada um veria o cerceamento de sua liberdade sexual e da possibilidade de criar filhos. A moralidade pós-convencional representa justamente a superação dos limites da moralidade convencional dos indivíduos através do

⁴²⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 286-290.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 139-140.

⁴²⁷ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 215.

recurso a princípios universais. Com base nessa distinção, Cruz defende que os discursos jurídicos não podem ser entendidos como um caso especial da argumentação moral geral.⁴²⁸

Cruz salienta que a “relativização axiológica” de Alexy, que o leva a sustentar que a correção de uma decisão será sempre relativa diante da ausência de racionalidade de uma legislação repleta de princípios e valores colidentes entre si, tem suas bases em uma equivocada subordinação do direito à moral convencional.⁴²⁹

A teoria da argumentação de Alexy é, segundo Cruz, viciada em razão desse equívoco. Para Alexy, o discurso jurídico, seja ele de fundamentação (relativo à legislação) ou de aplicação (relativo à jurisdição) pode ser identificado com uma forma especial de argumentação, do que decorre uma abertura desse discurso às questões pragmáticas, éticas e morais. Contra isso, Cruz, apoiando-se em Habermas, defende que o discurso de fundamentação (legislação) aparta-se do discurso de aplicação (jurisdição). O discurso de fundamentação (materializado no processo legislativo) confere à legalidade a sua legitimidade, na medida em que ele depende da racionalidade do agir comunicativo dos participantes (embora não seja possível afastar completamente o agir estratégico, presente na atuação de lobistas e grupos de pressão – se, contudo, esse agir estratégico prevalecer sobre a racionalidade argumentativa, haverá uma desnaturação do discurso de fundamentação e a legalidade, conseqüentemente, carecerá de legitimidade); por sua vez, o discurso de aplicação (materializado no processo judicial) permite a ação estratégica das partes. O agir comunicativo não é um pressuposto da validade do discurso de aplicação, ao contrário do que ocorre no discurso de fundamentação. Jurisdição e legislação são, portanto, atividades essencialmente distintas. O discurso de aplicação não admite, diferentemente do que ocorre com o discurso de fundamentação, o livre trânsito de argumentos pragmáticos ou ético-políticos – o discurso jurídico é, nesse sentido, autônomo, vale dizer, não subordinado à argumentação moral.⁴³⁰

Para Cruz, Alexy “não foi capaz de aperceber-se do fosso existente entre uma argumentação (jurídica) pautada/regrada por um processo e uma argumentação moral em geral.”⁴³¹ Baseando-se em Atienza, Cruz defende que, em um processo judicial, as partes não são obrigadas a uma cooperação na busca da verdade; predomina o agir estratégico, na medida em que as partes estão mais preocupadas com a obtenção de uma decisão favorável

⁴²⁸ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 215-216.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 227.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 227-230.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 228.

(aduzindo estrategicamente argumentos nesse sentido) do que com a verificação da verdade acerca do objeto do litígio, além de lidarem com limitações temporais e, em muitos casos, com uma distribuição assimétrica de papéis. Isso, todavia, não elimina a possibilidade de uma decisão imparcial, tendo em vista que o discurso de aplicação admite tal forma de agir estratégico, racionalizando-a por meio do processo. Algo distinto ocorre na argumentação moral; nela, o agir comunicativo predomina. Alexy limita-se a referir a semelhança estrutural dessas duas formas de argumentação, mas não dá a devida atenção às peculiaridades inerentes a cada uma (especialmente quanto às limitações colocadas no âmbito do processo judicial).⁴³²

O princípio da proporcionalidade, na definição oferecida por Alexy, é criticado ferrenhamente por Cruz. Os dois primeiros subprincípios da proporcionalidade, o da adequação e o da necessidade, exigem respectivamente uma apreciação judicial acerca da aptidão da medida para alcançar a finalidade almejada e uma apreciação judicial acerca de qual a medida menos gravosa; para Cruz, ambas as análises dependem de argumentos pragmáticos e, portanto, devem ser deixadas exclusivamente a cargo do legislador político, sob pena de criar-se uma confusão entre os discursos de fundamentação e de aplicação e, com isso, entre as funções jurisdicional e legislativa – o direito, se visto dessa forma, converter-se-ia exclusivamente em política, levando a um decisionismo absoluto do Poder Judiciário. Há, aqui, apenas um meio de justificar aquilo que o julgador quer ver justificado, o que pode levar, face à dimensão política dessa análise, a um amesquinamento dos direitos fundamentais em nome de interesses econômicos do Estado, além de uma chancela implícita dos abusos cometidos por governantes irresponsáveis. Quanto ao terceiro subprincípio, que envolve a ponderação em si mesma, Cruz sustenta haver uma incompatibilidade entre a ideia de ponderação e o caráter deontológico dos princípios. Na esteira de Habermas, ele defende que os princípios submetem-se ao código binário da licitude e ilicitude (imprescindível para o reconhecimento de sua deontologia), e não a uma escala de valores da qual o juiz pode dispor para determinar a solução do caso, como em Alexy.⁴³³

3.6 AS CRÍTICAS DE MARCELO CAMPOS GALUPPO

Também Marcelo Campos Galuppo faz críticas à teoria de Alexy. Baseando-se nas objeções de Habermas e Günther, Galuppo afirma que a concepção deontológica dos

⁴³² SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 228-229.

⁴³³ *Ibidem*, p. 239-243.

princípios defendida por Alexy é incompatível com o esvaziamento do caráter normativo desses mesmos princípios, decorrência inexorável de sua teoria. A ideia de ponderação, nesse sentido, leva a uma concepção “axiológizante” do direito, uma vez que a possibilidade de um princípio ser preferido em detrimento de outro somente existe quando os princípios são entendidos como valores – há, portanto, no pensamento de Alexy, uma confusão entre “princípios” e “valores”, com a conseqüente tentativa de solução do problema da colisão entre eles mediante um procedimento axiológico, a hierarquização dos valores no caso concreto.⁴³⁴

Se é possível uma aplicação gradual dos princípios, eles não podem ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de *dever*, como pressupõe o próprio Alexy, então elas somente podem ser cumpridas ou descumpridas. O dever, e conseqüentemente as normas, possuem um código binário, e não um código gradual. Portanto, dizendo entender que as normas jurídicas são conceitos deontológicos, Alexy se contradiz ao adotar um modelo axiológico para explicar o funcionamento desse tipo específico de norma (os princípios). Alexy esvazia os princípios jurídicos de sua função prescritiva quando fala em uma precedência (mesmo que condicionada) de um princípio normativo sobre outro em razão de seu peso, pois, seguindo a definição de Lalande, os valores indicam muito mais o registro de uma preferibilidade em um grupo social do que um dever para esse mesmo grupo, o que implica a possibilidade de concebê-los de forma hierarquizada.⁴³⁵

O equívoco de Alexy está em confundir normas com valores, subestimando as diferenças existentes entre a deontologia e a axiologia. Normas estabelecem um agir obrigatório; valores, um agir apenas teleológico. Normas possuem um código de validade binário (a norma somente pode ser válida ou inválida); valores, um gradual (admitem um escalonamento orientado pelo seu peso). A obrigatoriedade das normas é absoluta (elas obrigam o destinatário à adoção de um certo comportamento); a dos valores, relativa (eles apenas recomendam um agir em determinado sentido). Além disso, os critérios que os sistemas de normas e de valores devem satisfazer são distintos. Valores guiam as ações de uma forma teleológica, no sentido daquilo que é bom para uma dada comunidade, tendo em vista determinados fins por ela buscados. Dizer que algo é bom não equivale a dizer que algo é devido. Trata-se, nesse caso, de uma “fundamentação histórica”. Por outro lado, as normas (dentre as quais os princípios) pressupõem, diante de seu caráter deontológico, um outro tipo de fundamentação, uma “fundamentação racional” com pretensão de universalidade: trata-se da busca pelo universalmente correto. Em suma: os valores promovem uma pretensão de validade relativa, enquanto a justiça promove uma pretensão de validade absoluta.⁴³⁶

⁴³⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: Ensaio sobre o Modo de sua Aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, nº. 143, jul./set. 1999. p. 195-196.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 196.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 196-198.

Dando prosseguimento à crítica, Galuppo toma por base a teoria da integridade de Dworkin para afirmar que os princípios, ao invés de aplicados por ponderação, como em Alexy, excepcionam-se reciprocamente no caso concreto, face à impossibilidade de sua aplicação simultânea. Um princípio somente pode excepcionar a aplicação de outro, contudo, quando houver uma fundamentação suficiente para tanto do ponto de vista discursivo. Não se trata de uma contradição, mas de uma concorrência entre os princípios. O processo de aplicação dos princípios, guiado pela ideia de integridade do direito, não pressupõe a graduação sustentada por Alexy, mas a cessão de um princípio em face de outro em atenção às circunstâncias do caso concreto. Trata-se de um problema não valorativo, mas hermenêutico.⁴³⁷

Galuppo também faz críticas a Alexy baseando-se em Klaus Günther. Esse autor entende que a diferença entre regras e princípios diz respeito não à estrutura de ambos os tipos de norma, mas à forma de aplicação: os princípios são normas cuja aplicação depende de um procedimento argumentativo abarcador de todos os pontos de vista normativos que, em face das circunstâncias do caso, podem ser considerados relevantes – diante da abstração a eles inerente, a densidade deve ser atribuída aos princípios no caso concreto; regras, por outro lado, são normas aplicáveis independentemente de uma análise como essa, pois as circunstâncias que devem ser consideradas para a sua aplicação já estão pré-selecionadas no tipo da regra – estando elas (e apenas elas) presentes, deve ocorrer a sua aplicação. A distinção feita por Alexy não se mostra adequada, portanto.⁴³⁸

3.7 AS CRÍTICAS DE LEONARDO MARTINS

Também Leonardo Martins baseia-se em autores estrangeiros para fazer objeções ao pensamento de Alexy. Esse autor toma como ponto de partida os pontos levantados por Ralf Poscher, um dos principais críticos contemporâneos à teoria de Alexy na Alemanha, para desenvolver um conjunto de quatro críticas distintas: uma crítica epistemológica, uma crítica metodológica, uma crítica teórico-jurídica e uma crítica teórico-democrática.⁴³⁹

⁴³⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: Ensaio sobre o Modo de sua Aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, nº. 143, jul./set. 1999, p. 199-200.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 201-203.

⁴³⁹ MARTINS, Leonardo. Da Distinção entre Regras e Princípios e seus Problemas Epistemológicos, Metodológicos e Teórico-Jurídicos. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 337-348.

3.7.1 A crítica epistemológica

A primeira delas é a crítica epistemológica. De acordo com essa crítica, o conhecimento, qualquer que seja ele, para que possa receber a qualificação de “científico”, deve ser passível de refutação; desde Popper, a refutabilidade é condição da cientificidade de uma teoria. No que tange especificamente à teoria dos princípios, haveria, com base nisso, uma “suspeita epistemológica”, pois ela permite que se descreva praticamente qualquer fenômeno de acordo com o instrumental por ela fornecido, o que a torna imune a todo o tipo de crítica.⁴⁴⁰ Nesse sentido, ele aduz:

O potencial descritivo da teoria principiológica é quase ilimitado. Esta “vantagem” representaria, segundo Poscher, a um só tempo seu efeito de atração e uma de suas maiores deficiências. Como qualquer fenômeno pode ser descrito teórico-principiológicamente, também poderia sê-lo o fenômeno da jurisprudência constitucional, pois, qualquer que seja a decisão, ela poderá ser descrita como uma compensação ou harmonização entre princípios colidentes no caso concreto. Todos os aspectos relevantes a uma decisão judicial podem ser absorvidos como princípios pela teoria principiológica.⁴⁴¹

Partindo-se dos pressupostos estabelecidos pela teoria principiológica, todas as decisões envolvendo a jurisdição constitucional podem ser justificadas, do que decorre a inexistência de qualquer crítica a essas decisões nas obras dos teóricos dos princípios. Da mesma forma, todas as deficiências apontadas contra a teoria dos princípios podem ser resolvidas com a elevação do aspecto criticado à categoria de princípio formal, tornando-o passível de ponderação e, destarte, fazendo com que a crítica perca seu objeto. Diante disso, pergunta-se: é possível considerar como “científica” uma teoria que se mostra imune à crítica e que, portanto, nunca poderá ser refutada? Trata-se de algo extremamente duvidoso. Embora essa teoria tudo explique, ela não é capaz de oferecer uma orientação segura; o atrativo de tal teoria está no seu potencial quase infinito de apresentar as decisões da jurisdição constitucional como colisões entre princípios, mas sua falha reside justamente em sempre admitir uma resposta afirmativa à pergunta acerca da possibilidade de uma decisão em sentido contrário. Ao mesmo tempo em que ela justifica uma decisão, ela sempre poderá justificar também a decisão oposta.^{442 443}

⁴⁴⁰ MARTINS, Leonardo. Da Distinção entre Regras e Princípios e seus Problemas Epistemológicos, Metodológicos e Teórico-Jurídicos. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 337-338.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 338.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 338-339.

⁴⁴³ A fim de comprovar isso, Martins faz alusão ao “caso da pesagem de botijões de gás” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 855-2), na qual estava em jogo a inconstitucionalidade de uma lei estadual que

3.7.2 A crítica metodológica

Em sequência, aparece a crítica metodológica. De acordo com ela, o conceito de regra elaborado por Alexy (norma aplicável mediante subsunção, em contraste com o princípio, aplicável mediante ponderação) é problemático, posto que demasiadamente restrito; regras, de acordo com esse conceito, seriam normas para as quais a argumentação jurídica seria dispensável (normas com conteúdo técnico e quantificador, por exemplo). A argumentação jurídica, tão importante para os princípios (já que é através dela que o peso dos princípios colidentes é revelado), não desempenharia, para as regras, nenhum papel. Isso não é correto, pois a argumentação também é importante no caso das regras; há, nesse sentido, regras que demandam otimização e ponderação.⁴⁴⁴ “A distinção categorial de Alexy passa, portanto, ao largo das possibilidades estruturais de uma metodologia jurídica fundada no direito posto.”⁴⁴⁵

Nesse sentido, a teoria principiológica não está de acordo com a tradição continental europeia das fontes do direito. A distinção entre regras e princípios é certamente adequada à tradição jurídica anglo-saxônica, que admite a argumentação jurídica racional como fonte do direito e, ao mesmo tempo, não segue a tradição continental na leitura dos princípios democrático e da separação dos Poderes, na qual o direito brasileiro está inserido.⁴⁴⁶

3.7.3 A crítica teórico-jurídica

A próxima crítica desenvolvida por Martins é a teórico-jurídica. Segundo ela, há uma “autocontradição” na teoria principiológica, que consiste em uma inconsistência teórico-

obrigava as empresas distribuidoras de gás à pesagem dos botijões na presença do consumidor. A leitura principiológica desse caso consistiria em um conflito entre princípios, no caso, a liberdade empresarial e o direito do consumidor. Ambos os princípios seriam, nessa hipótese, mandamentos de otimização, e o conflito entre eles poderia ser resolvido de acordo com a lei de colisão de Alexy. Nessa linha, a prevalência do direito do consumidor sobre a liberdade empresarial levaria à constitucionalidade da lei. Pergunta-se, todavia: esse reconhecimento exclui o reconhecimento oposto (o de que o princípio da liberdade empresarial deve prevalecer sobre o direito do consumidor)? Se o operador jurídico desse mais importância a outras razões, não poderia ele chegar à conclusão oposta? Para Martins, ambas as soluções são perfeitamente fundamentáveis nos termos da lei de colisão. Ela permite apenas uma revisão interna da argumentação adotada para a solução do caso. Ao fundamentar qualquer ponderação, a lei de colisão torna-se imune à refutação e, com isso, não preenche um requisito elementar de cientificidade. (Cf. MARTINS, Leonardo. Da Distinção entre Regras e Princípios e seus Problemas Epistemológicos, Metodológicos e Teórico-Jurídicos. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 339-341.)

⁴⁴⁴ MARTINS, Leonardo. Da Distinção entre Regras e Princípios e seus Problemas Epistemológicos, Metodológicos e Teórico-Jurídicos. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 342.

⁴⁴⁵ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 348.

normativa acerca da distinção entre princípios e regras: os “mandamentos de otimização” são na verdade regras, e não princípios, o que significa que, na teoria de Alexy, os princípios não são tipos normativos diferenciados.⁴⁴⁷

Em uma tentativa de defesa da teoria principiológica, estabeleceu-se os princípios não mais como mandamentos de otimização eles próprios, mas como objeto da otimização. De acordo com essa tese, os princípios tornam-se “mandamentos a serem otimizados”, repousando em um “nível ideal”, distinto do nível ao qual pertencem os objetos do sistema jurídico. Há, com isso, uma “idealização” do dever-ser dos objetos dos princípios, correspondente a um “dever-ser definitivo” dos mandamentos de otimização. Esse nível ideal é, todavia, supérfluo.⁴⁴⁸ Para demonstrá-lo, Martins menciona dois exemplos:

Uma norma que prescreva a otimização do percentual de cloro na água potável que serve a uma determinada região terá como objeto da otimização o percentual de cloro na água. Qual seria o significado da idealização do percentual de cloro na água como princípio do percentual de cloro na água ao nível de um dever ser ideal para a aplicação da norma em pauta? Uma outra norma que prescreva a otimização do peso de atletas terá como objeto da otimização o peso de atletas. Qual seria o significado da idealização do peso dos atletas como princípio do peso dos atletas ao nível de um dever ser ideal para a aplicação da norma?⁴⁴⁹

A tentativa de defesa da teoria principiológica não elimina, portanto, a mencionada contradição. Coloca-se, nesse âmbito, um novo problema: a distinção estrutural entre princípios e regras conduz à plena aplicabilidade da ideia de proporcionalidade em sentido estrito, a qual, ao mesmo tempo em que carece de uma fundamentação teórica e dogmática, traz consigo o risco de uma mudança na estrutura da organização estatal, com a invasão da autonomia dos titulares da função legislativa, a comprometer a legitimação constitucional democrática. A teoria dos princípios padece, portanto, de um problema de legitimação.

3.7.4 A crítica teórico-democrática

O processo de constitucionalização do direito, processo esse que encontra uma nítida expressão na teoria principiológica, esconde problemas graves e preocupantes, para as quais a mencionada teoria não oferece uma resposta. O esmaecimento da fronteira entre direito e política, produto da constitucionalização, levou à redefinição da relação entre as funções

⁴⁴⁷ MARTINS, Leonardo. Da Distinção entre Regras e Princípios e seus Problemas Epistemológicos, Metodológicos e Teórico-Jurídicos. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 342-343.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 343.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 343-346.

judiciária e legislativa, subtraindo-se indevidamente competências à instância política e transferindo-as à jurídica.⁴⁵⁰

No caso do Brasil, esse problema aparece de forma particularmente aguda: ele acaba por impedir a maturação do legislador, em um contexto histórico já permeado pela politização do direito. Não há, nesse sentido, órgão do Poder Judiciário que possa substituir o legislador na tomada de decisões políticas, mormente em países que não dispõem de uma democracia totalmente amadurecida, como o Brasil.⁴⁵¹

Em suma: o fomento do ativismo judicial, com a conseqüente relegação do processo democrático a segundo plano, é um risco ignorado por aqueles que defendem a recepção acrítica da teoria principiológica no Brasil, tendo em vista que essa teoria não oferece padrões claros para a apreciação daquilo que é de responsabilidade política e daquilo que pode ser objeto de revisão judicial.⁴⁵²

⁴⁵⁰ MARTINS, Leonardo. Da Distinção entre Regras e Princípios e seus Problemas Epistemológicos, Metodológicos e Teórico-Jurídicos. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 346.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 347.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 348.

4 ANÁLISE DAS CRÍTICAS AO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY NO BRASIL

As críticas descritas no capítulo anterior serão objeto de análise de agora em diante. Manter-se-á, para tanto, a ordem de exposição antes adotada.

4.1 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE HUMBERTO BERGMANN ÁVILA

As críticas de Ávila a Alexy são, em sua totalidade, improcedentes. Elas tomam por base uma compreensão distorcida da teoria desse último e não estão em condições de oferecer um modelo cientificamente superior para a explicação da estrutura e do funcionamento de regras e princípios. É o que se passa a demonstrar.

4.1.1 Critérios para a distinção entre regras e princípios

A primeira das críticas que Ávila dirige a Alexy consiste em uma suposta adoção equivocada dos critérios do modo final de aplicação e do modo de solução de conflitos normativos como os pontos-chave para a distinção operada entre regras e princípios.⁴⁵³ De plano, pode-se constatar um problema na crítica, problema esse que, embora pareça irrelevante à primeira vista, tem consequências graves: o núcleo da distinção entre regras e princípios elaborada por Alexy não está nos critérios mencionados por Ávila, mas na diferença de estrutura lógica entre as duas espécies normativas.

Com efeito, Alexy descreve a sua distinção entre regras e princípios como uma distinção qualitativa, afastando-se, com isso, de Ávila, cuja distinção baseia-se apenas na diferença quanto ao grau de generalidade. São de fundamental importância as decorrências dessa constatação;⁴⁵⁴ por ora, contudo, basta aludir que a natureza da distinção efetuada por ambos os autores é distinta.

Para Alexy, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam a realização de algo em uma medida máxima possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que regras são mandamentos definitivos, normas que somente podem ou ser cumpridas ou não cumpridas, pois suas fixações encontram-se dentro do quadro do fática e juridicamente possível. Esse é o núcleo da tese de Alexy, núcleo esse que deixa claramente à mostra a distinção lógico-estrutural entre regras e princípios. Os critérios que

⁴⁵³ Ver supra, itens 3.1.1 e 3.1.2.

⁴⁵⁴ Ver infra, item 4.1.5.

Ávila acusa Alexy de adotar (modo final de aplicação e modo de solução de conflitos normativos) representam apenas uma decorrência, embora relevante, dessa distinção: é o distinto caráter de princípios e regras (mandamentos de otimização e mandamentos definitivos) que leva a diferentes modos de aplicação (ponderação para os princípios, subsunção para as regras) e a diferentes modos de solução de antinomias (estabelecimento de relações de precedência condicionada para os princípios, exclusão do ordenamento jurídico ou inserção de exceções para as regras).⁴⁵⁵ Em suma: Ávila critica a distinção de Alexy tomando por base suas decorrências, não o seu núcleo.⁴⁵⁶

Além disso, a crítica padece de sérias imprecisões terminológicas. Ávila afirma que Alexy “define as regras como normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas”,⁴⁵⁷ “premissas”, todavia, é uma palavra totalmente estranha ao conceito de regra adotado por Alexy – ele não faz, nos textos originais, qualquer alusão ao termo *Prämisse* ou a qualquer outro com significado semelhante.⁴⁵⁸ Um pouco mais adiante, Ávila afirma que, de acordo com as teorias por ele criticadas (dentre as quais a de Alexy), as regras possuem um “caráter absoluto”⁴⁵⁹ e constituem normas que demandam um “modo absoluto de aplicação”.⁴⁶⁰ Não se pode dizer, todavia, que, na teoria de Alexy, as regras sejam concebidas dessa forma: elas, embora mandamentos definitivos, possuem um caráter *prima facie*, já que não excluem de todo a possibilidade de sua superação em face de normas em sentido contrário, embora esse caráter *prima facie* seja substancialmente mais forte que o dos

⁴⁵⁵ Sobre os conceitos aqui mencionados, ver *supra*, item 2.1.2.

⁴⁵⁶ Ao tratar da questão relativa às colisões de princípios e aos conflitos entre regras, Alexy afirma expressamente que a distinção entre as duas espécies normativas “mostra-se o mais claramente” (*zeigt sich am deutlichsten*) quando se dirige o olhar para o modo de solução das antinomias. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 77.) Não se trata de um “critério de distinção”, como supõe Ávila, mas de uma decorrência da distinção lógico-estrutural entre regras e princípios.

⁴⁵⁷ Ver *supra*, item 3.1.1.

⁴⁵⁸ Ávila cita, nesse ponto, dois textos de Alexy: *Theorie der Grundrechte* e *Rechtssystem und praktische Vernunft*, esse último incluído no volume *Recht, Vernunft, Diskurs*. (Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 48. nota 46.) Em ambos, está ausente da definição de regra o termo “premissa” (ver, a respeito, o conceito de regra em Alexy, exposto no item 2.1.2.1). Ocupando-se dessa imprecisão terminológica, Ludwig observa: “Em ambos os textos, o termo utilizado por Alexy (*erfüllen, Erfüllung*), não diz com raciocínio ou com preenchimento de premissas; a definição de Alexy quanto a regras remete ao plano prático do cumprimento, ou seja, não labora no plano lógico-semântico e, sim, no plano prático, em que se cumpre (ou não) o que prescrito no nível deontico: o cumprimento de uma regra se distingue do de um princípio essencialmente por somente poder ser ou tudo, ou nada; somente se pode ou cumprir ou não cumprir uma regra.” (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 425. nota 1172.) Assim colocada, a questão acaba por transcender a pura terminologia; ela aponta para um problema mais sério, a confusão entre os planos semântico e prático. Isso será analisado mais adiante (ver *infra*, item 4.1.2).

⁴⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 49.

⁴⁶⁰ *Ibidem, loc. cit.*

princípios.⁴⁶¹ Um tal caráter “absoluto” das regras pode ser verificado em Dworkin, quando esse autor aponta para o modo de aplicação tudo-ou-nada e para a possibilidade de enumeração de todas as exceções,⁴⁶² mas não em Alexy. A crítica de Ávila poderia servir para o primeiro, mas não para o segundo. Essa ressalva, contudo, não é feita pelo crítico; ao contrário, ele dirige objeções idênticas a Dworkin e a Alexy,⁴⁶³ acabando por passar ao largo das importantes diferenças existentes entre as teorias desses autores.⁴⁶⁴

No mesmo parágrafo em que se expressa de forma infeliz, ao pretender retratar Alexy como o defensor de uma espécie de “absoluto” em relação às regras, Ávila incorre em outra infelicidade, até mais grave do que a primeira: ele mostra desconhecimento do modelo semântico de norma adotado por Alexy. Ao afirmar que “o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete”,⁴⁶⁵ Ávila está apenas reproduzindo o conceito semântico de norma, tal qual ele aparece em Alexy.⁴⁶⁶ Se é certo que a norma é o significado de uma proposição normativa, não é menos certo que a qualificação de regra ou de princípio deve ser conferida à norma, não à proposição normativa. Embora Ávila pretenda criticar Alexy, a crítica mostra-se, nesse ponto, uma reprodução de algo que pode ser encontrado na teoria do próprio autor criticado.

Oferecendo uma resposta a uma das críticas que Klaus Günther dirigiu à sua teoria, Alexy reconhece que há casos nos quais é difícil decidir se a norma deve ser tratada como regra ou como princípio, já que isso é um problema de interpretação, para o qual inexistem critérios asseguradores de uma resposta clara em todos os casos.⁴⁶⁷ A interpretação é, portanto, indispensável para que se possa conceder a uma norma o caráter de regra ou de princípio. Trata-se de um trabalho do intérprete, não um dado *a priori* existente na proposição normativa. O que possibilita uma interpretação em um ou em outro sentido é a diferença estrutural entre as categorias, essa sim existente antes do processo de interpretação⁴⁶⁸ – apenas

⁴⁶¹ Ver supra, item 2.1.2.1.

⁴⁶² Ver supra, item 1.2.1.2.

⁴⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 48-70.

⁴⁶⁴ Ver supra, nota 197.

⁴⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 49.

⁴⁶⁶ Ver supra, item 2.1.1.

⁴⁶⁷ HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 113.

⁴⁶⁸ Com isso, também a crítica de Ávila, no sentido de que o critério de distinção baseado no modo de aplicação não permite que se antecipe o caráter da norma (regra ou princípio) antes que ela seja aplicada (ver supra, item 3.1.1), mostra-se insustentável; ela esbarra na ideia de otimização, ou seja, na possibilidade de cumprimento

é possível distinguir entre regras e princípios nesse processo quando se leva em consideração o fato de que a norma pode corresponder a qualquer das espécies normativas.⁴⁶⁹

4.1.2 Ponderação de regras

A pouca importância que Ávila concede ao conceito de mandamento de otimização é visível também em um ponto fundamental de suas críticas a Alexy: a ideia de “ponderação de regras”. Com efeito, Ávila sustenta repetidas vezes que regras, assim como princípios, são passíveis de ponderação,⁴⁷⁰ o que vai frontalmente de encontro ao pensamento de Alexy, no qual pode ser vista uma separação rígida entre as formas de aplicação de princípios (ponderação) e regras (subsunção). A divergência está situada no âmbito do conceito de ponderação.

Em Alexy, a ponderação é a forma característica de aplicação dos princípios, o que só pode ser compreendido adequadamente quando se leva em conta a estrutura dos princípios como mandamentos de otimização. A conexão estabelecida por Alexy entre a natureza dos princípios e o princípio da proporcionalidade, cujo terceiro princípio parcial, o da proporcionalidade em sentido restrito, tem a ponderação por objeto, demonstra isso claramente: princípios exigem ponderação em razão de sua natureza de mandamentos de otimização ante as possibilidades jurídicas.⁴⁷¹ Há, na teoria de Alexy, uma relação indissociável entre princípios e ponderação; uma “ponderação de regras” não tem lugar.

Em Ávila, que não trabalha com a distinção lógico-estrutural entre regras e princípios, a ponderação é o “sopesamento de razões e contrarrazões que culmina com a decisão de interpretação”.⁴⁷² Trata-se, portanto, de um conceito de ponderação mais amplo do que aquele estabelecido por Alexy.

O conceito de ponderação formulado por Ávila é, todavia, problemático. Através dele, praticamente tudo o que se entende por tarefa da ciência do direito pode ser tido por “ponderação”. O operador jurídico que, ao proferir uma decisão, analisa os fundamentos

gradual da norma. Trata-se de outra decorrência do problema já exposto, a desconsideração da diferença de estrutura lógica entre regras e princípios.

⁴⁶⁹ Nesse sentido, salienta Ludwig: “[...] o modo diverso com que são interpretadas as disposições legais – ora como regras ora como princípios, não solapa a diferença entre as espécies normativas, apenas confirma que a interpretação adota múltiplos caminhos, o que somente é possível pelo fato de existir a diferença.” (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 429.)

⁴⁷⁰ Ver supra, itens 3.1.1, 3.1.2.1 e 3.1.3.

⁴⁷¹ Ver supra, item 2.1.2.3.

⁴⁷² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 57.

trazidos por ambas as partes estará, de acordo com esse conceito, invariavelmente realizando uma ponderação, seja qual for a estrutura das normas a aplicar. Ávila, nessa medida, “inflou” o conceito de ponderação, de modo a poder nele incluir tanto a aplicação das regras quanto a dos princípios. O crítico, todavia, não oferece nenhum fundamento plausível para a superioridade, do ponto de vista científico, desse conceito ampliado de ponderação sobre o conceito de ponderação de Alexy – o qual, como já visto, não pode ser separado da ideia de otimização.⁴⁷³ Em adição a isso, cumpre salientar que, em Alexy, a ponderação pode ser representada por um esquema matemático, o da fórmula peso, que será melhor analisado mais adiante⁴⁷⁴ - a teoria de Ávila não permite uma representação desse tipo.

A discrepância entre as concepções de ponderação pode ser vista quando Ávila menciona que as regras, assim como os princípios, podem ter sua aplicação condicionada pela consideração de aspectos concretos e individuais, impondo-se a ponderação para ambas as espécies normativas.⁴⁷⁵ Respondendo a Günther, que fizera uma crítica semelhante à de Ávila, Alexy sustentou: o “considerar” não se confunde com o “otimizar”. Mesmo normas que somente podem ser ou cumpridas ou não cumpridas (regras) admitem ser aplicadas de uma forma que comporte a consideração de todas as circunstâncias. Por outro lado, otimizar uma norma pressupõe que ela possa ser cumprida em diferentes graus. O otimizar depende da consideração de todas as circunstâncias; a consideração de todas as circunstâncias, contudo, não ocorre só no otimizar.⁴⁷⁶ O problema é essencialmente o mesmo: Ávila não deu a importância necessária à ideia de otimização e ao papel central desse conceito na teoria dos princípios de Alexy.

Quando Ávila critica Alexy com base na possibilidade de ponderação de regras, está tomando por base um conceito por ele construído (o “conceito ampliado”) de ponderação, não o conceito de ponderação que aparece no autor criticado por ele. Trata-se de algo a ser ressaltado: Ávila não está chamando a atenção para um equívoco de Alexy, que não teria percebido a possibilidade de uma ponderação de regras no âmbito de sua própria teoria; ao contrário, Ávila defende essa possibilidade com base em um conceito distorcido de ponderação, incompatível com a otimização inerente aos princípios.

⁴⁷³ Há um dito popular que se ajusta perfeitamente à construção de Ávila: “à noite, todos os gatos são pardos.” O crítico “obscureceu” a ideia de ponderação, de modo a possibilitar que, através dela, tanto regras quanto princípios sejam tidos por ponderáveis, tornando invisível, com isso, uma distinção que, em Alexy, é perfeitamente clara.

⁴⁷⁴ Ver infra, item 4.1.3.

⁴⁷⁵ Ver supra, item 3.1.1.

⁴⁷⁶ HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 112.

Surge, nesse ponto, um novo problema. A ponderação que Ávila defende no âmbito das regras possui um caráter semântico, circunstância que pode ser verificada claramente quando ele faz alusão à vagueza como uma característica existente tanto nas regras quanto nos princípios. Ambas as espécies tratariam, segundo Ávila, de hipóteses normativas semanticamente abertas (nesse sentido, os exemplos da inclusão do livro eletrônico na regra da imunidade tributária e a abrangência da regra que proíbe a entrada de cães em restaurantes; depende-se, no primeiro exemplo tanto quanto no segundo, de uma “ponderação de razões” para que a norma possa incidir ao caso concreto).⁴⁷⁷

Alexy, ao contrário, não trabalha com a ponderação no plano semântico, mas no prático. “Ponderar”, nessa concepção, significa pôr em relação princípios colidentes diante do caso concreto (o que, reiterar-se, é possível somente na medida em que os princípios são entendidos como mandamentos de otimização) e disso extrair uma regra que servirá para solucionar o caso; a ponderação está ligada à possibilidade de cumprimento gradual daquilo que o princípio prescreve. Não entra em questão o aspecto semântico da norma. A vagueza das regras não é, em Alexy, um problema de ponderação, mas de interpretação.⁴⁷⁸

Com efeito, para estabelecer adequadamente o contraste entre as concepções de ambos os autores, pode-se dizer que muito daquilo que Ávila entende por ponderação é, em Alexy, objeto da interpretação.⁴⁷⁹ Interpretação, na concepção de Alexy, nada mais é do que

⁴⁷⁷ Ver supra, itens 3.1.1 e 3.1.2.

⁴⁷⁸ Nesse sentido, Alexy menciona ser possível a existência de regras que prescrevem condutas passíveis de cumprimento em diferentes graus, desde que seja exigido um determinado grau relativamente a essa conduta. Isso acontece, por exemplo, com a regra (usual em diversos ramos do direito) que exige a observância de um determinado grau de cuidado. No caso concreto, é comum o surgimento de dúvidas acerca de qual seria efetivamente o grau de cuidado exigido pela regra; isso, todavia, não a descaracteriza como regra. Trata-se, ao contrário, de algo que pode ocorrer na aplicação de qualquer norma. A pergunta a ser feita, nesse caso, é se o grau de cuidado exigido foi satisfeito ou não. É, portanto, uma norma que somente pode ser cumprida ou não cumprida – logo, uma regra. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 76. Fn. 25.) Isso torna clara a distinção entre os planos semântico e prático e seu papel no pensamento de Alexy: a extensão semântica do enunciado que prescreve o grau de cuidado é algo distinto das possibilidades de cumprimento da norma que prescreve o grau de cuidado. A distinção de Alexy entre regras e princípios está no segundo plano, não no primeiro. Saliente-se, aqui, que isso somente pode ser verificado no caso concreto, não *a priori*, como Ávila parece dar a entender quando refere que, no seu modelo, o mesmo dispositivo pode gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa (regra, princípio, postulado). (Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 75.)

⁴⁷⁹ Isso pode ser visto de forma particularmente clara no exemplo de Ávila sobre a regra que impede o ingresso de cães em restaurantes (ver supra, item 3.1.2.1). A interpretação literal da regra proíbe, em definitivo, a entrada de quaisquer desses animais nos referidos estabelecimentos; a interpretação teleológica da mesma regra, por outro lado, pode permiti-la em determinados casos (acerca dos argumentos linguístico e teleológico e do papel que eles desempenham na interpretação no âmbito da teoria de Alexy, ver supra, item 2.2.2.2). Sendo a finalidade da norma a garantia da segurança e da tranquilidade dos frequentadores, não haveria justificativa plausível para uma interpretação que impedisse a entrada, por exemplo, de um cão empalhado. Enfrentar esse problema é, contudo, uma tarefa da interpretação. Dizer, como faz Ávila, que a solução desse caso depende de uma ponderação significa apenas promover uma confusão entre os conceitos. O mesmo problema pode ser verificado quando ele diz que a ponderação está presente até mesmo na subsunção, pois a incidência da regra

argumentação;⁴⁸⁰ o “sopesamento entre razões e contrarrazões” que Ávila menciona é, nesse sentido, tarefa da interpretação. Com isso, a determinação da extensão semântica de uma norma deve ser entendida como uma questão interpretativa, não uma questão de ponderação.⁴⁸¹ O argumento semântico (que remete à interpretação semântica)⁴⁸² e os diferentes tipos de espaços semânticos (dentre os quais Alexy inclui o da vagueza)⁴⁸³ corroboram isso. Ao baralhar os planos semântico e prático, procurando introduzir a ponderação no primeiro (enquanto ela somente pode ser viável no segundo), Ávila cria uma grave confusão entre ponderação, interpretação e argumentação, o que permite concluir até mesmo que não houve, da parte dele, um reconhecimento adequado do lugar que a teoria da ponderação ocupa no pensamento de Alexy.⁴⁸⁴ Em poucas palavras: a ponderação de

correspondente não pode ocorrer sem a análise de razões contrárias e favoráveis (ver supra, item 3.1.2.1); isso nada mais é do que uma questão de interpretação. A teoria de Alexy oferece uma distinção clara entre a ponderação, de um lado, e a interpretação como argumentação, de outro, ao contrário da de Ávila, que, ao baralhá-las, mostra-se deveras confusa.

⁴⁸⁰ Ver supra, item 2.2.2.

⁴⁸¹ Nesse ponto, um caso especial da interpretação deve ser ressaltado. No âmbito da interpretação (argumentação) sistemática, Alexy reconhece vários subgrupos de argumentos, dentre os quais o dos argumentos de princípio, cuja tarefa está “entre outras coisas, nisto, levar à aplicação os princípios jurídicos, contidos no sistema jurídico, na interpretação de uma norma. Isso abarca, em casos difíceis, regularmente, uma ponderação entre princípios em sentido contrário. Em estados constitucionais democráticos, princípios constitucionais desempenham, nisso, um papel particular.” (Cf. ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 72.) Isso significa que os princípios e a ponderação podem desempenhar um papel na interpretação de normas. Um exemplo disso pode ser extraído do pensamento de Hart, quando, ao tratar da textura aberta, esse autor menciona o problema da inclusão do carrinho elétrico de brinquedo na categoria de veículo, categoria essa presente na norma que veda a entrada em um parque de objetos nela incluídos. Tomando-se os interesses conflitantes (de um lado, o desejo das crianças que utilizam esses brinquedos e, de outro, a manutenção da tranquilidade e do sossego no parque) como princípios, é possível concluir que a fixação da extensão da norma depende de uma ponderação entre eles. (Sobre o exemplo de Hart, ver supra, item 1.1.2.3.) O uso de princípios e ponderação na interpretação também ocorre com frequência na interpretação de regras que contêm conceitos indeterminados como “razoável”, “justo”, “bons costumes”, “reprovável”, “lealdade” e “boa-fé” – a simples presença desses conceitos não significa que a norma passa a ser um princípio; ela continua a ser uma regra, pois somente pode ser cumprida ou não cumprida, mas a interpretação daquilo que é determinado por ela depende de uma fixação a respeito desses conceitos, o que somente pode ser feito através de princípios. (Cf. HECK, Luís Afonso. *Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy*. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 100.) Trata-se, aqui, de uma “ponderação na regra”, não de uma “ponderação entre regras”: a estrutura de fundamentação dedutiva empregada na aplicação da regra (subsunção) permanece a mesma, mas isso não impede que ponderações possam ser efetuadas no âmbito da interpretação dos elementos do tipo. (Cf. STÜCK, Hege. *Subsumtion und Abwägung*. **ARSP**. v. 84. 1998. S. 406-407.) Ponderação e interpretação como argumentação não são, portanto, conceitos tão distantes quanto a frase categórica acima poderia dar a entender. Isso, todavia, não descaracteriza a ponderação enquanto tal (ela continua dizendo respeito exclusivamente a princípios), tampouco torna refutável o que foi dito acerca da interpretação semântica, pois o argumento de princípio está situado no âmbito da interpretação sistemática, da qual é apenas um dos muitos meios possíveis. A distinção entre ponderação e interpretação como argumentação conserva, portanto, seu valor.

⁴⁸² Ver supra, item 2.2.2.2.

⁴⁸³ Ver supra, nota 281.

⁴⁸⁴ LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 428. nota 1183.

princípios é algo essencialmente diferente da interpretação baseada em premissas semânticas e empíricas,⁴⁸⁵ circunstância que, aparentemente, passou despercebida para o crítico.

Ávila também usa a ideia de ponderação de regras para tentar demonstrar, por um lado, que as regras não podem ser definidas como normas que sempre se aplicam quando as condições para tanto estão cumpridas, e, por outro, que, em caso de conflito entre duas regras, uma delas pode ceder em favor de outra, resolvendo-se a colisão não no plano da validade, mas no do peso. Para tanto, são citados por ele vários exemplos.⁴⁸⁶ Ocorre, todavia, que Ávila busca, nesse ponto, solucionar um problema para o qual Alexy já ofereceu uma resposta clara: a introdução de exceções. Ávila limita-se a tratar como “ponderação de regras” situações que, de acordo com Alexy, podem ser solucionadas pela via da exceção.^{487 488}

É possível entender dessa forma cada um dos três casos extraídos da jurisprudência que Ávila menciona para negar o “caráter absoluto” das regras, sempre tomando por base os elementos por ele trazidos à apreciação. No caso sobre estupro presumido, circunstâncias como o consentimento da vítima e a aparência de pessoa com mais idade formam uma exceção à regra segundo a qual o perpetrador do delito deve receber a sanção penal correspondente; no caso sobre responsabilização por improbidade administrativa de agente que dispensou indevidamente a realização de concurso público, circunstâncias como a baixa hierarquia do cargo e o fato de tratar-se de uma única admissão constituem uma exceção à regra que determina a aplicação das penalidades correlatas; no caso sobre a proibição de importação de produtos por empresas participantes do programa especial de pagamento de tributos, o volume insignificante de produtos importados representa uma exceção à regra de acordo com a qual a empresa que não observar tal vedação deve ser excluída do programa.

⁴⁸⁵ HECK, Luís Afonso. Prefácio. in: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**: uma Leitura Orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 21. nota 26; RAABE, Marius. **Grundrechte und Erkenntnis**: der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers. Baden-Baden: Nomos, 1998. S. 189.

⁴⁸⁶ Ver supra, itens 3.1.1 e 3.1.2.1.

⁴⁸⁷ LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada**: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 425. nota 1173.

⁴⁸⁸ Há, em Alexy, uma diferença fundamental entre a solução de um conflito entre regras pelo estabelecimento de uma exceção e a solução de uma colisão de princípios pelo estabelecimento de uma relação de precedência condicionada: “Que uma regra, em determinados casos, sempre precede outra sem, com isso, deixar sem vigência esta, indica que ela estatui uma exceção. Pelo menos, desde a data, na qual está fixado que uma das regras fundamenta uma exceção para a outra, não pode mais se tratar de um conflito entre as regras. O conflito é eliminado definitivamente, justamente como na despedida de uma de duas regras, reciprocamente contraditórias, do ordenamento jurídico. Em princípios, isso é diferente. Em um outro caso pode valer uma outra relação de preferência.” (Cf. ALEXY, Robert. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 148.) Sendo assim, não parece fazer sentido afirmar, como faz o crítico, que há um conflito entre a regra e a exceção, pois apenas uma delas será aplicada, situação idêntica, para ele, à do conflito entre princípios (ver supra, item 3.1.2.1); na realidade, o objetivo da introdução da exceção é justamente o de solucionar o conflito entre as regras.

Ávila, nessa medida, esforçou-se por solucionar um problema que, em Alexy, já está resolvido.^{489 490}

Também mencionado por Ávila é o caso hipotético do conflito entre as regras do Código de Ética Médica. Em Alexy, esse caso poderia ser solucionado com o estabelecimento de uma condição de preferência. Sendo assim, tanto a norma que estabelece ao médico o dever de utilizar todos os meios possíveis para a cura do paciente quanto a norma que o obriga a contar a verdade ao paciente acerca de seu quadro clínico (normas essas que, isoladamente consideradas, são regras) devem ser tomadas como princípios (pois é constatado um limite jurídico à realização de ambas as normas – elas limitam-se reciprocamente em relação ao âmbito do juridicamente possível, o que demanda uma otimização). Passa-se, portanto, do plano das regras para o plano dos princípios, fazendo-se necessária uma ponderação.⁴⁹¹ A solução do caso depende, com isso, do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, nos termos da lei de colisão.⁴⁹²

⁴⁸⁹ Seja notado, aqui, que a questão relativa à introdução de exceções às regras é um dos pontos centrais da crítica que Alexy faz ao critério do modo de aplicação “tudo-ou-nada” para a distinção entre regras e princípios feita por Dworkin. (Cf. ALEXY, Robert. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 144-147.) A pouca importância que Ávila confere às diferenças existentes entre as teorias de ambos os autores pode ser sentida também neste ponto.

⁴⁹⁰ Saliente-se que o estabelecimento de tais exceções depende de uma ponderação dos fundamentos contrários e favoráveis a ela, fundamentos esses que atuam como princípios. Um exemplo claro do funcionamento desse mecanismo pode ser visto no dever-ser contraditório que se verifica quando uma regra proíbe ao estudante deixar a sala de aula antes do sinal e outra regra ordena que ele assim proceda em caso de alarme de fogo; essa contradição deve ser solucionada pela introdução de uma cláusula de exceção na primeira regra quanto à hipótese de acionamento do alarme de fogo. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 77.) Nesse caso, a exceção (que, é importante frisar, tem a estrutura de uma regra) nasce da ponderação entre os fundamentos da organização da escola, de um lado, e da preservação da vida do estudante, de outro. Esses fundamentos agem como princípios, no sentido de que reclamam a sua otimização. Cumpre mencionar, ainda, que, como a presente investigação não tem por objeto a análise de jurisprudência, as decisões que Ávila menciona não foram diretamente consultadas. Trata-se, aqui, exclusivamente de uma contraposição estrutural; o objetivo é demonstrar que a formulação de Ávila (ponderação de regras) busca resolver um problema que, em Alexy, é solucionado de forma diversa (introdução de exceções).

⁴⁹¹ Esse caso, cumpre salientar, é diferente do que ocorre na hipótese de conflito entre uma regra e um princípio. Ocorrendo isso, o princípio em questão deve ser ponderado contra o princípio que está na base da regra; se ele puder superar tanto o princípio material sobre o qual a regra está fundada quanto os princípios formais que falam a favor da obediência à regra, a ponderação levará à prevalência do princípio, e não da regra (ver, sobre esse ponto, supra, item 2.1.2.1). Quando Ávila diz que a superação de uma regra somente pode ocorrer através de “uma fundamentação capaz de ultrapassar a *trincheira* decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas” (Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 53.), pode-se entender essa ideia exatamente na direção dos princípios formais da teoria de Alexy, que representam um pesado ônus argumentativo para aquele que quer desviar-se do estabelecido pela regra. A posição de Ávila segundo a qual o conflito entre um princípio e uma regra de igual hierarquia deve ser resolvido, salvo casos excepcionais, em favor da segunda (Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 97-98.) pode ser entendida exatamente da mesma forma. A um leitor mais atento, essas teorizações de Ávila não representam qualquer novidade.

⁴⁹² Um caso de estrutura semelhante a esse, envolvendo o dever de fundamentação das decisões judiciais (com a sua transição do plano das regras para o plano dos princípios), pode ser encontrado em HECK, Luís Afonso. Algumas Observações à Decisão-Importação de Pneus Usados do Supremo Tribunal Federal. in: HECK, Luís

Na tentativa de demonstrar que regras não podem ser definidas como normas que sempre se aplicam quando as condições para tanto estiverem satisfeitas, Ávila também faz alusão à aplicação analógica de regras. A analogia, nesse sentido, seria o exato oposto da superação da regra por razões não previstas por ela própria, quando as razões para sua aplicação estivessem presentes; seria a hipótese da aplicação da regra a um caso no qual as condições para tanto não estão dadas.⁴⁹³ Aqui, a confusão entre os planos é sentida mais uma vez. Em Alexy, a regra corresponde, como já referido, a uma espécie normativa; a analogia corresponde, por sua vez, a uma forma de argumento, incluída por Alexy na categoria das formas de argumentos jurídicos especiais. Já se fez uma breve alusão a esse ponto;⁴⁹⁴ aqui, ele deve ser objeto de aprofundamento.

Em Alexy, o problema da analogia⁴⁹⁵ é situado no âmbito da argumentação, constituindo ela uma das formas de argumentos jurídicos especiais, aquelas formas de argumento peculiares à metodologia jurídica. A forma de argumento correspondente à analogia (J.16) pode ser ilustrada com o seguinte exemplo:

- .(1) Para todo x vale: Se x é um contrato de compra e venda (F) ou um contrato semelhante ao de compra e venda (F sim), então devem a x os §§ 433 e seguintes do Código Civil ser aplicáveis (G).
- .(2) Para todo x vale: Se x é um contrato dirigido à transferência remunerável de um negócio comercial (H), então x é um contrato semelhante ao de compra e venda (F sim).
- (3) Para todo x vale: Se x é um contrato dirigido à transferência remunerável de um negócio comercial (H), então devem a x os §§ 433 e seguintes do Código Civil ser aplicáveis (G). (1), (2).⁴⁹⁶

Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 62-63.

⁴⁹³ Ver supra, item 3.1.1.

⁴⁹⁴ Ver supra, item 2.2.2.2.

⁴⁹⁵ Esse é um tema extremamente debatido no âmbito da teoria jurídica. Trata-se, segundo Engisch, do mais conhecido método para o preenchimento das lacunas do direito, lacunas essas que representam incompletudes insatisfatórias no âmbito do sistema jurídico, verificadas quando o direito positivo não é capaz de oferecer uma resposta imediata a uma questão jurídica colocada. (Cf. ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 276-287.) Larenz define a analogia como a transposição de uma regra, legalmente prevista para uma determinada situação de fato, a outra situação de fato que, embora semelhante, não dispõe de uma regra correspondente. Isso encontra seu fundamento na exigência de justiça, ou seja, na de tratar igualmente os iguais; sendo semelhantes as situações de fato naquilo que diz respeito aos aspectos importantes do ponto de vista da lei, devem elas receber o mesmo tratamento jurídico. A questão central está em determinar se ambas as situações devem ser juridicamente valoradas como iguais, o que não pode ser feito somente com o auxílio dos métodos da lógica formal; a analogia pressupõe um processo valorativo. (Cf. LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 6. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo/Hong Kong/Barcelona/Budapest: Springer, 1991. S. 381-382.) É justamente no âmbito da valoração que se situa a concepção argumentativa da analogia, tal qual ela aparece em Alexy.

⁴⁹⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 343. No original: „(1) Für alle x gilt: Wenn x ein Kaufvertrag (F) oder ein kaufähnlicher Vertrag (F sim) ist, dann sollen auf x die §§ 433 ff. BGB anwendbar (G) sein. (2) Für alle x gilt: Wenn x ein auf die entgeltliche Übertragung eines Handelsgeschäftes gerichteter Vertrag (H) ist, dann ist x ein kaufähnlicher Vertrag (F sim). (3) Für alle x gilt:

O problema inerente à analogia não está na conclusão de (3) a partir de (1) e (2), mas na fundamentação das premissas (1) e (2). Uma premissa como (1) não pode, na maioria dos casos, ser extraída diretamente da lei; para chegar-se a ela é necessário considerar uma regra que determine a necessidade de consequências jurídicas idênticas para situações de fato juridicamente semelhantes, regra essa que constitui uma expressão dos princípios da universalidade e da igualdade. A premissa (2), por sua vez, depende de uma fundamentação capaz de estabelecer a semelhança juridicamente relevante entre as distintas situações de fato, o que somente pode ser feito, em razão da insuficiência da análise lógico-estrutural das relações de semelhança, mediante uma valoração. Essa valoração pode ser fundamentada através do recurso a todos os argumentos admissíveis no âmbito do discurso jurídico. A aplicação analógica de normas é, nesse sentido, invariavelmente um processo argumentativo.^{497 498}

Diante disso, a construção de Ávila torna-se profundamente contestável. Uma vez estabelecidas, por meio da argumentação, as premissas (1) e (2), a conclusão (3) representa a norma (mais especificamente, a regra) decorrente do processo de analogia. Essa regra terá a estrutura inerente às regras, qual seja, a de um mandamento definitivo. Como um processo

Wenn x ein auf die entgeltliche Übertragung eines Handelsgeschäftes gerichteter Vertrag (H) ist, dann sollen auf x die §§ 433 ff. BGB anwendbar (G) sein. (1), (2).“

⁴⁹⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation:** die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 343-345.

⁴⁹⁸ Em trabalho mais recente, Alexy aprofunda sua análise da questão da analogia, reafirmando o seu caráter essencialmente argumentativo, mas, ao mesmo tempo, conferindo a ela o *status* de uma terceira operação básica na aplicação do direito, ao lado da subsunção e da ponderação. A analogia, nesse sentido, é concebida como uma estrutura argumentativa na qual estão unidos casos, regras e princípios com três dimensões diferentes. Objetivando demonstrar o seu funcionamento, Alexy utiliza uma variação do exemplo de Hart acerca da proibição de circulação de veículos no parque (acerca do exemplo original e de sua conexão com os conceitos mais importantes da tese de Hart, ver supra, item 1.1.2.3), variação essa que tem a seguinte forma: uma regra como “nenhum veículo pode ser introduzido no parque”, posta pelas autoridades dotadas de competência para tanto, foi interpretada por um tribunal em dois casos distintos, originando-se as seguintes regras: “automóveis não podem entrar no parque” e “bicicletas podem entrar no parque”. No segundo caso, o tribunal entendeu as bicicletas como uma exceção à regra que impede o ingresso de veículos no parque, levando em conta dois fundamentos: a uma, o ciclismo é uma atividade recreativa protegida pela liberdade de ação; a duas, essa atividade não causa nem barulho nem poluição (reconheceu-se, ao mesmo tempo, um certo nível de perigo para os usuários do parque não ciclistas, o qual, todavia, por ser demasiadamente baixo, não interferiu na decisão). A dois casos hipotéticos (dirigir automóvel como conduta proibida, andar de bicicleta como conduta permitida), um terceiro foi acrescentado: o da lambreta (*motor scooter*). A favor da permissão da condução de lambretas no parque, podem ser colocados o caráter recreativo dessa atividade e o baixo nível de perigo para os pedestres (elementos verificados no caso da bicicleta); contra essa permissão, podem ser colocados o barulho e a poluição gerados pelas lambretas (elementos verificados no caso do automóvel). A comparação entre os casos (portanto, a analogia) é, para a solução desse problema, o ponto decisivo. Depende-se, para tal finalidade, de uma ponderação entre princípios colidentes – no caso, os princípios da liberdade de ação (que está na base de uma regra segundo a qual todos os veículos utilizados para atividades recreativas e que representam um baixo nível de perigo para os pedestres devem ser permitidos no parque) e da paz e tranquilidade no parque (que está na base de uma regra segundo a qual veículos que produzem poluição e barulho não devem ser permitidos no parque). A analogia, assim, está em uma conexão necessária com a ponderação de princípios. (Cf. ALEXY, Robert. *Two or Three?* in: BOROWSKI, Martin. **On the Nature of Legal Principles.** ARSP-Beiheft 119. Stuttgart: Franz Steiner, 2010. p. 09-18.)

argumentativo, a analogia não tem qualquer influência sobre a estrutura da norma. O mesmo vale para formas de interpretação semelhantes à analogia, como a interpretação extensiva e a restritiva. Em poucas palavras: o fato de serem carentes de interpretação e passíveis de aplicação por analogia não descaracteriza as regras enquanto mandamentos definitivos.

Ávila também usa a analogia para tentar demonstrar a existência de ponderação de regras, mencionando-a juntamente com o *argumentum e contrario*.⁴⁹⁹ Ambos são, em Alexy, formas de argumentos jurídicos especiais.⁵⁰⁰ O *argumentum e contrario* pode ser ilustrado, simplificadamente, do seguinte modo: “se A é, B deve ser; se A não é, B não deve ser” (dito de outra forma: a consequência jurídica somente terá lugar se o tipo correspondente for preenchido – não sendo preenchido o segundo, não é aplicável a primeira). Trata-se de uma conclusão logicamente válida.⁵⁰¹ Da mesma forma que a analogia, o *argumentum e contrario* situa-se (como o próprio nome sugere) no âmbito da argumentação. Dizer que essas duas formas de argumento representam casos de ponderação de regras é apenas um retorno ao problema já detectado: a distorção da ideia de ponderação e a sua confusão com a argumentação.

Ainda com relação a esse ponto, Ávila menciona o emprego de precedentes como hipótese de ponderação de regras.⁵⁰² Repete-se, aqui, o problema. Em Alexy, os precedentes constituem um aspecto importante da argumentação jurídica, chegando ele a formular para sua utilização duas regras específicas, a primeira estabelecendo que o precedente deve ser mencionado quando for relevante para a decisão do caso e a segunda possibilitando o desvio do precedente, desde que devidamente superado o ônus argumentativo para tanto.⁵⁰³

O fundamental a observar, nesse ponto, é que aplicar um precedente não significa outra coisa que aplicar a norma que está na sua base.⁵⁰⁴ Essa norma pode ser entendida como a *ratio decidendi* do precedente, ou seja, como a regra jurídica que o juiz tomou por base para sua decisão e que, ao mesmo tempo, converte-se em fonte do direito para a decisão de casos semelhantes.⁵⁰⁵ Da mesma forma que na analogia e no *argumentum e contrario*, o processo argumentativo de aplicação do precedente não interfere na estrutura da norma. Dizer, como

⁴⁹⁹ Ver supra, item 3.1.2.1.

⁵⁰⁰ Ver supra, item 2.2.2.2.

⁵⁰¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung.** 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 342.

⁵⁰² Ver supra, item 3.1.2.1.

⁵⁰³ Ver supra, item 2.2.2.2.

⁵⁰⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung.** 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 340.

⁵⁰⁵ PILNY, Karin L. **Präjudizienrecht im Anglo-Amerikanischen und im Deutschen Recht: eine Rechtsvergleichende und Rechtsmethodologische Analyse unter Besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts.** Baden-Baden: Nomos, 1993. S. 38.

faz Ávila, que “o afastamento de uma nova decisão dos precedentes já consolidados depende de uma ponderação de razões”⁵⁰⁶ significa dar um tratamento de “ponderação de regras” a procedimentos argumentativos como o *distinguishing* e o *overruling*.⁵⁰⁷ A confusão entre os planos da argumentação e da estrutura normativa faz-se sentir mais uma vez.

Insistindo na ideia de ponderação de regras, Ávila faz menção ao que ele chama de “conceitos jurídico-políticos”, citando o Estado de Direito, a certeza do direito e a democracia. A determinação desses conceitos depende, segundo o crítico, da investigação de um plexo de razões.⁵⁰⁸ Ávila tem razão, sem dúvida, ao chamar a atenção para a complexidade desses conceitos, mas não tem razão ao colocá-los como hipóteses de “ponderação de regras”.

Tais conceitos podem ser entendidos como “princípios”; é possível, portanto, falar em “princípio do Estado de Direito”, “princípio da certeza jurídica” e “princípio democrático”. O alto grau de indeterminação desses princípios levanta, juntamente com o caráter central a eles conferido nas ordens constitucionais modernas, inúmeras questões, as quais não serão abordadas aqui. A seguir, tratar-se-á apenas da forma peculiar de funcionamento de tais princípios, a começar pelo princípio do Estado de Direito.

Tomando-se por base a jurisprudência constitucional alemã, não é possível reconhecer no princípio do Estado de Direito um conjunto claramente determinado de mandamentos e proibições, diante da latitude e indeterminação que a ele são inerentes. Tal princípio

⁵⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 63.

⁵⁰⁷ Tais conceitos já foram brevemente tratados no item 2.2.2.2, supra. Algumas considerações adicionais serão feitas aqui. No âmbito jurídico anglo-saxônico, o *distinguishing* ocorre quando o precedente não é aplicado a um caso em razão de circunstâncias de fato (os fatos no caso a decidir são totalmente distintos daqueles do caso que originou o precedente) ou de direito (o caso a decidir envolve um problema jurídico distinto daquele verificado no precedente). O processo do *distinguishing* engloba, portanto, uma análise em dois passos, o primeiro voltado à verificação dos fatos e o segundo voltado à análise dos princípios jurídicos aplicáveis a cada um dos casos. O *overruling*, por sua vez, é, em certo sentido, o contrário do *distinguishing*: ele significa a não aplicação do precedente a um caso, mesmo diante da inexistência de qualquer diferença relevante, tanto do ponto de vista fático quanto do jurídico, entre o caso a decidir e o precedente. O procedimento do *overruling* é, por certo, condicionado pela natureza do problema envolvido; é relativamente simples o reconhecimento da legitimidade do desvio de um precedente baseado no *common law*, enquanto o reconhecimento da legitimidade do desvio de um precedente baseado em uma interpretação da lei é mais complexo, uma vez que entra em jogo a competência de um outro órgão constitucionalmente legitimado, o parlamento. Os problemas da eficácia temporal do desvio do precedente (o *prospective overruling*) e da vinculação da corte constitucional a seus próprios precedentes também se deixam colocar nesse âmbito. (Cf. PILNY, Karin L. **Präjudizienrecht im Anglo-Amerikanischen und im Deutschen Recht: eine Rechtsvergleichende und Rechtsmethodologische Analyse unter Besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts**. Baden-Baden: Nomos, 1993. S. 39-47.) Para os objetivos deste estudo, o mais importante é destacar, com base em Alexy, o caráter argumentativo desses procedimentos; tanto o *distinguishing* quanto o *overruling* devem ser fundamentados, fundamentação essa que pode ser levada a cabo através de quaisquer dos argumentos possíveis no âmbito do discurso jurídico.

⁵⁰⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 62.

apresenta-se, nesse sentido, como uma disposição constitucional carecedora de concretização.⁵⁰⁹

Apesar da indeterminação a ele inerente, o princípio do Estado de Direito foi utilizado muitas vezes como critério normativo nas decisões do Tribunal Constitucional Federal, normalmente em conexão com dispositivos da Lei Fundamental relativos aos direitos fundamentais. Da mesma forma, diversos preceitos jurídicos foram desenvolvidos a partir dele: o da proporcionalidade, o da certeza jurídica, o da proteção à confiança, o da justiça material, o da precisão legal, o da máxima proteção jurídica, o direito ao juiz natural, o direito a um procedimento honesto, o da separação dos Poderes e o da igualdade geral.⁵¹⁰ Essa enumeração basta para que se tenha uma ideia da amplitude do princípio do Estado de Direito e da importância e diversidade de suas repercussões nos mais diversos ramos da ciência jurídica.

Em Alexy, o princípio do Estado de Direito, como um dos princípios fundamentais da Lei Fundamental,⁵¹¹ exige, em face do seu caráter de mandamento de otimização, a sua maior realização possível, significando isso que, uma vez sendo tal princípio (ou um de seus numerosos subprincípios) aplicável a um caso, deve ele ser otimizado.⁵¹² Otimizar o princípio do Estado de Direito significa concretizá-lo – e, com isso, realizá-lo.

Essa ideia pode ser esclarecida com o recurso à certeza jurídica, também mencionada por Ávila. O preceito da certeza jurídica⁵¹³ é, como já referido, um dos preceitos derivados do princípio do Estado de Direito. Trata-se, ao lado do preceito da proteção à confiança, de um elemento essencial daquele princípio. O fato de ser derivado do princípio do Estado de Direito

⁵⁰⁹ HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 173.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 171-235.

⁵¹¹ Alexy, nesse ponto, coloca o princípio do Estado de Direito como um dos seis princípios fundamentais da Lei Fundamental, ao lado dos princípios da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, da democracia e do Estado social, os quais, uma vez conjugados, promovem a realização aproximativa do ideal jurídico do Estado de Direito democrático e social. (Cf. ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 130.) Hartmut Maurer inclui esses princípios na categoria das “decisões fundamentais” (*Grundentscheidungen*), ao lado de outros elementos, como os direitos fundamentais e o princípio federativo. (Cf. MAURER, Hartmut. **Staatsrecht I**: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen. 6. Aufl. München: C. H. Beck, 2010. S. 164-358.)

⁵¹² ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 130.

⁵¹³ Segue-se aqui a terminologia de Heck, que faz uma distinção entre princípios e preceitos; princípios, nesse sentido, referem-se àquilo que está diretamente estatuído na Lei Fundamental, enquanto preceitos referem-se àquilo que foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal com base nos princípios. Essa terminologia, contudo, possui, de acordo com o autor, uma mera função didática. (Cf. HECK, Luís Afonso. Prefácio para a Segunda Edição. in: Idem. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 15. nota 01.) O “preceito da certeza jurídica” (como uma derivação do princípio do Estado de Direito) pode, portanto, ser lido como “princípio da certeza jurídica”. Saliente-se, ainda, que os “subprincípios” (*Unterprinzipien*) que Alexy refere (ver nota anterior) correspondem a tais preceitos.

confere ao preceito da segurança jurídica a hierarquia constitucional, circunstância que lhe outorga o *status* de critério normativo para as decisões do Tribunal Constitucional Federal.⁵¹⁴

Relacionando-se isso com a tese de Alexy, pode-se dizer que o preceito da certeza jurídica é, em relação ao princípio do Estado de Direito, uma norma interpretativamente associada. Com base no modelo semântico, o princípio do Estado de Direito seria a proposição normativa (*Normsatz*) à qual se associaria a norma (*Norm*) correspondente ao preceito da certeza jurídica (a mesma constatação é válida para todos os preceitos derivados daquele princípio). Como norma, a certeza jurídica pode ser uma regra ou um princípio. Ela será uma regra se entendida como critério normativo – aplica-se mediante subsunção, tendo o seu descumprimento uma inconstitucionalidade por consequência. Ela será, em contraste, um princípio quando for veículo de direitos individuais ou bens coletivos, aplicável mediante ponderação com princípios colidentes.⁵¹⁵

Por sua vez, o princípio democrático também é tomado pelo Tribunal Constitucional Federal como critério normativo em suas decisões.⁵¹⁶ Alexy o menciona, juntamente com o princípio do Estado de Direito, como um dos princípios fundamentais contidos na Lei Fundamental.⁵¹⁷ Da mesma forma que a certeza jurídica, ele pode ser entendido como regra (critério normativo) ou como princípio (um dos princípios formais).

Uma vez estabelecido o funcionamento dos princípios do Estado de Direito, da certeza jurídica e democrático, coloca-se a questão: o que significa dizer, como propõe Ávila, que esses princípios são dependentes de uma ponderação de regras? Tais princípios são, como visto, extremamente desafiantes; a indeterminação de seu conteúdo é diretamente proporcional à sua importância para a ordem jurídica. Os físicos acreditam na existência de buracos negros gigantes no centro das galáxias, as quais girariam em torno deles, devido à imensa força gravitacional que exercem. Tomando-se emprestada tal imagem, pode-se dizer que os princípios antes mencionados funcionam, no âmbito do direito, exatamente como esses buracos negros; apesar da incerteza que os cerca, sua força gravitacional é tamanha que toda a ordem jurídica gira em torno deles. Concretizar esses princípios é tarefa do intérprete da Constituição. Por que seria essa concretização necessariamente uma hipótese de ponderação

⁵¹⁴ HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 185.

⁵¹⁵ Saliente-se, aqui, que a certeza jurídica pode ser entendida não apenas como um princípio material, mas também como um princípio formal. O tema dos princípios formais será analisado no próximo item.

⁵¹⁶ HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 171-172. nota 16.

⁵¹⁷ Ver supra, nota 511.

de regras? E quais seriam as regras carecedoras de ponderação nesse processo? O raciocínio de Ávila, segundo o qual é exigido o sopesamento de um conjunto de razões para a determinação de quais sejam os elementos constitutivos de cada um desses conceitos, além de remeter à (já criticada) concepção distorcida de ponderação, parece representar uma formulação demasiado simples para um problema extremamente complexo.

Também a ideia de que os princípios possuem uma dimensão do peso é criticada por Ávila. Ele diz, em primeiro lugar, que não apenas os princípios, mas também as regras são normas sujeitas à ponderação – e, portanto, a dimensão do peso não pode ser vista como uma exclusividade dos princípios; em segundo lugar, que não é o princípio que possui a dimensão do peso, mas as razões e finalidades às quais o princípio faz referência, dependendo-se de um juízo valorativo do aplicador para a atribuição do peso no caso concreto – o princípio não estabelece *a priori* o peso dessas razões.⁵¹⁸

A primeira das críticas segue a mesma direção da ideia de ponderação de regras. O problema é, portanto, idêntico: Ávila não deu a devida atenção à ideia de otimização, tal qual ela aparece em Alexy. Como mandamentos de otimização, os princípios devem ser aplicados mediante ponderação, o que significa que os conflitos entre eles não devem ser solucionados na dimensão da validade (como ocorre no caso das regras), mas na do peso. A oposição entre as dimensões da validade e do peso é essencial para que se compreenda o porquê de uma norma retrocedente na ponderação conservar intacta sua validade.⁵¹⁹ A dimensão do peso não pode estar presente nas regras, uma vez que elas não são mandamentos de otimização e, portanto, não são normas passíveis de ponderação.

Quanto à segunda crítica, Ávila, embora pretenda contrapor-se a Alexy, afirma algo muito semelhante ao que o autor por ele criticado defende. Também em Alexy os princípios não estabelecem o próprio peso; ele só pode ser atribuído pelo aplicador diante do caso concreto.⁵²⁰ Uma atribuição *a priori* de um determinado peso a um princípio, como se esse peso fosse seu atributo ontológico, é rechaçada multiplamente por Alexy; veja-se, nesse sentido, a expressa rejeição à ideia de existência de princípios absolutos, ou seja, princípios

⁵¹⁸ Ver supra, item 3.1.2.2.

⁵¹⁹ HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 112.

⁵²⁰ Pertinente salientar que, já na “Teoria da Argumentação Jurídica” (obra anterior à “Teoria dos Direitos Fundamentais”, onde ocorreu o desenvolvimento da teoria dos princípios), Alexy já reconhecia, com base em J. Esser, a circunstância de que é o aplicador do direito, e não o princípio, que atua; o sistema formado pelo conjunto de princípios gerais de uma ordem jurídica não permite, por si só, deduzir relações corretas entre os princípios. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 21. Fn. 17.)

dotados de extrema força, que nunca podem retroceder diante de princípios colidentes em uma ponderação,⁵²¹ bem como à ideia de uma ordem abstratamente hierarquizada de valores constitucionais, ordem essa que teria por consequência a “tirania dos valores” mencionada por Carl Schmitt – o sacrifício do valor inferior, seja qual for a sua intensidade, sempre poderia ser justificado com base no valor superior.⁵²² Atribuir peso a um princípio significa, portanto, ponderá-lo com outros princípios diante do caso concreto.⁵²³ A questão central é como se dá essa atribuição. Em Alexy, ela deve ser feita com o auxílio da lei da ponderação e da fórmula peso. O tema será retomado no próximo item.

4.1.3 Mandamentos de otimização e modelo de ponderação

Mencionou-se anteriormente a reduzida importância conferida por Ávila ao conceito de princípio como mandamento de otimização, na forma como tal conceito está presente em Alexy. Com efeito, Ávila dirige suas principais críticas a Alexy com base em uma suposta adoção equivocada dos critérios do “modo final de aplicação” e do “conflito normativo” na distinção entre regras e princípios. Os problemas existentes nessas críticas já foram objeto de demonstração. O crítico, todavia, não silencia completamente acerca da ideia de princípio como mandamento de otimização.

Ele a menciona, em um primeiro momento, apenas para contrastá-la com o modelo por ele proposto.⁵²⁴ Trata-se não propriamente de uma crítica, mas de uma comparação. A consistência desse novo modelo será analisada mais adiante.⁵²⁵

Ele também a menciona para defender que os princípios como tais não podem ser concebidos como mandamentos de otimização, pois o princípio somente pode ser ou otimizado ou não otimizado; a otimização, nesse sentido, somente poderia englobar o conteúdo do princípio, não o próprio princípio. Ávila, contudo, reconhece que Alexy já ofereceu uma resposta a essa crítica.⁵²⁶

De fato, em um trabalho publicado em 2000 (anterior até mesmo ao surgimento da primeira edição do livro “Teoria dos Princípios”, que Ávila publicou em 2003), Alexy

⁵²¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 94-95.

⁵²² *Ibidem*, S. 138-140.

⁵²³ Atente-se para a distinção entre ponderação (*Abwägung*) e classificação (*Gewichtung*). A classificação diz respeito às atribuições correspondentes às intensidades de intervenção em cada um dos princípios colidentes – nesse sentido, ela precede necessariamente a ponderação. Os graus da classificação e as associações que eles permitem serão analisados no item subsequente, quando a fórmula peso for abordada.

⁵²⁴ Ver supra, item 3.1.1.

⁵²⁵ Ver infra, item 4.1.5.

⁵²⁶ Ver supra, item 3.1.2.2.

ofereceu uma resposta aos críticos (no caso, J. R. Sieckmann e A. Aarnio) que haviam levantado esse problema. Segundo essa crítica, o conceito de mandamento de otimização seria problemático para a distinção entre regras e princípios, uma vez que o próprio mandamento de otimização tem um caráter definitivo (ou se otimiza, ou não); por conseguinte, em um caso de conflito entre princípios, ambos deveriam ser postos em relação de uma forma que os realizasse em uma ótima medida, a medida máxima possível – vale dizer, a realização máxima de ambos.⁵²⁷

A réplica de Alexy veio na forma de uma distinção entre “mandamentos a serem otimizados” e “mandamentos de otimização”. O objeto da ponderação consiste nos mandamentos a serem otimizados, mandamentos esses que são, nesse sentido, o correspondente a um dever-ser ideal, transformado em um dever-ser real através da ponderação. Os mandamentos de otimização, por sua vez, operam em um metaplano, a partir do qual eles determinam o que deve ser feito com os mandamentos a serem otimizados, exigindo a sua realização em uma medida máxima possível. Não são os mandamentos de otimização como tais que devem ser otimizados; eles são cumpridos quando há a otimização daquilo que está no plano do objeto, os mandamentos a serem otimizados.⁵²⁸

Os princípios, nesse sentido, não seriam mandamentos de otimização, mas mandamentos a serem otimizados, representando um dever-ser ideal que ainda não encontrou as condições reais jurídica e faticamente existentes. Do ponto de vista prático, todavia, Alexy salienta que o conceito de princípio como mandamento de otimização possui a vantagem da simplicidade. Com ele está dito o essencial, em termos práticos, acerca dos princípios. Além disso, a essa vantagem prática pode ser unida uma reflexão teórica: dever-ser ideal e mandamento de otimização estão postos entre si em uma relação indissociável. O primeiro implica o segundo e vice-versa. Disso decorre que o mandamento de otimização está necessariamente contido no conceito de princípio; não se pode eliminá-lo sem que o princípio perca seu caráter como tal. A caracterização dos princípios como mandamentos de otimização deve, portanto, ser mantida, distinguindo-se de forma mais refinada apenas quando houver uma exigência nesse sentido.⁵²⁹

Dessa forma, verifica-se que a crítica de Ávila já foi respondida pelo próprio Alexy (resposta acerca da qual ele expressamente declarou ter conhecimento).

⁵²⁷ HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 113.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 113-114.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 114.

Uma terceira objeção de Ávila à ideia de mandamento de otimização baseia-se nos diferentes modos pelos quais os princípios podem ser postos em relação; a otimização não é, segundo Ávila, a única possibilidade. Ele reconhece, para tanto, quatro diferentes hipóteses.⁵³⁰

A primeira hipótese é a da concordância entre os fins que os princípios determinam. Não haveria, segundo Ávila, uma otimização, mas um dever de realização de ambos os princípios na medida necessária para que o fim, concordante entre eles, fosse atingido. Tomando-se os fins aludidos por Ávila como o deontico em Alexy (uma vez que os princípios em Alexy não possuem caráter teleológico, como em Ávila, mas deontológico), pode-se dizer que o exemplo de Ávila nada diz contra o conceito de princípio como mandamento de otimização. A otimização diz respeito à realização de algo em observância às limitações representadas pelas possibilidades jurídicas e fáticas. Se dois princípios não estão em uma relação de oposição (quando um *prima facie* ordena ou permite algo que o outro *prima facie* proíbe), isso significa apenas que a realização de um não é limitada pela realização do outro; “não estamos diante de uma colisão de princípios, mas de uma interação entre duas normas que caminham na mesma direção.”⁵³¹ A ideia da otimização não é afetada.

A segunda hipótese é a dos fins totalmente divergentes; para Ávila, se o fim estabelecido por um dos princípios excluir o fim estabelecido pelo outro, não haveria uma otimização, mas uma rejeição de um dos princípios, semelhante ao que ocorre no conflito entre regras. Há, aqui, um sério equívoco por parte do crítico. Se dois princípios estão em contradição, a colisão entre eles deve ser solucionada por uma ponderação. A ponderação, todavia, está, como já referido, intimamente ligada à ideia de otimização. A solução não ocorre nos mesmos moldes da solução do conflito entre regras; não há a introdução de uma exceção em um dos princípios, tampouco a declaração de invalidade de um deles - a colisão entre princípios é solucionada na dimensão do peso, não na da validade. O princípio que recua em uma ponderação não se torna, por essa circunstância, inválido.

A terceira hipótese é a da limitação e complementação recíproca entre os princípios, o que ocorre quando a realização do fim determinado por um princípio contribui apenas parcialmente para o fim estipulado pelo outro. Embora não esteja totalmente claro o que Ávila quer dizer com essa hipótese (ele a descreve em poucas linhas e não oferece exemplos),⁵³² o crítico parece aludir ao caso de princípios que, embora colidentes, podem ser parcialmente

⁵³⁰ Ver supra, item 3.1.2.2.

⁵³¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Distinção Estrutural entre Princípios e Regras e sua Importância para a Dogmática Jurídica – Resposta às Objeções de Humberto Ávila ao Modelo de Robert Alexy. **RTDC**. v. 12, outubro/dezembro, 2002. p. 166.

⁵³² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 69.

realizados em uma ponderação. A lei da ponderação estabelece que o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio deve ser justificado pela importância do cumprimento do princípio em sentido contrário.⁵³³ A ponderação, nesses termos, não leva necessariamente a situações nas quais um dos princípios em colisão cede totalmente (e, portanto, não é realizado em qualquer medida - é o que ocorre na segunda hipótese citada acima, que Ávila denomina “rejeição”); ela pode levar também a situações nas quais ambos os princípios são realizados, cada um deles em uma certa medida. Essa hipótese não vai de encontro à ideia de otimização; ao contrário, ela a pressupõe, na medida em que depende, invariavelmente, da ponderação.⁵³⁴

A quarta e derradeira hipótese referida por Ávila é a dos fins indiferentes entre si, na qual a promoção do fim exigido por um princípio não influi na promoção do fim exigido pelo outro. De modo igual ao que se verifica na primeira hipótese citada, não há aqui uma colisão de princípios. Isso, porém, significa apenas que os princípios em questão não oferecem limites às possibilidades jurídicas de um e de outro. O fato de que relações desse tipo entre princípios são possíveis não fala contra a ideia de princípio como mandamento de otimização.

Uma crítica semelhante faz Ávila quando diz que os princípios não podem ser concebidos como normas carecedoras de ponderação, oferecendo para tanto exemplos de princípios que não se ajustariam a esse modelo.⁵³⁵ Aqui, deve-se destacar a impropriedade da crítica de Ávila, ao entender que os princípios são definidos, em Alexy, como normas carecedoras de ponderação; na verdade, Alexy, como já exaustivamente referido, defende que princípios são mandamentos de otimização. O fato de sua aplicação ocorrer através de ponderação é uma consequência disso - evidentemente importante, mas, ainda assim, apenas uma consequência. Embora possa parecer insignificante, esse equívoco levou Ávila a subestimar a importância central da distinção lógico-estrutural entre regras e princípios, daí resultando uma série de críticas infundadas.⁵³⁶ Tal impropriedade, contudo, não impede que a crítica de Ávila quanto ao ponto seja analisada.

Retomando o tema dos “princípios estruturantes”, aqueles princípios que determinam o âmbito e o modo da atuação estatal (a terminologia é do crítico), Ávila assevera inexistir, no caso desses princípios, a possibilidade de aplicação mediante ponderação. Os princípios do Estado de Direito, da separação dos Poderes, democrático, federativo e republicano comportar-se-iam, segundo ele, dessa forma; conformando tais princípios a organização e a

⁵³³ Ver supra, item 2.1.2.3.

⁵³⁴ Trata-se, aqui, da exigência de concordância prática. Sobre esse conceito, ver supra, nota 209.

⁵³⁵ Ver supra, item 3.1.2.2.

⁵³⁶ Ver supra, itens 4.1.1 e 4.1.2.

atuação do Estado, eles teriam uma função essencialmente diferente daquela conferida aos princípios que disciplinam o conteúdo e os fins dessa atuação. A ponderação ajustar-se-ia como modelo para a aplicação desses, mas não daqueles. Na concepção de Ávila, não pode haver conflito, apenas complementação, entre princípios que desempenham diferentes funções, e, ao disciplinar a atuação estatal, os princípios estruturantes não possuem uma eficácia *prima facie* e graduável, mas definitiva e linear.⁵³⁷

A possibilidade de um conflito nos moldes referidos, todavia, é aceita por Alexy. *Grosso modo*, os “princípios estruturantes” mencionados por Ávila correspondem, em Alexy, aos princípios formais. Um exemplo claro de princípio formal pode ser encontrado no princípio que determina que as decisões importantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado.⁵³⁸ Princípios formais são, todavia, mandamentos de otimização,⁵³⁹ estando, portanto, sujeitos à ponderação da mesma forma que os princípios materiais (substanciais).⁵⁴⁰

⁵³⁷ Ver supra, item 3.1.2.2.

⁵³⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 120.

⁵³⁹ Nas palavras de Alexy: “Princípios formais são princípios. Princípios são mandamentos de otimização. Portanto, a definição de mandamentos de otimização como ‘normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas’ se aplica aos princípios formais da mesma forma que aos princípios substanciais. A diferença entre esses dois tipos de princípio é restrita àquilo que refere a palavra ‘algo’ na definição, isso é, ao objeto da otimização. A *differentia specifica* de princípios substanciais é a de que seus objetos de otimização são certos conteúdos, como, por exemplo, vida, liberdade de discurso, mínimo existencial e proteção ao meio-ambiente. Em contraste, os objetos de otimização de princípios formais são decisões jurídicas, sem consideração ao seu conteúdo. Princípios formais requerem a otimização da autoridade das normas devidamente estabelecidas e socialmente eficazes. Estabelecimento devido e eficácia social são os elementos definidores do positivismo jurídico. Isso implica que princípios formais se referem à dimensão real ou fática do direito.” (Cf. ALEXY, Robert. Formal Principles: Some Replies to Critics. **ICON**. v. 12, n. 03, 2014. p. 515-516. No original: “*Formal principles are principles. Principles are optimization requirements. Thus, the definition of optimization requirements as ‘norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities’ applies to formal principles in the same way as to substantive principles. The difference between these two kinds of principle is confined to that to which the word ‘something’ in the definition refers, that is, to the object of optimization. The differentia specifica of substantive principles is that their objects of optimization are certain contents, as, for instance, life, freedom of speech, existential minimum, and protection of the environment. By contrast, the optimization objects of formal principles are legal decisions regardless of their content. Formal principles require that the authority of duly issued and socially efficacious norms is optimized. Authoritative issuance and social efficacy are the defining elements of legal positivism. This implies that formal principles refer to the real or factual dimension of law.*”) Os princípios democrático, da separação dos Poderes e da certeza jurídica são expressamente referidos por Alexy como princípios formais. (Cf. ALEXY, Robert. Formal Principles: Some Replies to Critics. **ICON**. v. 12, n. 03, 2014. p. 518.) Os outros princípios estruturantes que Ávila menciona podem ser entendidos da mesma forma, pois todos dizem respeito, em última análise, à forma através da qual o direito é posto e, portanto, estão em estreita conexão com a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social, os elementos centrais do positivismo.

⁵⁴⁰ Como mandamentos de otimização, os princípios formais não apenas podem, mas devem ser ponderados com princípios substanciais. Alexy menciona, nesse ponto, o problema da injustiça legal, enfrentado pelos tribunais alemães, em um primeiro momento, com o fim do nacional-socialismo em 1945 e, em um segundo momento, com o colapso da República Democrática Alemã em 1989. Em tais ocasiões, houve a aplicação da fórmula de Radbruch, fórmula essa que, ao excluir o caráter jurídico da extrema injustiça, representa uma ponderação entre o princípio substancial da justiça e o princípio formal da certeza jurídica. Também a possibilidade, reconhecida pelo direito alemão em determinadas situações, de decisões *contra legem* é dependente de uma ponderação, na qual estão, de um lado, os princípios formais e o princípio substancial que subjaz à regra que se pretende afastar

Ávila nada menciona acerca da ideia de princípio formal. Ele apenas afirma que os “princípios estruturantes” de sua teoria não estariam sujeitos à ponderação; em Alexy, por outro lado, eles estão. A construção de Alexy tem a nítida vantagem de não promover uma diferenciação supérflua no âmbito dos princípios, a diferenciação entre princípios suscetíveis e insuscetíveis à ponderação. Falam a seu favor a simplicidade e a coerência.

Outros dois conjuntos de casos são utilizados por Ávila para tentar demonstrar que princípios não necessariamente são normas carecedoras de ponderação. Ele faz menção aos “sobrepontos”, dando como exemplo o princípio do Estado de Direito, ao qual princípios como o da separação dos Poderes, da legalidade e da irretroatividade estão subordinados (daí resultando a existência não de conflito, mas de subordinação entre eles), bem como aos diferentes tipos de eficácia que os princípios desenvolvem (interpretativa, integrativa, bloqueadora).⁵⁴¹ Aqui, basta dizer que a possibilidade de relações harmônicas entre os princípios (em oposição ao conflito e à consequente necessidade de ponderação), como as aludidas por Ávila, não afeta a ideia de princípio como mandamento de otimização. Dizer que princípios são normas carecedoras de ponderação não equivale a dizer que somente possa existir oposição entre eles.⁵⁴²

Ainda segundo Ávila, conceber os princípios como normas dependentes de ponderação (e, portanto, restringíveis) tem por consequência um déficit de normatividade, na medida em que compromete o caráter vinculativo dessas normas; os princípios são tratados como meras normas descartáveis, que sempre poderão ser afastadas no caso concreto em nome de razões em sentido contrário. A teoria dos princípios de Alexy, todavia, não poderia estar mais distante dessa crítica. Em Alexy, princípios são normas, querendo isso dizer que ordenam, permitem ou proíbem determinadas condutas.⁵⁴³ O fato de que eles o fazem apenas *prima facie*, necessitando-se sempre de uma ponderação para que se possa passar ao âmbito do dever-ser definitivo, não significa que não sejam vinculantes – a relação de precedência condicionada que determinará a solução do caso somente pode ser estabelecida por meio

e, de outro, o princípio substancial invocado para a superação da regra (esse último só prevalecerá se for capaz de superar aqueles em conjunto). Princípios formais podem, portanto, ser ponderados tanto isoladamente contra princípios substanciais colidentes quanto em conjunto com princípios substanciais contra princípios substanciais colidentes. (Cf. ALEXY, Robert. *Formal Principles: Some Replies to Critics*. **ICON**. v. 12, n. 03, 2014. p. 516-518.) Saliente-se que uma alusão a esse tema já foi feita no ponto relativo à ponderação de regras (ver supra, item 4.1.2).

⁵⁴¹ Ver supra, item 3.1.2.2.

⁵⁴² A questão é idêntica à das relações entre princípios que estabelecem “fins concordantes” e “fins indiferentes” entre si, já analisada neste item.

⁵⁴³ Pode-se dizer, com algumas abstrações, que o conceito de norma adotado por Alexy guarda estreitas relações com o conceito de norma adotado por Kelsen, uma vez que o caráter deontológico constitui o elemento essencial de ambos os conceitos. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 42. Fn. 10.) Sobre o conceito de norma em Kelsen, ver supra, item 1.1.1.1.

deles. Se esse dever-ser contraditório *prima facie* não existisse, o dever-ser definitivo também não existiria. É justamente a existência desse dever-ser contraditório *prima facie* a demonstrar a vinculatividade dos princípios.^{544 545}

O receio de Ávila de que princípios fundamentais sejam, caso a caso, relativizados diante de razões conflitantes conduz a um novo problema. Claro está que, em Alexy, os princípios podem ser afastados diante de outros princípios no caso concreto; isso, contudo, não elimina, como referido acima, a vinculatividade de tais normas, tampouco significa que esse afastamento possa ocorrer arbitrariamente. Adentra-se, com isso, o tema da ponderação propriamente dita, também mencionado nas críticas que Ávila dirige contra Alexy.

A ponderação de princípios depende, para Ávila, da construção de um modelo rigoroso para que seja evitado o arbítrio na aplicação dessas normas.⁵⁴⁶ Ocorre que o modelo por ele proposto é semelhante ao de Alexy (embora não tão sofisticado em termos analíticos). Com efeito, o modelo de ponderação formulado por Alexy pode ser expresso através de um esquema matemático (esquema esse de importância máxima para a teoria dos princípios): a fórmula peso. Antes da análise propriamente dita do modelo proposto por Ávila, a referida fórmula deve ser trabalhada.

De acordo com a fórmula peso, o peso concreto ($G_{i,j}$) de um princípio (P_i) relativamente a um princípio em sentido contrário (P_j) deixa-se expressar numericamente pelo quociente da divisão do produto da multiplicação dos valores correspondentes à intensidade de intervenção em P_i (I_i), ao peso abstrato de P_i (G_i) e ao grau de segurança da suposição empírica acerca da não realização de P_i (S_i) pelo produto da multiplicação dos valores correspondentes à intensidade de intervenção em P_j (I_j), ao peso abstrato de P_j (G_j) e ao grau de segurança da suposição empírica acerca da não realização de P_j (S_j).⁵⁴⁷

Sendo essas as variáveis, a fórmula deixa-se construir do seguinte modo:

$$G_{i,j} = (I_i \times G_i \times S_i) \div (I_j \times G_j \times S_j)^{548}$$

⁵⁴⁴ Ver supra, item 2.1.2.1.

⁵⁴⁵ Uma rejeição contundente da ideia de não vinculatividade dos direitos fundamentais (que acabaria por transformá-los em simples proposições programáticas - mera "lírica constitucional", portanto), com a subsequente defesa da teoria dos princípios como o meio ideal para a solução tanto do problema da colisão quanto do problema da vinculação nesse âmbito, pode ser encontrada em ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 62-69.

⁵⁴⁶ Ver supra, item 3.1.2.2.

⁵⁴⁷ ALEXY, Robert. A Fórmula Peso. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 138-150.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 151.

Alguns esclarecimentos são necessários. $G_{i,j}$ expressa, como visto, o peso concreto do princípio P_i em relação ao princípio P_j , ambos em rota de colisão. Se, uma vez aplicada a fórmula peso, o valor de $G_{i,j}$ for superior a 1, P_i prevalece sobre P_j ; se for inferior a 1, P_j prevalece sobre P_i ; se for igual a 1, há um empate, o que significa que nenhum princípio prevalece (e, portanto, a ponderação não é capaz de oferecer uma solução para o caso).⁵⁴⁹ I_i significa a intensidade de intervenção no princípio P_i diante do caso concreto. Tomando-se por base uma escalação triádica, pode-se reconhecer três graus de intervenção: leve (l), médio (m) e grave (s). De acordo com a escalação geométrica, é possível atribuir a l o número 1 (2^0); a m , o número 2 (2^1); e a s , o número 4 (2^2). I_j representa a intensidade de intervenção em P_j por omissão da intervenção em P_i . De forma análoga ao que ocorre em I_i , a intervenção em P_j será sempre concreta, sendo idênticos também os graus de intervenção (l , m , s). G_i representa o peso abstrato de P_i , ou seja, o peso que P_i possui abstratamente em relação aos demais princípios, independentemente das circunstâncias do caso; G_j representa o mesmo em relação a P_j . A escala triádica afigura-se possível também em relação aos pesos abstratos; se eles forem iguais, o que frequentemente ocorre, há a sua neutralização recíproca. Por último, S_i e S_j representam o grau de segurança da suposição empírica acerca da intensidade da intervenção nos respectivos princípios no caso concreto. Também aqui é possível uma escalação triádica: certo ou seguro (g), sustentável ou plausível (p) e não evidentemente falso (e), aos quais valores numéricos podem ser atribuídos (2^0 – ou seja, 1 – para g , 2^{-1} – ou seja, $1/2$ – para p e 2^{-2} – ou seja, $1/4$ – para e).^{550 551}

⁵⁴⁹ O empate de ponderação significa a existência de um espaço de ponderação estrutural, no qual o legislador é livre para atuar. Esse empate é, portanto, extremamente importante do ponto de vista da repartição de competências entre o tribunal constitucional e o parlamento. Isso será retomado quando da análise das críticas à teoria de Alexy acerca de seu suposto déficit democrático (ver infra, item 4.2.2.3).

⁵⁵⁰ ALEXY, Robert. A Fórmula Peso. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 138-151.

⁵⁵¹ Buscando demonstrar que princípios podem excluir, mesmo em um nível abstrato, a aplicação de outros princípios, Ávila utiliza o exemplo da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção da esfera privada, sustentando que a liberdade de expressão não justifica uma exposição excessiva da vida privada do cidadão. O exemplo de Ávila pode ser entendido exatamente nos termos da fórmula peso: considerando-se iguais os pesos abstratos e os graus de segurança empírica de ambos os lados, pode-se dizer que uma intervenção grave na proteção da vida privada do cidadão não pode ser justificada por um peso leve ou médio da liberdade de expressão. Essa hipótese, todavia, vale para circunstâncias normais; havendo circunstâncias a pesar gravemente em favor da liberdade de expressão (pense-se, por exemplo, na urgência da divulgação de um fato escandaloso envolvendo a pessoa de um homem público importante), o resultado da ponderação, obtido através da fórmula peso, será diverso. Como salienta Alexy, “existem muitos casos nos quais somente um resultado da ponderação é possível argumentativa ou discursivamente. O resultado é, nesse caso, argumentativa ou discursivamente necessário. A necessidade discursiva abstrata, que, por exemplo, cabe aos direitos do homem como direitos abstratos e ao princípio democrático, deve, por conseguinte, ser equiparada a uma necessidade discursiva concreta, que existe, por exemplo, então, quando uma intervenção somente como grave e os fundamentos que justificam ela somente como leves podem ser classificados. Existem, portanto, também no âmbito da ponderação, certezas.” (Cf. ALEXY, Robert. Um Conceito Não-Positivista de Direitos Fundamentais. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: Escritos de e em

Assim concebida, a fórmula peso converte-se na expressão matemática da lei da ponderação – “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁵⁵² –, nela representada pelas variáveis I_i e I_j , e da lei da ponderação epistêmica – “Quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”⁵⁵³ –, nela representada pelas variáveis S_i e S_j . Acrescentando-se as variáveis G_i e G_j , correspondentes aos pesos abstratos, tem-se um modelo analítico que pode ser designado como a “justificação interna” da ponderação.^{554 555}

Além disso, claro está que a ponderação, nos termos da fórmula peso, depende de asserções quanto aos graus correspondentes a cada um desses fatores. Isso somente pode ser feito no caminho da argumentação jurídica racional. O modelo de ponderação de Alexy é, portanto, um modelo fundamentado.⁵⁵⁶ A fundamentação, indissociavelmente unida à racionalidade, representa, com isso, a “justificação externa” da ponderação.^{557 558}

Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 25.) O fato de, com a utilização do instrumental teórico fornecido pela teoria de Alexy, especialmente da fórmula peso, ser possível prever, com uma certa margem de segurança, o resultado da ponderação em muitos casos é um forte argumento a favor de seu emprego.

⁵⁵² ALEXY, Robert. A Fórmula Peso. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 133.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 150.

⁵⁵⁴ Sobre a justificação interna, ver supra, item 2.2.2.1.

⁵⁵⁵ A fórmula peso foi desenvolvida por Alexy pela primeira vez em um artigo publicado no ano de 2003, intitulado *Die Gewichtsformel* (cuja tradução para a língua portuguesa foi utilizada nesta investigação). Esse ponto recebeu a atenção de Alexy recentemente, tendo ele feito uma importante alteração no âmbito da terceira variável (S): ela foi desdobrada em duas, a primeira delas dizendo respeito à segurança empírica, e a segunda, à segurança normativa. (Cf. ALEXY, Robert. Formal Principles: Some Replies to Critics. **ICON**. v. 12, n. 03, 2014. p. 514.)

⁵⁵⁶ Ver supra, item 2.1.2.3.

⁵⁵⁷ Sobre a justificação externa, ver supra, item 2.2.2.2.

⁵⁵⁸ No âmbito da ponderação, a terminologia “justificação interna” e “justificação externa” (originalmente concebida para a subsunção) foi empregada pela primeira vez por Klatt e Schmidt: “Relacionada com a ponderação a justificação interna concerne à questão, se o resultado da ponderação resulta, segundo as regras da aritmética, das premissas citadas para a fundamentação. A questão da justificação interna deixa responder-se por uma consideração da estrutura formal da ponderação, como ela está descrita na fórmula peso. Estão fixados os valores a serem colocados na fórmula peso para as variáveis particulares, então pode o resultado ser derivado segundo as regras da aritmética. Do mesmo modo como na justificação interna de sentenças segundo o silogismo judicial, que certamente não segue regras aritméticas, mas lógicas, trata-se nisso, exclusivamente, de uma estrutura formal. Nem o silogismo judicial nem a fórmula peso concernem à correção das premissas colocadas. Trata-se, nesse aspecto, em ambos os casos, somente da relação inferencial da derivação de um resultado de premissas dadas. A correção das premissas é, pelo contrário, objeto da justificação externa. Aqui se trata disto, de fundamentar os valores colocados na fórmula peso. Portanto, por exemplo, da justificação, que a intensidade da intervenção foi avaliada como ‘grave’ ou da justificação, que o peso do princípio em sentido contrário somente é leve.” (Cf. KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. **Espaços no Direito Público**: para a Doutrina da Ponderação da Teoria dos Princípios. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 37.) Em conexão com isso, é importante salientar que a aplicação da fórmula peso depende da possibilidade de atribuição de valores numéricos às suas variáveis. Poder-se-ia objetar contra isso a incomparabilidade daquilo que entra em jogo; essas variáveis representariam elementos que, na verdade, não poderiam ser postos em relação. Essa, contudo, não seria uma objeção procedente. “Não se trata da comparabilidade imediata de alguns objetos, mas da comparabilidade de seu significado para a constituição, o

Isso posto, coloca-se a questão: até que ponto o “modelo rigoroso” de ponderação proposto por Ávila diferencia-se do modelo de Alexy? Ávila também defende um modelo de fundamentação (embora não tenha desenvolvido nenhuma teoria da argumentação para dar-lhe suporte, tampouco remetendo à teoria de algum autor específico), fundamentação essa que abrange, segundo ele, cinco elementos. O primeiro consiste na justificação da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; o segundo, nos critérios empregados para a definição do peso e da prevalência entre os princípios conflitantes; o terceiro, no procedimento e no método que levaram à comprovação dos graus de promoção e restrição dos princípios; o quarto, na comensurabilidade dos princípios envolvidos e no método utilizado para fundamentá-la; o quinto, na determinação dos fatos relevantes para a ponderação e dos critérios mediante os quais tais fatos foram avaliados.⁵⁵⁹

Quanto ao primeiro elemento sugerido por Ávila, é possível entendê-lo como estando implícito na teoria de Alexy – ponderar princípios pressupõe uma fixação acerca daquilo que deve ser posto em rota de colisão. Quanto aos três elementos seguintes, verifica-se que eles correspondem quase integralmente ao modelo de Alexy, modelo esse expresso na fórmula peso (com uma diferença: Ávila apenas menciona a necessidade de critérios, enquanto Alexy oferece tanto uma estrutura de justificação interna da ponderação, a fórmula peso, quanto uma indicação do caminho que terá de ser percorrido na justificação externa, ao enlaçar a ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional). Quanto ao último dos elementos sugeridos por Ávila, pode-se entender os fatos que ele refere exatamente como as medidas que representam as intervenções; a análise de tais medidas é, no âmbito do princípio da proporcionalidade, realizada no âmbito dos princípios parciais da idoneidade e da

que, certamente, leva mediatamente à sua comparabilidade. O conceito da comparabilidade do significado para a constituição contém dois elementos que bastam para criar comensurabilidade. O primeiro é um ponto de vista uniforme: o ponto de vista da constituição. Naturalmente se pode discutir sobre isto, o que vale a partir desse ponto de vista. Isso ocorre ininterruptamente. Porém, é sempre um litígio em torno disto, o que é correto por causa da constituição. Incomensurabilidade nasce, certamente, de imediato quando se abandona o ponto de vista uniforme. Isso seria, por exemplo, então o caso, se um intérprete da constituição dissesse ao outro que a partir do seu ponto de vista vale uma coisa, a partir do outro, o oposto, cada um, portanto, de seu ponto de vista tivesse razão e não só não se equivocam, mas também não podem ser criticados porque nem existe nem pode existir um ponto de vista uniforme ou comum, a partir do qual algo poderia mostrar-se como falso. Um discurso, que ultrapassa retórica vazia e, nesse sentido, racional sobre a solução correta seria, então, impossível. Pois bem, certamente vale também o contrário. Se um discurso racional sobre aquilo que vale por causa da constituição é possível, então um ponto de vista uniforme é possível. Esse nasce assim que um discurso racional inicia, que se deixa dirigir pela ideia regulativa do correto por causa da constituição. [...] O segundo elemento criador de comensurabilidade é uma escala, independente de como constituída, que proporciona os graus para a avaliação das perdas e ganhos jurídico-fundamentais. A escala triádica *l, m, s* é, para isso, um exemplo. Seu emprego a partir de um ponto de vista uniforme da constituição cria comensurabilidade.” (Cf. ALEXY, Robert. *A Fórmula Peso*. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 142.)

⁵⁵⁹ Ver supra, item 3.1.2.2.

necessidade, não no da proporcionalidade em sentido restrito (o exame da ponderação),⁵⁶⁰ o que significa que, nesse ponto, a proposta de Ávila mostra-se desprovida de sentido.

Ainda, Ávila diz que a ponderação, se desacompanhada de critérios, assemelha-se a uma “caixa preta” a encobrir o puro decisionismo e a institucionalizar o intuicionismo moral.⁵⁶¹ O crítico tem razão ao sublinhar a necessidade de critérios racionais para o ponderar; isso, todavia, não arranha o instrumental teórico de Alexy. Que a ponderação não é um mero artifício para esconder o decisionismo pode ser depreendido já da escolha de Alexy por um modelo de fundamentação, contraposto a um modelo de decisão, por ele expressamente rejeitado.⁵⁶² Isso vale também para a crítica que alude ao intuicionismo moral⁵⁶³ - às críticas do decisionismo e do intuicionismo pode ser oposta a tese da argumentação, segundo a qual são possíveis proposições racionalmente fundamentáveis acerca das intensidades de intervenção e dos graus de importância na ponderação.⁵⁶⁴

Ávila prossegue em suas objeções à teoria da ponderação. Ele diz que a amplitude dos princípios constitucionais possibilita uma “onipresença” da ponderação, pois esses princípios sempre podem ser tomados como fundamento para uma decisão, promovendo-se, com isso, uma “constitucionalização total da ordem jurídica”. Uma crítica ligada a essa diz respeito aos princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes, que seriam prejudicados pela utilização excessiva dos princípios constitucionais em detrimento das regras postas pelo legislador democraticamente legitimado para tanto. Um último ponto diz respeito ao caráter necessariamente subjetivo da ponderação, nocivo à própria normatividade do direito, considerando que as normas adquiririam o caráter de “meros conselhos”, cuja utilização estaria ao arbítrio do aplicador.⁵⁶⁵

A primeira das objeções mencionadas no parágrafo anterior já foi enfrentada por Alexy (embora não especificamente como uma objeção à ponderação): o risco de “constitucionalização total” da ordem jurídica, ante a amplitude do tipo das normas de direitos

⁵⁶⁰ Ao comentar o § 2º do artigo 489 da Lei nº. 13.105/15 (o novo Código de Processo Civil), Heck aduz que as “premissas fáticas” ali mencionadas referem-se aos dois primeiros princípios parciais da proporcionalidade. (Cf. HECK, Luís Afonso. **Filosofia do Direito e Hermenêutica Filosófica**. Inédito. p. 01-02. nota 03.)

⁵⁶¹ Ver supra, item 3.1.2.2.

⁵⁶² Ver supra, nota 215.

⁵⁶³ Acerca da posição metaética do intuicionismo, bem como da sua insuficiência para a justificação de proposições normativas, ver ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 58-60. Outras formas de “ceticismo radical” à justificabilidade de normas morais são mencionadas em ALEXY, Robert. Legal Certainty and Correctness. **Ratio Juris**. v. 28, n. 4. 2015. p. 442.

⁵⁶⁴ ALEXY, Robert. Um Conceito Não-Positivista de Direitos Fundamentais. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 21.

⁵⁶⁵ Ver supra, nota 366.

fundamentais, amplitude essa que as torna relevantes para um número gigantesco de casos, pode ser combatido por uma distinção entre casos de direitos fundamentais atuais e potenciais. Os casos potenciais de direitos fundamentais são aqueles em que uma argumentação jurídico-fundamental, embora seja possível a sua introdução, é totalmente supérflua, já que não existem dúvidas acerca da legitimidade, do ponto de vista jurídico-fundamental, da solução que o direito ordinário oferece para o caso. A proibição do roubo é um exemplo: embora essa proibição limite a liberdade de ação geral do indivíduo (liberdade essa que é, *prima facie*, jurídico-fundamentalmente protegida), não pode haver dúvidas acerca da superação do princípio da liberdade de ação, nesse caso, por princípios colidentes. Os casos atuais de direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles em que a argumentação jurídico-fundamental mostra-se imprescindível, pois subsistem dúvidas acerca da proteção ou não proteção jurídico-fundamental; são esses os casos em que os princípios jurídico-fundamentais desempenham um papel primordial. Casos potenciais podem converter-se em casos atuais, quando dúvidas relevantes forem levantadas, e casos atuais podem converter-se em casos potenciais, quando as dúvidas antes existentes forem eliminadas; isso, todavia, não fala contra a importância da distinção, pois ela mostra que nem tudo pode ser tido, ao mesmo tempo, por duvidoso.⁵⁶⁶ Embora Alexy faça referência, nesse ponto, apenas aos direitos fundamentais, é possível reconhecer que isso vale, na direção da crítica de Ávila, para os princípios constitucionais em seu conjunto.

A segunda objeção antes mencionada diz respeito à questão da repartição de competências entre o legislador democraticamente legitimado e o órgão competente para a jurisdição constitucional. Trata-se, em essência, da objeção da democracia, tantas vezes dirigida contra a teoria dos princípios de Alexy. Alguns autores, cujas críticas ainda serão objeto de análise, formulam essa objeção com maior ênfase e profundidade; em razão disso, a análise da questão em seus pormenores será deixada para mais adiante.⁵⁶⁷ Todavia, uma resposta provisória (que, por ora, basta) pode ser buscada na seguinte passagem:

A objeção competencial é expressão do temor que a teoria dos princípios leve a uma remoção de poder inadmissível dos parlamentos para os tribunais, particularmente, para o tribunal constitucional federal. A autonomia do direito legislado ordinário perde-se em favor de uma competência plena, fundamentada pela teoria dos princípios, do direito constitucional. Também essa objeção ignora a multiplicidade daquilo que pode ser objeto de um princípio. Existem não só princípios materiais (quanto ao conteúdo), mas também formais (procedimentais). Um princípio formal central é o do poder de decisão do dador de leis legitimado democraticamente. Esse princípio exclui a ideia que o sistema jurídico-jurídico-ordinário total nada mais tem

⁵⁶⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 295-297.

⁵⁶⁷ Ver infra, item 4.2.2.

de ser que o conhecimento correto daquilo que os princípios constitucionais exigem. Ele cuida, juntamente com outros princípios procedimentais, de uma autonomia relativa do direito legislado ordinário e é um fundamento essencial para os numerosos espaços que o tribunal constitucional federal deixa ao dador de leis.⁵⁶⁸

Resta a terceira objeção feita por Ávila, a de que a ponderação leva necessariamente ao subjetivismo e prejudica a normatividade do direito. Quanto a isso, a necessidade de fundamentação racional na ponderação e o caráter vinculativo dos princípios na teoria de Alexy, pontos já trabalhados, constituem uma resposta suficiente.⁵⁶⁹

4.1.4 Inconsistências

A distinção qualitativa entre regras e princípios, tal qual ela aparece em Alexy, carrega, de acordo com Ávila, duas inconsistências, uma semântica e outra sintática.⁵⁷⁰

A inconsistência semântica, decorrente da suposta inadequação de uma definição de princípio através dos elementos do modo final de aplicação e do modo de solução de antinomias, constitui apenas uma repetição dos problemas já apontados na crítica. A distinção de Alexy entre regras e princípios baseia-se na diferença de estrutura lógica entre as espécies normativas, não nos elementos indicados por Ávila.⁵⁷¹

A ideia de ponderação de regras também é retomada. Ávila diz que as espécies normativas não podem ser diferenciadas por meio do modo de aplicação (ponderação para os princípios, subsunção para as regras), pois, para ele, a aplicação de toda norma jurídica depende de um processo de ponderação.⁵⁷² Ávila parte, aqui, do “conceito ampliado” de ponderação, distinto do conceito adotado por Alexy. Quando Ávila diz que as regras são normas carecedoras de ponderação interna e externa, ele está fazendo alusão, no primeiro caso, à definição da extensão semântica da norma (em Alexy, objeto da interpretação), e, no segundo, à hipótese de solução de um conflito entre regras sem a necessidade de invalidação de uma delas (em Alexy, a introdução de exceções). A possibilidade de ponderação de regras

⁵⁶⁸ ALEXY, Robert. Sistema Jurídico e Razão Prática. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 170.

⁵⁶⁹ Saliente-se, ainda, que o próprio Ávila reconhece que uma ponderação rigorosa (ou seja, dotada de critérios objetivos e atenta às limitações de competência) não traz esses problemas. Como o modelo de Alexy resiste às objeções por ele formuladas e, além disso, mostra-se analiticamente mais claro e objetivo (portanto, mais rigoroso) que o proposto por ele, a crítica acaba por perder seu objeto. Para um aprofundamento da questão envolvendo a racionalidade da ponderação em Alexy, com a formulação de uma série de regras da estrutura e das razões da ponderação, ver GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras da Ponderação Racional. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 147-175.

⁵⁷⁰ Ver supra, item 3.1.3.

⁵⁷¹ Ver supra, item 4.1.1.

⁵⁷² Ver supra, item 3.1.3.

defendida por Ávila é, todavia, decorrente de uma distorção do conceito de ponderação, o que já foi apontado.⁵⁷³

Ainda no âmbito da suposta “inconsistência semântica”, Ávila defende tanto a possibilidade de superação das regras em certos casos quanto a necessidade de estabelecimento de critérios precisos para o uso dos princípios. A primeira questão remete ao caráter *prima facie* das regras na teoria de Alexy (o qual, apesar de substancialmente mais forte que o dos princípios, autoriza a superação da regra no caso concreto);⁵⁷⁴ a segunda, aos critérios fornecidos por Alexy para a ponderação.⁵⁷⁵ Salta aos olhos, nesse ponto, o caráter repetitivo das críticas.

Resta a inconsistência sintática. Ela reside, segundo Ávila, em uma falta de correspondência entre a definição de princípio e certas normas que, seguindo-se tal definição, não seriam princípios (embora normalmente entendidas dessa forma), mas regras. Ele faz alusão, nesse ponto, a diversos princípios da seara do direito tributário (não cumulatividade, anterioridade, irretroatividade, imunidade); esses “princípios” seriam, nos termos da distinção, regras, pois não poderiam ser realizadas em diferentes graus e não careceriam de ponderação com princípios colidentes. Ávila manifesta o receio de que entender tais normas como princípios poderia acarretar uma flexibilização do seu conteúdo, inaceitável do ponto de vista constitucional.⁵⁷⁶ Isso, todavia, não está em contradição com a teoria de Alexy, além de não representar propriamente uma novidade. Há normas, diz Alexy, que, apesar de seu alto grau de generalidade e do fato de sua caracterização como “princípio” ser frequente, constituem regras, pois, embora possam gerar uma série de problemas de interpretação, somente podem ser cumpridas ou não cumpridas; um exemplo disso está na norma segundo a qual um delito somente pode ser punido quando o caráter delituoso estiver previsto em lei à época da ocorrência do fato.⁵⁷⁷ Em suma: não é a designação usual de “princípio” a conferir a uma norma a sua estrutura como tal. O receio de Ávila, de uma flexibilização de normas que não deveriam ser flexibilizadas, mostra-se, portanto, infundado.

Ávila sustenta, ainda, ser incorreta a opinião da doutrina no sentido da prevalência, em caso de conflito, do princípio sobre a regra; segundo ele, na maioria das situações deve ocorrer o contrário. Ele, aqui, cita genericamente a “doutrina”, não um autor específico.⁵⁷⁸ Em

⁵⁷³ Ver supra, item 4.1.2.

⁵⁷⁴ Ver supra, item 4.1.1.

⁵⁷⁵ Ver supra, item 4.1.3.

⁵⁷⁶ Ver supra, item 3.1.3.

⁵⁷⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 92-93.

⁵⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 97.

relação à teoria de Alexy, essa ideia de Ávila não representa algo novo: para Alexy, a superação de uma regra por um princípio depende da superação tanto do princípio que dá sustentação à regra quanto dos princípios formais que conferem às regras a força a elas inerente.⁵⁷⁹ Isso é reforçado por uma primazia *prima facie*, no modelo combinado de regras e princípios, do plano das regras sobre o plano dos princípios.⁵⁸⁰

4.1.5 Problemas do modelo proposto por Ávila

As críticas de Ávila à teoria de Alexy não resistem, como visto, a uma análise mais rigorosa. O objetivo deste estudo - e isso vale para todos os autores aqui trabalhados - é a análise de semelhantes objeções, não a desconstrução de eventuais modelos propostos pelos críticos, o que significa que tal objetivo, relativamente às críticas de Ávila, já foi alcançado; todavia, o “modelo alternativo” desenvolvido por ele apresenta problemas sérios. A visibilidade desse modelo justifica uma breve incursão no ponto, que pode ser tida como um complemento ao exposto até agora.

O primeiro aspecto a ser destacado consiste na natureza da distinção feita por Ávila entre regras e princípios. Em Alexy, como visto, essa é uma distinção qualitativa; em Ávila, por outro lado, essa é uma distinção meramente gradual.⁵⁸¹ Isso pode ser extraído da seguinte passagem:

Nessa direção, importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência predeterminada) só pode surgir após sua interpretação. Somente nesse momento é que podem ser compreendidas se e quais as consequências que, no caso de sua aplicação a um caso concreto, serão supostamente implementadas. Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método *tudo ou nada* de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se estremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se

⁵⁷⁹ Ver supra, nota 491.

⁵⁸⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 121-122.

⁵⁸¹ Alexy defende, portanto, a “tese da separação rigorosa”, segundo a qual regras e princípios são critérios normativos de estrutura lógica distinta, ao contrário de Ávila, defensor da tese da “separação fraca”, que sustenta uma distinção baseada apenas no grau de generalidade. (A distinção entre as teses da separação rigorosa e da separação fraca pode ser vista em ALEXY, Robert. **Sobre o Conceito do Princípio de Direito**. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 142.)

vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo, princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação.⁵⁸²

Tomar por base apenas o grau de generalidade/abstração⁵⁸³ da norma como critério de distinção entre regras e princípios acarreta, todavia, sérias dificuldades.

Em primeiro lugar, ela dilui a distinção entre as duas espécies normativas. A generalidade de uma norma, o seu caráter “mais geral” ou “menos geral”, é uma questão puramente de grau, a depender de quão específico seja o modo de atuação por ela prescrito;⁵⁸⁴ tratando-se de uma questão de grau, é extremamente difícil definir, apenas com base nesse critério de distinção, onde termina o plano das regras e onde começa o plano dos princípios. Esse tipo de dificuldade não está presente na distinção lógico-estrutural entre princípios e regras, que não recorre a uma “escala” capaz de identificar as espécies normativas de acordo com um critério “mais” ou “menos”.⁵⁸⁵

Em segundo lugar (e esse problema é ainda mais grave que o anterior, pois aponta para uma fatal contradição no modelo proposto pelo crítico), afigura-se extremamente difícil (talvez até mesmo impossível) compatibilizar a distinção gradual entre regras e princípios com conceitos como os de ponderação, proporcionalidade e concordância prática (embora Ávila aparentemente não tenha visto problema algum nisso, pois dedica um considerável número de páginas para ajustar esses conceitos à teoria por ele formulada).⁵⁸⁶ Com efeito, tais

⁵⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 52-53.

⁵⁸³ Acerca dos conceitos de generalidade e abstração, bem como de sua relação com outros conceitos correlatos, ver ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 73. Fn. 11.

⁵⁸⁴ Assim, uma norma segundo a qual não se deve mentir possui um grau de generalidade relativamente alto, enquanto uma norma segundo a qual o marido deve dizer à mulher a verdade acerca de questões financeiras possui um grau de generalidade relativamente baixo. (Cf. ALEXY, Robert. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 142. nota 37.) Do mesmo modo, uma norma que garante a liberdade religiosa possui um grau relativamente alto de generalidade, ao passo que uma norma segundo a qual todo apenado tem o direito de cooptar outros apenados para a sua religião possui um grau relativamente baixo de generalidade. Tomando-se por base o critério da generalidade, seria possível definir a norma mais geral como princípio e a norma menos geral como regra. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 73.)

⁵⁸⁵ Uma outra vantagem da distinção lógico-estrutural entre regras e princípios consiste em poder ser explicado, através dela, o caráter geral relativamente alto que os princípios normalmente possuem: eles são normas de alto grau de generalidade porque não estão ainda relacionados às limitações estabelecidas pelas possibilidades fáticas e jurídicas, o que remete ao conceito de mandamento de otimização. (Cf. ALEXY, Robert. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 156.)

⁵⁸⁶ Quanto à ponderação, ver ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 164-166; quanto à proporcionalidade, ver ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 182-196; quanto à concordância prática, ver ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 166-167. Seja notado à margem que, nessa obra de Ávila, Konrad Hesse, a quem se deve o aparecimento do conceito de concordância

conceitos somente podem ser adequadamente compreendidos quando se adota a distinção lógico-estrutural entre regras e princípios.⁵⁸⁷

A ponderação (se não se quer transformá-la em uma espécie de recipiente onde tudo aquilo que for juridicamente relevante pode ser depositado, o que Ávila parece pretender com o seu “conceito ampliado” de ponderação) está ligada à ideia da otimização: ponderar significa otimizar princípios relativamente às possibilidades jurídicas, representadas por princípios em sentido contrário. O distinto funcionamento de regras e princípios (que, no caso desses últimos, pressupõe a ponderação) somente pode ser explicado por meio dessa distinção. Rigorosamente o mesmo ocorre com a concordância prática: traçar limites entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos significa pô-los, no caso concreto, em uma relação que possibilite chegar à eficácia ótima de ambos; concordância prática pressupõe, portanto, otimização.⁵⁸⁸ No caso da proporcionalidade, esse problema revela-se de forma ainda mais aguda: ela “pressupõe a diferença de natureza das normas, uma vez que no início do procedimento ingressam princípios e ao final se obtém uma regra.”⁵⁸⁹ Em suma: a otimização (e, com ela, a distinção qualitativa entre regras e princípios) atravessa necessariamente as ideias de ponderação, concordância prática e proporcionalidade. Sem ela, tais ideias perderiam o seu sentido.

A agravar o problema está o conceito de princípio adotado por Ávila. Ele parte de um conceito finalístico de princípio - princípios seriam normas vocacionadas a determinar um estado de coisas a ser promovido, embora sem indicar de antemão os comportamentos

prática, não foi citado no lugar correspondente. Acerca desse conceito e de sua imbricação com a teoria dos princípios de Alexy, ver supra, nota 209.

⁵⁸⁷ Esse problema foi constatado por Ludwig: “Tentar dissolver a diferença de qualidade por meio do apontamento da diferença quanto ao grau de abstração significa tomar o todo pela parte e incidir em potencial contradição com atividade de operar direitos fundamentais com auxílio da proporcionalidade. É pelo fato da diferença qualitativa entre princípios e regras que os primeiros têm forma de aplicação diferente das últimas, e não o contrário.” (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 429.)

⁵⁸⁸ Acerca da relação entre concordância prática, ponderação e otimização, Schladebach salienta: “Com vista ao resultado da ponderação não basta na concordância prática ter averiguado e respeitado um limite de conveniência, de suportabilidade ou de proporcionalidade. Necessário é ter encontrado uma compensação dirigida à otimização, de maneira que, apesar da limitação mútua dos bens constitucionais, dos conteúdos da proteção originais de ambos os bens seja conservado tanto quanto possível. Tem de ser procurado por uma compensação ótima adequada à situação. O resultado da ponderação tem de, por conseguinte, mostrar uma qualidade particular. Portanto, concordância prática deixa entender-se como uma ponderação aumentada qualitativamente, ou seja, orientada pela otimização com respeito ao processo e ao resultado, de valores constitucionais colidentes.” (Cf. SCHLADEBACH, Marcus. **Concordância Prática como Princípio de Colisão Jurídico-Constitucional**. Tradução de Luís Afonso Heck. Inédito. p. 16.) Mais adiante, o referido autor destaca o fato de que o princípio da concordância prática, em face do dever de otimização a ele inerente, corresponde dogmaticamente à teoria dos princípios de Robert Alexy, bem como o ganho adicional de racionalidade que a fórmula peso propicia à aplicação desse princípio. (Cf. SCHLADEBACH, Marcus. **Concordância Prática como Princípio de Colisão Jurídico-Constitucional**. Tradução de Luís Afonso Heck. Inédito. p. 29-35.)

⁵⁸⁹ LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 429. nota 1185.

exigidos para tanto.⁵⁹⁰ Por um lado, essa noção teleológica de princípio não representa novidade;⁵⁹¹ por outro, ela remete a teorias teleológicas do funcionamento das normas, das quais a mais representativa (ou, ao menos, a mais em voga) é a da análise econômica do direito. Essa teoria estabelece que um determinado fim deve ser atingido, sem, todavia, estabelecer o modo pelo qual isso deve ocorrer; como uma teoria de cunho teleológico, a análise econômica do direito não dá nenhum valor ao procedimento que conduz a uma decisão, ela exige apenas que o resultado esteja de acordo com a finalidade – no caso, a eficiência econômica. O direito, nessa perspectiva, deve ser construído de modo que a eficiência econômica seja realizada. Esse fim tem, na análise econômica do direito, uma pretensão de exclusividade: os demais “fins” que uma ordem jurídica pode buscar somente são legítimos se, por meio deles, a eficiência é fomentada.⁵⁹² Ponderação de princípios não é, nessa medida, possível, já que a finalidade não se deixa contrastar. Apenas os meios para alcançá-la entram em questão. Do ponto de vista do princípio da proporcionalidade, isso significa que a análise econômica do direito trabalha apenas com os exames da idoneidade e da necessidade, excluindo o da proporcionalidade em sentido restrito.

Uma última questão importante envolve o que Ávila chama de “postulados”. Na sua teoria, esses postulados formariam uma terceira categoria (ao lado dos princípios e das regras), como normas destinadas a regular a aplicação de outras normas. Assim, seriam exemplos de postulados, dentre outros, a ponderação, a concordância prática e a proporcionalidade.⁵⁹³ O uso da palavra “postulado”, todavia, é, no contexto descrito por Ávila, problemático, e isso tanto do ponto de vista filosófico⁵⁹⁴ quanto do técnico-jurídico.⁵⁹⁵

⁵⁹⁰ Ver supra, item 3.1.4.1.

⁵⁹¹ O próprio Alexy, em sua obra mais antiga, trabalha com a argumentação teleológica, na qual princípios – entendidos como normas de alto grau de generalidade, exatamente como em Ávila – são necessários para a descrição de estados de coisas cuja promoção é ordenada normativamente. Nesse sentido, a argumentação teleológica é uma argumentação por princípios. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 295-299.) Registre-se que esse conceito de princípio baseado na generalidade, encontrado na “Teoria da Argumentação Jurídica”, foi substituído por Alexy em sua obra posterior, a “Teoria dos Direitos Fundamentais”, pelo conceito de princípio como mandamento de otimização, uma vez que as ideias de princípio e de ponderação, tão importantes na segunda obra, não constituíam objeto de estudo da primeira, a não ser, quanto aos princípios, em uma medida muito limitada - a qual, porém, já oferecia indícios do desenvolvimento posterior da teoria dos princípios. (Cf. ALEXY, Robert. **Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Years**. Disponível em: <<http://www.tampereclub.org/wordpress/wp-content/uploads/2011/09/Alexy-Robert.pdf>> Acesso em: 17 set. 2015. p. 06-07.) Para além disso, o conceito finalístico de princípio, tal qual ele aparece em Ávila, apresenta semelhanças com o conceito de *policy* em Dworkin. Sobre isso, ver supra, item 1.2.1.3.

⁵⁹² EIDENMÜLLER, Horst. **Effizienz als Rechtsprinzip**: Möglichkeiten und Grenzen der Ökonomischen Analyse des Rechts. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. S. 169-170.

⁵⁹³ Ver supra, itens 3.1.4.1 e 3.1.4.2.

⁵⁹⁴ Ludwig observa que o sentido dado por Ávila ao termo “postulado” não está de acordo com nenhuma das tradições do conhecimento humano que o empregam (a geometria euclidiana e as vertentes filosóficas

Embora Ávila procure oferecer uma alternativa para a compreensão de fenômenos sobre os quais não há, segundo ele, clareza nas teorias elaboradas por outros autores, a superioridade científica desse modelo mostra-se, no mínimo, extremamente duvidosa.

Isso pode ser visto nitidamente no caso da proporcionalidade. Ávila procura enquadrar a proporcionalidade como um postulado, afirmando que ela não se ajusta adequadamente a nenhuma das outras categorias (regra e princípio).⁵⁹⁶ Em Alexy, os três princípios parciais da proporcionalidade são entendidos como regras: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito, apesar de designadas como “princípios parciais”, não podem ser ponderadas com princípios colidentes. Elas somente podem ser ou cumpridas ou não cumpridas, tendo o seu não cumprimento uma antijuridicidade por consequência.⁵⁹⁷ Quando se tem em conta os três princípios parciais, a observação de Ávila não se mostra correta, na medida em que eles possuem a estrutura correspondente às regras.

Ávila também parece estar enganado quando sustenta não ser a proporcionalidade passível de subsunção. No plano jurídico-constitucional, a proporcionalidade é um dos preceitos derivados do princípio do Estado de Direito, o que significa que sua violação é uma

aristotélica e kantiana). (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 459-460.) Uma breve análise pode comprovar isso. Em um sentido amplo, postulados designam pressupostos não provados que, apesar disso, são necessários para o argumentar e o agir corretos. Na filosofia de Aristóteles, postulados são suposições necessárias para finalidades argumentativas (o termo grego *aitema*). Ele coloca a espécie dos postulados, em sua teoria acerca dos princípios científicos, ao lado dos axiomas e das hipóteses. Tanto os postulados quanto as hipóteses constituem teses que ainda não foram objeto de demonstração, apesar de demonstráveis, o que, entretanto, não lhes retira a imprescindibilidade para a argumentação. Elas diferenciam-se na medida em que as hipóteses são aceitas como verdadeiras pelo interlocutor, enquanto os postulados não o são. Na geometria de Euclides, os postulados são tidos como um dos três grupos de proposições, juntamente com as definições e os princípios gerais (axiomas). Na filosofia de Kant, através da qual os postulados receberam decisivamente seus contornos histórico-filosóficos, os postulados são suposições que constituem exigências da razão, pois neles trata-se de pressupostos necessários para o uso da razão teórica e prática; são, portanto, as suposições e pressupostos que possibilitam o uso da razão. Kant formula, assim, postulados na filosofia teórica, que dizem respeito ao modo pelo qual os objetos da experiência podem ser entendidos e relacionados, bem como na ética, com os célebres postulados práticos da existência de Deus, do livre-arbítrio e da imortalidade da alma. (Cf. METZLER PHILOSOPHIE LEXIKON. 2.Aufl. Stuttgart/Weimar: J. B. Metzler, 2004. S. 459.) A definição de postulado proposta por Ávila mostra-se incompatível com qualquer das tradições acima referidas.

⁵⁹⁵ Para isso, a acertada observação de Ludwig: “[...] a definição dos postulados enquanto ‘deveres estruturantes da aplicação de outras normas’, embora não se mostre desarrazoada, não parece suficiente para justificar a opção terminológica, na medida em que qualquer norma metodológica ou qualquer norma que discipline a interpretação de leis pode ser tida como fonte de deveres de cunho estruturante para a aplicação.” (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 461.) Com efeito, seguindo-se a proposta de Ávila, qualquer norma que estabeleça diretrizes para a interpretação de outras normas deve ser tida como “postulado”. Um bom exemplo, extraído da esfera do direito administrativo, é o do regulamento de execução. Esses regulamentos são atos administrativos que, uma vez postos em vigência por decreto, têm a função de explicar a lei, tornando explícito o seu conteúdo – como atos infralegais, não podem contrariar as disposições da lei ou ultrapassar os seus limites, sob pena de nulidade. (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 189.) Ávila, contudo, nada diz sobre o enquadramento desse tipo de ato administrativo em sua categoria dos postulados.

⁵⁹⁶ Ver supra, item 3.1.4.2.

⁵⁹⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 100. Fn. 84.

violação à Constituição.⁵⁹⁸ Com isso, ela pode ser tomada como critério para a apreciação da constitucionalidade de uma norma, tornando-se, assim, uma proposição jurídica aplicável por subsunção – se ela for violada, haverá uma inconstitucionalidade.⁵⁹⁹

De qualquer modo, não há nenhum obstáculo para a designação da proporcionalidade como “princípio”, já consagrada pelo uso. A questão aqui é idêntica a de outros princípios que, apesar de frequentemente designados dessa forma, não possuem a estrutura de mandamentos de otimização.⁶⁰⁰ Trata-se de um problema essencialmente terminológico; o fato de que uma norma seja comumente descrita como “princípio” não confere a ela o caráter de princípio. Isso somente pode ser feito com a análise da estrutura a ela correspondente.⁶⁰¹

Ávila ainda menciona o caráter “fortemente subjetivo” da análise da proporcionalidade em sentido restrito.⁶⁰² Dizer que esse exame é fortemente subjetivo equivale a defender a “forte subjetividade” da ponderação, o que Ávila também faz, apesar dos critérios que procura fornecer.⁶⁰³ Esse é talvez o melhor exemplo dos problemas da tese de Ávila, não só porque os critérios que ele oferece para a ponderação são, em grande parte, idênticos aos de Alexy,⁶⁰⁴ mas também porque isso entra em evidente contradição com a proposta dele, a da elaboração de uma teoria principiológica superior às alternativas existentes. Cabe a pergunta: qual pode ser o objetivo da construção de uma teoria dos princípios, a não ser a garantia de racionalidade (e, com isso, de objetividade) na aplicação dessas normas? A observação de Ávila parece ir frontalmente de encontro ao esforço por ele empregado no desenvolvimento de sua própria teoria.⁶⁰⁵

⁵⁹⁸ HECK, Luís Afonso. Prefácio. in: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro: uma Leitura Orientada no Discurso Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 20. nota 24.

⁵⁹⁹ LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 464. nota 1281.

⁶⁰⁰ Ver supra, item 4.1.4.

⁶⁰¹ Um novo problema que surge com a tentativa de Ávila de enquadrar a proporcionalidade como postulado está na proximidade da ideia de postulado com a de procedimento. Postulados são, segundo o crítico, normas que estabelecem diretrizes metódicas para a aplicação de outras normas. Tomando-se essa definição como um procedimento de aplicação, Ávila parece incorrer em um equívoco, pois o princípio da proporcionalidade não estabelece qualquer procedimento, ao menos não no sentido jurídico-processual. Seus três princípios parciais não são desprovidos de conteúdo semântico; eles estabelecem, cada qual, diferentes obrigações de fundamentação. Além de descabida em face do sentido jurídico da palavra, a tentativa de enxergar na proporcionalidade um procedimento pode conduzir perigosamente a um problema bastante sério, na medida em que ela desvia a atenção da estrutura de uma fundamentação. Não é apenas equivocado pretender substituir a fundamentação pelo procedimento; isso é também vedado no contexto do ordenamento jurídico. (Cf. KOCH, Hans-Joachim; RÜSSMANN, Helmut. **Juristische Begründungslehre: eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft**. München: Beck, 1982. S. 108-111.)

⁶⁰² Ver supra, item 3.1.4.2.

⁶⁰³ Ver supra, item 3.1.2.2.

⁶⁰⁴ Ver supra, item 4.1.3.

⁶⁰⁵ Ávila não trabalha com a ideia de discurso. Ao deixar de fazê-lo, ele reconhece muitas das estruturas de argumentação que Alexy oferece como elementos concernentes à estrutura da norma (ver supra, item 4.1.2). Esse

4.2 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE LENIO LUIZ STRECK

Da mesma forma que as críticas de Ávila, as críticas de Streck a Alexy não se sustentam. Elas estão baseadas em uma sucessão de confusões e distorções, revelando, além disso, um desconhecimento das posições de Alexy relativamente aos pontos levantados.

4.2.1 O problema da discricionariedade

De modo assaz repetitivo, Streck dirige a Alexy uma série de críticas cujo *Leitmotiv* é o da discricionariedade judicial; em síntese, para esse crítico, a teoria discursiva de Alexy agrava o problema da discricionariedade, a permitir ao julgador tomar decisões apenas “conforme a sua consciência”.⁶⁰⁶ Refutando-se isso, todas as demais críticas de Streck edificadas sobre essa base virão abaixo.

A análise dessa questão deve começar com a definição de discricionariedade.⁶⁰⁷ Duas posições acerca disso já foram mencionadas neste estudo, a de Kelsen e a de Dworkin. Elas serão brevemente retomadas a seguir.

Para Kelsen, o “poder discricionário livre” (*freies Ermessen*) consiste na faculdade conferida ao aplicador do direito para criar, nos limites estabelecidos pela interpretação (ou

é, como já demonstrado, um dos principais problemas presentes em sua crítica. Relativamente à racionalidade na aplicação dos princípios, a ausência do discurso tem consequências fatais; o manejo racional de instrumentos como a proporcionalidade e a ponderação apenas pode ocorrer argumentativamente. Uma teoria dos princípios é inócua sem uma teoria da argumentação a complementá-la. Em Alexy, a ponderação é posta em uma conexão necessária com a teoria da argumentação jurídica racional; em Ávila, esse ponto não é objeto de aprofundamento. Não surpreende, portanto, que o crítico admita como “subjetivo” (e, portanto, como irracional, posto que insuscetível ao controle intersubjetivo) o exame da proporcionalidade em sentido restrito. Em um trabalho de viés fortemente crítico, Heck deixou em aberto a questão acerca da superação da teoria de Alexy pela apresentada por Ávila, ou seja, o caráter jurídico-cientificamente superior da proposta desse sobre a daquele. (Cf. HECK, Luís Afonso. Posfácio. in: Idem. **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 275.) Para isso, a presente investigação oferece uma resposta negativa.

⁶⁰⁶ Ver supra, item 3.2.1.

⁶⁰⁷ Registre-se, para evitar uma possível confusão, que essa discricionariedade não é a discricionariedade administrativa. O poder discricionário aqui tratado diz respeito à possibilidade de uma atuação do aplicador jurídico mesmo na insuficiência do direito positivo. O poder discricionário administrativo, por sua vez, refere-se, na lição de Hely Lopes Meirelles, à prerrogativa concedida à administração pública de praticar determinados atos administrativos com base em juízos próprios de conveniência e oportunidade, opondo-se, dessa forma, ao poder vinculado, que prende o administrador ao enunciado da lei, deixando-lhe apenas uma liberdade de escolha mínima na prática do ato. (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 123-124.) Na doutrina alemã, Hartmut Maurer faz uma distinção entre poder discricionário de resolução (que possibilita à administração decidir se deve ou não intervir – por exemplo, quando lhe é facultado por lei dissolver ou não dissolver uma reunião não previamente declarada) e poder discricionário de seleção (que possibilita à administração escolher qual das medidas possíveis deve tomar no caso concreto – por exemplo, quando uma ordenação de taxas estabelece, para uma dada questão administrativa, um valor compreendido entre 30 e 50 euros, pode a administração exigir qualquer valor que se mantenha dentro desses limites). (Cf. MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. p. 143.)

seja, a moldura, o “quadro normativo”), a norma (seja ela uma norma geral, como no caso do legislador diante do quadro normativo representado pela Constituição, seja uma norma individual, como no caso do juiz diante do quadro normativo representado pela lei); trata-se da escolha entre as diversas alternativas deixadas pela moldura. Essa criação normativa pode tomar por base elementos externos ao direito positivo, já que as possibilidades que ele oferece esgotaram-se com a fixação do quadro normativo. Trata-se, segundo Kelsen, de algo inevitável, face à impossibilidade de uma determinação completa do modo pelo qual a norma será aplicada.⁶⁰⁸

Para Dworkin, o “poder discricionário” (*judicial discretion*) é, em seu sentido forte (o sentido que os positivistas, por ele criticados, conferem à expressão), a inexistência de uma limitação da autoridade jurídica por quaisquer *standards* que não as regras, significando isso que, uma vez não encontrando ela uma regra aplicável ao caso, sua decisão pode tomar por base exclusivamente critérios extrajurídicos. Dworkin procura rechaçar essa ideia defendendo que os princípios, como *standards* adotados para a decisão quando as regras não se mostram suficientes, pertencem ao direito e são tão vinculativos quanto as regras.⁶⁰⁹

Os conceitos de poder discricionário formulados por Kelsen e Dworkin não são estruturalmente idênticos,⁶¹⁰ mas convergem naquilo que há de essencial: a discricionariedade como o poder conferido ao aplicador jurídico de atuar mesmo na insuficiência do direito positivo (entendido esse como um sistema de regras). Tomando-se esse “atuar mesmo na insuficiência do direito positivo” por “arbitrariedade”, como faz Streck, pode-se dizer que o aplicador jurídico, ao exercer esse poder discricionário, atua arbitrariamente.⁶¹¹

⁶⁰⁸ Ver supra, item 1.1.1.6.

⁶⁰⁹ Ver supra, item 1.2.1.3.

⁶¹⁰ A posição positivista relativamente ao problema da *judicial discretion*, combatida por Dworkin, pressupõe uma divisão do direito em duas esferas, uma delas encontrando base no material fundado em autoridade e a outra deixada à atuação do livre poder discricionário do aplicador. O *freies Ermessen* de Kelsen, todavia, diz respeito às diferentes possibilidades de interpretação dentro do mesmo marco normativo – vale dizer, em Kelsen, a discricionariedade não está “fora” do quadro normativo, como em Dworkin, mas “dentro” dele. (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão** em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 84. nota 171.)

⁶¹¹ Streck deixa isso claro na seguinte passagem: “é necessário um relato mais preciso daquilo que entendo por discricionariedade, encaminhando, ainda que genericamente, um meio de superação desse fenômeno. Com efeito, esse ponto também deve ser refletido a partir daquilo que se vem nominando como a ‘morte do método’. Sendo mais claro: o fato de não existir um método que possa dar garantia à ‘correção’ do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen. A ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade). Isso porque é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário ‘delegado’ em favor do juiz para ‘preencher’ os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo de regras. Não se pode esquecer, aqui, que a ‘zona de incerteza’ (ou as especificidades em que ocorrem os ‘casos difíceis’) pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo

Coloca-se, nesse ponto, a questão: haveria, como aduz o crítico, uma inarredável dependência da teoria de Alexy em relação à discricionariedade? Seriam os conceitos centrais dessa teoria apenas embustes para acobertar a discricionariedade judicial e, com isso, a arbitrariedade?

A resposta é não.

Segundo a teoria do discurso, entre a demonstrabilidade, de um lado, e a arbitrariedade, de outro, um terceiro plano pode ser reconhecido: o da racionalidade. O discurso é racional quando conduzido de acordo com um procedimento de argumentação racional, procedimento no qual estão incluídas as regras do discurso.⁶¹² O racional não pode ser tido por arbitrário, posto que, em primeiro lugar, é acessível a um controle intersubjetivo por meio do processo de argumentação e, em segundo lugar, exclui de antemão determinados resultados, com os conceitos de necessidade discursiva e impossibilidade discursiva; tampouco pode ser tido por absolutamente seguro, já que as regras do discurso não garantem um procedimento capaz de levar sempre a um único resultado, sendo possível que resultados incompatíveis entre si sejam sustentados como discursivamente possíveis.⁶¹³ O discurso jurídico constitui um caso especial do discurso prático geral, o que significa que a argumentação jurídica também está situada no plano da racionalidade discursiva.⁶¹⁴

Resta clara, com isso, a fragilidade da crítica de Streck. Ele acusa Alexy de transitar no plano da arbitrariedade (e, portanto, no da discricionariedade); todavia, rigorosamente falando, Alexy transita em um plano distinto, o da racionalidade. As reflexões seguintes poderão esclarecer esse ponto.

Que a teoria de Alexy não é “necessariamente dependente da discricionariedade”, como aduz Streck, pode ser depreendido do contraste entre essa teoria e as concepções de discricionariedade antes mencionadas (Kelsen e Dworkin).⁶¹⁵

juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de ‘discricionariedade’. Nesse sentido, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade.” (Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.)

⁶¹² ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. **Ratio Juris**. v. 23, n. 2. 2010. p. 172; ALEXY, Robert. Legal Certainty and Correctness. **Ratio Juris**. v. 28, n. 4. 2015. p. 442; ALEXY, Robert. Minha Filosofia do Direito. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 28.

⁶¹³ Ver supra, item 2.2.1.

⁶¹⁴ Ver supra, item 2.2.2.

⁶¹⁵ Carsten Bäcker descreve o modelo de decisão jurídica proposto por Alexy como um “modelo de argumentação” (*Argumentationsmodell*), opondo-o, com isso, tanto ao de Kelsen, um “modelo de discricionariedade” (*Ermessensmodell*) quanto ao de Dworkin, um “modelo de conhecimento” (*Erkenntnismodell*). O modelo de Kelsen não oferece uma solução satisfatória para o problema da decisão jurídica porque ele não dá critérios de correção das decisões proferidas sob o poder discricionário do juiz; tampouco o de Dworkin satisfaz, pois, de acordo com ele, todas as respostas já estão pré-dadas no direito,

Quanto à concepção de Kelsen, deve ser ressaltado que Alexy parte da possibilidade de uma fundamentação racional de juízos de valor e de obrigação. A escolha entre as diversas alternativas deixadas pelo quadro normativo (justamente o poder discricionário), que Kelsen entende como um ato de vontade do aplicador e, portanto, insuscetível a um tratamento científico, é, em Alexy, carecedora de uma fundamentação racional, o que a torna objeto da ciência do direito.⁶¹⁶ Dizer, todavia, que a escolha entre as alternativas de interpretação, uma vez estabelecida a possibilidade de fundamentação racional de juízos de dever e de obrigação, pode ser racionalmente fundamentada equivale a dizer que o poder discricionário de Kelsen inexistente em Alexy.^{617 618}

Quanto à concepção de Dworkin, cumpre salientar que a teoria de Alexy vai ao encontro da tese do autor norte-americano, no sentido de que os princípios seriam *standards* vinculativos para o aplicador do direito e que, portanto, não haveria uma discricionariedade quando inexistissem regras aptas a pôr um fim à questão. Trata-se do “argumento dos princípios”, argumento esse que estabelece uma conexão necessária entre a moral e o direito.⁶¹⁹ Aqui, pode-se dizer: uma vez reconhecendo-se que Dworkin, ao introduzir a noção de princípio, supera o problema da discricionariedade, o que Streck não hesita em afirmar,⁶²⁰ deve-se reconhecer que Alexy também o faz, já que as teorias de ambos os autores são convergentes nesse ponto. Sob esse aspecto, defender Dworkin e criticar Alexy com base na discricionariedade não faz o menor sentido.⁶²¹

cabendo ao juiz apenas descobri-las, mas ele não oferece critérios para determinar como o juiz deve extrair essa resposta e justificá-la como a única correta. O modelo de argumentação de Alexy é uma terceira via entre esses dois extremos, na qual a solução do problema da decisão jurídica é buscada no caminho da fundamentação racional das premissas apoiadoras da decisão. (Cf. BÄCKER, Carsten. **Begründen und Entscheiden: Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts**. Baden-Baden: Nomos, 2008. S. 25-34.)

⁶¹⁶ Ver supra, item 1.2.2.1.

⁶¹⁷ HECK, Luís Afonso. Algumas Observações à Decisão-Importação de Pneus Usados do Supremo Tribunal Federal. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 56-59.

⁶¹⁸ O modelo de argumentação proposto por Alexy (com ênfase, nesse ponto, para a tese do caso especial) permite distinguir entre argumentos bons e ruins no âmbito do direito; mais especificamente, a conexão entre as regras e formas do discurso prático geral, de um lado, e as do discurso jurídico, de outro, é capaz de fornecer critérios para que a fundamentação jurídica seja avaliada como boa ou ruim, correta ou incorreta. Com isso, o modelo de Kelsen, de acordo com o qual todas as respostas que estão dentro do quadro normativo fixado pelo ato de conhecimento da interpretação são de igual valor, podendo o aplicador, no exercício de seu poder discricionário, escolher qualquer delas, resta superado. (Cf. ALEXY, Robert. *Legal Certainty and Correctness*. **Ratio Juris**. v. 28, n. 4. 2015. p. 448.)

⁶¹⁹ Ver supra, item 1.2.2.1.

⁶²⁰ Ver supra, item 3.2.1.

⁶²¹ Ao tratar da insuficiência do “modelo de regras”, modelo esse que admite apenas regras como normas integrantes do sistema jurídico, excluindo, portanto, os princípios, Alexy posiciona-se expressamente nesse sentido: “O modelo de regras do sistema jurídico é caracterizado por um enlace particular de vinculação e abertura. À medida que as regras determinam a decisão de um caso, o sistema de regras mostra uma medida máxima em vinculação. As regras determinam a decisão de um caso quando a decisão ou resulta logicamente delas juntamente com uma descrição indiscutível do fato, ou delas, em conjunto com uma descrição indiscutível

Nesse ponto, verifica-se que Streck, incorrendo em nova impropriedade, tenta deslocar o problema da discricionariedade do plano das regras para o plano dos princípios. Em ambas as concepções analisadas acima, o poder discricionário do aplicador jurídico diz respeito às regras (ou, de forma mais acurada, à insuficiência inerente às regras, incapazes de possibilitar uma decisão inequívoca em todos os casos). Uma “discricionariedade relativa aos princípios” não tem lugar. Trata-se de um conceito situado no campo do direito positivo (inevitável para Kelsen, criticável para Dworkin), não no do direito discursivo. Isso significa que Streck, ao tachar a ponderação de um mero exercício da discricionariedade do aplicador, pretende utilizar um conceito positivista para criticar uma teoria não positivista. Trata-se de uma proposta evidentemente insustentável, tendo em vista que é na subsunção (direito positivo), e não na ponderação (direito discursivo), que se situa o poder discricionário.^{622 623}

O conceito de “discricionariedade” foi, portanto, manipulado pelo crítico em questão.⁶²⁴ Ele dá a entender que a “ponderação discricionária” seria um procedimento caracterizado pela “subjetividade do intérprete”, que estaria autorizado a, por meio dela, tomar decisões puramente “conforme a sua consciência”. Tratar-se-ia de um “emprego arbitrário dos princípios”, cuja consequência imediata seria a “perda do caráter normativo da Constituição”.⁶²⁵ Deixando-se de lado a mencionada distorção conceitual, teria o crítico razão

do fato, sob emprego de regras asseguradas da metodologia jurídica, pode ser fundamentada coercitivamente. À medida que as regras não determinam a decisão de tal maneira – e tanto conhecimentos da doutrina do método jurídico como o suceder cotidiano de casos duvidosos comprovam que isso é o caso em proporção considerável – deve o juiz, uma vez que ele, no modelo de regras, conforme a definição, somente por regras pode ser vinculado juridicamente, decidir sem qualquer vinculação jurídica. Ele tem, conforme isso, do outro lado das fixações feitas por regras, um poder discricionário juridicamente não vinculado, portanto, juridicamente livre que, se ele, no fundo, quer orientar-se por critérios, somente pode fazer isso por critérios extrajurídicos. Essa consequência poderia, no modelo de regras, somente por uma dação de leis ser evitada, sob a qual não existem mais casos duvidosos. A experiência histórica, como também reflexões lógicas, semânticas e metodológicas mostram, contudo, que uma tal dação de leis não é possível. Com isso, está claro uma primeira desvantagem do modelo de regras. Ele, mesmo em dação de leis ótima e aplicação perfeita das regras e formas da interpretação jurídica, não é capaz de garantir uma precisão e certeza do direito geral. A precisão e certeza do direito é, nele, um assunto-tudo-ou-nada. Ou o decididor é vinculado rigorosamente ou, no fundo, não. Modelos de regras puros mostram, por isso, necessariamente, lacunas. Como o sistema jurídico nada diz sobre isto, como elas devem ser fechadas, podem essas lacunas ser designadas como ‘lacunas de abertura’. Deve ser mostrado que uma teoria dos princípios pode contribuir essencialmente para o fechamento das lacunas de abertura.” (Cf. ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico e Razão Prática*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 167-168.)

⁶²² HECK, Luís Afonso. Algumas Observações à Decisão-Importação de Pneus Usados do Supremo Tribunal Federal. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 58.

⁶²³ Seja notado que, em Alexy, a exigência de fundamentação racional existe tanto para a subsunção quanto para a ponderação. Isso significa que a aplicação de ambas as espécies normativas (regras e princípios) ocorre no plano da racionalidade, não no da arbitrariedade. “Discricionariedade” como “arbitrariedade” não pode ser vislumbrada, portanto, nem na aplicação das regras, nem na aplicação dos princípios.

⁶²⁴ Streck fez com o conceito de discricionariedade algo semelhante ao que Ávila fez com o conceito de ponderação (ver supra, item 4.1.2); ambos “inflaram” os respectivos conceitos, de modo a dar-lhes um âmbito de abrangência que eles, na origem, não possuíam.

⁶²⁵ Ver supra, item 3.2.1.

ao sustentar que a ponderação não seria outra coisa que uma simples formalização da arbitrariedade?

Contra isso, já foi demonstrado que a ponderação defendida por Alexy não corresponde a um modelo de decisão, mas a um modelo de fundamentação.⁶²⁶ Não se trata, na ponderação, de arbitrariedade e decisionismo, mas de racionalidade e fundamentação. A sua justificação interna, representada pela fórmula peso, e a sua justificação externa, representada pelo enlace entre a lei da ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional, demonstram isso claramente.⁶²⁷ Tampouco o caráter normativo da Constituição é afetado, já que os princípios conservam intacto o seu caráter deontológico, exigindo a ponderação para a passagem do *prima facie* ao definitivo.⁶²⁸ Como esses pontos já foram abordados, uma exposição mais longa tornar-se-ia repetitiva e, portanto, desnecessária.⁶²⁹

Aqui, entretanto, há algo que merece ser ressaltado. Deve-se conceder a Streck que, mesmo em uma ponderação adequadamente realizada, resultados entre si incompatíveis podem ser igualmente bem fundamentados. Trata-se da possibilidade, admitida pelo próprio Alexy, de não concordância racional. Um exemplo para isso é oferecido pela decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão no julgamento, ocorrido em 2006, do recurso

⁶²⁶ Ver supra, nota 215.

⁶²⁷ Sobre a justificação interna e a justificação externa na ponderação, ver supra, item 4.1.3. Ainda com relação a esse ponto, Streck salienta que a norma de direito fundamental associada (por ele designada como “norma de direito fundamental atribuída”) seria uma demonstração inequívoca da discricionariedade em Alexy (ver supra, item 3.2.1). Isso, todavia, não é exato, não só pela exigência de uma correta fundamentação relativa aos direitos fundamentais para que essa norma possa ser reconhecida, mas também pela relação de precisão que ela mantém com as normas diretamente decorrentes do texto constitucional (para o conceito de norma de direito fundamental associada, ver supra, item 2.1.1). Cabe, aqui, a observação categórica de Ludwig: “A Teoria dos Direitos Fundamentais não apoia a inferência em favor de uma discricionariedade judicial. Ao contrário, todo o esforço nela se endereça ao afastamento do risco de uma atuação judicial livre de controle. Além disso, a NDFA tem de possuir, segundo a definição posta, uma ligação com o texto constitucional, a qual se esteia não somente em traves argumentativas, mas também numa **relação de precisão**. O julgador, portanto, não é livre na mesma proporção que pressupõe a *judicial discretion*.” (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 87.)

⁶²⁸ Ver supra, item 4.1.3.

⁶²⁹ Outras imprecisões na crítica de Streck à teoria da ponderação devem ser apontadas. Ele sustenta que ponderar significaria o “sopesamento entre meios e fins” (ver supra, item 3.2.1). Todavia, a ponderação, como terceiro subprincípio da proporcionalidade, não é constituída pelo pôr em relação de meios e fins. Em Alexy, o objeto da ponderação é formado por princípios - normas, portanto. O crítico também defende ser a ponderação uma “racionalização” da discricionariedade, pois aquele que pondera efetuaria, de modo totalmente subjetivo, uma escolha e depois procuraria justificar essa escolha com base no instrumental teórico da teoria da ponderação. Isso, contudo, não está de acordo com os critérios oferecidos por Alexy, em especial com a lei da ponderação. De acordo com essa lei, deve, em um primeiro passo, ser demonstrado o grau de não cumprimento do princípio; em um segundo passo, deve ser demonstrada a importância do cumprimento do princípio contraposto; no terceiro e último passo, deve ser demonstrada a justificação do não cumprimento do princípio pela importância do cumprimento do princípio contraposto. A estrutura da ponderação não permite, dessa forma, uma “antecipação arbitrária” do seu resultado pelo aplicador, carecedor apenas de posterior justificação; tal resultado só pode ser obtido ao cabo do procedimento. Saliente-se, ainda, que a análise contida em cada uma das etapas da ponderação não é uma mera atuação da subjetividade daquele que aplica, como defende Streck, mas um proceder passível de fundamentação racional (ver supra, item 2.2.2).

constitucional interposto por um estudante oriundo de país árabe, que realizava estudos na Alemanha, contra uma ordenação que havia estabelecido aos órgãos de registro populacional o dever de enviar à polícia dados de homens de determinada faixa etária relativos à crença, ao país natal e à área de formação, com o objetivo de localizar potenciais terroristas islâmicos. Por maioria, o tribunal acolheu o recurso, aduzindo para tanto a existência de uma grave intervenção no direito fundamental à autodeterminação informacional, não justificada pela mera existência de um perigo geral e abstrato quanto à perpetração de atos terroristas. Um dos integrantes do tribunal, contudo, apresentou uma opinião desviante. Para o referido juiz, a intervenção teria um peso menor (portanto, leve), justificada pelo interesse da comunidade relativamente à prevenção daqueles atos de barbárie.⁶³⁰

A demonstrar que ponderação é matéria de argumentação, tanto a maioria quanto o juiz dissidente oferecem uma extensa fundamentação para suas posições. A possibilidade de uma divergência como essa não é capaz de representar uma objeção contra a ideia de ponderação; em primeiro lugar, porque há numerosos casos que admitem somente um resultado na ponderação - trata-se de um resultado da ponderação argumentativa ou discursivamente necessário, uma necessidade discursiva concreta -,⁶³¹ e, em segundo lugar, porque não apenas na ponderação, mas em todos os lugares que o direito alcança, há a possibilidade de uma não concordância racional, quando resultados incompatíveis entre si, baseados em classificações distintas, deixam-se fundamentar racionalmente em uma ponderação – o que significa que ambos os resultados divergentes são discursivamente possíveis.⁶³²

Outra questão colocada por Streck, em estreita conexão com essa última, é a da “imprevisibilidade” das decisões de ponderação.⁶³³ Trata-se do conhecido problema da certeza (ou segurança) jurídica: aplicar princípios, normas cuja extensão somente pode ser reconhecida diante do caso concreto, seria, de acordo com essa concepção, menos certo (logo, menos previsível) do que aplicar regras, normas que não carecem de uma ponderação para a determinação exata de seu conteúdo de dever-ser.

De fato, mesmo tendo em vista os critérios antes mencionados, há casos para os quais não se afigura possível determinar *a priori* qual resultado será obtido na ponderação. Isso,

⁶³⁰ ALEXY, Robert. Um Conceito Não-Positivista de Direitos Fundamentais. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação:** Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 24.

⁶³¹ Ver supra, nota 551.

⁶³² ALEXY, Robert. Um Conceito Não-Positivista de Direitos Fundamentais. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação:** Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 24-25.

⁶³³ Ver supra, item 3.2.1.

contudo, não fundamenta uma objeção contra o modelo proposto por Alexy. Nesse modelo, regras e princípios (e, portanto, subsunção e ponderação) não se excluem mutuamente, mas estão inarredavelmente conjugados. A força vinculativa do plano das regras – e, portanto, a certeza jurídica por ele representada – é mantida. Alexy não defende um “modelo puro de princípios”, o qual, face à indeterminação inerente ao plano dos princípios, acabaria por ir de encontro a exigências elementares de certeza jurídica.⁶³⁴

Saliente-se, ainda, que, embora a certeza jurídica seja indubitavelmente uma exigência importante, o sistema jurídico, na medida em que se pretende racional, deve dar atenção também a outras exigências.⁶³⁵ A teoria de Alexy não admite a existência de princípios absolutos, e o princípio da certeza jurídica não é uma exceção.⁶³⁶ Há até mesmo algo de fanático em defender a certeza jurídica como um valor absoluto e incontestável.^{637 638}

Merece ser avaliada também a colocação de Streck segundo a qual o pensamento de Alexy não conseguiria superar o positivismo, representando uma mera continuidade das teses de Kelsen e Hart; seria, de acordo com essa visão, portador de um “positivismo latente”.⁶³⁹ O referido crítico fundamenta essa afirmação com a dependência da teoria de Alexy em relação à discricionariedade, o que já foi objeto de refutação aqui. O problema, contudo, vai ainda mais além: tachar o pensamento de Alexy de um “pós-positivismo de continuidade” (ou seja, uma mera repetição do positivismo) constitui um grave equívoco, que aponta até mesmo para o desconhecimento das traves do direito positivo e do direito discursivo. Basta dizer que o direito discursivo pressupõe o enlace entre a dimensão ideal do direito (a correção quanto ao

⁶³⁴ ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico e Razão Prática*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 168-169.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 168.

⁶³⁶ Ver supra, item 2.1.2.2.

⁶³⁷ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 92.

⁶³⁸ Extremamente difícil é a posição de um “defensor fanático” da certeza jurídica. Se ele rejeitar o plano dos princípios, cuja indeterminação ele vê como inimiga da previsibilidade e da segurança que tanto almeja, ele deve estar pronto a abraçar o modelo puro das regras, modelo esse que vê na certeza jurídica o único postulado de racionalidade a ser realizado pelo direito. O modelo puro de regras vem, contudo, acompanhado do problema da discricionariedade. Se uma codificação perfeita, sob a qual toda sentença tornar-se-ia um simples ato de subsunção, não é possível, e se somente as regras fazem parte do sistema jurídico, o reconhecimento do poder discricionário do aplicador para os casos inicialmente não previstos é a consequência inevitável. (Cf. ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico e Razão Prática*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 167-168.) A discricionariedade não apenas repristina o problema da incerteza jurídica, como também o agrava: a ausência de critérios jurídicos para a decisão implica a inexistência de qualquer possibilidade de controle intersubjetivo – ao lado do problema da incerteza surge, então, o problema da irracionalidade. Na medida em que o plano dos princípios traz consigo exigências como as de ponderação e de fundamentação racional, também do ponto de vista da certeza jurídica é possível fundamentar o seu necessário pertencimento ao sistema jurídico. Para um aprofundamento da questão envolvendo a posição de Alexy quanto à certeza jurídica, ver ALEXY, Robert. *Legal Certainty and Correctness*. **Ratio Juris**. v. 28, n. 4. 2015. p. 441-450.

⁶³⁹ Ver supra, nota 397.

conteúdo) e a sua dimensão institucional (a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social), ao contrário do direito positivo, para o qual a dimensão institucional engloba tudo o que deve ser entendido como integrante do conceito de direito.⁶⁴⁰ Vê-se, portanto, que, conforme se adota uma ou outra perspectiva, o próprio conceito de direito é construído de forma diversa. Não há que se falar em “ausência de superação” ou “repetição”.⁶⁴¹

Nessa mesma linha, Streck salienta não concordar com a possibilidade de uma correção do direito positivo através da moral, como defendida por Alexy, o que conduziria, segundo esse crítico, a uma dependência do direito relativamente às concepções morais subjetivas do juiz.⁶⁴² Já foi demonstrado, todavia, que, em Alexy, a conexão entre o sistema jurídico e a moral, exigida pela pretensão de correção que o direito necessariamente promove, significa a possibilidade de correção do sistema jurídico através de uma moral correta – não no sentido de uma moral absoluta, mas no de uma moral fundamentável. O direito somente pode estar unido a uma moral admissível nos termos de uma fundamentação racional.⁶⁴³ Do enlace entre a pretensão de correção e a teoria do discurso racional depreende-se que também aqui a questão está situada no plano da racionalidade, não no da arbitrariedade. O problema fundamental da crítica de Streck torna a aparecer.

Ainda quanto à questão da moral, Streck argumenta que Alexy, ao direcionar para a solução dos casos difíceis através de elementos extrajurídicos (morais), estaria a defender uma posição essencialmente igual àquela dos positivistas – admitindo, com isso, a discricionariedade.⁶⁴⁴ Todavia, Alexy posicionou-se expressamente contra a equivalência entre a sua tese e a do positivismo, sustentando, em primeiro lugar, que os princípios são, ao contrário do que defendem os positivistas, necessariamente pertencentes ao sistema jurídico e, em segundo lugar, que, uma vez sendo tais princípios integrantes de uma moral correta (vale dizer, uma moral fundamentável), possuem eles uma dupla propriedade, na medida em que pertencem simultaneamente à moral e ao direito. Dessa forma, a decisão de casos duvidosos

⁶⁴⁰ ALEXY, Robert. *Minha Filosofia do Direito: a Institucionalização da Razão*. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 19-20.

⁶⁴¹ A tomada de posição de Alexy relativamente ao positivismo já foi abordada (ver supra, itens 1.2.2.1 e 1.2.2.2). Esse problema também é enfrentado, com maior profundidade, por Heck, que, ressaltando as diferenças entre o pensamento de Kelsen e o de Alexy, demonstra o que deve ser tido como “novo” nesse último, tanto em relação ao conceito de direito (que, em Alexy, é mais abrangente do que em Kelsen, a possibilitar um tratamento jurídico-científico de juízos de valor e de juízos de obrigação – no primeiro caso, dos valores; no segundo, da moral) quanto à questão da razão prática (Alexy defende uma racionalidade prática de matriz kantiana, enquanto Kelsen peremptoriamente recusa qualquer concepção de razão prática). (Cf. HECK, Luís Afonso. **O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen**. Inédito. p. 07-17.)

⁶⁴² Ver supra, item 3.2.1.

⁶⁴³ Ver supra, item 1.2.2.1.

⁶⁴⁴ Ver supra, item 3.2.1.

não ocorre da mesma forma que no positivismo: o juiz que lança mão de princípios morais toma uma decisão lastreada em critérios jurídicos. Pode-se dizer, para usar a conhecida distinção entre forma e matéria, que a sua decisão é materialmente moral, mas formalmente jurídica.⁶⁴⁵ Nesse raciocínio estão unidas as três teses que, no âmbito do argumento dos princípios, fundamentam uma conexão necessária entre direito e moral: a tese da incorporação, a tese da moral e a tese da correção.⁶⁴⁶

Na sequência, verifica-se um novo problema na crítica Streck, ao defender o crítico que a teoria da argumentação de Alexy esbarra no trilema de Münchhausen.⁶⁴⁷ Na verdade, o procedimento de argumentação guiado pelas regras do discurso, tal qual ele aparece em Alexy, tem justamente por objetivo evitar o problema da inaceitabilidade das três teses expostas no trilema de Münchhausen, possibilitando que o resultado obtido na fundamentação de um juízo de dever ou de obrigação seja considerado racional.⁶⁴⁸ Quando Streck diz que o trilema de Münchhausen reaparece quando Alexy postula a solução do conflito entre regras de precedência por regras de precedência de segundo nível, mostra um aparente desconhecimento da proposta de Alexy relativamente à racionalidade discursiva, racionalidade essa que não exige a justificação de todas as regras, pois algumas devem ser tomadas como pressuposto na própria ação de justificação.⁶⁴⁹ O mesmo pode ser dito acerca da objeção de Streck a respeito do estabelecimento de precedências *prima facie* no discurso jurídico. Tais precedências justificam-se na medida em que são racionais. Se se quer conservar a possibilidade de fundamentação, não se pode fundamentar tudo ao mesmo tempo.

Streck também censura a teoria da argumentação de Alexy porque ela não ofereceria critérios que permitissem decidir qual o melhor critério para a decisão. Aqui, Streck parece procurar na teoria de Alexy algo estranho à sua proposta. A racionalidade discursiva não leva a uma certeza definitiva acerca do resultado do discurso. O procedimento discursivo oferece, contudo, critérios de racionalidade do argumentar. O próprio conceito procedimental de correção adotado pela teoria do discurso⁶⁵⁰ a torna incompatível com critérios absolutos de correção. Quando Streck, em tom nitidamente sarcástico, diz que os critérios oferecidos por Alexy seriam desprovidos de utilidade, já que nunca houve um juiz que decidisse um caso dizendo que a parte “não produziu nenhuma contradição” ou “só afirmou aquilo em que ela

⁶⁴⁵ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. S. 128-129.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, S. 121-136.

⁶⁴⁷ Ver supra, item 3.2.1.

⁶⁴⁸ Ver supra, item 2.2.1.1.

⁶⁴⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 247-250.

⁶⁵⁰ Ver supra, item 2.2.1.1.

acredita”,⁶⁵¹ ele parece tomar as regras do discurso por regras jurídicas. Regras jurídicas dirigem a conduta humana em um determinado sentido; regras do discurso dirigem a argumentação no sentido da racionalidade. Como condições de racionalidade do argumentar, as regras do discurso jamais poderão ocupar o posto das regras jurídicas em uma decisão. Trata-se de algo que beira a obviedade. A ironia de Streck não faz, portanto, nenhum sentido.

Um outro ponto levantado por Streck consiste na aplicação inadequada da teoria de Alexy pelos tribunais brasileiros, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal.⁶⁵² Essa questão demandaria uma investigação à parte e, portanto, não será abordada aqui. Basta dizer, em consonância com os objetivos deste estudo, que, mesmo que se tome como verdadeira tal afirmação,⁶⁵³ o instrumental teórico fornecido por Alexy não sai arranhado. A aplicação defeituosa de uma teoria por um tribunal não é um argumento consistente em desfavor de sua validade científica. O objeto de ataque, nesse caso, não deve ser a teoria, mas a decisão que a aplicou incorretamente. Com o reconhecimento de uma incongruência entre os fundamentos de uma decisão e o suporte teórico para ela adotado, reaviva-se a função crítica da teoria, função essa que constitui, indubitavelmente, uma das vocações primordiais da doutrina no campo jurídico. Para que serve ela, senão para contribuir com o aperfeiçoamento da prática dos tribunais e, com isso, das próprias instituições que dão forma ao Estado de Direito? E como poderia ela cumprir adequadamente esse papel, uma vez suprimida a sua função crítica?⁶⁵⁴ Trata-se de algo particularmente evidente quanto às decisões dos tribunais superiores – com especial ênfase, dentre eles, àquele encarregado da guarda da Constituição.

⁶⁵¹ Ver supra, item 3.2.1.

⁶⁵² Ver supra, item 3.2.1.

⁶⁵³ Uma excelente demonstração do uso inadequado da teoria da ponderação no âmbito do Supremo Tribunal Federal é oferecida por Paulo Gilberto Cogo Leivas, que, ao analisar o julgamento proferido por essa corte no assim chamado “caso ficha limpa” (ADC 29/DF), não se limita a demonstrar as imprecisões constantes do voto do ministro relator, propondo também a reconstrução rigorosa do caso à luz dos conceitos extraídos da teoria de Alexy. (Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *A Racionalidade da Ponderação em Robert Alexy*. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 107-113.)

⁶⁵⁴ Se o nível atual em que se encontra a ciência do direito no Brasil deixa bastante a desejar (afirmação com a qual dificilmente um acadêmico sério da área jurídica poderia deixar de concordar; basta aludir, nesse sentido, ao grande número de livros de “direito esquematizado”, “direito descomplicado” e quejandos que estão sendo publicados no país), é possível afirmar que isso se deve, em grande parte, a uma certa repulsa pela crítica, cujas consequências sobre a prática jurídica (e, com ela, sobre o desenvolvimento das instituições democráticas) são certamente nefastas. Investigar em profundidade a razão desse fenômeno seria um interessante tema para um trabalho de sociologia jurídica; neste estudo, apenas algumas especulações podem ser levantadas. Por que, afinal, é o brasileiro tão avesso à crítica objetiva? Talvez a resposta a essa pergunta possa ser buscada em Sérgio Buarque de Holanda, ou, mais especificamente, no conceito, por ele formulado, de “homem cordial”: forjado em um ambiente onde os laços construídos na família patriarcal sempre foram extremamente fortes, laços esses incompatíveis com a ideia de uma sociedade livre e igualitária, assim como com a separação entre os domínios do público e do privado, o homem cordial é, a despeito de suas virtudes, tão apegado a uma ética de caráter pessoal e emotivo que parece incapaz de apreciar o valor do raciocínio abstrato, da disciplina, da objetividade. (Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 143-

Da análise das supracitadas críticas, torna-se claro que Streck parte de um ponto de vista não discursivo, ou seja, o referido crítico não trabalha com argumentação e racionalidade, circunstância que o leva a rejeitar a ideia de ponderação como “discricionária”. A consistência dessas críticas foi, aqui, objeto de análise e negação; resta saber se o modelo proposto por Streck como um contraponto às posições de Alexy (a “crítica hermenêutica do direito”) oferece uma alternativa superior para a solução das questões colocadas nesse âmbito.

Antes de adentrar esse campo, todavia, uma crítica, propositalmente deixada para o final, deve ainda ser enfrentada. A gravidade dessa objeção e a recorrência com que ela aparece nos trabalhos críticos ao pensamento de Alexy justificam a sua análise em um ponto à parte.

4.2.2 O suposto déficit democrático

Streck assevera que Alexy, ao assumir a discricionariedade, possibilitaria ao julgador preferir decisões apenas com base em sua consciência, o que, segundo ele, redundaria em um déficit democrático.⁶⁵⁵ Mesmo que a acusação de discricionariedade já tenha sido afastada aqui, deve ser notado que essa crítica aponta para outra questão, uma questão muito mais importante: o pretense caráter “antidemocrático” da teoria de Alexy.

A objeção da democracia é, com pequenas variações, formulada por diversos autores. De acordo com ela, Alexy não teria dado a devida atenção ao problema da fronteira entre o direito e a política. Conceber direitos fundamentais como normas de natureza principiológica, aplicáveis mediante ponderação, seria, face à amplitude inerente a tais normas, permitir uma “ubiquidade da Constituição” no sistema jurídico, desvalorizando-se, com isso, a legislação. Haveria, portanto, uma inflação excessiva das competências do juiz constitucional, com uma proporcional redução da importância do papel desempenhado pelo legislador. Como o

151.) Da antropologia para a literatura, o lado negativo dessa “emotividade exacerbada” do brasileiro não escapou à ironia implacável de Machado de Assis: o pai, ao recomendar ao jovem e inexperiente filho a profissão de medalhão, aconselha-o não a produzir um tratado científico sobre a criação de carneiros, mas a comprar um carneiro e dá-lo, sob a forma de um jantar, para os amigos; além disso, confrontado com problemas complexos como a ineficácia de uma lei, o filho deve poupar o interlocutor de uma monótona exposição de palavras e conceitos, resolvendo o problema com uma frase feita qualquer, preferencialmente um brocardo latino; ainda, o filho deve evitar ao máximo a imaginação, a reflexão, a originalidade, almejando apenas cultivar uma erudição estéril para, com ela, ter a habilidade de entreter seus ouvintes. (Cf. MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *Teoria do Medalhão*. in: Idem. **Contos Definitivos**. 3. ed. Porto Alegre: Novo Século, 2000. p. 62-70.) Voltando à teoria do direito, pode-se dizer que poucas coisas são, no contexto jurídico do Brasil atual, tão importantes quanto o estímulo ao pensamento crítico objetivo e bem fundamentado. Se a teoria de Alexy é capaz de contribuir para isso, tem-se (e isto é exatamente o contrário do que sustenta o crítico aqui analisado) um forte argumento a seu favor.

⁶⁵⁵ Ver supra, item 3.2.1.

legislador, diferentemente do juiz, goza de legitimidade democrática direta pela via das eleições, a própria democracia sairia prejudicada.

De início, deve ser registrada a gravidade dessa objeção. A democracia é, nos dias atuais, amplamente reconhecida como o único regime político aceitável. Por democracia lutou-se e continua-se a lutar nas mais diversas partes do mundo, e um dos modos mais comuns de avaliar qualitativamente uma sociedade está em descrevê-la como democrática ou não democrática.⁶⁵⁶ Afirmar que o pensamento de um determinado autor vai de encontro à ideia de democracia constitui, portanto, uma objeção extraordinariamente séria. A isso deve ser conferida uma especial importância no âmbito da ciência do direito, cujo objeto é tão próximo da política; pode-se dizer que uma teoria que não ofereça uma resposta satisfatória a essa crítica acaba por fracassar instantaneamente.

Coloca-se, portanto, a questão: é a teoria de Alexy inadequada do ponto de vista da democracia?

A resposta é não, e um “não” extremamente contundente.

Trata-se, aqui, do conhecido problema da relação entre direitos fundamentais e democracia, problema esse que remete à divisão de competências entre o tribunal constitucional e o parlamento.⁶⁵⁷ Em Alexy, essa é uma questão bastante complexa (complexidade que parece ser totalmente desconhecida dos críticos em geral, incapazes de apreciar a profundidade filosófica e teórico-jurídica do tratamento de Alexy a esse ponto); ela toca em aspectos centrais da teoria do discurso, de sua relação com os direitos do homem e da institucionalização do processo democrático e dos direitos fundamentais. Buscar-se-á, aqui, fazer frente a tal complexidade. A importância do tema no contexto do pensamento de Alexy

⁶⁵⁶ Alexy, com base no emotivismo de Stevenson, afirma que a palavra “democracia” possui não apenas um significado descritivo (*descriptive*), mas também um emotivo (*emotive*); não se trata de um termo descritivo qualquer, mas de um termo que possui, por si só, um significado emotivo positivo. Essa palavra, ao induzir o interlocutor, mesmo inconscientemente, a uma aprovação, pode ser usada como instrumento de influência psíquica, na medida em que seu significado descritivo pode ser vinculado a posições políticas as mais diversas, sem que, com isso, o significado emotivo seja perdido. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 61-63.)

⁶⁵⁷ A demonstrar que esse problema não representa nenhuma novidade, o próprio Kelsen, já em 1928, alertava para o risco que ideias como as de “justiça”, “liberdade” e “igualdade” podem representar no âmbito da jurisdição constitucional. Um tribunal constitucional poderia, por exemplo, cassar uma lei que ele considerasse injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que cabe a ele aplicar. Isso, diante da indeterminação do termo “justiça”, significaria conferir ao tribunal uma plenitude de poderes insuportável, já que aquilo que a maioria dos juízes desse tribunal considera como justo pode estar em plena contradição com aquilo que a maioria do povo entende ser justo, e está inequivocamente em contradição com aquilo que a maioria do parlamento, do qual emana essa lei, tem como justo. Haveria, então, uma transferência de poder político, extremamente inoportuna, do parlamento para uma instituição estranha a ele, na qual poderiam chegar à expressão forças políticas totalmente distintas daquelas que se manifestam no parlamento. (Cf. KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1929. S. 69-70.)

e a aparente leviandade com que os críticos costumam tratá-lo justificam uma análise mais detida.

4.2.2.1 Democracia e direitos do homem

A resposta à pergunta acerca da relação entre direitos fundamentais e democracia passa necessariamente pela definição de direitos fundamentais, a qual, por sua vez, remete à ideia de direitos do homem. A análise deve, portanto, ter início com a concepção de Alexy acerca de tais direitos.

São quatro as posições fundamentais no que tange à questão dos direitos do homem, atribuídas, respectivamente, à filosofia de Aristóteles, de Hobbes, de Kant e de Nietzsche. A concepção kantiana dos direitos do homem (em sua variante teórico-discursiva) é a adotada por Alexy.⁶⁵⁸

A posição fundamental kantiana caracteriza-se por ser regida pelos princípios da universalidade e da autonomia. Pelo princípio da universalidade, pode-se dizer que todos os homens (todas as essências racionais) têm determinados direitos; pelo princípio da autonomia, pode-se dizer que todos podem fazer, individualmente, uma concepção pessoal do bem (autonomia privada) e, em comum com os demais, uma concepção política do justo e do bem (autonomia pública). A autonomia pública pressupõe os direitos do homem e a democracia. O desenvolvimento integral da autonomia pública e da autonomia privada é possível apenas em um Estado Constitucional Democrático no qual os direitos do homem revestem-se da forma de direitos fundamentais. Trata-se, aqui, de uma concepção liberal dos direitos do homem, concepção essa que representou a ideia central do Iluminismo e das revoluções burguesas do século XVIII. O fato de ela representar, até hoje, o fundamento de todas as Constituições do mundo ocidental permite considerá-la como uma das ideias políticas mais exitosas da história.^{659 660}

⁶⁵⁸ ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 101.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 101-102.

⁶⁶⁰ As “declarações de direitos” foram o instrumento por excelência da concepção liberal dos direitos do homem. Do ponto de vista histórico, os antecedentes mais importantes dessas declarações apareceram na Inglaterra, com a *Magna Carta* (1215-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688), documentos esses que compartilhavam a pretensão de limitar cada vez mais o poder do rei, sendo que o último deles (e também o mais importante), surgido com a Revolução Gloriosa, marcou o início de uma nova era na história da Inglaterra, ao estabelecer a supremacia do parlamento e derrubar, de uma vez por todas, o absolutismo. No sentido moderno, contudo, as declarações de direitos surgiram com as revoluções liberais. Coube à Revolução Americana a primazia, através da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 12.01.1776, e da Declaração de Independência, de 04.07.1776, ambas inspiradas no pensamento de filósofos

São muitas as variantes da posição fundamental kantiana. A variante defendida por Alexy é a da teoria do discurso, através da qual se torna possível uma fundamentação teórico-discursiva dos direitos do homem.⁶⁶¹

As regras do discurso formam as condições do argumentar prático racional. O objetivo fundamental de tais regras consiste em garantir a imparcialidade no âmbito do discurso, com as exigências de liberdade e igualdade na argumentação. Especialmente importantes para essa finalidade são as “regras de razão”, regras essas que expressam os princípios da universalidade e autonomia no plano discursivo. Ao abarcar esses princípios, a teoria do discurso deixa claro o seu viés liberal; a ideia do discurso não constitui, portanto, uma ideia neutra.^{662 663}

Alexy fundamenta a validade universal das regras do discurso com um argumento composto de três partes: uma base transcendental, um argumento voltado à maximização da utilidade individual e uma premissa empírica sobre a dotação de pessoas com um interesse em correção.⁶⁶⁴

Quanto à primeira parte, assume relevo a pretensão de correção. Afirmarções necessariamente contêm uma pretensão de verdade ou correção, pretensão essa que implica uma pretensão de fundamentabilidade. Entra-se, dessa forma, no âmbito da argumentação; aquele que fundamenta uma afirmação reconhece o outro como parceiro de fundamentação com os mesmos direitos. Com isso, fundamentações estabelecem três pretensões distintas: igualdade de direitos, ausência de coerção e universalidade. O postulado da igualdade de direitos impede, por exemplo, um apelo à falta de inteligência do interlocutor como um fundamento para que ele aceite os argumentos do falante; o postulado da ausência de coerção permite negar o caráter de fundamentação a uma ameaça contra o interlocutor para que tome

iluministas europeus. Com elas, a limitação do poder estatal, com a consequente garantia de uma esfera de liberdade exclusiva do indivíduo, encontrou seu fundamento na existência de determinados direitos naturais e inalienáveis do homem, dentre os quais estavam, nas célebres palavras de Thomas Jefferson, “a vida, a liberdade e a busca da felicidade”. Sobreveio, então, a Revolução Francesa, e, com ela, a famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 27.08.1789. A distingui-la das declarações americanas está o seu caráter extremamente abstrato e universal, em contraste com aquelas, cuja preocupação essencial residia na situação das ex-colônias inglesas da América do Norte. Outra característica marcante da declaração francesa consiste no grande valor por ela atribuído à liberdade do indivíduo, consagrando o individualismo como um dos pilares do Estado liberal. Nessa linha, foram proclamados por ela os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade, bem como as garantias individuais liberais, princípios e garantias que continuam a ser reproduzidos nas declarações contemporâneas. (Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 151-158.)

⁶⁶¹ ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 102.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 103-104.

⁶⁶³ Sobre as regras do discurso, ver supra, item 2.2.1.1.

⁶⁶⁴ ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 105.

como bons os argumentos que lhe são apresentados; o postulado da universalidade, por fim, rechaça a exclusão arbitrária de participantes do discurso cujas objeções permitiriam contestar o argumento oferecido.⁶⁶⁵

O argumento transcendental deixaria de ser defensável se afirmações e argumentação pudessem ser entendidas como dispensáveis. Isso, todavia, não é, de acordo com a versão do argumento sustentada por Alexy, possível. Estabelecer afirmações, expor fundamentações e perguntar o “porquê” das coisas são atividades que pertencem à forma de vida mais geral da pessoa; todos têm, em princípio, a capacidade de perguntar, de afirmar e de fundamentar algo, e cada um dispõe, salvo circunstâncias realmente excepcionais, de, ao menos, uma prática mínima quanto a tais atividades. Com isso, as regras do discurso expressam universais teórico-argumentativos que são comuns a todas as formas de vida humanas, por mais distintas que sejam elas concretamente. Trata-se, em última análise, de uma descoberta de potenciais de razão presentes nas diversas formas de vida; na medida em que possibilita essa descoberta, a teoria do discurso promove o esclarecimento de aspectos da natureza humana e coloca-se na tradição do direito natural – embora apenas quanto a esse ponto.⁶⁶⁶

Esse argumento possui, contudo, somente uma validade faticamente limitada, na medida em que só vale para aqueles que têm um interesse em correção moral. Apesar disso, mesmo para aquele que não possui esse interesse, a observância das regras do discurso mostra-se, do ponto de vista estratégico, vantajosa. Déspotas em geral buscam, em regra, uma legitimação não apenas pela força, que é sempre tão custosa e cujos resultados são tão imprevisíveis, mas também por argumentos. Os argumentos por eles utilizados podem até não ser bons, mas existem, e é esse o ponto decisivo. Pressupõe-se, aqui, um número suficiente de pessoas interessadas em correção – interesse que não pode ser superestimado, no sentido de que ele sempre se desenvolve independentemente de outras motivações tendentes a refreá-lo, mas que também não pode ser subestimado, no sentido de ser ele tão fraco que nunca pode chegar a tornar-se eficaz. Voltando ao déspota, deve-se fazer uma distinção, no âmbito do discurso, entre uma validade subjetiva (ou motivacional) e uma validade objetiva (ou institucional): o fato de ele não aceitar, subjetivamente, os demais como parceiros genuínos no discurso não o impede de, objetivamente, observar aquelas regras, tendo em vista a maximização da utilidade individual. A observância às regras do discurso mostra-se, portanto,

⁶⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 107-109.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 110-111.

necessária tanto para aquele que tem interesse em correção moral quanto para aquele que não o tem.^{667 668}

Está completa a exposição do argumento para a validade universal das regras do discurso. Isso, todavia, não basta como fundamento para os direitos do homem, pois neles trata-se de normas para o âmbito da atuação, não apenas para o do discurso. Nesse sentido, tais direitos somente podem adquirir plena força quando são garantidos por normas de direito positivo. A transformação dos direitos do homem em direito positivo é necessária para contornar três problemas, problemas esses que dizem respeito à própria necessidade do direito positivo: o problema do conhecimento, o problema da imposição e o problema da organização. O problema do conhecimento trata da impossibilidade de, apenas pelo discurso, chegar-se sempre a um único resultado (ele admite resultados contraditórios entre si como discursivamente possíveis), o que leva à imprescindibilidade de decisões em procedimentos juridicamente regulados. O problema da imposição, por sua vez, resulta da ausência de coerção das normas provenientes do discurso; o fato de uma norma ter sido aprovada discursivamente não significa que ela será cumprida por todos, e, uma vez dada a alguém a possibilidade de descumpri-la, o seu cumprimento não pode ser exigido dos demais. O problema da organização, por fim, resulta da impossibilidade de cumprimento de exigências

⁶⁶⁷ ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111-113.

⁶⁶⁸ A famosa sátira política escrita por George Orwell ilustra bem esse ponto. Inconformados com a exploração e a miséria a que são submetidos pelo Sr. Jones, o bebedor e negligente dono da Granja do Solar, os animais da propriedade rebelam-se; expulsam-no, a base de coices e chifradas, juntamente com os demais humanos lá residentes. Uma vez libertos do jugo de seus opressores, os animais mudam o nome da propriedade para Granja dos Bichos e passam a conviver em um regime de completa igualdade tanto na divisão do trabalho quanto na distribuição de seus frutos. O regime que fundam é norteado pelos princípios do “animalismo”, princípios esses resumidos em uma única máxima, “quatro pernas bom, duas pernas ruim”, expressão da igualdade de todos os animais e da resistência à tirania dos humanos. Cavalos, vacas, galinhas, gansos, ovelhas: todos trabalham duramente, mas felizes, cientes de que trabalham para si, não para sustentar um bando de humanos preguiçosos e aproveitadores. Os animais, todavia, não são igualmente providos de inteligência: os porcos, os mais inteligentes dentre eles, não demoram a assumir a liderança e, com ela, a usufruir de privilégios cada vez mais arbitrários. O leite e as maçãs passam a ser destinados exclusivamente ao consumo dos porcos; a antiga casa de Jones é adotada por eles como residência; eles paulatinamente adquirem hábitos peculiares aos antigos opressores humanos, como o uso de dinheiro e a ingestão de álcool, apesar de sua frontal contradição com os princípios do animalismo. A um dos porcos mais loquazes é dada a tarefa de explicar aquilo tudo para os outros animais: segundo ele, os porcos não faziam nada daquilo por interesse ou egoísmo; o único objetivo consistia em garantir o bem-estar de toda a granja – afinal, se os porcos, como trabalhadores intelectuais e líderes natos, não dispusessem de condições adequadas para o trabalho de administrá-la, a falta de organização e disciplina acabaria por destruí-la internamente, e os humanos veriam então a oportunidade perfeita para invadi-la e restaurar a sua antiga opressão. Ignaros e manipuláveis, os animais aceitam tais argumentos, já que nenhum deles – e isso é consenso – quer os parasitas humanos de volta. A tirania dos porcos torna-se, então, cada vez mais evidente; chega o dia em que um porco é visto andando nas patas traseiras, a empunhar, ao mesmo tempo, um açoitador nas dianteiras. A antiga máxima do animalismo é substituída por outra: “quatro pernas bom, duas pernas melhor”; os antigos princípios são condensados em um único, que diz: “todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais que outros”. (Cf. ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos: um Conto de Fadas**. Tradução de Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 21-106.)

morais e de obtenção de objetivos dignos de esforço somente por atuação individual e cooperação espontânea. Se houvesse uma renúncia à instalação da sociedade na forma do direito, com base nos argumentos do conhecimento, da imposição e da organização, disso decorreria apenas anarquia; nela, contudo, os direitos do homem não estariam assegurados. Também os direitos do homem servem, nesse sentido, de fundamento para a necessidade do direito positivo.⁶⁶⁹

Há três tipos de fundamentação teórico-discursiva dos direitos do homem como direitos discursivamente necessários: o argumento da autonomia, o do consenso e o da democracia.⁶⁷⁰

O argumento da autonomia exige a consideração do outro como parceiro no discurso com os mesmos direitos – ou seja, a autonomia do outro é tomada como um pressuposto. Participantes do discurso genuínos caracterizam-se por enlaçar o interesse em correção moral com o interesse em autonomia; ao mesmo tempo, aquele que não tem interesse em uma participação genuína no discurso deve agir como se aceitasse tal princípio, se quer maximizar a longo prazo a sua utilidade. Ao princípio da autonomia corresponde um direito geral à autonomia, o mais geral dos direitos do homem: trata-se do “direito de liberdade geral”, ideia de matriz kantiana. Esse é um direito *prima facie*, pois a autonomia ilimitada de um fatalmente iria colidir com a dos demais (tem, portanto, a estrutura de um princípio). Pode-se derivar do direito geral à autonomia todo um catálogo de direitos fundamentais, correspondente às liberdades em geral. Direitos que asseguram os meios para atuar de forma autônoma também estão abrangidos pelo direito geral à autonomia (o direito ao mínimo existencial, por exemplo). Com isso, protege-se o exercício tanto da autonomia privada quanto da autonomia pública.⁶⁷¹

O argumento do consenso complementa o argumento da autonomia, ao direcionar para a imparcialidade e, com ela, para a igualdade. A igualdade dos direitos do homem é um resultado do discurso necessário em um discurso ideal, pois decorre da liberdade, igualdade e racionalidade da argumentação. Entre autonomia e igualdade existe uma íntima conexão. Enlaçando-se o argumento da autonomia com o do consenso, obtém-se como resultado a igualdade dos direitos do homem, que remete ao princípio liberal da universalidade.⁶⁷²

⁶⁶⁹ ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 113-114.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 114-115.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 116-121.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 121-127.

O argumento da democracia compõe-se de três premissas. A primeira estabelece que a racionalidade discursiva pode ser realizada através da institucionalização jurídica de procedimentos democráticos; correção e legitimidade estão, dessa forma, conjugadas. A segunda afirma que tal democracia somente é possível se os direitos do homem políticos valem e podem ser exercidos. A terceira diz que esse exercício dos direitos políticos pressupõe a validade e o cumprimento de outros direitos do homem, não políticos, como, por exemplo, o direito ao mínimo existencial. Resta claro, com isso, que a ideia do discurso apenas é realizável em um Estado Constitucional Democrático no qual os direitos do homem estão, na forma de direitos fundamentais, indissociavelmente unidos à democracia.^{673 674}

4.2.2.2 Representação política e representação argumentativa

O caráter discursivamente necessário tanto dos direitos do homem quanto da democracia pode induzir a uma falsa ideia de harmonia. Com efeito, no plano do discurso, contradições parecem inexistir; passando-se, todavia, ao plano do direito positivo, a questão torna-se mais complexa.

O próprio conceito de direito do homem permite antever essas dificuldades. Em Alexy, os direitos do homem devem a sua peculiaridade a cinco características: são direitos universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. São universais porque competem a todos os homens; direitos de outros animais, bem como de grupos, comunidades e Estados, não podem ser incluídos no conceito de “direitos do homem”, tais direitos pertencem apenas ao homem enquanto indivíduo. São morais porque sua validade não pressupõe uma positivação; para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma que está na sua base valha moralmente, o que ocorre quando ela, perante aquele que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada - direitos do homem existem, portanto, quando podem ser justificados perante todo aquele que aceita uma fundamentação racional. São preferenciais porque, apesar de seu caráter moral, estão em íntima conexão com o direito positivo; existe um direito do homem ao Estado, ou, mais precisamente, um direito moral ao

⁶⁷³ ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127.

⁶⁷⁴ Direitos fundamentais possuem, portanto, não apenas uma dimensão real ou fática, presente na sua positivação como direitos constitucionalmente assegurados. Eles possuem também uma dimensão ideal, ou seja, representam uma tentativa de transformar os direitos do homem, como direitos exclusivamente morais, em direito positivo. Dizer, por conseguinte, que direitos fundamentais são direito positivo não é o bastante para explicitar de modo integral a sua natureza. (Cf. ALEXY, Robert. Comments and Responses. in: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University, 2012. p. 333.)

direito positivo, não a um de qualquer conteúdo, mas a um que respeita, protege e fomenta os direitos do homem – o direito positivo, nesse sentido, somente pode ser legítimo se observar os direitos do homem, o que significa que tais direitos têm, sobre o direito positivo, uma prioridade necessária. São fundamentais porque devem ter por objeto interesses e carências que possam ser juridicamente protegidos e que, ao mesmo tempo, sejam tão essenciais que sua não satisfação signifique morte ou padecimento grave, ou, ainda, prejuízo ao âmbito nuclear da autonomia – isso fundamenta sua prioridade em todos os graus do sistema jurídico, inclusive perante o legislador. São, por fim, abstratos porque carecem de limitação ou restrição, tanto em razão de direitos individuais de outros titulares quanto de bens coletivos, o que somente pode ser determinado por ponderação, disso decorrendo a necessidade de criação de instâncias competentes para decisões de ponderação juridicamente vinculativas.^{675 676}

Como direitos morais, direitos do homem valem independentemente de positivação; como direitos preferenciais, entretanto, eles reclamam a sua transformação em direito positivo, transformação essa que não acarreta a perda de sua validade moral, apenas acrescentando a ela uma validade jurídico-positiva. Positivados através da Constituição, os direitos do homem convertem-se em direitos fundamentais. Isso, todavia, dá azo ao surgimento de novos problemas. As fontes de tais dificuldades estão no grau de hierarquia extremo dos direitos fundamentais (direitos dotados de hierarquia constitucional), na sua força de imposição extrema (direitos fundamentais vinculam todos os três Poderes, inclusive o legislador, vinculação essa passível de controle judicial), nos objetos extremamente

⁶⁷⁵ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 45-49.

⁶⁷⁶ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948, constitui atualmente o principal documento voltado ao reconhecimento e à garantia desses direitos. Norberto Bobbio chama a atenção para a característica mais marcante dessa declaração, a universalidade: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. [...] Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. [...] Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.” (Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 27-28.) Acerca do propósito dessa declaração, as eloquentes palavras de Paulo Bonavides: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.” (Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 578.)

importantes (questões de significado fundamental como a liberdade de profissão, a liberdade de opinião, a proteção à vida, o direito de herança e assim por diante) e na medida máxima de necessidade de interpretação (aqui entra a ponderação, o problema nuclear da dogmática dos direitos fundamentais – sem o auxílio da ponderação, não há como comprovar, rigorosamente, o conteúdo desses direitos). A interpretação dos direitos fundamentais é, portanto, um assunto debatido na esfera política. A última palavra a respeito dela, contudo, não cabe ao povo, por meio do voto, mas ao tribunal constitucional, por meio da jurisdição constitucional. Coloque-se, pois, a questão: seria isso compatível com a democracia? Haveria uma contradição insanável entre as ideias de democracia e de direitos fundamentais?⁶⁷⁷

Uma exposição mais técnica do problema pode ser feita do seguinte modo: a jurisdição constitucional expressa o grau de hierarquia extremo da Constituição e dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Uma lei é inconstitucional no sentido material quando ela contradiz uma norma constitucional. O conceito de contradição é, portanto, a base lógica sobre a qual está fundada a jurisdição constitucional, o que expressa, por sua vez, o seu caráter argumentativo ou discursivo, tendo em vista que o plano no qual ela atua é o das asserções sobre normas. Todavia, além de declarar a incompatibilidade entre a lei e a Constituição, o tribunal constitucional também é competente para deixar sem validade o ato inconstitucional do parlamento. A atuação do tribunal constitucional possui, portanto, ao lado de um caráter proposicional ou discursivo, um institucional ou fundado em autoridade. Como exercício de poder estatal, a jurisdição constitucional somente pode ser legítima se for compatível com a democracia. No caso do parlamento, essa legitimidade é muito clara, pois ele representa o povo com base em eleições, o que não ocorre com os juízes do tribunal constitucional, que não têm uma legitimação democrática direta e sobre os quais o povo não pode exercer o controle permitido por aquele mecanismo.⁶⁷⁸

Alexy reconhece três diferentes modos de ver a relação entre direitos fundamentais e democracia: um ingênuo, segundo o qual seria impossível a existência de conflito entre direitos fundamentais e democracia, pois ambos constituem algo bom, sendo lícito, portanto, usufruir de ambos ilimitadamente – trata-se, infelizmente, de uma visão dissociada da realidade; um idealista, que parte do pressuposto de uma sociedade politicamente perfeita, onde o povo e seus representantes jamais pretenderiam violar direitos fundamentais de quem

⁶⁷⁷ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 49-52.

⁶⁷⁸ ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 162-163.

quer que seja – trata-se de um modelo ideal, que também não corresponde à realidade; e um realista, o único modo de ver correto, que reconhece na relação entre direitos fundamentais e democracia uma contradição: direitos fundamentais são democráticos e, ao mesmo tempo, não democráticos. São democráticos porque, garantindo os direitos de liberdade e igualdade, possibilitam o desenvolvimento de pessoas capazes de atuar no processo democrático e porque, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e outras liberdades políticas, asseguram as condições funcionais daquele processo. Eles, contudo, são também não democráticos, na medida em que desconfiam da democracia; com a vinculação do legislador, eles retiram da maioria parlamentar determinados poderes de decisão, transferindo-os ao tribunal constitucional.^{679 680}

Para solucionar a contradição presente no modo de ver realista, a chave é a distinção entre representação política e representação argumentativa do cidadão. Segundo essa distinção, tanto o parlamento quanto o tribunal constitucional representam o povo – a representação, contudo, ocorre de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, enquanto o tribunal constitucional representa-o argumentativamente. A representação do povo pelo tribunal constitucional tem, em comparação com a representação pelo parlamento, um caráter mais próximo do ideal; no parlamento, maiorias podem impor-se autoritariamente e o processo de decisão pode ser conduzido por pura emoção, por dinheiro e por relações de poder pré-estabelecidas. Ao dirigir-se contra isso, o tribunal constitucional não o faz contra o povo, e sim, em nome do povo, contra seus representantes políticos. A representação argumentativa é bem-sucedida quando o tribunal constitucional é visto como instância de reflexão do processo político; depende-se, para isso, da aceitação dos argumentos lançados pelo tribunal. Se um processo de reflexão entre o povo, o legislador e o tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode-se falar em uma institucionalização bem-sucedida dos direitos do homem no Estado Constitucional Democrático e, conseqüentemente, em uma reconciliação entre democracia e direitos fundamentais.^{681 682}

⁶⁷⁹ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 52-53.

⁶⁸⁰ Embora as ideias de direitos fundamentais e democracia estejam necessariamente unidas no constitucionalismo democrático, essa união necessária não significa que todos os conflitos entre elas possam ser eliminados. É mais adequado, portanto, falar em conflitos e em possibilidades de solução do que reconhecer uma (potencialmente enganosa) harmonia entre esses ideais. (Cf. ALEXY, Robert. Comments and Responses. in: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University, 2012. p. 330.)

⁶⁸¹ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 53-54.

Compreender a jurisdição constitucional como representação do povo constitui, dessa forma, a única alternativa para legitimá-la do ponto de vista da democracia. O conceito de representação argumentativa não é, todavia, livre de problemas. Como pode haver uma representação independente de eleições? E por que deveria tal representação ser preferida àquela que tem por base o mecanismo democrático por excelência?⁶⁸³

A resposta a essas perguntas está na superação do modelo puramente decisionista de democracia. A representação política do povo pelo parlamento, que se dá através das eleições, permite pensar em semelhante modelo, voltado para um procedimento de decisão baseado unicamente nos conceitos de eleição e regra da maioria. No entanto, um modelo adequado de democracia deve abarcar, além do conceito de decisão, o de argumento. Surge, assim, o modelo de democracia deliberativa, em oposição ao modelo puramente decisionista.⁶⁸⁴ Com isso, há a tentativa de institucionalização do discurso: a representação do povo pelo parlamento não está ancorada apenas em decisões, mas também em argumentos. Seu caráter é simultaneamente volicional ou decisionista, por um lado, e argumentativo ou discursivo, por outro. A representação do povo pelo tribunal constitucional possui, por sua vez, um caráter puramente argumentativo. Se a representação democrática pretende ser racional, ela deve possuir, além do seu aspecto real ou fático, um aspecto ideal, ao qual está ligada a ideia de correção. O discurso converte-se, com isso, em elemento ideal do conceito de representação democrática.⁶⁸⁵

A representação argumentativa autêntica depende, contudo, de duas condições. A primeira condição é a existência de argumentos válidos ou corretos. Trata-se, aqui, da exigência de fundamentação racional, que, no caso das decisões emanadas do tribunal constitucional, apresenta-se com particular intensidade. A segunda condição é a existência de pessoas racionais, ou seja, pessoas capazes de aceitar argumentos válidos ou corretos. São, em

⁶⁸² Uma opinião semelhante pode ser encontrada em Dworkin (ver supra, nota 135).

⁶⁸³ ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 163.

⁶⁸⁴ “Democracia pode ser concebida, ao mesmo tempo, como um procedimento de decisão e como um procedimento de argumentação. Decisão, seguindo as linhas do princípio majoritário, é o lado real da democracia. Argumentação, como discurso público, é o seu lado ideal. A única possibilidade de realização política dos ideais da teoria do discurso é a institucionalização de uma democracia que une ambos os lados. O nome dessa unidade é ‘democracia deliberativa.’” (Cf. ALEXY, Robert. *The Dual Nature of Law*. **Ratio Juris**. v. 23, n. 2. 2010. p. 177-178. No original: “*Democracy can be conceived, at the same time, as a decision procedure and as an argumentation procedure. Decision, along the lines of the majority principle, is the real side of democracy. Argumentation, as public discourse, is its ideal side. The only possibility for the political realization of the ideals of discourse theory is the institutionalization of a democracy that unites both sides. The name of this unity is ‘deliberative democracy.’*”)

⁶⁸⁵ ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 163-164.

última análise, “pessoas constitucionais”. A ideia da representação argumentativa não está, portanto, baseada apenas no papel do tribunal constitucional, mas também em pessoas que o apoiam. Uma vez cumpridas essas duas condições, a dignidade de preferência da representação argumentativa sobre a representação política deixa de ser problemática: a jurisdição constitucional permite que razão e correção sejam institucionalizadas melhor do que seriam sem ela.^{686 687}

4.2.2.3 Espaços

A ideia de representação argumentativa serve como fundamento para a legitimidade da jurisdição constitucional. Nada foi dito ainda, contudo, acerca dos limites da atuação do tribunal constitucional – ou seja, a medida dessa legitimidade. Até que ponto pode a jurisdição constitucional intervir nas decisões tomadas pelo parlamento, sem que isso represente uma eliminação de toda e qualquer liberdade de conformação política? Os critérios fornecidos por Alexy para essa avaliação estão baseados na ideia de espaço.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 164-165.

⁶⁸⁷ Ludwig observa que o conceito de representação argumentativa (bem como a legitimidade da corte constitucional para essa representação) está em conexão com o conceito gadameriano de autoridade conquistada: “o tribunal constitucional poderá reivindicar para si a função de representação argumentativa se puder dar conta, em termos profissionais (o que implica ética profissional) e científicos (competência técnica e abertura do pensamento), do saber fazer necessário para o exercício de tão alto minister. Será respeitado pelas suas decisões se e enquanto tiver essa autoridade.” (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 295.) Autoridade, ensina Gadamer, não tem a ver com obediência, mas com reconhecimento: reconhece-se que o outro, em razão de seu conhecimento superior, está em melhores condições para proferir determinados juízos - portanto, tais juízos devem prevalecer sobre os juízos próprios daquele que reconhece a autoridade. Não se trata de uma abdicação da razão (obediência), mas, ao contrário, de um exercício da razão e da liberdade (reconhecimento). A autoridade, se alguém quiser exercê-la, deve, pois, ser conquistada. (Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik**. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990. S. 284.) Recuando um pouco mais no tempo, pode-se dizer que, já no século XIX, traços da ideia de representação argumentativa estavam presentes no pensamento de Tocqueville: segundo esse autor, a atuação dos juristas, especialmente em questões constitucionais, funciona como um contrapeso à democracia, tendente a evitar o maior dos males inerentes ao governo popular, a tirania da maioria. Os juristas, nesse sentido, formam uma espécie de “corpo aristocrático” no seio da democracia, cujos hábitos conservadores e gosto pela ordem constituem um freio, ainda que pouco visível, ao caráter impetuoso e passional do governo democrático. De tal aristocracia, contudo, o povo não tem motivos para desconfiar, pois sabe que age em seu favor. (Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. p. 202-207.)

⁶⁸⁸ Além de importante para a compreensão da relação entre tribunal constitucional e parlamento, o conceito de espaço desempenha um papel destacado na compreensão da relação entre tribunal constitucional e tribunais especializados (inferiores). (Cf. ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 71.) Apenas a primeira questão será abordada aqui.

Torna-se imprescindível, nesse ponto, uma decisão fundamental sobre a própria natureza da Constituição. Para que o problema dos espaços seja corretamente entendido, dois conceitos devem ser analisados, conceitos esses que exprimem, em última análise, duas possibilidades distintas de ver a Constituição: o de ordenação-quadro e o de ordenação fundamental.

A Constituição é uma ordenação-quadro para o legislador quando ela estabelece algo que é proibido ou ordenado e algo que é meramente autorizado no âmbito da legislação. A ideia de ordenação-quadro pressupõe um modelo material-procedimental de Constituição, um intermediário entre o modelo puramente procedimental (que nada proíbe ou ordena ao legislador, o que significa que tudo é a ele autorizado) e o modelo puramente material (que nada autoriza ao legislador, sempre contendo um mandamento ou uma proibição para qualquer de suas decisões).^{689 690} Aquilo que é proibido ou ordenado forma o quadro, ou seja, determina as suas “bordas” para o legislador; aquilo que é autorizado situa-se no interior desse quadro – trata-se, pois, de um espaço a ele conferido.^{691 692}

Quanto ao conceito de Constituição como ordenação fundamental, duas possibilidades aparecem: pode-se compreendê-lo quantitativa ou qualitativamente. No sentido quantitativo, a Constituição será uma ordenação fundamental se ela nada autorizar ao legislador, o que significa que ela sempre irá definir, para ele, um mandamento ou uma proibição (corresponde ao modelo puramente material de Constituição antes mencionado). Há, aqui, uma incompatibilidade entre as ideias de ordenação fundamental e ordenação-quadro. No sentido qualitativo, a Constituição é uma ordenação fundamental se, através dela, questões fundamentais do ponto de vista da comunidade são decididas. Nesse sentido, não há qualquer incompatibilidade entre as ideias de ordenação fundamental e ordenação-quadro: a Constituição pode, por meio de mandamentos e proibições que representam aquelas decisões fundamentais, ser uma ordenação fundamental e, ao mesmo tempo, deixar questões importantes em aberto, o que, para o legislador, significa um espaço meramente autorizado,

⁶⁸⁹ ALEXY, Robert. Postscript. in: Idem. **A Theory of Constitutional Rights**. Translated by Julian Rivers. Oxford/New York: Oxford University, 2002. p. 391-393.

⁶⁹⁰ Ressalte-se que, além de incompatíveis com as normas constitucionais positivas, tanto a ideia de uma Constituição puramente procedimental quanto a de uma Constituição puramente material são impossíveis discursivamente. A necessária conexão entre direitos do homem (direitos fundamentais) e democracia impede que a Constituição nada ordene ou proíba ao legislador (o que iria de encontro à exigência de direitos fundamentais) e nada autorize a ele (o que iria de encontro à exigência de democracia).

⁶⁹¹ ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 77.

⁶⁹² Pode-se traçar um paralelo entre o conceito de ordenação-quadro em Alexy e o conceito de quadro normativo em Kelsen. Sobre esse último, ver supra, item 1.1.1.6.

representando, pois, uma ordenação-quadro.⁶⁹³ Uma boa Constituição deve, de acordo com a teoria dos princípios, almejar um equilíbrio entre ordenação fundamental e ordenação-quadro.^{694 695}

Fator determinante para isso está na possibilidade de solução do problema dos espaços. Esses espaços podem ser de dois tipos: estruturais e epistêmicos. Um espaço estrutural existe quando a Constituição não ordena nem proíbe algo, ou seja, o autoriza. Como o controle exercido pela jurisdição constitucional toma a Constituição como critério exclusivo, o espaço estrutural começa onde termina o alcance de tal jurisdição, pois lá termina também a normatividade material definitiva da Constituição.⁶⁹⁶ Um espaço epistêmico, por sua vez, existe quando é incerto aquilo que a Constituição, por um lado, ordena ou proíbe, e, por outro, autoriza. Os problemas apresentados pelo segundo tipo são consideravelmente maiores que os apresentados pelo primeiro; é relativamente simples fundamentar uma liberdade do legislador em face da ausência de imposições constitucionais, o que não ocorre com a fundamentação de uma liberdade sua em razão dos limites da capacidade de reconhecimento daquilo que a Constituição impõe.⁶⁹⁷

Os espaços estruturais podem ser divididos em três categorias: o espaço de determinação da finalidade, o espaço de escolha médio e o espaço de ponderação.

O espaço de determinação da finalidade perante um direito fundamental está presente “quando o direito fundamental contém uma autorização de intervenção que ou deixa aberto os fundamentos da intervenção ou, sem dúvida, menciona fundamentos de intervenção, mas somente permite a intervenção na existência desses fundamentos, não, porém, ordena.”⁶⁹⁸ O legislador pode, no primeiro caso, decidir tanto se intervém ou não no direito fundamental quanto, optando pela intervenção, se fundamenta esse agir com base em uma ou em outra

⁶⁹³ ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 77-78.

⁶⁹⁴ ALEXY, Robert. Postscript. in: Idem. **A Theory of Constitutional Rights**. Translated by Julian Rivers. Oxford/New York: Oxford University, 2002. p. 394.

⁶⁹⁵ Para uma opinião semelhante, ver HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 45. n. m. 36.

⁶⁹⁶ ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 79.

⁶⁹⁷ ALEXY, Robert. Postscript. in: Idem. **A Theory of Constitutional Rights**. Translated by Julian Rivers. Oxford/New York: Oxford University, 2002. p. 394-395.

⁶⁹⁸ ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 80.

finalidade. No segundo caso, onde o espaço é menos extenso, pode ele definir se, com base naqueles fundamentos, intervém ou não no direito fundamental.⁶⁹⁹

O espaço de escolha médio existe não quando o legislador é livre para determinar a finalidade, mas quando, uma vez estando ela determinada, vários meios idôneos para alcançá-la, igualmente bons, estão à disposição. Trata-se de algo comum em direitos fundamentais que exigem ações positivas. Problemas surgem, todavia, quando há uma repercussão negativa dos meios empregados sobre outras finalidades, ou quando pairam incertezas acerca da real capacidade do meio escolhido para fomentar o objetivo determinado. Ponderações e considerações epistêmicas tornam-se, então, necessárias.⁷⁰⁰

O espaço de ponderação, correspondente à última categoria dos espaços estruturais, revela uma especial importância. Sendo o mandamento da ponderação idêntico ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, o problema do espaço de ponderação abrange também o papel da proporcionalidade no âmbito da ordenação-quadro. Os dois primeiros princípios parciais, idoneidade e necessidade, podem ser facilmente reconhecidos como critérios-quadro: se, para fomentar um princípio, uma medida não é idônea, mas prejudica a realização de outro princípio, ou se, para fomentar um princípio, uma outra medida, menos interveniente em outro princípio, pode ser adotada, há claramente a fixação de limites ao legislador – vale dizer, uma fixação-quadro. Na ponderação propriamente dita, contudo, o caráter-quadro não se mostra de modo tão evidente.⁷⁰¹

A ideia-chave aqui é a do empate de ponderação. Já foi demonstrado que ponderação, na medida em que é possível argumentação jurídico-fundamental racional, não admite tudo, e que as variáveis nela empregadas podem ser agrupadas em um esquema matemático, o da fórmula peso.⁷⁰² O espaço no qual, por meio da ponderação, o legislador pode atuar existe quando o resultado da aplicação da fórmula peso, uma vez efetuadas as classificações (graus leve, médio, grave) e as atribuições numéricas correspondentes, é igual a 1, o que sinaliza o empate. Esse empate significa que a Constituição não decide a colisão, ou seja, trata-se de algo liberado por ela.^{703 704}

⁶⁹⁹ ALEXY, Robert. Postscript. in: Idem. **A Theory of Constitutional Rights**. Translated by Julian Rivers. Oxford/New York: Oxford University, 2002. p. 395.

⁷⁰⁰ ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 80.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 81-82.

⁷⁰² Ver supra, item 4.1.3.

⁷⁰³ ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 85.

Empates de ponderação poderiam ser evitados com escalas mais refinadas. Em vez do modelo triádico de graus de intervenção (leve, médio, grave), poderia ser proposto um modelo triádico duplo (composto não mais de três possibilidades, mas de nove: leve-leve, leve-médio, leve-grave, médio-leve, médio-médio, médio-grave, grave-leve, grave-médio e grave-grave), com o correspondente refinamento da sua expressão numérica. Poder-se-ia até mesmo continuar o refinamento da escalação, de modo a torná-la cada vez mais precisa e, com isso, praticamente inviabilizar a possibilidade de um empate. Isso, todavia, teria por consequência tanto a aniquilação quase completa dos espaços de ponderação quanto uma complicação excessiva não apenas da aplicação, mas do próprio entendimento da escala (pense-se na estranheza de algo como um grau de intervenção “médio levemente grave”). Uma estrutura tão refinada não seria apenas inconveniente; ela iria de encontro ao seu próprio objeto, que não admite um refinamento tão extremo a ponto de impedir empates autênticos.⁷⁰⁵ Atribuições de números às variáveis envolvidas na ponderação, exigidas pela fórmula peso, não podem ser determinadas por instrumentos precisos de medição; somente podem ser feitas pela via do argumento. Argumentação, contudo, pressupõe inteligibilidade.⁷⁰⁶

⁷⁰⁴ Streck sustenta que o próprio Alexy reconhece o fato de sua teoria ser dependente da discricionariedade, fundamentando essa afirmação através da transcrição de uma passagem do pós-fácio da Teoria dos Direitos Fundamentais dedicada à exposição da ideia de espaço de ponderação (ver supra, nota 394). Aqui, é provável que Streck tenha sido induzido a erro pela tradução da obra para a língua portuguesa: o tradutor optou por traduzir o termo alemão *Spielraum* (“espaço”) por “discricionariedade”, circunstância explicitamente ressaltada por ele: “a expressão ‘Spielraum’, muito utilizada no pós-fácio de 2002, mas também presente ao longo de todo o texto, foi aqui traduzida por ‘discricionariedade’. Literalmente, ‘Spielraum’ significa algo como ‘margem de manobra’ e esse termo é às vezes traduzido por ‘margem de conformação’ ou expressões similares. [...] Desde que se tenha em mente que, aqui, o termo ‘discricionariedade’ é utilizado não no sentido específico que pode ter no direito administrativo, mas em um sentido amplo, como simples sinônimo de ‘liberdade de decisão’, a opção por esse termo parece-me mais conveniente.” (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Nota do Tradutor. in: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 12.) De plano, um problema sério pode ser constatado: o termo alemão para discricionariedade não é *Spielraum*, mas *Ermessen*. Os conceitos também são distintos: dizer que o legislador tem um espaço significa dizer que ele atua dentro do quadro representado por aquilo que a Constituição apenas autoriza, sem ordenar nem proibir; dizer, por outro lado, que os tribunais têm um espaço significa retirar ao tribunal constitucional a possibilidade de uma revisão de suas decisões com base na ponderação, já que ela leva a um empate e, portanto, nada pode ser dito sobre o caso do ponto de vista da Constituição. O contraste pode ser exposto da seguinte forma: enquanto o conceito de discricionariedade diz respeito ao poder conferido ao aplicador do direito para atuar mesmo na insuficiência do direito positivo, com base em critérios extrajurídicos, o conceito de espaço diz respeito à ausência de controle do tribunal constitucional sobre o parlamento e sobre os tribunais inferiores, na medida em que eles atuam no âmbito daquilo que é meramente autorizado pela Constituição como ordenação-quadro. Há, portanto, um equívoco tanto do tradutor (que utilizou a palavra “discricionariedade” de forma inapropriada na tradução) quanto do crítico (que, ao optar pela análise da obra não na língua original, mas na tradução para o português, não foi capaz de perceber a diferença entre os conceitos de espaço e de discricionariedade).

⁷⁰⁵ ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 88-89.

⁷⁰⁶ ALEXY, Robert. Comments and Responses. in: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University, 2012. p. 340.

Ao lado dos espaços estruturais, acima analisados, situam-se os espaços epistêmicos. Duas categorias podem ser distinguidas aqui: a do espaço de conhecimento empírico e a do espaço de conhecimento normativo.

O espaço de conhecimento empírico decorre de incertezas empíricas, e seu lugar por excelência pode ser encontrado nos exames da idoneidade e da necessidade. Ele existe quando ao legislador é autorizado atuar não apenas com base em premissas empiricamente seguras, mas também com base em premissas plausíveis e não evidentemente falsas; afinal, seria inexigível ao legislador que atuasse apenas com base em premissas seguras, considerando que essa segurança não está, muitas vezes, disponível. Se assim não fosse, a incerteza empírica levaria à incapacidade de atuação quase completa do parlamento, o que iria frontalmente de encontro a princípios formais como o princípio democrático e o princípio da divisão de Poderes. Como nenhum espaço pode ser ilimitado, vale a lei de ponderação epistêmica, segundo a qual a crescente gravidade da intervenção em um direito fundamental deve vir acompanhada de um aumento correspondente na certeza das premissas que fundamentam a intervenção.⁷⁰⁷

O espaço de conhecimento normativo decorre não de incertezas empíricas, mas de incertezas normativas. É, por essa razão, ainda mais problemático do que o espaço de conhecimento empírico. Trata-se, aqui, de incertezas concernentes à quantificação dos direitos fundamentais envolvidos e à medida exigida de sua proteção, o que significa que o legislador é livre para decidir com base nas suas próprias valorações. Em última análise, o legislador recebe, com o reconhecimento do espaço de conhecimento normativo, a competência para determinar aquilo que lhe é ordenado, proibido e permitido pela Constituição, já que inexistente a certeza a esse respeito. Essa é uma situação semelhante à do espaço de ponderação estrutural; a diferença do espaço epistêmico para o espaço estrutural está na incerteza acerca do grau de intervenção nos direitos fundamentais, pois diferentes valorações dos graus de intervenção admitem fundamentações igualmente boas (resumidamente: os pesos dos princípios em colisão não são iguais, como no espaço estrutural, mas incertos).^{708 709}

⁷⁰⁷ ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 89-91.

⁷⁰⁸ ALEXY, Robert. Postscript. in: Idem. **A Theory of Constitutional Rights**. Translated by Julian Rivers. Oxford/New York: Oxford University, 2002. p. 414-422.

⁷⁰⁹ Princípios formais, em especial aquele que exige que decisões relevantes para a sociedade sejam tomadas pelo legislador democraticamente legitimado, desempenham um papel decisivo nos espaços epistêmicos. Para a correta compreensão desse papel, contudo, um modelo mais complexo de ponderação mostra-se necessário. Em recente desenvolvimento de sua teoria, Alexy propôs um “modelo epistêmico” (*epistemic model*), que toma por base a ideia de “ponderação de segundo nível” (*second-order balancing*). Nesse nível, há uma colisão entre o direito fundamental, como objeto de otimização epistêmica, e o princípio formal da democracia; a ponderação

Em conclusão, pode-se afirmar que as considerações acima expostas demonstram a inexistência de qualquer “déficit democrático” na teoria de Alexy. Sintetizando brevemente a matéria, pode-se dizer que Alexy propõe a conexão inafastável entre direitos do homem e democracia, com a consequente necessidade de posituação dos direitos do homem como direitos fundamentais e da garantia de sua efetividade por meio da jurisdição constitucional, entendida essa como representação argumentativa do cidadão, cujos limites em face da legislação podem ser racionalmente controlados por meio da noção de espaço. Não há nada de “antidemocrático” nessas ideias; na verdade, ocorre justamente o inverso. Por meio delas, a relação entre direitos fundamentais e democracia pode ser estruturada racionalmente, sem que haja um prejuízo excessivo à vinculação das prescrições jurídico-fundamentais, por um lado, e à exigência de legitimidade democrática, por outro.

4.2.3 Problemas do modelo proposto por Streck

Streck busca contrastar a tese de Alexy com a posição hermenêutica por ele defendida, alegando ser ela superior à do autor criticado. Princípios, no sentido da “crítica hermenêutica do direito”, não seriam comandos otimizáveis aplicáveis mediante ponderação; essa tese pressuporia, para Streck, a divisão dos casos jurídicos em fáceis e difíceis, o que não seria hermeneuticamente correto. Do ponto de vista hermenêutico, os princípios constitucionais ofereceriam um fechamento da interpretação, expresso no significado hermenêutico do princípio da proporcionalidade, a exigência de coerência e integridade das decisões.⁷¹⁰

Quanto às críticas de Streck à teoria dos princípios de Alexy, pouco resta a dizer, uma vez que elas têm como pano de fundo o problema da discricionariedade, já abordado.⁷¹¹ Importante é, todavia, analisar, ainda que brevemente, o modelo hermenêutico proposto por esse crítico. Trata-se, segundo ele, de um modelo oriundo da vinculação das teses de Heidegger, Gadamer e Dworkin.⁷¹² Para os objetivos deste estudo, basta considerar os dois últimos autores. Começa-se com a hermenêutica filosófica de Gadamer.

entre eles irá determinar os valores que devem ser inseridos na fórmula peso para as variáveis concernentes aos graus de segurança (certo ou seguro, sustentável ou plausível e não evidentemente falso). Ela ocorre, portanto, em um metanível. O princípio formal da democracia atua nesse metanível, não na fórmula peso diretamente. (Cf. ALEXY, Robert. Formal Principles: Some Replies to Critics. **ICON**. v. 12, n. 03, 2014. p. 520-521.) Para uma problematização da aplicação de princípios formais no âmbito dos espaços epistêmicos, ver KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. **Espaços no Direito Público**: para a Doutrina da Ponderação da Teoria dos Princípios. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 91-101.

⁷¹⁰ Ver supra, item 3.2.2.

⁷¹¹ Ver supra, item 4.2.1.

⁷¹² Ver supra, item 3.2.2.

Alexy toma posição em relação à hermenêutica, em especial à de Gadamer, em um texto inserido no volume “Direito, Razão, Discurso”, intitulado “Interpretação Jurídica”.⁷¹³ Sua posição é bastante clara: como a hermenêutica representa uma teoria estrutural, ou seja, uma teoria voltada à determinação das condições de possibilidade do entendimento, ela não é capaz de, por si só, solucionar o problema da interpretação correta de uma norma jurídica, já que não oferece critérios materiais para avaliar a correção de uma interpretação. Não poderia ser diferente, pois, constituindo ela uma teoria estrutural, não é esse o seu objetivo.⁷¹⁴

Isso não significa, todavia, que a hermenêutica não tenha valor para o enfrentamento da questão da interpretação jurídica; ocorre justamente o contrário. Três tipos de círculo hermenêutico são, nesse ponto, especialmente importantes: aquele que diz respeito à relação entre pré-compreensão e texto (a formação e as experiências do intérprete formam a sua pré-compreensão, uma hipótese de interpretação com a qual ele se aproxima do texto na esperança de dele extrair uma solução para o problema jurídico que tem diante de si. Essa hipótese de interpretação tem de ser contrastada com o texto da norma, com o auxílio dos critérios do método jurídico. Abre-se a vista, aqui, para a questão da contribuição produtiva do intérprete na interpretação, embora critérios para a correção dessa interpretação não sejam fornecidos), aquele que diz respeito à relação entre parte e todo (a compreensão de uma norma individual não é possível sem a compreensão do sistema de normas no qual ela está inserida, e vice-versa. Permanecem, todavia, em aberto os critérios para a solução desse problema) e aquele que diz respeito à relação entre norma e fato (como normas são universais e abstratas e fatos são individuais e concretos, as características da norma são sempre muito reduzidas se comparadas às do fato. As características da norma permitem o enquadramento do fato, ao passo que as características do fato permitem que a norma em questão não seja a ele aplicada em certos casos. Tampouco são oferecidos critérios para a solução do problema dessa relação). A cada um desses tipos de círculo hermenêutico corresponde, apesar da ausência de critérios, um importante postulado de racionalidade: respectivamente, o postulado da reflexão, o da coerência e o da completude.⁷¹⁵

⁷¹³ Aparentemente, Streck desconhece a existência desse texto, pois ele não o cita em nenhum dos seus trabalhos que aqui estão sob análise. Para poder criticar de forma rigorosa a teoria de Alexy e contrastá-la adequadamente com a sua posição hermenêutica, ele deveria, contudo, não apenas conhecê-lo, mas enfrentar diretamente as ideias nele presentes. Registre-se que o livro que contém esse texto foi publicado em alemão, pela primeira vez, em 1995, e a sua tradução para o português, em 2010 (ou seja, tanto o original quanto a tradução surgiram antes da publicação da maioria dos trabalhos de Streck aqui mencionados, uma vez consideradas as respectivas edições).

⁷¹⁴ ALEXY, Robert. Interpretação Jurídica. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 64-65.

⁷¹⁵ *Ibidem, loc. cit.*

O reconhecimento desses postulados é um primeiro indício da compatibilidade entre Gadamer e Alexy. Em termos gerais, essa compatibilidade pode ser reconduzida à própria suavização do debate (bastante intenso em meados do século passado) entre a hermenêutica, de um lado, e a filosofia analítica, de outro. O ponto de convergência foi o trabalho de Georg Henrik von Wright, que tornou possível a construção de uma “hermenêutica analítica”.^{716 717}

Ao lado disso, alguns pontos específicos da teoria de Alexy permitem vislumbrar uma aproximação de seu pensamento à hermenêutica filosófica de Gadamer. Três deles são listados por Heck: a estruturalidade, a não reprodução e a ausência de direito natural.^{718 719}

Quanto à estruturalidade, ela pode, em Alexy, ser encontrada na própria natureza da teoria dos direitos fundamentais, entendida por ele como uma teoria estrutural. Seu objeto é a clareza conceitual no âmbito das questões jurídico-fundamentais (daí seu caráter primariamente analítico), de modo a garantir a racionalidade da fundamentação de decisões relativas aos direitos fundamentais e, com ela, uma medida máxima de acesso ao controle intersubjetivo dessas decisões. Em Gadamer, a estruturalidade mostra-se tanto no âmbito da pergunta (a abertura inerente à pergunta exige uma suspensão dos próprios pré-juízos, de

⁷¹⁶ ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 64.

⁷¹⁷ Von Wright reconhece duas principais características da hermenêutica que a aproximam da filosofia analítica. A primeira é o lugar central conferido pela hermenêutica à ideia do idioma, assim como a conceitos idiomáticos como significado, intencionalidade, interpretação e entendimento. A segunda é o tratamento dado pela hermenêutica aos temas da metodologia e da teoria da ciência, defendendo ela o caráter *sui generis* dos métodos de interpretação das ciências do espírito. (Cf. VON WRIGHT, Georg Henrik. **Erklären und Verstehen**. Übersetzung von Günther Grewendorf und Georg Meggle. Hamburg: EVA, 2008. S. 38-39.) O referido autor cita expressamente Gadamer como o principal representante da corrente hermenêutica. (Cf. VON WRIGHT, Georg Henrik. **Erklären und Verstehen**. Übersetzung von Günther Grewendorf und Georg Meggle. Hamburg: EVA, 2008. S. 160.)

⁷¹⁸ HECK, Luís Afonso. **Filosofia do Direito e Hermenêutica Filosófica**. Inédito. p. 06-16.

⁷¹⁹ Além desses três pontos, Heck salienta à margem que, no plano do direito constitucional, a proximidade entre Alexy e Gadamer pode ser constatada através dos conceitos de interpretação constitucional como concretização e de concordância prática, ambos formulados por Hesse. (Cf. HECK, Luís Afonso. **Filosofia do Direito e Hermenêutica Filosófica**. Inédito. p. 01.) Para Hesse, a interpretação constitucional tem caráter criador; embora permaneça vinculada à norma, ela possibilita que o conteúdo normativo seja determinado onde não há univocidade. Trata-se de uma concretização do texto constitucional, que pressupõe o entendimento do seu conteúdo, entendimento esse que não pode ser desvinculado tanto da pré-compreensão do intérprete quanto do problema concreto a ser resolvido. É a pré-compreensão do intérprete, obtida através de sua inserção na realidade histórica concreta, responsável por seu conhecimento e seus pré-juízos, que permite que ele se aproxime do texto normativo com determinadas esperanças e, com isso, projete-lhe um sentido, em um processo carecedor de confirmação, correção e revisão. Somente assim a interpretação é capaz de evitar o perigo ínsito às antecipações da pré-compreensão, qual seja, o do arbítrio das ideias e de hábitos de pensar imperceptíveis, dirigindo o olhar para as coisas mesmas. A pré-compreensão do intérprete também é decisiva no entendimento do problema concreto, sem o qual não pode existir interpretação constitucional. (Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 61-63. n. m. 60-65.) Seria impossível conceber uma definição de interpretação constitucional de viés mais gadameriano do que essa. Quanto à noção de concordância prática (ver supra, nota 209), trata-se da exigência de harmonização de bens constitucionalmente protegidos, à qual pode ser reconduzida a ideia de ponderação em Alexy. Sendo a concordância prática um procedimento de concretização de normas constitucionais, os conceitos de Hesse funcionam como uma ponte entre as teses de Alexy e de Gadamer.

modo que possibilidades de resposta permaneçam em aberto – o pré-juízo não é precipitadamente abandonado em favor daquilo que o outro diz, mas é chamado a participar do jogo; perguntar significa justamente pôr no aberto, deixando em suspenso as possibilidades de resposta - portanto, perguntas que não admitem tal abertura, como a pedagógica e a retórica, não são, nesse sentido, perguntas autênticas) quanto no da experiência (o tratamento da consciência da história do efeito tem a estrutura da experiência, na qual a transmissão – a tradição – é deixada falar, o que também pressupõe abertura).^{720 721}

Quanto à não reprodução, ela, na teoria de Alexy, pode ser verificada tanto no plano das regras (e da subsunção), relativamente à justificação externa das premissas empregadas na justificação interna, quanto no plano dos princípios (e da ponderação), com a norma de direito fundamental associada. Gadamer, por sua vez, situa o entender como uma atividade produtiva, não meramente reprodutiva, uma vez que o sentido de um texto sempre acaba por sobrepujar o seu autor. Entre entender e interpretar existe uma conexão estreita: a interpretação não é algo acrescentado ocasionalmente ao entender, mas entender é sempre interpretação; interpretação, nesse sentido, é a forma explícita do entender. Para a hermenêutica jurídica, isso tem um significado fundamental: a aplicação da lei (uma vez que o aplicar é, da mesma forma que o entender e o interpretar, um dos integrantes do processo hermenêutico), embora não possa decorrer de uma arbitrariedade imprevisível do juiz, tem sempre um caráter produtivo – a ideia de uma dogmática jurídica perfeita, na qual toda sentença seria um simples ato de subsunção, é insustentável.^{722 723}

Quanto à ausência de direito natural, por fim, verifica-se que a filosofia do direito de Alexy, apesar da conexão necessária por ele reconhecida entre o direito e a moral, não está vinculada a uma concepção jusnaturalista, embora o próprio Alexy reconheça a proximidade entre a teoria do discurso e o direito natural em um aspecto, o de trabalhar clareza acerca da natureza do ser humano, descobrindo potenciais de razão nele existentes. A hermenêutica

⁷²⁰ HECK, Luís Afonso. **Filosofia do Direito e Hermenêutica Filosófica**. Inédito. p. 06-09.

⁷²¹ Para a teoria dos direitos fundamentais como teoria estrutural, ver ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 32-38. Para a essência da pergunta hermenêutica, ver GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik**. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990. S. 304. Para a essência da experiência hermenêutica, ver GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik**. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990. S. 352.

⁷²² HECK, Luís Afonso. **Filosofia do Direito e Hermenêutica Filosófica**. Inédito. p. 09-12.

⁷²³ Para os conceitos de justificação interna, justificação externa e norma de direito fundamental associada, ver supra, itens 2.2.2.1, 2.2.2.2 e 2.1.1, respectivamente. Para o problema hermenêutico da aplicação, ver GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik**. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990. S. 312-313. Para a aplicação como concretização da lei, ver GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik**. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990. S. 335.

filosófica também se afasta do direito natural: nesse ponto, Gadamer chama a atenção para uma sutileza do pensamento de Aristóteles, que admite que, entre os homens, o direito natural (*natürliches Recht*), como o direito inerente à natureza das coisas, seja modificável, da mesma forma que o direito positivo; opõe-no, com isso, ao eterno e imodificável “direito da natureza” (*Naturrecht*), o qual, contudo, é restrito aos deuses. Como a natureza das coisas deixa certo espaço para a fixação do direito natural, ele não é, para os homens, imodificável, embora a doutrina posterior do direito natural, distorcendo Aristóteles, tenha entendido exatamente o contrário. A ideia aristotélica de direito natural possui uma função puramente crítica; ela não serve para um uso dogmático, vale dizer, os conteúdos do direito não podem ser, através dela, marcados com a dignidade e inviolabilidade do direito natural.^{724 725}

Assim, torna-se possível sustentar que, diferentemente do defendido por Streck, não há uma incompatibilidade entre Gadamer e Alexy. Os caminhos tomados por ambos os autores são certamente distintos, embora próximos um do outro e entrelaçados em alguns pontos. Esses caminhos, contudo, levam a lugares diferentes. Alexy culminou por desenvolver uma teoria abrangente do direito, o que Gadamer não fez, pois isso estava além de sua proposta. Não poderia ser diferente: Gadamer era um filósofo, não um teórico do direito. Já da introdução de sua obra central é possível depreender que a hermenêutica filosófica pretende ocupar-se do fenômeno do entender, bem como de sua correta interpretação, sem ter de recorrer para tanto aos métodos provenientes da ciência moderna.⁷²⁶ Embora esse projeto tenha, por certo, consideráveis repercussões no campo da hermenêutica jurídica, seria um equívoco exagerar a sua importância.⁷²⁷

⁷²⁴ HECK, Luís Afonso. **Filosofia do Direito e Hermenêutica Filosófica**. Inédito. p. 13-16.

⁷²⁵ Para a relação entre a teoria do discurso e o direito natural, ver supra, item 4.2.2.1. Para a posição de Gadamer acerca do direito natural em Aristóteles, ver GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik**. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990. S. 324-325.

⁷²⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik**. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990. S. 01.

⁷²⁷ Streck, tomando a hermenêutica por base, também critica Alexy por sustentar a possibilidade de superação de um princípio constitucional por uma regra infraconstitucional; isso, segundo Streck, seria, do ponto de vista hermenêutico, um retrocesso (ver supra, item 3.2.2). A posição de Streck, todavia, vai frontalmente de encontro a uma das ideias centrais da própria hermenêutica constitucional, a da interpretação da Constituição conforme a lei. Sobre isso, a lição de Hesse: “‘Interpretação conforme a Constituição’ coloca não somente a questão sobre o conteúdo da lei a ser examinada, mas também a questão sobre o conteúdo da Constituição, à qual a lei deve ser aferida. Ela requer, por conseguinte, tanto interpretação da lei como interpretação da Constituição. Já que a conexão jurídico-material, como a jurídico-funcional, indica na direção de uma manutenção da lei, interpretação conforme a Constituição irá interpretar a norma constitucional a ser interpretada, no possível, naquele sentido no qual o legislador a concretizou. Interpretação conforme a Constituição de leis é, por conseguinte, em sua repercussão sobre a interpretação constitucional, interpretação conforme a lei da Constituição. Ela mostra-se, nisto, um outro – por se assim dizer, indireto – princípio de interpretação constitucional pelos tribunais. Simultaneamente, esse efeito confirma a correlação estreita entre Constituição e lei e, com isso, a ideia da unidade da ordem jurídica.” (Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 75. n. m. 85.) A

Streck parece, de qualquer forma, dar-se conta dessa (na falta de uma palavra melhor) “insuficiência” da hermenêutica filosófica de Gadamer, propondo que a ela seja acoplada a teoria de Dworkin. Aqui, parece haver uma grande confusão. Em primeiro lugar, não está claro até que ponto Streck realmente adota o pensamento de Dworkin; em segundo lugar, a compatibilidade entre Dworkin e Gadamer é extremamente duvidosa.

Quanto à primeira questão, verifica-se que Streck critica Alexy por supostamente adotar a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, reconhecendo a ponderação como método de solução desses e a subsunção como método de solução daqueles.⁷²⁸ Além de carecer totalmente de objetividade e de repetir o já desgastado argumento da discricionariedade, essa crítica está em evidente contradição com a teoria de Dworkin, cuja distinção entre os dois tipos de casos está na base de sua crítica ao positivismo de Hart.⁷²⁹ O próprio conceito de princípio adotado por Streck (conceito esse bastante hermético, por sinal), com o qual ele se posiciona contrariamente à ideia de mandamento de otimização de Alexy,⁷³⁰ não está de acordo com a concepção de Dworkin.⁷³¹ Streck inequivocamente adota a teoria dworkiniana da integridade,⁷³² mas não se pode dizer o mesmo de outras partes da teoria do autor norte-americano. Sua proposta é obscura e contraditória, para dizer o mínimo.⁷³³

Quanto à segunda questão, afigura-se possível entender a teoria da integridade de Dworkin em um sentido hegeliano.⁷³⁴ Compreendida dessa forma, a tese de Dworkin não se

crítica de Streck, portanto, não se mostra sustentável. Verifica-se o mesmo quando o crítico faz objeções ao conceito semântico de norma adotado por Alexy, pois, segundo ele, tal conceito levaria a uma antecipação da qualidade da norma (regra ou princípio); para o crítico, apenas no caso concreto, após a interpretação, é possível verificar o caráter da respectiva norma (ver supra, item 3.2.2). O que Streck diz, contudo, está em perfeita consonância com a tese de Alexy, que reconhece a imprescindibilidade da interpretação para que se possa conferir a uma norma o caráter de regra ou de princípio. A qualidade da norma, se regra ou princípio, não é um atributo ontológico da proposição normativa, mas um problema de interpretação. Essa questão já foi examinada (ver supra, item 4.1.1), de modo que maiores considerações tornam-se desnecessárias.

⁷²⁸ Ver supra, item 3.2.1.

⁷²⁹ Ver supra, item 1.2.1.3.

⁷³⁰ Ver supra, item 3.2.2.

⁷³¹ Ver supra, item 1.2.1.2.

⁷³² O crítico parece tentar estabelecer uma conexão entre a teoria da integridade de Dworkin e o princípio da proporcionalidade (ver supra, item 3.2.2). Isso, todavia, não se coaduna com o conceito de proporcionalidade em sua origem, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (ver supra, item 2.1.2.3), conceito esse que toma a ideia de otimização, rejeitada enfaticamente por Streck, como um pressuposto necessário (ver supra, item 4.1.5). Trata-se de uma clara tentativa de manipular o conceito, pretendendo o crítico conferir à proporcionalidade um funcionamento totalmente distinto daquele que, de acordo com a noção original, ela possui.

⁷³³ Streck também censura Alexy por adotar o que ele chama de uma “versão fraca” da única resposta correta de Dworkin, sustentando haver uma contradição entre a defesa da teoria da argumentação e a possibilidade de respostas corretas em direito (ver supra, nota 416). Não há, todavia, qualquer contradição entre correção e discurso, como já demonstrado (para a questão da “única resposta correta”, ver supra, nota 197; para a correção na teoria do discurso, ver supra, item 2.2.1.1).

⁷³⁴ Essa proposta é defendida por Heck. (Cf. HECK, Luís Afonso. Algumas Observações à Decisão-Importação de Pneus Usados do Supremo Tribunal Federal. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio

mostra compatível com a hermenêutica filosófica de Gadamer, já que a ideia do círculo da compreensão, embora influenciada em sua construção pela dialética de Hegel, depende de uma razão prática autônoma, inexistente na filosofia hegeliana do saber absoluto.⁷³⁵ A corroborar isso, Gadamer afasta-se de Hegel, por exemplo, ao tratar da essência da experiência hermenêutica: ela, diz Gadamer, não conduz dialeticamente a um saber absoluto, tendente a superar a própria experiência, mas, o que é o oposto, à abertura a novas experiências. O experimentado não é, nesse sentido, aquele que tudo sabe e que, portanto, dispensa outras experiências; é, isso sim, aquele mais propenso a realizar novas experiências e a adquirir um novo saber a partir delas.⁷³⁶

Por fim, deve ser salientado que, ainda que a proposta de Streck não fosse filosoficamente problemática, não haveria motivos para considerá-la superior à de Alexy.⁷³⁷

Isso porque a teoria da integridade de Dworkin, que Streck toma por base, parece partir de uma sobre-estimação da ideia de coerência. Embora Dworkin esforce-se no sentido de separar a integridade da coerência,⁷³⁸ é inegável que ela constitui o grande *Leitmotiv* de sua

Fabris, 2015. p. 66. nota 51.) Ele alude para tanto ao trabalho de Nils Jansen, o qual, ao tratar da concepção de direito de Michael Walzer, assinala que esse autor recusa concepções morais de viés acadêmico-filosófico, pois tais concepções partem de um ponto de vista externo à moral encontrada socialmente; apenas de um ponto de vista interno, o do participante, razões morais podem ser convincentes. Argumentação moral é, do ponto de vista interno, caracterizada pelo fato de que ela é entendida como a interpretação de uma moral encontrada, não como a tentativa de fundamentar uma nova moral, característica do ponto de vista externo. A concepção de Walzer toma, segundo Jansen, a filosofia de Hegel por base, no sentido de que o pensamento moral somente é possível diante do pano de fundo conceitual do idioma de uma comunidade historicamente constituída. (Cf. JANSEN, Nils. **Die Struktur der Gerechtigkeit**. Baden-Baden: Nomos, 1998. S. 184-185.) Como uma concepção semelhante à de Walzer, Jansen menciona expressamente a ideia de integridade do sistema jurídico de Dworkin. (Cf. JANSEN, Nils. **Die Struktur der Gerechtigkeit**. Baden-Baden: Nomos, 1998. S. 185. Fn. 75.)

⁷³⁵ LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada**: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 131.

⁷³⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode**: Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990. S. 361.

⁷³⁷ Streck tenta enxergar um problema filosófico na teoria de Alexy, sustentando que ela ainda estaria presa ao paradigma da filosofia da consciência, o que a tornaria incompatível com o giro ontológico-linguístico que marcou a filosofia contemporânea (ver supra, item 3.2.2). Quanto a isso, basta aludir, por um lado, que, na Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy dedica um item específico à análise dos fundamentos da filosofia da linguagem de L. Wittgenstein e J. L. Austin, autores que foram especialmente importantes para a construção das teorias metaéticas por ele analisadas, teorias essas que contribuíram decisivamente para a teoria do discurso (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 70-82.) e, por outro, que a teoria da verdade por consenso de Habermas, também aproveitada por Alexy, baseia-se fortemente na linguagem, o que pode ser visto já a partir da crítica por ela dirigida à teoria da verdade por correspondência. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 134-137.) Para além disso, a própria natureza da teoria do discurso, teoria essa baseada na racionalidade da comunicação, que tem na linguagem um de seus mais evidentes pressupostos, permite concluir pela falsidade da afirmação do crítico.

⁷³⁸ Dworkin salienta que, uma vez entendendo-se a coerência como a exigência de que uma instituição política repita sempre as decisões por ela tomadas no passado em casos semelhantes, da forma mais precisa possível, integridade não é coerência; é simultaneamente mais e menos do que isso. A integridade exige que os *standards* adotados por uma comunidade política sejam produzidos e encarados de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça, o que significa que as instituições podem desviar-se de decisões anteriores com base em

teoria. Tal circunstância pode ser claramente depreendida da seguinte passagem: “Direito como integridade, pois, exige do juiz que teste sua interpretação de qualquer parte da grande rede de estruturas políticas e decisões de sua comunidade perguntando se isso poderia formar parte de uma teoria coerente justificando a rede como um todo.”⁷³⁹

Considerada isoladamente, todavia, a coerência não é capaz de solucionar todas as questões que se colocam no âmbito da interpretação. Quais são, afinal, os critérios que permitem avaliar uma interpretação como mais coerente com as decisões anteriores, os princípios fundamentais e o direito como um todo do que a outra? A imagem empregada por Dworkin, ao comparar a ideia do direito como integridade a um romance em cadeia (*chain novel*), no qual cada um dos novos autores deve interpretar o que os autores precedentes escreveram, de modo a poder redigir um novo capítulo coerentemente e, com isso, contribuir para que o projeto comum resulte no melhor romance possível,⁷⁴⁰ é certamente bela, mas não diz muito. Se, por um lado, os “juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em um coerente conjunto de princípios acerca dos direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”,⁷⁴¹ e, por outro, uma vez confrontado o juiz com um caso difícil, “ele, então, deve escolher entre as interpretações aceitáveis perguntando qual mostra a estrutura de instituições e decisões da comunidade – seus *standards* públicos como um todo – em uma melhor luz do ponto de vista da moralidade política”,⁷⁴² torna-se extremamente duvidoso o potencial da ideia de coerência para resolver o problema da melhor interpretação nos casos difíceis.

princípios tidos como mais importantes do que a fidelidade àquelas decisões. Um exemplo para isso pode ser visto no caso da imunidade profissional dos advogados: durante muito tempo, os tribunais britânicos entenderam que os profissionais em geral eram responsáveis por danos ocasionados por negligência de sua parte, exceto os advogados, que permaneciam imunes a essa responsabilidade. A coerência, por si só, exigiria a manutenção dessa exceção para os advogados; a integridade, contudo, não está de acordo com ela, pois não parece provável a existência de um princípio capaz de justificar essa disparidade de tratamento. A Câmara dos Lordes alterou o entendimento anterior, reduzindo o tratamento diferenciado (embora não o eliminando), o que significa que ela optou pela integridade, e não pela coerência – a integridade, contudo, não pode ser tida por completamente satisfeita enquanto essa exceção não for rejeitada em sua totalidade. (Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 219-220.)

⁷³⁹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 245. No original: “*Law as integrity, then, requires a judge to test his interpretation of any part of the great network of political structures and decisions of his community by asking whether it could form part of a coherent theory justifying the network as a whole.*”

⁷⁴⁰ *Ibidem*, p. 228-229.

⁷⁴¹ *Ibidem*, p. 255. No original: “*Judges who accept the interpretative ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community.*”

⁷⁴² *Ibidem*, p. 256. No original: “*Then he must choose between eligible interpretations by asking which shows the community's structure of institutions and decisions – its public standards as a whole – in a better light from the standpoint of political morality.*”

A própria ideia de coerência é de difícil apreensão. Vale, aqui, a observação de Alexy, que, citando o trabalho de Dworkin, chama a atenção para as reações paradoxais provocadas pela alusão à coerência: ao mesmo tempo em que se aprova tal ideia entusiasticamente, permanece uma certa perplexidade por não se saber exatamente o que é aquilo que está sendo aprovado.⁷⁴³ Alexy, a partir disso, propõe o seu próprio conceito de coerência, ligado à ideia de fundamentação,⁷⁴⁴ e apresenta uma série de critérios para a avaliação da coerência de um sistema.⁷⁴⁵ De qualquer forma, deve-se reconhecer que a coerência, embora importante como

⁷⁴³ ALEXY, Robert. Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 117-118.

⁷⁴⁴ Em primeiro lugar, Alexy faz uma distinção entre os conceitos de coerência e de consistência. Uma teoria consistente é aquela que não apresenta contradições lógicas. Consistência pode, portanto, ser tomada como o sentido negativo da coerência. Em sentido positivo, contudo, o conceito de coerência estabelece que uma classe de declarações será tanto mais coerente quanto melhor for a estrutura da fundamentação dessa classe de declarações. Há, com isso, uma relação conceitualmente necessária entre fundamentação e coerência. Essa fundamentação é de tipo semântico-sintático e dedutivo; de acordo com ela, uma declaração fundamenta outra declaração quando essa resulta logicamente daquela, exclusivamente ou em conjunto com outras declarações. A dimensão pragmática da fundamentação resta, portanto, excluída. Coerência é, de acordo com esse conceito, uma questão de grau: é a medida de cumprimento dos critérios de coerência que determina a qualidade da estrutura da fundamentação, a qual, por sua vez, determina a medida de coerência. Ela diz respeito às qualidades formais das relações de fundamentação existentes em uma classe de declarações, qualidades essas que encontram sua expressão nos critérios de coerência. (Cf. ALEXY, Robert. Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 118-120.)

⁷⁴⁵ Os critérios de coerência não só podem ser cumpridos em graus diferentes, mas também são propensos a colidir. É possível, portanto, formular esses critérios como princípios (no sentido de mandamentos de otimização). Disso decorre que a coerência não é só uma questão de grau, mas também de ponderação. Há três grupos de critérios de coerência: o primeiro diz respeito imediatamente a propriedades da estrutura da fundamentação de um sistema de declarações, o segundo diz respeito às propriedades dos conceitos que podem ser usados em um sistema de declarações e o terceiro diz respeito a propriedades do âmbito do objeto de um sistema. Quanto ao primeiro grupo: (1) número de relações de fundamentação – um sistema depende, para ser coerente, da existência de relações de fundamentação entre as declarações que o compõem. Vale, portanto, o critério: *ceteris paribus*, quanto mais declarações de um sistema são fundamentadas por uma outra declaração desse sistema, tanto mais coerente ele é. Esse critério pode ser formulado como um “princípio da coerência”, que diz: devem ser justificadas tantas declarações quanto possível de um sistema por outras declarações desse sistema; (2) extensão da corrente de fundamentação – um sistema é tanto mais coerente quanto mais extensas forem as correntes de fundamentação de suas declarações. Isso ocorre, por exemplo, quando o princípio do Estado de Direito serve de fundamentação para o princípio da certeza jurídica, o qual, por sua vez, é o fundamento do princípio da proteção à confiança. Vale, portanto, o critério: *ceteris paribus*, quanto mais extensas são as correntes de fundamentação que pertencem a um sistema, tanto mais coerente ele é; (3) enlace das correntes de fundamentação – o critério da extensão das correntes de fundamentação exige que as declarações sejam fundamentadas por declarações progressivamente mais gerais. Essa generalidade das declarações possibilita que correntes de fundamentação sejam enlaçadas. O princípio do Estado de Direito, por exemplo, serve de fundamentação não apenas para o princípio da certeza jurídica, mas também para vários outros princípios, que, por sua vez, fundamentam novos princípios, cada vez mais específicos. Vale, portanto, o critério: *ceteris paribus*, quanto mais correntes de fundamentação têm uma premissa de partida comum, tanto mais coerente é o sistema. Esse critério pode ser invertido, direcionando, nesse caso, não para o ponto de partida, mas para a conclusão comum de várias correntes de fundamentação. Ele toma, então, a seguinte forma: *ceteris paribus*, quanto mais correntes de fundamentação têm uma conclusão comum, tanto mais coerente é o sistema; (4) ponderação dos fundamentos – colisões entre os princípios de um sistema devem ser solucionadas mediante ponderação, com a conseqüente determinação de relações de primazia. Vale, portanto, o critério: *ceteris paribus*, quanto mais relações de primazia são determinadas entre os princípios de um sistema, tanto mais coerente é o sistema; (5) fundamentação mútua – fundamentações mútuas ocorrem quando uma declaração apoia a outra e vice-versa. Essas fundamentações podem ser de três tipos: empíricas, analíticas e normativas. Uma fundamentação mútua de tipo empírico existe, por exemplo, quando se demonstra que a institucionalização dos

um postulado de racionalidade, é capaz de oferecer apenas uma contribuição limitada.⁷⁴⁶ Em Dworkin, que não se preocupou com o rigor analítico das decisões baseadas em princípios, ela parece ser usada como uma espécie de “véu” para ocultar a necessidade de ponderações.⁷⁴⁷

Alexy, ao contrário, levou esse rigor ao extremo, inclusive propondo uma fórmula matemática

direitos fundamentais é um pressuposto fático da institucionalização da democracia e às avessas. Vale, portanto, o critério: *ceteris paribus*, quanto mais fundamentações empíricas mútuas um sistema contém, tanto mais coerente ele é. Uma fundamentação mútua de tipo analítico existe, por exemplo, quando se verifica uma relação conceitualmente necessária entre direitos fundamentais e Estado de Direito. Vale, portanto, o critério: quanto mais fundamentações analíticas mútuas um sistema contém, tanto mais coerente ele é. Uma fundamentação mútua de tipo normativo existe, por fim, quando há a união de dois modos da fundamentação, o dedutivo (quando várias declarações relativamente especiais são fundamentadas por uma relativamente geral) e o indutivo (quando uma declaração relativamente geral é fundamentada por um feixe de declarações relativamente especiais). Vale, portanto, o critério: *ceteris paribus*, quanto mais fundamentações normativas mútuas um sistema contém, tanto mais coerente ele é. Propriedades dos conceitos: (1) comunidade – a coerência relativamente aos conceitos remete à ideia de generalidade. Generalidade é uma questão de grau; um conceito será tanto mais geral quanto maior for a sua extensão. O contrário da generalidade é a especialidade. No plano das declarações, quanto mais geral for uma declaração, tanto maior será o número de declarações relativamente especiais que a ela podem ser reconduzidas. Valem, então, os critérios: *ceteris paribus*, quanto mais conceitos gerais uma teoria contém, tanto mais coerente ela é; *ceteris paribus*, quanto mais gerais são os conceitos de uma teoria, tanto mais coerente ela é; (2) uniões transversais conceituais – uma união transversal conceitual existe quando um conceito empregado em uma teoria pode também ser empregado em outras teorias, o que será tanto mais provável quanto maior for a generalidade do conceito. Trata-se, aqui, de uma coerência externa, na qual é feita uma ponte entre distintos campos do conhecimento. Vale, portanto, o critério: *ceteris paribus*, quanto mais uniões transversais conceituais uma teoria mostra, tanto mais coerente ela é. Propriedades do âmbito do objeto: a amplitude do âmbito do objeto de uma teoria é um parâmetro de identificação de sua medida de coerência. Valem, aqui, os critérios: *ceteris paribus*, quanto maior é o número de casos aos quais uma teoria é aplicável, tanto mais coerente ela é; *ceteris paribus*, quanto mais diferentes são os casos aos quais uma teoria é aplicável, tanto mais coerente ela é. (Cf. ALEXY, Robert. *Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência*. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 120-128.)

⁷⁴⁶ Três fraquezas necessárias limitam o alcance da ideia de coerência. A primeira fraqueza reside no fato de que a coerência não apenas é uma questão de grau, mas depende da otimização de exigências em sentido contrário. Diferentes critérios de coerência podem levar a conclusões divergentes: um sistema pode ser mais coerente de acordo com um critério e outro sistema pode sê-lo com base em outro critério. Nesse caso, tendo-se de decidir qual deles é mais coerente, a avaliação não mais pode ser realizada apenas através dos critérios de coerência. A segunda fraqueza reside no caráter estritamente formal da coerência. Ela não diz nada a respeito do conteúdo possível do sistema. Embora seja lícito pensar que um sistema que atenda aos critérios formais de coerência seja propenso a minimizar os problemas da injustiça e da irracionalidade, conteúdos injustos e irracionais não são, apenas com a noção de coerência, totalmente excluídos. A terceira fraqueza reside na incompletude necessária de sistemas normativos, mesmo naqueles em que a coerência está presente em uma medida máxima. Premissas normativas e valorações adicionais sempre são necessárias. Essas três fraquezas não derrubam a ideia de coerência, mas mostram ser ela insuficiente. (Cf. ALEXY, Robert. *Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência*. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 129-130.)

⁷⁴⁷ Nesse sentido, Ludwig observa que faltou a Dworkin “complementar a técnica de aplicação dos princípios e, especificamente, o procedimento de ponderação como meio de solução dos conflitos entre eles. Para tanto, careceria de um estudo mais detalhado da proporcionalidade. E isso tem relevância especial porque, ao não detalhar a estrutura da proporcionalidade e a forma como se processa a formulação do direito definitivo a partir de posições *prima facie*, ele deixou o intérprete a meio caminho, insatisfeito com o modelo de regras (que criticara) e também não inteiramente à vontade com o modelo regra/princípios proposto. Não fica bem claro, por exemplo, por que deve prevalecer esse ou aquele princípio em cada caso ou nalgum caso em particular, e se ponderar não é, ao fim e ao cabo, uma atividade discricionária.” (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão** em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 104.) Para a tese de Streck, isso tem consequências fatais: significa que a aplicação de princípios em Dworkin, posto que insuficiente o critério da coerência, aproxima-se mais da discricionariedade do que o modelo de ponderação proposto por Alexy, um modelo de viés fortemente analítico e vinculado à ideia de fundamentação racional. Pretendendo solucionar o problema da discricionariedade, Streck acabou por agravá-lo.

para a ponderação, a fórmula peso. São inegáveis os méritos da teoria de Dworkin, mas é igualmente inegável que a de Alexy acabou por superá-la em profundidade e clareza analítica.

4.3 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA

As críticas de Cattoni são, da mesma forma que as anteriores, totalmente improcedentes.

Ele começa por mencionar um caso decidido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no qual o raciocínio da “ponderação de valores” conduziu a posicionamentos divergentes.⁷⁴⁸ Aqui, mostra-se dispensável avaliar se o instrumental teórico da ponderação foi aplicado rigorosamente nesse caso. É suficiente dizer que, *grosso modo*, duas possibilidades se apresentam: ou ele não o foi, caso no qual o problema diz respeito não à teoria em si, mas ao uso incorreto que dela fez o tribunal; ou ele o foi, e chegou-se a uma situação de não concordância racional.⁷⁴⁹ A teoria da ponderação permanece incólume em ambos os casos.

Cattoni também faz referência à jurisprudência dos valores alemã, que teria dado origem à ideia de ponderação de valores.⁷⁵⁰ Com efeito, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, sobretudo a mais antiga, caracterizou-se por uma compreensão material da Constituição: a de que ela, com a adoção de fórmulas como as da democracia representativa, do Estado liberal, do Estado federal e do Estado social, constituiria uma “ordem de valores” tendente a realizar determinados valores fundamentais, valores esses anteriores até mesmo à ordem jurídica positiva. O Estado é, de acordo com essa visão, ideologicamente neutro, mas não o é em valores.⁷⁵¹ O *big bang* de tal concepção, de enormes consequências para o sistema jurídico como um todo, ocorreu com a sentença Lüth, de 1958, na qual a existência de um ordenamento objetivo de valores na Lei Fundamental foi, pela primeira vez, reconhecida expressamente. Para a aplicação do direito, isso redundou na tendência de substituir a fórmula clássica da subsunção pela da ponderação, nos termos do princípio da proporcionalidade.⁷⁵² Em Alexy, os valores mencionados na jurisprudência arcaica do Tribunal Constitucional Federal são entendidos como princípios, normas que podem ser otimizadas e que, portanto, carecem de ponderação. Falar em uma “ponderação de

⁷⁴⁸ Ver supra, item 3.3.

⁷⁴⁹ Ver supra, item 4.2.1.

⁷⁵⁰ Ver supra, item 3.3.

⁷⁵¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 27. n. m. 3.

⁷⁵² ALEXY, Robert. Sistema Jurídico e Razão Prática. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 162.

valores” não é, de acordo com a posição de Alexy, totalmente correto; a ponderação envolve elementos deontológicos (princípios), não axiológicos (valores).⁷⁵³

Outra objeção de Cattoni deve ser analisada mais detidamente: a de que a “ponderação de valores” levaria a uma perda do caráter deontológico do direito. De acordo com esse crítico, não há a possibilidade de um “meio-termo” entre licitude e ilicitude; ou uma conduta é lícita ou ilícita, o que não é compatível com a aplicação gradual de normas jurídicas.⁷⁵⁴ Uma crítica semelhante a essa já foi objeto de análise,⁷⁵⁵ aqui, o ponto deve ser retomado.

Ao formular essa crítica, Cattoni faz alusão ao trabalho “Faticidade e Validez”, de Jürgen Habermas.⁷⁵⁶ Com efeito, foi Habermas quem, na doutrina estrangeira, mais intensamente dirigiu a Alexy a referida objeção. Para o crítico alemão, uma das diferenças entre normas (dentre as quais os princípios) e valores consiste no fato de que aquelas, quando válidas, obrigam seus destinatários, igualmente e sem exceção, à adoção de um determinado comportamento, enquanto esses limitam-se a expressar a dignidade de preferência, intersubjetivamente compartilhada, de determinados bens, cuja realização depende de um agir teleologicamente orientado. Normas, portanto, admitem apenas um código binário de validade – são ou válidas ou inválidas; valores, por outro lado, admitem uma codificação gradual, na medida em que as relações entre eles buscam determinar a dignidade de preferência de uns sobre outros, vale dizer, uma decisão entre valores concorrentes.⁷⁵⁷

Em tempo mais recente, a objeção da incompatibilidade entre a ideia de princípio como mandamento de otimização e o caráter deontológico dessa espécie normativa foi levantada mais uma vez na doutrina estrangeira por Jan Henrik Klement. Esse crítico chama a atenção para o fato de que normas contêm comandos necessariamente definitivos. Se, como salienta Alexy, princípios não estabelecem um dever-ser definitivo, eles não podem ser entendidos como normas.⁷⁵⁸

Quanto a isso, já foi demonstrado que, em Alexy, a vinculatividade dos princípios (da qual é possível deduzir o caráter deontológico dessas normas) expressa-se no dever-ser contraditório *prima facie* que neles existe, sendo possível a transição para o plano do

⁷⁵³ Sobre princípios e valores, ver supra, item 2.1.2.1.

⁷⁵⁴ Ver supra, item 3.3.

⁷⁵⁵ Ver supra, item 4.1.3.

⁷⁵⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição Democrática no Marco do Patriotismo Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 118. nota 11.

⁷⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. S. 310-311.

⁷⁵⁸ KLEMENT, Jan Henrik. **Common Law Thinking in German Jurisprudence – on Alexy’s Principles Theory.** in: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy.** Oxford: Oxford University, 2012. p. 177-178.

definitivo apenas através da ponderação. Essa transição, todavia, pode ocorrer somente porque os princípios valem e são vinculativos juridicamente.⁷⁵⁹ A questão, portanto, resume-se na possibilidade de reconhecimento do caráter deontológico não apenas a normas que estabelecem um dever-ser definitivo (em Alexy, as regras), mas também a normas que estabelecem um dever-ser *prima facie*.

Respondendo a Klement, Alexy salienta que há boas razões para rejeitar a posição adotada pelo crítico, segundo a qual é o caráter definitivo, não o caráter de dever-ser, o elemento determinante para a existência da norma. O dever-ser *prima facie* abstrato de um princípio, diante de um caso que demande a sua aplicação, pode ser formulado como um dever-ser *prima facie* concreto. Tendo esse princípio precedência sobre princípios em sentido contrário, esse dever-ser *prima facie* concreto converte-se em um dever-ser definitivo concreto, cujo conteúdo é exatamente o mesmo daquele. Isso não poderia ser adequadamente compreendido se o dever-ser *prima facie* fosse alijado do conceito de norma.⁷⁶⁰

Tal possibilidade, diz Alexy, não implica a existência de “graus distintos de ilicitude”. Uma conduta continua a ser ou lícita ou ilícita, pois o dever-ser definitivo concreto, que decorre do dever-ser *prima facie* inerente aos princípios, uma vez estabelecida a relação de precedência, permite considerar a conduta em questão apenas como lícita ou ilícita, de acordo com aquilo que o princípio que recebeu a primazia prescreve. O fato de que a determinação da licitude ou ilicitude da conduta não possa ser afirmada antes do estabelecimento da relação de precedência não significa que haja uma licitude (ou ilicitude) “graduável”.⁷⁶¹

Concluindo esse ponto, pode-se dizer que o dever-ser *prima facie* insito aos princípios é um dever-ser. Trata-se de algo evidente, mas os críticos parecem ter dificuldade em enxergá-lo: princípios possuem caráter deontológico e, portanto, são normas.^{762 763}

Por fim, Cattoni dirige a Alexy a onipresente objeção da democracia.⁷⁶⁴ Aqui, nada precisa ser acrescido àquilo que se afirmou quando a referida objeção foi analisada.⁷⁶⁵

⁷⁵⁹ Ver supra, item 4.1.3.

⁷⁶⁰ ALEXY, Robert. Comments and Responses. in: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University, 2012. p. 335-336.

⁷⁶¹ *Ibidem*, p. 336.

⁷⁶² Para a resposta de Alexy à objeção de Habermas, pormenorizadamente, ver HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 121-127.

⁷⁶³ Relativamente a essa crítica, um último ponto deve ser salientado. Cattoni, ao fazer referência ao “código binário de validade” das normas, parece deslocar o problema da validade para o âmbito da aplicação. Esse problema está situado, todavia, no âmbito da criação da norma; como ensina Kelsen, a norma será válida se sua criação ocorrer em conformidade, tanto no sentido formal quanto no sentido material, ao prescrito pela norma superior (ver supra, itens 1.1.1.4 e 1.1.1.5). A noção de validade de Kelsen é aplicável à teoria de Alexy (ver supra, item 2.1.1).

4.4 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE LÚCIO ANTÔNIO CHAMON JUNIOR

As críticas de Chamon a Alexy são igualmente improcedentes.

Chamon, em um primeiro momento, retoma a crítica de Habermas segundo a qual o direito conhece apenas um código binário de validade, não um código gradual.⁷⁶⁶ Essa crítica já foi analisada no item anterior, tendo sua improcedência demonstrada.

O crítico, em um segundo momento, postula a adoção da teoria da integridade de Dworkin, contrastando-a, ao mesmo tempo, com o pensamento de Alexy, o qual, segundo a opinião dele, não seria apto a promover uma dependência do direito à moral em uma medida máxima possível.⁷⁶⁷ Nesse ponto, a crítica, além de carecer totalmente de objetividade,⁷⁶⁸ toma por base a concepção de integridade dworkiniana, concepção essa que, como já demonstrado, não constitui uma alternativa cientificamente superior à teoria de Alexy para a compreensão do fenômeno jurídico, especialmente no que tange à aplicação dos princípios – campo no qual a conexão entre direito e moral revela-se com particular nitidez.⁷⁶⁹

Por fim, o crítico assevera que a inserção de uma “hierarquia axiológica” na aplicação do direito, nos moldes da jurisprudência dos valores e da teoria de Alexy, não é aceitável, pois levaria a uma apropriação do direito por uma determinada concepção ética, incompatível com o pluralismo inerente às sociedades modernas. Para conferir suporte a essa tese, ele menciona a necessidade de respeito igual e recíproco à liberdade de todos aqueles que são afetados por uma decisão.⁷⁷⁰ Trata-se, aqui, de uma alusão ao princípio do discurso abstrato de Habermas,⁷⁷¹ expressamente citado por Alexy como uma decorrência das ideias de universalidade e autonomia no âmbito do discurso.⁷⁷² Verifica-se, portanto, que, ao contrário do que o crítico dá a entender, Alexy encampou a ideia de Habermas. E isso não é tudo: ao lado da universalidade e autonomia da argumentação no plano do discurso está o tratamento dos direitos fundamentais como valores/princípios constitucionais. Eles não apenas não são

⁷⁶⁴ Ver supra, item 3.3.

⁷⁶⁵ Ver supra, item 4.2.2.

⁷⁶⁶ Ver supra, item 3.4.

⁷⁶⁷ Ver supra, item 3.4.

⁷⁶⁸ Para a relação entre direito e moral na filosofia do direito de Alexy, ver supra, item 1.2.2.

⁷⁶⁹ Ver supra, item 4.2.3.

⁷⁷⁰ Ver supra, item 3.4.

⁷⁷¹ Diz Habermas: “Válidas são, rigorosamente, as normas de atuação, as quais todos os possivelmente afetados como participantes em discursos racionais podem aprovar.” (Cf. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. S. 138. No original: „*Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.*“)

⁷⁷² ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito.** Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 103-104.

incompatíveis com o pluralismo; são, em realidade, absolutamente indispensáveis à construção de uma sociedade plural e tolerante, o que já demonstra a sua vocação histórica para a proteção das minorias. Sua aplicação não significa impor aos indivíduos uma determinada concepção ética, mas possibilitar a convivência harmônica de diferentes visões de mundo. A racionalidade na aplicação desses princípios, um dos objetivos centrais da teoria de Alexy, constitui um poderoso fomentador do pluralismo, e não o contrário.⁷⁷³

4.5 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ

As críticas de Cruz não acertam a teoria de Alexy; na realidade, elas demonstram (e isso na melhor das hipóteses) um aparente desconhecimento do objeto contra o qual se dirigem.

Inicialmente, Cruz faz alusão à distinção entre moralidade convencional e moralidade pós-convencional, aduzindo que Alexy trabalharia com uma moralidade convencional e que, portanto, sua teoria estaria vinculada à doutrina do direito natural; ele, assim, não conseguiria superar uma concepção etnocêntrica de sociedade.⁷⁷⁴ Há, aqui, uma sucessão de equívocos gigantesca.

Quanto aos conceitos de moralidade convencional e moralidade pós-convencional empregados por Cruz, verifica-se que Habermas, ao tratar do papel da moral e do direito na evolução social, importou tais conceitos da teoria dos estágios de desenvolvimento da consciência moral formulada pelo psicólogo norte-americano L. Kohlberg. No nível convencional, o agir comunicativo das pessoas ainda está impregnado pela tradição, tradição essa que, em última análise, serve de fundamento para o ajuste das condutas individuais às normas jurídicas. No nível pós-convencional, o agir comunicativo passa para o plano reflexivo das argumentações; a tradição deixa de oferecer uma sustentação firme às instituições das quais emanam as normas, que cedem lugar à própria evolução das estruturas prático-morais da sociedade como base consensual das interações. A transição de um nível a outro é marcada pela emancipação da ação comunicativa relativamente às bases tradicionais, valorativas e religiosas que lhe serviam de apoio, deslocando-se, então, a possibilidade de formação de consensos para os procedimentos linguísticos. Em oposição ao tradicionalismo

⁷⁷³ A “hierarquia axiológica” mencionada por Chamon parece ecoar a “tirania dos valores” de Carl Schmitt, que exige, para o valor superior, o sacrifício do valor inferior, e isso em todos os casos nos quais eles possam entrar em rota de colisão. Um tal sistema de relações absolutas de precedência é expressamente rejeitado por Alexy. (Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 140.)

⁷⁷⁴ Ver supra, item 3.5.

do âmbito convencional, o âmbito pós-convencional propicia o desenvolvimento de uma moral abstrata e universalista.^{775 776}

Uma vez compreendida a distinção de Kohlberg/Habermas, é forçoso reconhecer que, diferentemente do aduzido por Cruz, o pensamento de Alexy está situado justamente no nível pós-convencional, não no nível convencional.

Em Alexy, a pretensão de correção, necessariamente promovida pelo direito, leva a uma conexão necessária entre o direito e a moral correta, entendida essa não como uma moral absoluta (direito natural),⁷⁷⁷ mas como uma moral fundamentável (direito discursivo).⁷⁷⁸ A materialização dessa ideia pode ser vista na teoria do discurso prático racional, uma teoria moral procedimental voltada ao estabelecimento de condições de racionalidade da argumentação prática. Teorias morais substanciais, que buscam oferecer a questões práticas, com absoluta certeza, uma única resposta, não têm qualquer espaço.⁷⁷⁹

Traços marcantes da concepção moral representada pela teoria do discurso são a universalidade e a autonomia.⁷⁸⁰ Uma vez aplicadas as regras do discurso, restam excluídos

⁷⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Theorie des Kommunikativen Handelns**: Zur Kritik der Funktionalistischen Vernunft. Bd. 2. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982. S. 260-262.

⁷⁷⁶ Kohlberg reconhece seis estágios de desenvolvimento da consciência moral, estágios esses que se deixam reunir em três níveis. O primeiro nível é o pré-convencional, no qual estão situados o primeiro estágio, o estágio da punição e obediência (onde o correto esgota-se na obediência à autoridade e às regras estabelecidas, evitando-se, com isso, a punição – parte-se de um ponto de vista egocêntrico, pois a razão para adotar o comportamento correto é apenas o temor da sanção, não o respeito aos interesses de outros), e o segundo estágio, o estágio do propósito e troca instrumental individual (onde o correto consiste em seguir os próprios propósitos e interesses, estabelecendo relações de troca com os demais – a perspectiva, aqui, é individualista, na medida em que, ao lado dos próprios interesses, o indivíduo tem consciência dos interesses dos outros, que devem ser compatibilizados com os seus através dos mecanismos de troca). O segundo nível é o convencional, no qual estão situados o terceiro estágio, o estágio das expectativas, relacionamentos e atendimentos interpessoais mútuos (onde o correto é desempenhar um bom papel, preocupando-se com os outros e com seus sentimentos, mantendo a lealdade, a confiança, a gratidão e o respeito com os parceiros – a razão para fazer o certo está na “regra de ouro”, com o indivíduo estando disposto a colocar-se hipoteticamente na situação do outro, já que é capaz de reconhecer seus sentimentos e expectativas), e o quarto estágio, o estágio do sistema social e da afirmação da consciência (onde o correto consiste em cumprir o dever para com a sociedade, mantendo a ordem social e o bem-estar dos seus membros – o ponto de vista adotado é o do sistema, pois a razão para fazer o certo está em manter o sistema funcionando como um todo). O terceiro nível é o pós-convencional (ou principal), no qual estão situados o quinto estágio, o estágio dos direitos prévios e do contrato social (onde o correto reside em seguir os direitos e valores básicos da sociedade, mesmo quando em conflito com as regras concretas do grupo social – há uma consciência da prioridade de determinados valores e direitos, com a possibilidade de reconhecimento de conflitos entre o moral e o jurídico) e o sexto estágio, o estágio dos princípios éticos universais (onde o correto é determinado por princípios que toda a humanidade deveria seguir – direitos e acordos sociais são válidos porque eles podem ser fundamentados naqueles princípios. Trata-se, aqui, de princípios universais de justiça, como a igualdade dos direitos humanos e o respeito pela dignidade humana. Agir de acordo com esses princípios – e, portanto, corretamente – é um ato da razão individual). (Cf. KOHLBERG, Lawrence. **The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice**. New York: Harper & Row, 1981. p. 409-412.)

⁷⁷⁷ Ver, a respeito, as críticas de Kelsen à doutrina do direito natural (item 1.1.1, supra).

⁷⁷⁸ Ver supra, item 1.2.2.1.

⁷⁷⁹ ALEXY, Robert. Sistema Jurídico e Razão Prática. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 174; ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 499.

⁷⁸⁰ Ver supra, item 4.2.2.1.

determinados resultados como discursivamente impossíveis, tais como “aqueles que excluem indivíduos de determinados direitos humanos ou se apoiam em revelações religiosas, afirmações metafísicas ou em preconceitos”,⁷⁸¹ já que os argumentos tomados como base não são argumentos revisáveis. A teoria do discurso situa-se, dessa forma, em uma concepção de moral pós-convencional. A afirmação de Cruz, segundo a qual Alexy pressuporia uma subordinação do direito à moral convencional,⁷⁸² não pode estar mais distante da realidade.⁷⁸³

A objeção do etnocentrismo, que Cruz dirige contra Alexy, beira o absurdo. Como já referido, um dos argumentos para a validade universal das regras do discurso consiste no fato de que elas exprimem algo que faz parte da forma de vida mais geral da pessoa, uma prática argumentativa conhecida e adotada por seres humanos de épocas e culturas muito diferentes.⁷⁸⁴ Trata-se, em essência, de um “denominador comum teórico-argumentativo” da humanidade. É evidente que a realidade concreta da pessoa, a sua particular forma de vida, pode, como frequentemente acontece, oferecer obstáculos para o seu desenvolvimento; lá onde o ser humano conservar, no entanto, a capacidade de fazer afirmações, fundamentá-las e questioná-las, o discurso estará presente. “As regras do discurso não definem, por conseguinte, uma forma de vida particular, mas algo que é comum a todas as formas de vida, sem prejuízo do fato de nelas ele fazer-se valer em medida muito diferente. Isso implica que um discurso também entre membros de formas de vida distintas fundamentalmente é possível.”⁷⁸⁵

Dando prosseguimento à crítica, Cruz sustenta ser inadequada a tese de Alexy, segundo a qual o discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático geral, aduzindo

⁷⁸¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A Racionalidade da Ponderação em Robert Alexy. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 106.

⁷⁸² Ver supra, item 3.5.

⁷⁸³ Para conferir suporte a essa afirmação, Cruz menciona o reconhecimento de direitos a casais homoafetivos; tal reconhecimento somente seria possível com base em uma moral pós-convencional, já que esse tipo de comportamento não é, de acordo com a moral convencional, admissível (ver supra, item 3.5). Ao contrário do afirmado pelo crítico, esse é um excelente exemplo da independência da teoria de Alexy em relação à moral convencional. A corroborar isso, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277-DF, reconheceu às uniões civis homoafetivas direitos iguais àqueles concedidos às uniões heteroafetivas, com a citação expressa de trabalhos de Alexy em alguns dos votos. Apesar dos defeitos técnicos verificados nessa decisão, ela poderia ser reconstruída de acordo com o conceito de norma de direito fundamental associada, um dos elementos centrais da teoria de Alexy. (Cf. LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada**: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 559-568.)

⁷⁸⁴ Ver supra, item 4.2.2.1.

⁷⁸⁵ ALEXY, Robert. Nachwort (1991): Antwort auf Einige Kritiker. in: Idem. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 419. No original: „Die Diskursregeln definieren deshalb nicht eine partikuläre Lebensform, sondern etwas, was allen Lebensformen unbeschadet der Tatsache, daß es in ihnen in sehr unterschiedlichem Maße zur Geltung kommt, gemeinsam ist. Das impliziert, daß ein Diskurs auch zwischen Mitgliedern verschiedener Lebensformen grundsätzlich möglich ist.“

para tanto a peculiaridade da atuação das partes em um processo judicial.⁷⁸⁶ Muito antes de Cruz, uma crítica como essa já havia sido levantada na doutrina estrangeira; Alexy ofereceu a ela uma resposta no posfácio da Teoria da Argumentação Jurídica. Segundo Alexy, embora o processo judicial de fato estabeleça limites à racionalidade discursiva (relativos ao tempo, à distribuição de papéis, às restrições de ordem jurídico-processual e às motivações egoísticas das partes), isso não afeta o núcleo da questão, que consiste na pretensão de argumentar racionalmente, pretensão essa que as partes necessariamente devem promover mesmo na defesa de seus interesses egoísticos. Esses argumentos poderiam, de acordo com essa pretensão, encontrar a aprovação de todos sob condições ideais; a argumentação das partes caracteriza-se, portanto, como um caso especial do discurso prático geral. No processo judicial, a pretensão de correção não é apenas uma condição de êxito (*Erfolgsbedingung*), no sentido de ser, do ponto de vista estratégico, mais conveniente à parte apresentar a sua postulação não como um interesse egoístico, mas como justa e conforme ao direito; ela é também uma condição de jogo (*Spielbedingung*), pois uma pura atuação estratégica das partes não pode ter lugar. Um processo no qual as partes apenas declarassem seus respectivos interesses egoísticos, sem aduzir qualquer fundamento jurídico para suas pretensões, e em que o juiz, entrando no jogo, pronunciasse uma decisão favorável a uma das partes, aduzindo como fundamento apenas a sua inclinação ao interesse por ela manifestado, poderia ser qualquer coisa, menos um procedimento judicial autêntico.⁷⁸⁷

Cruz lança mão de outro argumento para sustentar o malogro da tese do caso especial; ele diz que discursos de fundamentação devem ser apartados de discursos de aplicação. Para ele, o discurso de fundamentação, relativo à feitura da lei e situado no processo legislativo, é essencialmente distinto do discurso de aplicação, relativo à jurisdição e ao processo judicial. O agir comunicativo predomina no primeiro; o agir estratégico, no segundo.⁷⁸⁸ Nada disso, contudo, representa um fundamento consistente para o reconhecimento da inadequação da

⁷⁸⁶ Cruz, nesse ponto, vale-se da distinção habermasiana entre agir estratégico e agir comunicativo (ver supra, item 3.5). Em Habermas, o agir estratégico é aquele no qual os agentes não estão interessados em alcançar mútuo entendimento, mas em atingir os objetivos que cada um deles possui naquela situação. Um agente *A* pode persuadir um agente *B* a atuar de acordo com seus interesses, apelando, por exemplo, para desejos e receios de *B* que ele, *A*, está em condições de manipular. O agir comunicativo, por sua vez, é marcado pela coordenação das ações e da persecução de objetivos individuais com base no entendimento, compartilhado pelos agentes, de que os objetivos em questão são inerentemente racionais ou dignos de mérito. Diferencia-se do agir estratégico na medida em que pressupõe o livre acordo dos agentes relativamente à cooperação em vista daqueles objetivos, uma vez que são racionais; esse “acordo racionalmente motivado” não existe no agir estratégico, voltado apenas à promoção do interesse do agente. (Cf. BOHMAN, James; REHG, William. Jürgen Habermas. in: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2014. p. 14.)

⁷⁸⁷ ALEXY, Robert. Nachwort (1991): Antwort auf Einige Kritiker. in: Idem. **Theorie der Juristischen Argumentation**: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 434-435.

⁷⁸⁸ Ver supra, item 3.5.

tese do caso especial. Como já mencionado, o processo judicial não se limita apenas à declaração dos interesses de cada uma das partes; além disso, em uma democracia deliberativa na qual decisão e argumentação estão unidas,⁷⁸⁹ a pretensão de correção deve estar presente tanto no processo de aplicação da lei (a jurisdição) quanto no de sua elaboração (a legislação). Pode-se dizer que, no âmbito da legislação, o discurso é eminentemente moral (sem, contudo, excluir argumentos jurídicos), enquanto na jurisdição é eminentemente jurídico (sem, contudo, excluir argumentos morais). Discurso jurídico e discurso prático geral estão, em ambos os casos, entrelaçados.⁷⁹⁰

Seguindo a linha da crítica anterior, Cruz dirige a Alexy a objeção da democracia, sustentando que o princípio da proporcionalidade pressuporia juízos políticos, juízos esses que deveriam ser deixados a cargo do legislador.⁷⁹¹ Aqui, basta dizer que Cruz mostra um total desconhecimento da função do princípio da proporcionalidade no âmbito da jurisdição constitucional, especialmente no que tange ao papel de critérios-quadro que os princípios parciais da proporcionalidade desempenham na teoria dos espaços.⁷⁹²

Por fim, Cruz, ao tratar da ponderação, repete a conhecida crítica da perda do caráter deontológico dos princípios,⁷⁹³ crítica essa já analisada neste estudo.⁷⁹⁴

4.6 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE MARCELO CAMPOS GALUPPO

As críticas de Galuppo a Alexy não se sustentam.

Galuppo inicia suas críticas dirigindo a Alexy a conhecida objeção do esvaziamento do caráter normativo dos princípios, sustentando acerca disso que a ponderação representaria não mais que um procedimento axiológico no qual ocorreria uma confusão entre princípios e

⁷⁸⁹ Ver, sobre isso, item 4.2.2.2, supra.

⁷⁹⁰ Seja notado que a terminologia empregada por Cruz (discurso de fundamentação e discurso de aplicação) é utilizada também por Alexy, mas com um sentido diferente. Alexy trabalha esses conceitos em uma crítica à tese de Klaus Günther, autor para o qual o discurso de fundamentação (aquele que depende de uma imparcialidade em sentido recíproco-universal, vale dizer, a aprovação a uma norma ocorre quando todos podem com ela concordar sob condições de liberdade e igualdade, o que a torna generalizável e, com isso, válida) seria essencialmente distinto do discurso de aplicação (dependente de uma imparcialidade em sentido aplicativo, ou seja, não se pergunta pela validade da norma, mas por sua conveniência, conveniência essa que somente pode ser apreciada em uma situação concreta de aplicação, tanto em relação às características da situação em seu conjunto quanto em relação às normas que com ela concorrem). Alexy opõe-se à separação rigorosa que Günther faz entre os dois tipos de discurso, sustentando contra ela que todo discurso de aplicação necessariamente abarca um discurso de fundamentação. (Cf. ALEXY, Robert. *Fundamentação de Normas e Aplicação de Normas*. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 46-60.)

⁷⁹¹ Ver supra, item 3.5.

⁷⁹² Ver supra, item 4.2.2.3.

⁷⁹³ Ver supra, item 3.5.

⁷⁹⁴ Ver supra, item 4.3.

valores.⁷⁹⁵ Princípios, todavia, não perdem seu caráter normativo como mandamentos de otimização, circunstância já demonstrada.⁷⁹⁶ Além disso, na medida em que a ponderação determina o que é devido (ou seja, o que é autorizado, proibido ou ordenado no caso concreto), ela não pode ser entendida como um procedimento axiológico. Ela estabelece o que é devido; não o que é bom.⁷⁹⁷

Quando Galuppo diz que Alexy não teria dado a devida atenção às diferenças existentes entre deontologia e axiologia,⁷⁹⁸ ele não alcança o conceito de valor em Alexy, que trata os valores como critérios de valoração passíveis de fundamentação racional. São critérios de valoração porque não se confundem com o objeto a ser valorado; um carro pode, por exemplo, ser avaliado de acordo com diversos critérios (velocidade, conforto, segurança, preço, economia e beleza) – não se pode dizer que o carro “é” um valor, mas isso pode ser feito acerca dos critérios para a sua avaliação (é possível avaliar um carro como mais adequado do ponto de vista do valor “segurança” do que outro, por exemplo). Como os critérios de valoração podem colidir (pense-se, ainda no caso do carro, na colisão entre os critérios “velocidade” e “economia”), sua aplicação corresponde à aplicação de princípios.⁷⁹⁹

Com a exigência de fundamentação racional, Alexy opõe-se a teorias como a do “intuicionismo valorativo” de Max Scheler, segundo a qual os valores têm o caráter de objetos passíveis de conhecimento através de faculdades específicas. Esse intuicionismo é, segundo Alexy, equivalente a um subjetivismo, pois não oferece critérios definitivos para a valoração dos objetos (diferentes pessoas podem ter ideias distintas acerca daquilo que é “evidente” em termos de valores, mesmo sob condições ideais). A concepção defendida por Alexy, ao entender os valores como critérios de valoração, que podem ser válidos ou inválidos, e vincular essa validade ou invalidade não a evidências, mas a fundamentações, representa uma teoria de valores livre de suposições insustentáveis.⁸⁰⁰

Ao dizer que normas estabelecem um agir obrigatório, diferentemente dos valores, que estabelecem um mero agir teleológico,⁸⁰¹ Galuppo está correto, mas não atinge a teoria de Alexy, pois, como visto, os princípios nela são deontológicos (e, portanto, obrigatórios).⁸⁰² Ele não tem razão, todavia, ao afirmar que normas possuem apenas um código binário de

⁷⁹⁵ Ver supra, item 3.6.

⁷⁹⁶ Ver supra, item 4.3.

⁷⁹⁷ Ver supra, item 4.3.

⁷⁹⁸ Ver supra, item 3.6.

⁷⁹⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 130-131.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, S. 136-137.

⁸⁰¹ Ver supra, item 3.6.

⁸⁰² Ver supra, item 4.3.

validade,⁸⁰³ como já demonstrado.⁸⁰⁴ Problemática é também a afirmação de Galuppo segundo a qual normas teriam uma obrigatoriedade absoluta, enquanto valores, uma obrigatoriedade relativa.⁸⁰⁵ Trata-se de uma construção de Habermas, da qual Alexy, sob a ótica dos princípios jurídicos, ocupou-se, sustentando o seguinte:

Habermas esclarece o conceito de princípio ao ele o delimitar do de valor. Princípios devem ter um sentido deontológico, valores um teleológico. Essa distinção, que corresponde à dicotomia clássica entre o devido e o bom, deve ser aprovada. Causa problemas, pelo contrário, a afirmação de Habermas que “a validade do dever de normas ... (tem) o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o devido requer, igualmente, ser bom para todos”. Pelo contrário, deve “a atratividade de valores ... (ter) o sentido relativo de uma estimativa de bens aclimatada ou adotada em culturas e formas de vida: decisões de valor agravantes ou preferências de ordem superior dizem o que, visto ao todo, é bom para nós (ou para mim)”. Se se toma isso literalmente, então princípios são objetos de discursos morais e valores objeto de éticos, no sentido de Habermas. Isso, porém, causa problemas no caso de princípios de direito. Habermas acentua sempre de novo que questões jurídicas distinguem-se de morais. Normas jurídicas devem, “em geral, não (dizer) o que igualmente é bom para todas as pessoas; elas regulam a conexão de vida dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta”. Por conseguinte, devem discursos de fundamentação e de aplicação, no âmbito do direito, abrir-se também a argumentos pragmáticos e éticos. Isso, porém, exclui definir princípios de direito sem outras qualificações como normas com “vinculatividade ... absoluta” no sentido universalista exposto, porque isso os transformaria completamente em normas morais.⁸⁰⁶

Cumprido salientar, ainda, que, em relação aos direitos fundamentais, verifica-se uma positivação dos direitos do homem, direitos esses que reclamam validade universal. Representam valores universais, que exigem a positivação como forma de sua garantia.⁸⁰⁷ Quanto aos direitos fundamentais, portanto, a ideia de relatividade dos valores não parece fazer sentido.

Galuppo prossegue em sua crítica aduzindo que, com base na teoria da integridade de Dworkin, princípios não seriam aplicáveis por ponderação, mas excepcionar-se-iam reciprocamente no caso concreto.⁸⁰⁸ A concepção dworkiniana da integridade não é, todavia, um concorrente à altura da teoria dos princípios de Alexy para a solução do problema da aplicação das normas de natureza principiológica, como já demonstrado.⁸⁰⁹ De qualquer forma, deve ser mencionado que Galuppo, ao defender que, no processo de aplicação dos princípios, um deve ceder diante do outro em atenção às circunstâncias verificadas no caso

⁸⁰³ Ver supra, item 3.6.

⁸⁰⁴ Ver supra, item 4.3.

⁸⁰⁵ Ver supra, item 3.6.

⁸⁰⁶ ALEXY, Robert. A Teoria do Discurso Jurídico de Jürgen Habermas. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 130.

⁸⁰⁷ Ver supra, itens 4.2.2.1 e 4.2.2.2.

⁸⁰⁸ Ver supra, item 3.6.

⁸⁰⁹ Ver supra, item 4.2.3.

concreto, e ao reconhecer para isso a necessidade de fundamentação,⁸¹⁰ aproxima-se muito do modelo de ponderação proposto por Alexy.

Por último, Galuppo repete a Alexy a crítica de Günther, segundo a qual a distinção entre regras e princípios remeteria à aplicação, não à estrutura inerente a esses tipos de norma.⁸¹¹ Alexy ofereceu uma resposta a essa crítica, salientando que a distinção estrutural entre regras e princípios é uma condição necessária para que uma norma possa ser enquadrada em uma ou em outra espécie normativa, não bastando para tanto as condições de sua aplicação. Como isso já foi analisado,⁸¹² maiores considerações tornam-se dispensáveis.

4.7 ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE LEONARDO MARTINS

Resta apenas a análise das críticas de Martins. Elas, como todas as outras analisadas anteriormente, não sobrevivem a um exame mais acurado.

Martins inicia suas críticas com o que ele chama de “crítica epistemológica”, baseada em um suposto caráter “irrefutável” da teoria dos princípios. Essa teoria não passaria em um teste elementar de cientificidade, pois tudo pode ser descrito de acordo com o seu instrumental, restando ela insuscetível a qualquer tipo de crítica.⁸¹³

Essa é uma objeção bastante curiosa. Mesmo fazendo-se abstração do seu caráter autocontraditório, a sua falta de objetividade revela-se de forma gritante, mormente quando se atenta para o grande número de críticas que a teoria de Alexy vem recebendo, tanto no Brasil (o objeto imediato deste trabalho) quanto no exterior (algumas das quais indiretamente abordadas aqui). O fato de que essas críticas são improcedentes não pode ser usado como um argumento contra a cientificidade dessa teoria; na verdade, ele a fortalece. Não poderia ser diferente; pretender tomar a fragilidade das críticas por um argumento sério contra o caráter científico de uma teoria constitui um disparate tão gigantesco que prescinde de maiores considerações.

De qualquer sorte, Martins baseia-se em algo já antes dito por Ralf Poscher. Borowski, ocupando-se da crítica de Poscher, sustenta contra ela que o fato de os pressupostos adotados pela teoria dos princípios serem poucos (do que decorre o seu grande potencial descritivo) não significa que eles sejam insuscetíveis à refutação, chegando a soar quase como amadorismo pretender derivar, de um fracasso em refutar as proposições de uma teoria, o seu caráter

⁸¹⁰ Ver supra, item 3.6.

⁸¹¹ Ver supra, item 3.6.

⁸¹² Ver supra, item 4.1.1.

⁸¹³ Ver supra, item 3.7.1.

irrefutável no sentido teórico-científico; não se pode precipitadamente excluir, como faz o crítico, que aquelas proposições, em vez de “irrefutáveis” e “suspeitas do ponto de vista científico”, sejam apenas verdadeiras.⁸¹⁴

Para justificar essa crítica, Martins salienta, arremedando Poscher, que o gigantesco potencial descritivo da teoria dos princípios permite a justificação de qualquer decisão com base nela, situação corroborada pela ausência de críticas às decisões envolvendo a jurisdição constitucional por parte dos seus adeptos.⁸¹⁵ Contra isso, Borowski sustenta que, embora esteja correta a constatação de um grande potencial descritivo da teoria dos princípios, isso não pode ser precipitadamente posto em confronto com o seu potencial crítico. A análise crítica de uma decisão, provenha ela de um tribunal constitucional ou de um tribunal ordinário, pressupõe seu correto entendimento e sua adequada descrição; com isso, a teoria dos princípios, ao trazer à luz as premissas utilizadas na aplicação do direito, facilita a crítica ao invés de dificultá-la.⁸¹⁶

De qualquer modo, a afirmação de que os representantes da teoria dos princípios não adotam uma posição crítica em relação à jurisprudência é simplesmente equivocada. Borowski oferece para tanto diversos exemplos, dentre os quais o da recusa da tese do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o âmbito nuclear absoluto do direito geral de personalidade.⁸¹⁷ A insustentabilidade da crítica de Poscher/Martins torna-se evidente quando se considera o caso do Brasil, onde a teoria de Alexy tem fomentado uma postura crítica da doutrina em relação a importantes decisões, principalmente aquelas emanadas do Supremo Tribunal Federal.⁸¹⁸

Ainda, não faz sentido criticar os representantes da teoria dos princípios por eles escolherem, na maioria dos exemplos que utilizam, decisões que se ajustam particularmente bem ao modelo teórico-principiológico que defendem. A argumentação, aqui, ocorre em um nível metodológico, no qual o objetivo é sustentar a dignidade de preferência de um modelo teórico, não avaliar as possibilidades que ele oferece para uma postura crítica em relação à prática. Nesse sentido, não deve causar surpresa o fato de que, na exposição da teoria dos princípios dos direitos fundamentais, a crítica a decisões particulares dos tribunais não esteja situada em primeiro plano. Isso, está claro, não significa que a crítica seja algo estranho a essa

⁸¹⁴ BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007. S. 132.

⁸¹⁵ Ver supra, item 3.7.1.

⁸¹⁶ BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007. S. 132-133.

⁸¹⁷ *Ibidem*, S. 133.

⁸¹⁸ Para isso, ao lado dos já citados trabalhos de Heck (supra, nota 492), Leivas (supra, nota 653) e Ludwig (supra, nota 783), ver TREVISAN, Leonardo Simchen. Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 01, agosto, 2015. p. 160-166.

teoria, pois, ao lado do nível metodológico, ela permite a argumentação em um nível de aplicação da dogmática jurídico-fundamental teórico-principiológica, que tem como objeto central a correção das decisões.⁸¹⁹

A próxima objeção de Martins leva o nome de “crítica metodológica”. Segundo ele, Alexy não teria dado a devida atenção ao conceito de regra, que permaneceria atrofiado em sua teoria; a argumentação jurídica não desempenharia nenhum papel para as regras, ao contrário dos princípios, na qual seria essencial.⁸²⁰ Essa crítica revela uma incompreensão elementar. Basta dizer que o volume intitulado “Teoria da Argumentação Jurídica” foi concebido originalmente para as regras e a subsunção; os princípios e a ponderação não encontravam nela mais do que um papel absolutamente secundário.⁸²¹ De qualquer forma, para evidenciar o equívoco da afirmação do crítico, é suficiente aludir à proposta de interpretação como argumentação,⁸²² com a qual Alexy deixa claro que a interpretação das regras diz respeito a um processo que ocorre no âmbito da argumentação jurídica.

Martins assevera ainda que a teoria dos princípios poderia ser adequada para a tradição jurídica do *common law*, que adota como uma das fontes do direito a argumentação racional, mas não para a tradição continental europeia, da qual o Brasil é tributário.⁸²³ Essa crítica, levantada na doutrina estrangeira como uma pretensa tentativa de introdução de um “elemento alienígena anglo-saxônico na compreensão alemã dos direitos fundamentais”,⁸²⁴ foi respondida pelo próprio Alexy, resposta na qual ele salienta que a força vinculante do texto normativo (a Constituição, no caso) não é perdida através da teoria dos princípios, temor subjacente às afirmações dos críticos. Por um lado, não se pode sobre-estimar o potencial analítico do texto constitucional; catálogos de direitos fundamentais necessariamente contêm termos vagos como “dignidade”, “liberdade”, “igualdade”, “privacidade” e “propriedade”, do que decorre a impossibilidade de uma solução de casos difíceis de interpretação constitucional apenas pela consideração do teor literal do texto e da vontade do constituinte. Tal solução reclama, e esse é o ponto central, o mais alto grau de racionalidade na aplicação desses conceitos, que somente pode ser obtido com o auxílio do princípio da proporcionalidade. Por

⁸¹⁹ BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007. S. 133-134.

⁸²⁰ Ver supra, item 3.7.2.

⁸²¹ ALEXY, Robert. **Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Years**. Disponível em: <<http://www.tampereclub.org/wordpress/wp-content/uploads/2011/09/Alexy-Robert.pdf>> Acesso em: 17 set. 2015. p. 06.

⁸²² Ver supra, item 2.2.2.

⁸²³ Ver supra, item 3.7.2.

⁸²⁴ KLEMENT, Jan Henrik. Common Law Thinking in German Jurisprudence – on Alexy’s Principles Theory. in: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University, 2012. p. 199.

outro lado, a vinculatividade do texto constitucional é garantida pela precedência *prima facie* do nível das regras sobre o nível dos princípios, que pode ser reconduzida à existência dos princípios formais; esses princípios exigem a prioridade da dimensão institucional do direito sobre sua dimensão ideal.⁸²⁵

Na sequência, aparece a assim chamada “crítica teórico-jurídica”. Ela envolve uma suposta duplicação desnecessária de entes na tentativa de defesa da teoria dos princípios que Alexy teria feito ao elaborar os conceitos de mandamentos de otimização e mandamentos a serem otimizados.⁸²⁶ Como já referido, Alexy criou essa distinção com o objetivo de evitar o problema levantado por Aarnio e Sieckmann, tratando o objeto da ponderação como um mandamento a ser otimizado e deslocando o mandamento de otimização para um metaplano.⁸²⁷ Não é possível vislumbrar aqui qualquer superfluidade, pois a distinção remete a planos distintos, os do dever-ser real e ideal.⁸²⁸ Os exemplos que Martins traz para justificar sua posição não servem para o papel que o crítico pretendeu dar-lhes, pois dizem respeito a regras, não a princípios.

Derradeiramente, a crítica teórico-democrática. Trata-se, e aqui ela aparece mais uma vez, da conhecida objeção da democracia.⁸²⁹ Quanto a isso, basta dizer, para evitar repetição, que Martins mostra um desconhecimento das posições de Alexy em relação ao tema, mormente no que tange à ideia de espaço.⁸³⁰

⁸²⁵ ALEXY, Robert. Comments and Responses. in: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University, 2012. p. 337.

⁸²⁶ Ver supra, item 3.7.3.

⁸²⁷ Ver supra, item 4.1.3.

⁸²⁸ Alexy já rebateu uma série de críticas direcionadas à ideia de dever-ser ideal. Para isso, pormenorizadamente, ver ALEXY, Robert. **Ideales Sollen**. in: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard. **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009. S. 21-33.

⁸²⁹ Ver supra, item 3.7.4.

⁸³⁰ Ver supra, item 4.2.2.3.

CONCLUSÃO

Os resultados obtidos neste estudo repercutem em três planos distintos: o teórico, o prático e o acadêmico.

No plano teórico, demonstrou-se que as objeções levantadas pelos críticos analisados à teoria de Robert Alexy não são procedentes. Elas estão baseadas em uma sucessão de equívocos e distorções conceituais, além de ser impossível vislumbrar, a partir delas, um modelo científico-jurídico superior àquele representado pelo edifício teórico de Alexy. A falta de solidez das críticas apreciadas, somada ao grande número de manipulações, confusões e até mesmo incompreensões do próprio objeto da crítica, longe de contribuir para a consolidação de uma ciência jurídica de alto nível, soa quase como uma tentativa de denegrir uma teoria à qual não se quer, sejam quais forem os motivos, aderir – algo totalmente censurável do ponto de vista científico.

Saliente-se que muitas das críticas que os autores nacionais dirigem contra Alexy são idênticas a críticas de autores estrangeiros que já foram respondidas pelo próprio autor criticado. Quanto a isso, duas hipóteses podem ser formuladas: ou o desconhecimento da resposta (o que aponta para uma desatualização do crítico) ou a sua pura e simples omissão (proceder inaceitável em uma atividade científica). Em suma: a resistência que a teoria de Alexy mostra diante das críticas dos autores analisados demonstra, a um só tempo, a solidez de seus alicerces e a fragilidade das construções levadas a efeito pelos críticos.

No plano prático, pode-se dizer que o presente estudo oferece um forte argumento para o aprofundamento da utilização da teoria de Alexy na prática cotidiana dos tribunais brasileiros, com especial ênfase às questões atinentes a direitos fundamentais. Considerando que a atual Constituição da República traz numerosos direitos fundamentais inscritos em seu texto (os artigos 5º a 11), representa ela um terreno especialmente fértil para a aplicação dessa teoria. Isso, no plano infraconstitucional, é complementado pelo parágrafo 2º do artigo 489 da Lei n.º 13.105/15 (o recentemente promulgado Código de Processo Civil), que alude de forma expressa à ponderação como meio de solução de colisões entre normas.

No Brasil, onde, graças ao controle difuso de constitucionalidade, os juízes que exercem a jurisdição ordinária desempenham concomitantemente o papel de “pequenos tribunais constitucionais materiais”, as possibilidades de aplicação da teoria de Alexy não estão restritas ao âmbito da corte especificamente encarregada da guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal. Evidentemente, contudo, tem ela uma relevância especial para as decisões emanadas da mais alta corte do país.

No plano acadêmico, deve ser salientado que a aplicação de qualquer teoria depende de sua adequada compreensão, a qual, por sua vez, pressupõe a abertura para a aquisição de novos horizontes (aluno) e a competência na transmissão do saber (professor). A relação umbilical que existe entre a teoria e a prática é especialmente visível no campo jurídico, onde à ciência do direito é dada a função de servir de apoio à jurisprudência. Para que isso, em relação ao marco teórico de Alexy, possa ser convertido em realidade, as universidades devem ensiná-lo corretamente. Esse é o primeiro passo; talvez seja também o mais importante.

A questão, aqui, passa necessariamente tanto por uma melhor qualificação dos professores (acompanhada de critérios de avaliação cientificamente rigorosos, não somente no ingresso do docente na universidade, mas também durante seu magistério, com o fim do chamado “corporativismo”) quanto por mudanças no currículo das faculdades de direito (com a introdução de disciplinas como “lógica jurídica” e “argumentação jurídica” na condição de atividades curriculares obrigatórias, além de uma maior participação, na carga horária total do curso, das disciplinas de direito público, especialmente a de direito constitucional). Se as faculdades de direito do país pretendem estar à altura dos desafios que lhes são colocados pela complexidade do direito contemporâneo, mudanças como as aqui sugeridas são absolutamente imprescindíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. A Análise Lógica de Decisões Jurídicas. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. A Fórmula Peso. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. A Interpretação de Ralf Dreier da Definição do Direito Kantiana. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. A Teoria do Discurso Jurídico de Jürgen Habermas. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005.
- _____. Comments and Responses. in: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University, 2012.
- _____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. Direito e Moral. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. Direitos Individuais e Bens Coletivos. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. Formal Principles: Some Replies to Critics. **ICON**. v. 12, n. 03. 2014.

_____. Fundamentação de Normas e Aplicação de Normas. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Ideales Sollen. in: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard. **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009.

_____. Interpretação Jurídica. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Legal Certainty and Correctness. **Ratio Juris**. v. 28, n. 4. 2015.

_____. Minha Filosofia do Direito. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

_____. Minha Filosofia do Direito: a Institucionalização da Razão. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Nachwort (1991): Antwort auf Einige Kritiker. in: Idem. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação. in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Postscript. in: Idem. **A Theory of Constitutional Rights**. Translated by Julian Rivers. Oxford/New York: Oxford University, 2002.

_____. Problemas da Teoria do Discurso. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Years**. Disponível em: <<http://www.tampereclub.org/wordpress/wp-content/uploads/2011/09/Alexy-Robert.pdf>> Acesso em: 17 set. 2015.

_____. Sistema Jurídico e Razão Prática. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Sobre o Conceito do Princípio de Direito. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. in: Idem. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. The Dual Nature of Law. **Ratio Juris**. v. 23, n. 2. 2010.

_____. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. Two or Three? in: BOROWSKI, Martin. **On the Nature of Legal Principles**. ARSP-Beiheft 119. Stuttgart: Franz Steiner, 2010.

_____. Um Conceito Não-Positivista de Direitos Fundamentais. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

_____. Uma Concepção Teórico-Discursiva da Razão Prática. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 01, nº. 04, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 19 out. 2013.

_____. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BÄCKER, Carsten. **Begründen und Entscheiden: Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts**. Baden-Baden: Nomos, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOHMAN, James; REHG, William. Jürgen Habermas. in: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Distinção Estrutural entre Princípios e Regras e sua Importância para a Dogmática Jurídica – Resposta às Objeções de Humberto Ávila ao Modelo de Robert Alexy. **RTDC**. v. 12, outubro/dezembro, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição Democrática no Marco do Patriotismo Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986.

_____. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1994.

_____. **Virtù Sovrana: Teoria dell'Uguaglianza**. Milano: Feltrinelli, 2002.

EIDENMÜLLER, Horst. **Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der Ökonomischen Analyse des Rechts**. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik**. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: Ensaio sobre o Modo de sua Aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, nº. 143, jul./set. 1999.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Interpretação como Argumentação. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

_____. Regras da Ponderação Racional. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

_____. **Theorie des Kommunikativen Handelns**: Zur Kritik der Funktionalistischen Vernunft. Bd. 2. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

HART, H. L. A. **Contributi all'Analisi del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1964.

_____. Postscript. in: Idem. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994.

_____. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HECK, Luís Afonso. Algumas Observações à Decisão-Importação de Pneus Usados do Supremo Tribunal Federal. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

_____. **Filosofia do Direito e Hermenêutica Filosófica**. Inédito.

_____. **Jurisdição Constitucional**: Teoria da Nulidade *versus* Teoria da Nulificabilidade das Leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen**. Inédito.

_____. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

_____. Prefácio. in: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**: uma Leitura Orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

_____. Prefácio para a Segunda Edição. in: Idem. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

_____. Posfácio. in: Idem. **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais**: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

HESSE, Hermann. **O Lobo da Estepe**. Tradução de Ivo Barroso. 36. ed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JANSEN, Nils. **Die Struktur der Gerechtigkeit**. Baden-Baden: Nomos, 1998.

KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**: Erster Teil. 2. Aufl. Hamburg: Felix Meiner, 1998.

KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien: Manzschke, 1979.

_____. Das Problem der Gerechtigkeit. in: Idem. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960.

_____. **General Theory of Law and State**. New Brunswick/London: Transaction, 2008.

_____. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**. Tübingen: Mohr, 1911.

_____. O Fundamento da Doutrina do Direito Natural. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960.

_____. Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein? in: **Die Justiz**. Band VI. Berlin-Grunewald: Dr. Walther Rothschild, 1930/31.

_____. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1929.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. **Espaços no Direito Público**: para a Doutrina da Ponderação da Teoria dos Princípios. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

KLEMENT, Jan Henrik. Common Law Thinking in German Jurisprudence – on Alexy's Principles Theory. in: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized Reason**: the Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University, 2012.

KOCH, Hans-Joachim; RÜSSMANN, Helmut. **Juristische Begründungslehre**: eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft. München: Beck, 1982.

KOHLBERG, Lawrence. **The Philosophy of Moral Development**: Moral Stages and the Idea of Justice. New York: Harper & Row, 1981.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 6. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo/Hong Kong/Barcelona/Budapest: Springer, 1991.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A Racionalidade da Ponderação em Robert Alexy. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

_____. A Norma de Direito Fundamental Associada: um Conceito Operativo e Central da Teoria de Robert Alexy. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. Teoria do Medalhão. in: Idem. **Contos Definitivos**. 3. ed. Porto Alegre: Novo Século, 2000.

MARTINS, Leonardo. Da Distinção entre Regras e Princípios e seus Problemas Epistemológicos, Metodológicos e Teórico-Jurídicos. in: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

_____. **Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen**. 6. Aufl. München: C. H. Beck, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

METZLER PHILOSOPHIE LEXIKON. 2. Aufl. Stuttgart/Weimar: J. B. Metzler, 2004.

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos: um Conto de Fadas**. Tradução de Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PILNY, Karin L. **Präjudizienrecht im Anglo-Amerikanischen und im Deutschen Recht: eine Rechtsvergleichende und Rechtsmethodologische Analyse unter Besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **Direito e Moral em Robert Alexy: um Estudo do Caso dos Guardas do Muro de Berlim**. 2007. 67 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

RAABE, Marius. **Grundrechte und Erkenntnis: der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers**. Baden-Baden: Nomos, 1998.

RADBRUCH, Gustav. Fünf Minuten Rechtsphilosophie. in: Idem. **Rechtsphilosophie**. 5. Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler, 1956.

_____. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht. in: Idem. **Rechtsphilosophie**. 5. Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler, 1956.

SCHLADEBACH, Marcus. **Concordância Prática como Princípio de Colisão Jurídico-Constitucional**. Tradução de Luís Afonso Heck. Inédito.

SHAKESPEARE, William. **The Merchant of Venice**. London: HarperCollins, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Nota do Tradutor. in: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2015.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O Que É Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Porque a Discricionariedade É um Grave Problema para Dworkin e Não o É para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, vol. 04, nº. 07, 2013.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STÜCK, Hege. Subsumtion und Abwägung. **ARSP**. v. 84. 1998.

TEIFKE, Nils. Flexibilidade da Dignidade Humana? Para a Estrutura do Artigo 1, Alínea 1, da Lei Fundamental. in: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

TREVISAN, Leonardo Simchen. Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 01, agosto, 2015.

VON WRIGHT, Georg Henrik. **Erklären und Verstehen**. Übersetzung von Günther Grewendorf und Georg Meggle. Hamburg: EVA, 2008.