



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

Doutorado em Direito

**A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ASSOCIADA:
DIREITO, MORAL E RAZÃO EM ROBERT ALEXY**

Doutorando: Roberto José Ludwig

Professor: Dr. Luís Afonso Heck

Porto Alegre/RS, junho de 2013.

Sumário

Introdução.....	010
1. Da apresentação do conceito.....	015
1.1. Da norma associada enquanto objeto linguístico.....	015
1.1.1. Do afloramento do conceito.....	015
1.1.2. Da evolução do conceito em Alexy	016
1.1.3. Da expressão “norma de direito fundamental associada” (<i>zugeordnete Grundrechtsnorm</i>) em Alexy.....	017
1.1.4. Da correspondência entre <i>zugeordnete Norm</i> e norma associada.	018
1.1.5. Da recepção do conceito.	022
1.1.6. Abordagens diretas.....	024
1.2. Exemplificações do conceito.....	027
1.3. Análise do conceito.....	029
1.3.1. Considerações preliminares.....	029
1.3.1.1. Distinções.....	029
1.3.1.2. Definição provisória.....	033
1.3.1.3. Espécies ou sentidos de norma associada.....	033
1.3.1.3.1. NADF latissimo sensu.....	033
1.3.1.3.2. NFDA stricto sensu.....	036
1.3.1.3.3. NDFA em sentido próprio.....	037
1.3.1.3.4. NDFA própria em sentido estendido.....	037
1.3.1.3.5. NDFA própria irradiada.....	038
1.4. Resultado parcial (item 1.3.).....	038
2. Da problematização do conceito.....	039
2.1. Considerações gerais.....	039
2.2. Primeiras referências críticas	039
2.3. Utilidade do conceito em face das abordagens tradicionais.....	042
2.3.1. Teoria das fontes	043
2.3.2. Teoria das lacunas.....	048
2.3.3. Princípios implícitos.....	052
2.3.4. Direito não-escrito	053
2.3.5. Discricionariedade judicial?.....	064
2.3.6. Interpretação no marco normativo: Kelsen.....	067
2.3.7. Legislação intersticial: Hart.....	071
2.3.8. Integração mediante princípios: Dworkin.....	075
2.3.9. Resultado parcial (item 2.3.).....	083
2.4. Perspectivas e problemas para a proposta da NDFA.....	085
2.4.1. Dos problemas epistemológicos da proposta.....	087
2.4.2. Do problema metodológico da proposta.....	089
2.4.3. Do problema filosófico-jurídico da proposta	092
3. Base filosófico-prática da NDFA: a teoria da argumentação.....	094
3.1. Considerações iniciais.....	094
3.2. Filosofia prática, moral e argumentação.....	095
3.2.1. Considerações gerais.....	095
3.2.1.1. Discurso e nova retórica	098
3.2.1.2. Argumentação e tópica.....	104

3.2.2. Razão prática aristotélica	106
3.2.2.1. Considerações gerais sobre a possibilidade de novas leituras.....	106
3.2.2.2. Argumentação e hermenêutica.....	107
3.2.2.3. Resultado parcial (item 3.2.2.).....	117
3.2.4. Teoria do discurso e razão prática.....	120
3.2.4.1. Alternativas disponíveis	120
3.2.4.2. O caminho da razão alexyana.	124
3.2.4.2.1. A identificação do legado kantiano.....	125
3.2.4.2.2. Razão institucionalizada.....	134
3.2.4.2.3. Da possibilidade de argumentação racional.....	140
3.2.4.2.4. Razão institucionalizada e linguagem.....	141
3.2.4.2.5. Da argumentação em Alexy.....	145
3.2.4.2.5.1. Da herança habermasiana.....	145
3.2.4.2.5.2. Do caráter procedimental: ambiguidade ou diferenciação?	150
3.2.4.3. Da teoria da argumentação prática.....	152
3.2.4.3.1. Ideia geral.....	152
3.2.4.3.2. Fundamentação das regras do discurso.....	153
3.2.4.3.3. Entre a pragmática universal e a transcendental.....	159
3.2.4.4. Discussão crítica.....	161
3.2.4.5. Frutos da argumentação: direitos naturais, humanos ou fundamentais?	175
3.2.4.6. Resultado parcial (item 3.2.4.)	177
3.2.5. Da tese do caso especial.....	179
3.2.5.1. Traves da tese do caso especial.....	179
3.2.5.2. Discussão da tese do caso especial.....	182
3.2.5.2.1. Das críticas à relação entre discurso geral e jurídico.....	182
3.2.5.2.2. Das críticas quanto à unidade do discurso.....	187
3.2.5.3. Resultado parcial (item 3.2.5.).....	201
3.2.6. Da especificidade da justificação das proposições normativas judiciais.....	203
3.2.7. Formas da argumentação e interpretação judiciais.....	209
3.2.7.1. Considerações gerais.....	209
3.2.7.2. Da dogmática.....	210
3.2.7.3. Do precedente.	214
3.2.7.4. Da vinculação à lei.....	215
3.2.8. Reflexos da dupla face da tese do caso especial.....	216
3.2.9. Do modelo procedimental de quatro níveis.....	219
4. Base filosófico-política da NDFA: a teoria do estado e da política.....	221
4.1. Considerações gerais.....	221
4.2. Razão prática discursiva e implicações na teoria política.....	222
4.2.1. Considerações gerais.....	222
4.2.2. Representação e democracia.....	227
4.2.3. Democracia e poder.....	245
4.2.4. Poder, direitos fundamentais e representação	251
4.2.5. Da representação argumentativa e suas condições ..	254
4.2.6. Da ideia regulativa pressuposta.....	260
4.3. Da discussão da teoria política	264
4.3.1. Da crítica político-ideológica.....	264
4.3.1.1. Da exposição da crítica.....	264
4.3.1.2. Da resposta.....	265
4.3.2. Resultado parcial (item 4.).....	269

5. Base filosófico-jurídica da NDFA: a teoria da norma.....	272
5.1. Considerações iniciais.....	272
5.2. Da normatividade.....	273
5.2.1. Da deonticidade.....	273
5.2.2. Da proposicionalidade.....	278
5.3. Da juridicidade ou da teoria da norma jurídica em geral.....	281
5.3.1. Da norma de direito e sua relação com a moralidade.....	281
5.3.2. Do conceito de direito: essência e dualidade.....	287
5.3.3. Discussão do conceito de direito de Alexy.....	291
5.3.3.1. Da exposição das críticas.....	291
5.3.3.2. Da resposta.....	295
5.4. Resultado parcial (item 5.).....	309
6. Da teoria de direito fundamental.....	312
6.1. Considerações gerais.....	312
6.2. Do direito fundamental.....	312
6.2.1. Da base conceitual.....	312
6.2.2. Do desenvolvimento do conceito de direito fundamental.....	315
6.2.2.1. Do aspecto cognitivo da teoria do direito fundamental.....	316
6.2.2.1.1. Concepção de direito fundamental.....	316
6.2.2.1.2. Conceitos de direito fundamental.....	319
6.2.2.1.3. Direitos humanos e fundamentais <i>qua</i> direitos	321
6.2.2.1.4. Resultado parcial (item 6.2.2.1.).....	326
6.2.2.2. Do aspecto orgânico do conceito: o direito fundamental como um todo.....	327
6.2.2.3. Do aspecto estrutural da teoria da NDFA.....	332
6.2.2.3.1. Considerações gerais.....	332
6.2.2.3.2. Da indesviabilidade da ponderação na interpretação.....	333
6.2.2.3.3. Da explicitação da estrutura das normas: teoria dos princípios.....	336
6.2.2.3.4. Teoria do tipo e barreira	347
6.2.2.4. Discussão da teoria dos princípios.....	354
6.2.2.4.1. Considerações prévias.....	354
6.2.2.4.2. Críticas conceituais.....	355
6.2.2.4.2.1. Crítica radical: inexistência de princípios.....	355
6.2.2.4.2.2. Negação da normatividade.....	358
6.2.2.4.2.3. Críticas quanto à natureza e função dos princípios.....	358
6.2.2.4.2.3.1. Deontologia ou axiologia?	359
6.2.2.4.2.3.2. Da otimização.....	359
6.2.2.4.2.4. Objeção normativo-sistemática.....	364
6.2.2.4.2.5. Resposta às críticas conceituais.....	368
6.2.2.4.2.6. Resultado parcial (item 6.2.2.4.2.).....	374
6.2.2.4.3. Críticas à adequação da teoria dos princípios.....	375
6.2.2.4.3.1. Inadequação filosófica.....	375
6.2.2.4.3.2. Inadequação científica.....	378
6.2.2.4.3.3. Inadequação teórico-normativa.....	379
6.2.2.4.3.4. Inadequação do critério de distinção.....	380
6.2.2.4.3.5. Inadequação metodológica.....	385
6.2.2.4.3.6. Inadequação dogmática.....	387
6.2.2.4.4. Resultado parcial (item 6.2.2.4.3.).....	389

7. Da dinâmica da NDFA.....	392
7.1. Considerações gerais.....	392
7.2. NDFA e princípio da proporcionalidade.....	393
7.3. Proporcionalidade em ação: a ponderação.....	396
7.4. Modelos de argumentação com o princípio da proporcionalidade.....	402
7.4.1. Proporcionalidade como proibição de excesso na intervenção em direitos fundamentais (<i>Übermassverbot</i>)	403
7.4.2. Proporcionalidade como proibição de insuficiência em deveres de proteção de direitos fundamentais (<i>Untermassverbot</i>)	405
7.4.3. Proporcionalidade como barreira nos princípios da igualdade (<i>Schranke der Gleichheitssätze</i>).....	407
7.5. Discussão do princípio da proporcionalidade.....	410
7.5.1. Considerações gerais	410
7.5.1.1. Questões terminológicas.....	410
7.5.1.2. Questões conceituais.....	412
7.5.1.2.1. Princípio ou postulado?	412
7.5.1.2.2. Princípio ou regra? Ou ambos?	415
7.5.1.2.3. Respostas.....	418
7.5.1.2.4. Resultado parcial (item 7.5.1.2.).....	420
7.5.1.3. Questões quanto ao desempenho da proporcionalidade.....	421
7.5.1.3.1. Da suposta irracionalidade do princípio da proporcionalidade.....	423
7.5.1.3.1.1. Da alegada falta de pontos de referência.....	423
7.5.1.3.1.2. Da aventada ausência de clareza conceitual.....	424
7.5.1.3.1.3. Da incomensurabilidade.....	424
7.5.1.3.1.4. Da dificuldade de identificar os direitos e bens objeto da ponderação.....	425
7.5.1.3.1.5. Da inevitabilidade da degradação numa jurisprudência do caso concreto..	425
7.5.1.3.1.6. Da alegada ilegitimidade do tribunal constitucional.....	426
7.5.1.3.2. Resposta.....	427
7.5.1.3.2.1. Considerações preliminares.....	427
7.5.1.3.2.1.1. Considerações gerais sobre proporcionalidade e racionalidade.....	427
7.5.1.3.2.1.2. Respostas mais específicas aos argumentos.....	429
7.5.1.3.2.1.2.1. Da suposta irracionalidade do princípio da proporcionalidade.....	429
7.5.1.3.2.1.2.1.1 Da suposta falta de pontos de referência normativos e objetivos para a aplicação do princípio da proporcionalidade.....	429
7.5.1.3.2.1.2.1.2. Da suposta falta de clareza conceitual do referido princípio.....	432
7.5.1.3.2.1.2.1.3. Da alegação de incomensurabilidade.....	432
7.5.1.3.2.1.2.1.4. Da dificuldade de identificar os direitos e bens objeto da ponderação.....	433
7.5.1.3.2.1.2.1.5. Da aventada inevitabilidade da degradação numa jurisprudência do caso concreto.....	434
7.5.1.3.2.1.2.2. Da questão da legitimidade do tribunal.....	434
7.5.1.3.2.1.2.3. Dos critérios alternativos.....	437
7.5.1.3.3. Resultado parcial (item 7.5.1.3.).....	438
8. NDFA e regulatividade.....	440
8.1. Considerações iniciais.....	440
8.2. Conteúdo de fixação.....	440
8.3. Estruturabilidade formal.....	441
8.4. Universalidade.....	443
8.5. Subsumibilidade	447
8.5.1. Indispensabilidade da subsunção.....	447

8.5.2. Dos esquemas básicos.....	451
8.5.3. Da interação entre os esquemas básicos.....	455
8.5.4. Da mecânica da subsunção.....	457
8.5.5. Espaços semânticos no precisar.....	460
8.6. Resultado parcial (item 8.).....	462
9. Peculiaridades da regulatividade da NDFA.....	463
9.1. Considerações gerais.....	463
9.2. Características regulativas especiais da NDFA.....	463
9.2.1. Externalidade quanto à fundamentação.....	463
9.2.2. Indeterminabilidade <i>a priori</i>	464
9.2.3. Variabilidade.....	465
9.2.4. Novidade.....	467
9.2.5. Status de norma fundamental e/ou constitucional?	474
9.3. Profilaxia: fatores para uma correta extração de NDFA.....	476
9.3.1. Princípios formais na ponderação.....	476
9.3.2. Da dogmática dos espaços.....	484
9.3.3. Precisão na ponderação: a fórmula peso.....	487
9.3.3.1. Apresentação da fórmula.....	487
9.3.3.2. Discussão da fórmula peso.....	489
9.3.3.2.1. Das objeções.....	489
9.3.3.2.2. Da resposta.....	491
9.4. Resultado parcial (item 9.).....	492
9.5. Resultado parcial adicional quanto à definição da NDFA.....	493
10. Aplicação prática da NDFA.....	494
10.1. Considerações gerais.....	494
10.2. Espaço da NDFA.....	494
10.2.1. Ambiente e oportunidade da construção da NDFA.....	494
10.2.1.1. NDFA e justiciabilidade.....	494
10.2.1.2. NDFA e controle de constitucionalidade.....	497
10.2.1.3. NDFA e irradiação.....	499
10.2.2. Resultado parcial (item 10.2.).....	503
10.3. Estudo de casos.....	503
10.3.1. Das uniões homoafetivas.....	504
10.3.2. Da chamada “marcha da maconha”	512
10.3.3. Da política pública do meio ambiente.....	516
10.3.4. Da progressão de regime em crimes hediondos.....	519
10.3.5. Benefício para ex-governador.....	522
10.3.6. “Ficha limpa” para candidatos políticos.....	525
10.4. Resultado parcial (item 10.3.).....	528
Conclusão.....	529
Referências bibliográficas	532
Anexo: ementas de decisões do STF.....	572

Abreviaturas e Siglas

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADC	Ação direta de constitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AÖR	<i>Archiv des öffentlichen Rechts</i>
ARSP	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i>
art.	artigo
Aufl.	<i>Auflage</i>
Bd.	<i>Band</i>
bearb.	<i>bearbeitet</i>
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i>
cfe.	conforme
cfr.	conferir
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
DJ	Diário da Justiça
EC	Emenda Constitucional
e.g.	por exemplo
edit.	editor
f.	<i>folgende</i>
ff.	<i>folgenden</i>
Fn.	<i>Fussnote</i>
GG	<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i>
HC	<i>Habeas corpus</i>
Hg.[ou Hrsg.]	<i>Herausgeber</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
i.e.	isto é
inc.	inciso
in	em
JuS	<i>Juristische Schulung</i>
JZ	<i>Juristenzeitung</i>
KrV	<i>Kritik der reinen Vernunft</i> (Kant)
LC	lei complementar
LF	Lei Fundamental (alemã) de 1949
n.	número
NDFAs	norma de direito fundamental associada
NDFAs	normas de direito fundamental associadas
ns.	números
Neubearb.	<i>Neubearbeitung</i>
Org.	organizador
p.	página
p. ex.	por exemplo
PL	Projeto de Lei
Reimpr.	Reimpressão

Rn. [ou Rdnr.]	<i>Randnummer</i>
S.	<i>Seite</i>
s.	seguinte
séc.	século
ss.	seguintes (e páginas seguintes)
STC	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	tomo
TCF	Tribunal Constitucional Federal
Trad.	Tradutor ou traduzido por
Trans.	<i>Translator</i>
überarb.	<i>überarbeitet</i>
verb. Aufl.	<i>verbesserte Auflage</i>

Agradecimentos

Muitas pessoas e diversas instituições, que não podem todas ser nominadas aqui, são credoras da gratidão do signatário pelas contribuições diretas ou indiretas feitas para que esta pesquisa tivesse início e desenvolvimento, culminando com o texto ora apresentado. Porém, seria injusto deixar de referir o decisivo apoio de Pedro G. A. Adamy, Maria C. Cachapuz e Clarissa C. de Lima.

Agradeço pela paciência e pelos importantes aperfeiçoamentos sugeridos pelos ilustres integrantes da banca – Drs. Anizio P. Gavião F., J. Alcebíades de Oliveira Jr., Ernildo J. Stein, Draiton G. de Souza e Paulo G. C. Leivas –, que procurei aproveitar.

Sou grato especialmente ao Prof. Dr. Luís Afonso Heck pela orientação firme, pelo estímulo ao estudo e pela disponibilização de textos necessários à compreensão do tema objeto deste trabalho, bem como pelas inúmeras indicações e contribuições feitas.

Devo-lhe gratidão pela apresentação realizada ao autor central desta pesquisa, tanto da minha pessoa como do núcleo desta pesquisa.

Grato me sinto, igualmente, ao próprio Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Robert Alexy pela gentileza de me receber, responder perguntas e franquear acesso à biblioteca da filosofia do direito junto à Christian-Albrechts Universität zu Kiel, em dezembro de 2012.

Introdução

A recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tribunal encarregado no Brasil da guarda da constituição, vem ensejando polêmica sobre os limites da sua atuação e sobre a forma de construção de suas decisões, como nos rumorosos casos da chamada “marcha da maconha”, da discussão da “lei da ficha limpa”, da progressão de regime nos crimes hediondos e das uniões homoafetivas, apenas para citar alguns. Uma rápida análise dessas decisões revela tratar-se de solução de casos envolvendo direitos fundamentais, submersos em conflitos de interesses de variadas ordens.

É nesse contexto, não limitado à atuação do tribunal de cúpula brasileiro, que se põe a questão de como se opera com direitos fundamentais numa sociedade altamente sofisticada e permeada de conflitos.

Assim, compreender a importância estratégica e o potencial explicativo do conceito de norma de direito fundamental associada de Robert Alexy – também designada neste trabalho, por elipse, simplesmente como “norma associada” ou abreviada para NDFA – constitui um desafio similar ao proposto pelo conceito de norma da teoria pura do direito de Kelsen, assim como pelos conceitos de norma que são pressupostos ou desenvolvidos nas teorias de Hart e Dworkin.

Trabalha-se, por isso, com a hipótese de que a norma de direito fundamental associada (NDFA), identificada essencialmente como aquela regra de solução de um caso que resulta da ponderação de princípios colidentes, seja um ponto fulcral da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy, conectando a teoria da norma com a dos princípios e, através desta, com uma teoria que opera valorações de forma racional, sem incorrer em pressuposições insustentáveis.¹

Porém, mais do que um aspecto importante de uma teoria dos direitos fundamentais qualquer, a hipótese perseguida nesta pesquisa engloba o escopo de identificar na NDFA uma construção que exorbita o campo dos direitos fundamentais,

¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 18.

na medida em que nela se pode visualizar uma contribuição que projeta luzes também em outras áreas, possibilitando soluções no trato de problemas de filosofia prática, metodologia jurídica, teoria do direito e teoria política, dos quais está repleta a praxe judiciária.²

Cuida-se, pois, de um desafio do nosso tempo, um repto da esfinge dirigido à contemporaneidade da teoria do direito e da teoria do estado, na medida em que com o conceito se tenta preencher uma lacuna deixada, principalmente, pela derrocada do positivismo jurídico; ela, por um lado, não pretende ser apenas mais uma espécie de norma ou de teoria da norma jurídica, e, sim, um instrumento que permita operar precipuamente com princípios; considerando, por outro lado, os riscos de uma hermenêutica axiológica desvinculada de uma sólida base autoritativa e argumentativa, a norma associada pode ser apresentada como uma alternativa à chamada “tirania dos valores”³ e uma promessa de racionalidade no campo do constitucionalismo de matiz axiológico que se vem desenvolvendo após a Segunda Guerra.

Em atenção a isso, são primeiramente exibidas as características nucleares da NDFA através da apresentação do respectivo conceito (item n. 1.); passa-se, então, à sua problematização (item n. 2.). Pela explosividade intrínseca do seu entorno, que envolve os direitos fundamentais, e pelo levantamento de questões gerais da interpretação, os problemas são diversos e graves. No trato destes, será providenciado um estudo sobre tentativas anteriores de tratamento da situação teórica problemática que ensejou a proposta da NDFA e sobre os resultados atingidos.

² Tratando-se de uma teoria sobre norma de direito fundamental não diretamente estatuída em texto constitucional, ela evoca as grandes controvérsias sobre os direitos fundamentais e sobre o direito constitucional em geral, mas também projeta soluções promissoras propiciadas pela especial forma de tratamento conferido à interpretação dos direitos fundamentais. Não é, pois, exagerada a seguinte afirmação de Gavião Filho no tocante à relevância do tema: “As discussões em torno dos direitos fundamentais, em grande medida, estão relacionadas ao estabelecimento de quais são as normas que podem ser associadas às normas diretamente estatuídas.” Cfr. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 37.

³ A expressão *Tyranei der Werte* foi consagrada por Carl Schmitt, que nessa matéria se inspirou no filósofo da ética e da metafísica Nicolai Hartmann. É Schmitt quem a define: “Do ponto de vista da lógica dos valores, sempre tem de valer que para o valor máximo o preço máximo não é demasiado alto e tem de ser pago.” (No original: *Wertlogisch muss immer gelten: dass für den höchsten Wert der höchste Preis nicht zu hoch ist und gezahlt werden muss.*) Cfr. SCHMITT, Carl. *Die Tyranei der Werte*, in: *Säkularization und Utopie*, Fschr. f. E. Forsthoff, Stuttgart/Berlin/Köln, Mainz 1967, S. 60. Cfr. também ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 140.

Constatada a carência de um enfoque sobre a argumentação nas propostas metodológicas e teórico-normativas disponíveis, avança-se para a análise da teoria de Robert Alexy sobre argumentação e, junto com esta, exploram-se as bases filosóficas da racionalidade pressuposta por aquela (item n. 3.).

Perfaz-se, então, a trajetória da teoria da argumentação para a teoria do discurso jurídico, no qual serão evidenciados os limites deste e o enlace com o restante do discurso prático, oportunidade em que se lançarão os esteios da teoria política (item n. 4.) que se faz necessária para sustentar a teoria da norma de direito fundamental concebida dentro de um arcabouço de razão institucionalizada.

Nesse âmbito teórico-normativo e filosófico-jurídico (item n. 5.), desenvolver-se-ão sucessivamente os elementos da normatividade, juridicidade e fundamentalidade que integram a NDFA, do ponto de vista de uma análise estática, sem prejuízo da discussão crítica dos respectivos tópicos, como os iluminados pela teoria da norma e pelo conceito de direito, com destaque de um item autônomo para a teoria do direito fundamental (item n. 6.), no qual aparece como aspecto estrutural a teoria dos princípios.

No estágio subsequente, inicia-se o estudo dos aspectos dinâmicos da teoria, com vista à NDFA, enfatizando-se para tanto a operatividade e as questões atinentes à sua construção e aplicação. Por isso, dedica-se um item para a dinâmica da NDFA propriamente dita, com ênfase para as relativas ao emprego da proporcionalidade e à ponderação, peculiaridades da sua extração⁴ (item n. 7.). Abrem-se, então, dois itens para o exame da funcionalidade da NDFA enquanto regra, sendo contempladas no primeiro deles (item 8.) as questões mais gerais da sua regulatividade, e no segundo (item 9.), as suas peculiaridades e as sugestões profiláticas delas derivadas.

Por fim, culminando o aspecto dinâmico, um item inteiro (n. 10.) está destinado ao estudo da aplicação da NDFA, seja em caráter abstrato, seja à luz de alguns casos julgados pelo STF.

⁴ Adota-se aqui, como conceito de aproximação ao fenômeno, o termo “extração”, para efeito de referência geral – a ser especificada no curso desta pesquisa com relação aos aspectos lógicos, metodológicos, teórico-argumentativos, hermenêuticos, teórico-jurídicos e filosófico-políticos – ao modo como o intérprete faz emergir, ao trabalhar o texto constitucional, a NDFA aplicável ao caso concreto. Também será empregado, com a mesma finalidade, o termo “obtenção”. Para mais detalhes sobre a relevância e os pressupostos desta opção, veja-se o item 1.3.1.1.

A metodologia deste trabalho, como se colhe da exposição, consiste em explorar o tema da extração da NDFA a partir de diversas perspectivas, enfatizando a sua centralidade e o imbricamento com as grandes questões da metodologia jurídica, da filosofia prática, da teoria política, da teoria do direito e da teoria dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo apontando os enlaces com outras linhas de pensamento – como a metodologia tradicional, a ciência do direito, a retórica, a dialética e a hermenêutica.

Também serão discutidas as principais críticas às posições centrais da teoria de base que possuem relevância para a NDFA, ainda que apenas indiretamente.

Em face da densidade e extensão deste trabalho, revelou-se conveniente a intercalação, ao final das seções de maior relevo, de resultados parciais obtidos no curso da exposição, sempre com o escopo de iluminar e fixar algum aspecto de interesse para o tema geral da pesquisa.

Com isso, espera-se demonstrar a utilidade da discussão da NDFA para a realidade brasileira, questão que não pode ser desprezada e não o será aqui, porque, como haverá de resultar das análises feitas, a NDFA possui potencialidade explicativa que transcende o âmbito do estudo dos direitos fundamentais no país tedesco.

Como bem o disse Martin Borowski em discussão promovida na América Latina em torno da matéria, as questões estruturais levantadas e trabalhadas pela teoria não estão vinculadas a uma questão em particular, mas, ao contrário, permitem falar de uma teoria universal da estrutura dos direitos fundamentais.⁵

⁵ Assim se expressou Borowski em texto que, mediante versão ao espanhol, veio a integrar a Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, publicada pela Universidad Externado de Colômbia: *Estos trabajos se ocupan sobre todo de problemas de la dogmática y la teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana (...). No obstante, debe repararse que las cuestiones estructurales no están vinculadas absolutamente a una Constitución particular. Las categorías estructurales, en cuanto objeto de la teoría jurídica, constituyen más bien una teoría universal de la estructura de los derechos fundamentales, que puede ser aplicada a cualquier orden jurídico nacional y supranacional y a los derechos que integran el derecho internacional. La cuestión de la estructura incluso remite al ámbito jurídico, cuando se pregunta acerca de la estructura de los derechos humanos como derechos morales.* Cfr. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 20-21. (Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 25.) Talvez se pudesse falar, também, da construção de uma metódica geral para a doutrina dos direitos fundamentais, como sugerido por J. Alcebiades de Oliveira Jr., por ocasião da defesa deste trabalho. A propósito da importância da doutrina alemã e, particularmente, no âmbito constitucional, para

Seria isso realmente possível?

Talvez a teoria mencionada se enrede em idealizações ingênuas, em mistificação de instituições historicamente situadas, como o tribunal constitucional, ou represente uma sofisticação da velha discricionariedade judicial ou mesmo uma coonestação de atividade judicial ilegítima.

Especificamente em relação à NDFA, há também o temor de que talvez não passe de um conceito volátil, do qual se lança mão como a uma panaceia para os problemas da teoria do direito fundamental, mas que somente vem a inflacionar o universo teórico existente, levando de roldão a uma hiperconstitucionalização do sistema jurídico, de modo a criar mais problemas do os que se propõe resolver.

Esses riscos são sérios e desafiantes.

Como desafio adicional, importa esclarecer a razão pela qual Alexy, ainda que apenas para argumentar, considerou a hipótese da dispensabilidade teórica do conceito de norma de direito fundamental associada⁶ e, no entanto, encontrou bons motivos para mantê-lo e usá-lo, fazendo-o de uma forma que o tornou imprescindível. Trazer à tona esses bons motivos é, pois, um propósito que impulsiona esta pesquisa.

o direito brasileiro, veja-se a análise realizada em AVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 03 ss. Ávila sustenta que, apesar da diversidade do modelo constitucional verificado na comparação entre a Constituição da República de 1988 (mais analítica e rígida) e a Lei Fundamental (mais sintética e historicamente aberta), há razão suficiente para se emprestar relevância à doutrina alemã por força da “(...) similaridade entre os dois sistemas jurídicos, especialmente no que se refere aos princípios estruturantes (...)”. (Idem, p. 7.)

⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 62. Para mais detalhes, veja item 2.1.

1. Da apresentação do conceito

1.1. Da norma associada enquanto objeto linguístico

1.1.1. Do afloramento do conceito

Na sua obra capital, “Teoria dos direitos fundamentais”,⁷ lançada em 1985, Alexy lança mão do conceito de *zugeordnete Grundrechtsnorm*⁸ logo após alinhar os traços principais do seu conceito geral de norma, e o faz para referir a categoria que reúne aquelas normas não estatuídas imediatamente no texto constitucional e que, no entanto, têm natureza de normas de direito fundamental.

Ele dedica uma subseção do capítulo 2 (Do conceito de norma de direito fundamental) a tais normas (*zugeordnete Grundrechtsnormen*), onde esclarece que elas 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.⁹

Com essa caracterização preliminar, as normas associadas são inseridas na definição unitária de norma de direito fundamental, a saber, que “(...) são normas de direito fundamental todas as normas para as quais é possível uma fundamentação jurídico-

⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

⁸ Interessante o uso da palavra *Zuordnung* por Alexy como operação que liga um estado de coisas (*Sachverhalt*) a um conceito (*Begriff*) dentro de uma norma, como ele faz no texto de 1986 intitulado ALEXY, Robert. *Ermessensfehler*, in: ALEXY, Robert et alii. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 273. Esse texto pode ser acessado em português: ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. Trad. Luís Afonso Heck. *RT* 89/779 (2000), p. 11-46.

⁹ Gavião Filho resume essa relação da seguinte forma: “Não fosse essa relação de precisão, da norma diretamente expressada não se poderia retirar o que está ordenado, proibido ou permitido. A relação de fundamentação está em que a norma diretamente estatuída é razão das normas associadas.” Cfr. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 37. Contudo, é importante destacar que, na perspectiva do engate entre os planos da norma e do texto, a NDFA se põe em relação com a determinação de direito fundamental (*Grundrechtsbestimmung*), embora se ligue normativamente à norma de direito fundamental imediatamente estatuída. Para mais detalhes, veja-se o item 1.3.

fundamental correta (...)",¹⁰ a qual, no caso das diretamente estatuídas, resume-se, via de regra, à sua indicação no texto constitucional.¹¹

Essa é a configuração básica do conceito a ser examinado.

1.1.2. Da evolução do conceito em Alexy

Embora o conceito de norma de direito fundamental associada tenha aflorado, pela primeira vez, na extensa obra de Alexy, apenas na "Teoria dos direitos fundamentais",¹² há de buscar-se na sua "Teoria da argumentação jurídica", editada vários anos antes, a sua base jurídico-filosófica enquanto parte da sua teoria dos direitos fundamentais.

Com efeito, nessa primeira grande publicação, originariamente a tese de doutorado de Robert Alexy, o enfoque era a racionalidade da argumentação jurídica em geral, ainda que não – expressamente, pelo menos – a determinação de normas de direito fundamental e os reflexos na teoria do estado.

Pode-se, no entanto, verificar que o engate entre as duas grandes obras se dá basicamente em torno da NDFA, na proporção em que esta, pelo mecanismo da associação, perfaz o entrelaçamento entre argumentação jurídica (razão prática) e normas de direito fundamental (teoria do direito fundamental).

¹⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 63. No original: *Eine solche allgemeine Definition lautet, dass Grundrechtsnormen alle die Normen sind, für die eine korrekte grundrechtliche Begründung möglich ist.*

¹¹ Se isso significa que a subsunção se dará sem ponderação é outro problema. Todavia, pode-se falar em casos mais fáceis que outros no âmbito da interpretação. Pulido sugere haver quatro tipos dos assim chamados "casos fáceis" de direito fundamental no controle de constitucionalidade de leis, os quais se caracterizariam pela circunstância de que as normas diretamente estatuídas atuam como premissa maior da fundamentação do controle de constitucionalidade, diversamente dos casos difíceis. Nos "casos fáceis", o aspecto central do controle de constitucionalidade consistiria na justificação interna, com base em norma diretamente estatuída, onde a fundamentação externa se pressupõe. Os casos difíceis, ao contrário, seriam caracterizados pela insuficiência da norma diretamente estatuída, exigindo a concreção de uma norma associada e a explicitação de fundamentação externa. Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 136-143. Todavia, importante lembrar que onde houver necessidade de justificação de premissas – e geralmente há – incide a justificação externa.

¹² Essa segunda grande obra representa a chamada habilitação à docência em Direito Público e Filosofia do Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen, cfe. resumo da biografia de Alexy (<http://www.alexey.jura.uni-kiel.de/kurzbiografie>, acessado em 13.09.2012).

Evidentemente, esse encaixe está longe de ser simples e direto, mesmo porque, no período de 7 (sete) anos que medeia entre as duas obras, o pensamento do autor evoluiu, como ele próprio reconhece em texto de cunho autobiográfico.¹³ O ponto fulcral da mudança do modo de pensar de Alexy reside na passagem de uma perspectiva centrada nas regras e na subsunção para outra que tem seu centro nos princípios e na ponderação.

Não foram localizadas obras posteriores de Alexy que se dediquem mais diretamente ao conceito de NDFA para explicitar suas características ou emprego. Mas não se pode falar de um abandono do conceito ou de sua retratação. Certo é apenas o fato de que não é mais abordado.

O tema é, de fato, tratado mediata e lateralmente, quando são enfrentadas críticas ou objeções à teoria dos princípios, ou mais diretamente à proporcionalidade, ou ainda à ponderação. Por isso, a elucidação do conceito, inclusive quanto à sua utilidade, somente pode ser feita de modo indireto, a partir de manifestações que o autor vem fazendo em textos mais recentes sobre outros temas e, de um modo particularmente proveitoso, nas respostas a críticas que são endereçadas a aspectos cruciais da teoria de Alexy.

1.1.3. Da expressão “norma de direito fundamental associada” (*zugeordnete Grundrechtsnorm*) em Alexy

Considerando que este trabalho se debruça sobre terminologia elaborada em língua estrangeira, torna-se imprescindível, antes de ingressar na dissecação do conceito, tematizar as próprias opções terminológicas de um ponto de vista mais linguístico.

Assim, resta indagar, para que se possa aquilatar o caráter científico e a própria eficácia desta pesquisa, se há suficientes argumentos técnicos para justificar a opção de tratar o objeto que Alexy referiu como *zugeordnete Grundrechtsnorm* por meio do conceito de “norma de direito fundamental associada” ou, mais sucintamente, “norma associada”.

¹³ ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has changed over the years*. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012.

“Norma associada” se apresenta como uma expressão conceitual, composta de um substantivo (“norma”) e de um adjetivo derivado de um verbo (“associada”, participio passado de associar). Trata-se de uma expressão ainda pouco recorrente, para não dizer rara, na linguagem da doutrina e jurisprudência em língua portuguesa.¹⁴

1.1.4. Da correspondência entre *zugeordnete Norm* e norma associada

Para elucidar a questão da correspondência vernacular, algumas considerações linguísticas merecem registro com o escopo de compreender essa importante opção terminológica de Alexy e, por via reflexa, da correção de tradução.

Com efeito, que significa em geral *Zuordnung*¹⁵ e que tipo de associação é esta? *Zuordnung* deriva do verbo *zuordnen*, o qual possui os seguintes sentidos principais: (1) ajuntar, agregar, coordenar;¹⁶ (2) agregar, juntar, coordenar;¹⁷ e (3) classificar, agregar.¹⁸

¹⁴ Na pesquisa feita para este trabalho, não se logrou encontrar obra específica de abordagem desse conceito em língua portuguesa. Em espanhol, a única encontrada que expressamente enfrentou o tema, embora lateralmente ao foco (princípio da proporcionalidade), foi a tese doutoral de Carlos Bernal Pulido, reelaborada na obra *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cuja primeira edição, a cargo do Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, data de 2003. Ainda que não haja obra específica sobre o tema, deve ser mencionado, contudo, que já existem usos da expressão “norma associada” por Luís Afonso Heck, que traduz a expressão *zugeordnete Grundrechtsnorm* de Robert Alexy por “norma de direito fundamental associada”. Cfr. HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 8. Cfr. também HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 10 ss. Cfr. ainda ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos e como normas objetivas. In: _____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 202. Um uso sistemático e coerente se encontra em GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, a exemplo da seguinte passagem: “O que reúne as diferentes posições fundamentais jurídicas em um direito fundamental como um todo é sua associação a uma disposição de direito fundamental, pois às posições fundamentais jurídicas correspondem sempre normas que as conferem. Há uma relação de implicação necessária entre as normas de direitos fundamentais e as posições fundamentais jurídicas.” (Idem, p. 40.)

¹⁵ *Zuordnen* constitui-se de um verbo composto, uma vez que se compõe do prefixo *zu* e de outro verbo, mais precisamente, *ordnen*. São muitos os significados da partícula preposicional *zu* na língua tedesca, dentre os quais se destacam as ideias de proximidade (e de aproximação), de meio-fim, de relação a algo, de progressão, de excesso e de fechamento. Já o verbo *ordnen* remonta à forma verbal latina *ordinare* através de *ordinōn*, do antigo alto-alemão, e que tem forte semelhança com o vernáculo “ordenar” no sentido principal de colocar em certa ordem ou repô-la. E o substantivo *Ordnung* guarda bastante similitude semântica com o português ordem, que evoca as noções de arranjo, de seriação, de situação determinada pela regra, ou de regra em si mesma (regulação). Cfr. DUDEN. **Deutsches Universal Wörterbuch A-Z**. 2. Aufl. Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich: Dudenverlag, 1989, S. 1.105.

¹⁶ São os sentidos registrados pelo sintético dicionário LANGENSCHIEDTS **TASCHENWÖRTERBUCH** – Portugiesisch-Deutsch/Deutsch-Portugiesisch, 7. ed. Berlin: Langenscheidt, parte 2, p. 1204.

¹⁷ DICIONÁRIO DE ALEMÃO-PORTUGUÊS. Porto: Porto Editora, 2006, p. 915.

¹⁸ PONS STANDARDWÖRTERBUCH Portugiesisch. Stuttgart/Porto: Klett/Porto Editora, 2002, p. 486.

Todavia, o significado desse termo no âmbito específico do direito e da teoria do direito traz dificuldades.¹⁹

Tradução portuguesa recentemente publicada da *Theorie der Grundrechte*, de Robert Alexy, optou pela expressão “norma atribuída”, o que merece ainda melhor estudo, mas, de antemão suscita dúvida sobre a amplitude da independência dessa atividade de atribuição do intérprete em relação ao texto.²⁰

Uma alternativa consiste em cotejar outras traduções da obra de Alexy que empreguem o termo.

No que tange à tradução inglesa, levada a cabo por Julian Rivers,²¹ a opção de traduzir “normas de direito fundamental associadas” por *derivative constitutional rights norms* não traz subsídios para a solução do problema, porque engendra dificuldades relacionadas à distinção entre direitos fundamentais e direitos constitucionais, além dos riscos proporcionados pelo adjetivo “derivativo”.²²

¹⁹ Por exemplo, o dicionário jurídico alemão-alemão Creifelds registra apenas *Zuordnung* no sentido de classificação de objetos e processos de utilização mista para o âmbito empresarial ou doméstico, para fins tributários. CREIFELDS, Carl. *Rechtswörterbuch*. Hrsg. von Klaus Weber. Bearb. von Dieter Guntz. 17. neubearb. Aufl. München: Beck, 2002, S. 1680.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66 ss. Em nota do tradutor, posta no início da obra, aquele enfatizou a importância do conceito de norma jurídica de Robert Alexy e o exemplificou justamente com a *zugeordnete Grundrechtsnorm*. Porém, após referir as opções feitas por outros tradutores, como Valdez (espanhol) e Rivers (inglês), Virgílio Afonso da Silva limitou-se a informar que “(...) pareceu-me mais conveniente traduzir a expressão por ‘norma de direito fundamental atribuída’ e o fenômeno a ela associado, por ‘atribuição’”. SILVA, Virgílio Afonso da. Nota do tradutor. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 11-12. Assim, sendo em grande parte desconhecidas as razões pelas quais foi preferido o termo “atribuir”, a escolha deve ser entendida como mais um exemplo de exercício da liberdade do tradutor mencionado, cuja amplitude e importância, em geral, ele mesmo acentuou na referida nota do tradutor, a ponto de admitir que a tradução que oferece para a obra de Alexy não é “extremamente literal”. (Idem, p. 9.) Todavia, não se pode omitir o alerta para o risco intrínseco à escolha de “atribuir”, na medida em que esse verbo tem uma elevada carga de independência de quem atribui em relação àquilo a que se faz a atribuição, mais do que talvez comporte a expressão *zuordnen*. A “atribuição” não tem aquela vinculação a uma certa estrutura ou ordem prévia, como parece ter a “associação”. “Atribuir”, conforme o Dicionário Houaiss, tem como primeiros e principais sentidos os de “conceder” e “conferir”, bem como de “considerar” e “imputar”, todos enfatizando a iniciativa e o movimento observado a partir do polo do sujeito atribuinte, à revelia do que pudesse ser exigido, promovido ou reivindicado pelo conceito daquilo a quem se atribui algo (no caso, a determinação de direito fundamental). (Cfr. DICIONÁRIO HOUAISS da língua portuguesa. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 340.)

²¹ ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002.

²² ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002, p. 33. Na seqüência, o tradutor usa a expressão *derivative norms* para o equivalente de *zugeordnete Normen*, ou seja, de “normas associadas”. (Idem, p. 35.) Sobre os riscos de uma derivação direta, veja-se o item 7. deste trabalho.

A prestigiada tradução espanhola da obra primordial de Alexy, de Ernesto Garzón Valdez,²³ por sua vez decidiu-se pelo termo *adscripto* ao traduzir o adjetivo alemão *zugeordnet*, originário do participípio pretérito do verbo *ordnen*.

Também Pulido, ao tratar especificamente do tema, nos moldes da teoria de Alexy, e ao efetuar tradução de texto desse último autor, elegeu a expressão *norma adscrita*.²⁴

Na mesma direção, o Dicionário Jurídico e Econômico Becher²⁵ traduz *Zuordnung* para os correspondentes espanhóis *adcripción* e *calificación*.²⁶ Soa tentador, por isso, seguir a similaridade entre o vocábulo espanhol *adscripto* ou *adscrito*²⁷ e o correspondente etimológico e fonético português *adscrito*. Porém, apesar dos pontos em comum, é de se observar a peculiaridade de sentido de *adscribir* e de *adscrito* em espanhol.²⁸

²³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdez; revisión de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 66 ss.

²⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 99 ss. Neste trabalho, utilizarei o termo *norma asociada*, independentemente de outras traduções. É interessante informar que Carlos Bernal Pulido recentemente traduziu do alemão para o espanhol a obra mais conhecida de Robert Alexy (cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ª Edición. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 49 ss.); ele já havia traduzido, também, o importante texto seguinte: ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Separata de la **Revista Española de derecho constitucional**, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002. O mesmo texto encontra-se atualmente incorporado ao livro após o último capítulo de “Teoría de los derechos fundamentales”. Cfr. ALEXY, Robert. *Epílogo*. In: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ª Edición. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 511-562. A versão inglesa desse epílogo acha-se em ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights. Postscript*. Trans. Julian Rivers. Oxford: University Press, 2002, p. 388-425. A tradução portuguesa desse texto pode ser compulsada em ALEXY, Robert. Posfácio (2002). In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 575-627.

²⁵ BECHER, Herbert. *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache deutsch – spanisch (Diccionario jurídico y económico alemán – español)*. 5. ed. Munique: Beck, 1999, t. 2, p. 1266.

²⁶ Cfr. D’ALBUQUERQUE, 2001, p. 232. Note-se que *calificación* tem como tradução ao português os verbetes “qualificação” e também “inscrição no registro eleitoral”.

²⁷ Única forma de participípio registrada pelos dicionários ANAYA (DICCIONARIO ANAYA DE LA LENGUA. Barcelona: Spes Editorial, 2002, p. 25) e D’Albuquerque (Cfr. D’ALBUQUERQUE, A. Tenório D’Albuquerque. **Dicionário Espanhol Português**. Belo Horizonte: Garnier, 2001, p. 66).

²⁸ O abalizado DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, da Academia Real Espanhola, por exemplo, registra como principais sentidos de *adscribir* o de “inscrever”, “contar entre o que corresponde (cabe) a alguém ou a algo”, bem como o de “agregar uma pessoa ao serviço de um corpo ou destino”. Cfr. DICCIONARIO DE LA LENGUA. ESPAÑOLA. 22. ed. t.1, 2001. Na mesma senda o registro que faz o dicionário ANAYA para *adscribir*. Cfr. DICCIONARIO ANAYA DE LA LENGUA. Barcelona: Spes Editorial, 2002, p. 24-25. Transcrevo: *1 Destinar a alguien a un empleo o servicio: debes adscribir un empleado más al departamento de ventas. 2 Atribuir o asignar una cosa a otra: han adscrito el caso a outro juzgado. 3 Considerar a una persona como perteneciente a determinado grupo o ideología: se adscribe al partido liberal.*

Os significados portugueses correspondentes ao verbo **adscrever** e ao adjetivo **adscrito** derivado de seu particípio pretérito não guardam exata correspondência com a espanhola, sobretudo porque, no português, mostra-se controvertida – em relação a *zuordnen* – a ênfase na ideia de acréscimo, ou subordinação ou de alistamento que aquele conceito traz consigo.²⁹

É verdade que a ideia de adscrição ressoa interessante pela lembrança de que há um processo de elaboração de algo (no caso, normas fundamentais) para além do que está escrito (no caso, diretamente estatuído no texto).³⁰ Porém, as ideias de associação, coordenação e agregação – diretamente evocadas por *zuordnen* – apresentam-se mais fecundas e mais próximas do provável sentido que Alexy quis emprestar ao uso de *Zuordnung*.

Tal é assim porque, como se colhe do contexto, a ideia de uma vinculação subordinada a uma norma diretamente estatuída não exclui a contrapartida de uma ideia de carência e de necessidade para fins de precisão. A norma de direito fundamental diretamente estatuída no texto constitucional necessita, para ser precisada e poder ser concretamente aplicada, de normas associadas, agregadas ou coordenadas.

Não há, pelo que se compreende a partir do plano da expressão linguística, propriamente um acréscimo de texto de norma ao já estatuído, mas uma precisão do conteúdo inscrito no texto constitucional. Nessa atividade, há mais coordenação do que subordinação e mais **agregação de concretude**³¹ do que sujeição. Pode-se dizer, então,

²⁹ Nesse sentido o registro do dicionário A. Tenório D’Albuquerque, segundo o qual o português “adscrito” tem as seguintes acepções: 1) aditado, acrescentado; 2) inscrito, registrado, arrolado; 3) sujeito, subordinado; 4) adscritício (colono obrigado a viver e trabalhar em determinada terra). Veja-se que o dicionário D’Albuquerque aponta como correspondente de *adscrición* o português alistamento. Cfr. D’ALBUQUERQUE, A. Tenório D’Albuquerque. **Dicionário Espanhol Português**. Belo Horizonte: Garnier, 2001. p. 66. Sobre adscrito em português, cfr. NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 50.

³⁰ Ainda que não se trate da mesma finalidade específica aqui discutida, não se pode olvidar o emprego que Canotilho conferiu ao termo “adscrição”, como reportado por Sarlet: “Segundo o mesmo autor, a interpretação constitucional assume pelo menos três dimensões relevantes e que se articulam entre si: (a) interpretar a constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais; (b) a interpretação constitucional consiste em atividade complexa que se traduz na ‘adscrição’ de um significado a determinado enunciado (texto normativo); (c) a interpretação constitucional (portanto, o ato-atividade de interpretar) tem como ‘produto’ o significado atribuído ao texto.” Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang et alii. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 204 (negrito não constante do texto original).

³¹ A esse propósito, mencione-se que o dicionário jurídico e econômico alemão-português Neuss registra para o vocábulo *Zuordnung* como primeiro sentido o de agregação. Cfr. NEUSS, Jobst Joachim.

que a associação se dá por agregação de elementos interpretativos que forneçam a concretude necessária, para possibilitar que se atribua a um determinado texto normativo um conjunto de estruturas normativas que a ela se associam por meio de precisação e fundamentação.³²

A escolha do termo **associação**, por tudo isso, revela-se mais acertada como ponto de partida, porque acentua esse elemento do pertencimento a uma entidade mais ampla (o sócio em relação à comunidade de sócios, ou seja, à sociedade), de agregação entre uma coisa e outra, e de precisação, bem como, no caso específico da norma associada, a bilateralidade da importância das normas escritas e não-escritas: Não há sociedade sem sócios, e vice-versa. Associa-se uma coisa a outra que, por um lado, tem amplitude maior, que sugere uma unidade de sentido mais abrangente, mas que, por outro lado, tem uma menor precisão, de modo a necessitar daquela para a própria aplicação.

O juízo derradeiro – e positivo – sobre a correção dessa escolha terminológica espera-se que resulte da conclusão deste trabalho.

1.1.5. Da recepção do conceito

Alexy não retoma diretamente o tema da NDFA, embora por diversas vezes se ponha a discutir problemas relacionados à obtenção de uma norma de direito fundamental associada por meio de princípios; também não se encontram posteriores elucidações sobre o tema específico de como se constroem normas por associação, ainda que muito tenha

Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache. Teil II. Deutsch-portugiesisch. Bearb. von Jobst Joachim Neuss. Hrsg. von Erik Jayme. Unter Mitarb. Von Hans Joachim Hansen. München: Beck, 1990, S. 532. As formas portuguesas para o verbete *Zuordnung* aí registradas são: (1) agregação; (2) coordenação; e (3) atribuição.

³² De notar que os dicionários alemão-alemão apontam entre os significados de *zuordnen* o de colocar ordenadamente algo junto ou sob outro; também registram o sentido de pôr uma coisa junto de outra que pertence à mesma classe, ou que é considerada como co-pertencente àquela. O exemplo que o dicionário Duden oferece é o de como o ornitorrinco é colocado em relação aos mamíferos, o que reforça as ideias de pertencimento, classificação e ordenação. Outro exemplo, negativo, é de “alguém do qual se diz que não se consegue claramente colocá-lo numa certa linha política”. (Cfr. DUDEN. *Deutsches Universal Wörterbuch A-Z*. 2. Aufl. Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich: Dudenverlag, 1989, S. 1.796.) O exemplo que o dicionário Brockhaus confere é o do sueco em relação às línguas germânicas do norte. (Cfr. DER SPRACH-BROCKHAUS. *Deutsches Bildwörterbuch von A-Z*. 9. Aufl. Wiesbaden: Brockhaus, 1984, S. 949.)

sido aduzido para esclarecer a ponderação de princípios, o sopesamento destes e outros assuntos correlatos.³³

Diversos autores trabalharam problemas correlatos, mas sem tematizar a NDFA, preferindo tratar de temas mais genéricos, como a questão da teoria dos princípios, da proporcionalidade, do modelo misto de normas (regras e princípios), ou então da ponderação.³⁴

No que tange ao afloramento da expressão “norma associada” na realidade da produção jurídica em geral, foram encontrados, em textos do vernáculo, poucas menções à denominação “norma associada” em referência a resultados de atividade de tribunais. Não foram localizados diretamente em textos de decisões. Porém, na doutrina, há empregos firmes e consequentes em Luís Afonso Heck³⁵ e Anízio Pires Gavião Filho.³⁶

No Brasil, há exemplos de aplicação da expressão “norma adscrita”, por certo motivada nas traduções espanholas da obra de Alexy.³⁷

³³ A despeito da discussão sobre implicações teórico-interpretativas albergadas pelo tratamento da interpretação dos direitos fundamentais dentro do que chamou de construção de princípios, ou modelo dos princípios, o tema diretamente não é desenvolvido enquanto construção normativa e sua ligação com o texto de base.

³⁴ É o que se verifica na obra derivada da dissertação de mestrado de Leivas, que, ao tratar do modelo misto de normas de direito fundamental de Alexy, acertadamente aponta o caráter de regra da norma resultante da ponderação: “Nas constituições, existem enunciados normativos dos quais extraem-se normas com alto grau de vinculatividade, com caráter nítido de regras. Além disso, o resultado de toda ponderação de princípios é o estabelecimento de uma regra cujo tipo normativo consiste nas condições de precedência e cuja consequência jurídica é um enunciado deontico que leva à preferência de um princípio em detrimento de outro.” Cfr. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 53-54.

³⁵ Cfr. HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 8. Cfr. também HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 10 ss. Cfr. também ALEXY, Robert. Problemas da teoria do discurso. In: _____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 201 ss. Vejam-se as citações inequívocas nesse último texto: “Isso pressupõe que às determinações da lei fundamental, no fundo, podem ser associadas normas de direitos fundamentais não justiciáveis. Contra isso, fala a cláusula de vinculação do artigo 1, alínea 3, da lei fundamental. (...) Mas, então, pode aquele, que leva a sério a cláusula de vinculação do artigo 1, alínea 3, da lei fundamental, associar às determinações de direitos fundamentais somente normas que são suscetíveis de controle judicial-constitucional e, nesse sentido, juridicamente vinculativas.” (Idem, p. 202.) Quanto à questão da justiciabilidade da NDFA, veja item 10.1.2.

³⁶ Cfr. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, *passim*.

³⁷ Veja-se, por exemplo: FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Da competência penal na Justiça do Trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1010, 7abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16676>>. Acesso em 22.05.2012.

A expressão original *zugeordnete Grundrechtsnorm* tem rara discussão. O enfrentamento direto da questão enquanto tal também não é frequente.

1.1.6. Abordagens diretas

Algumas exceções quanto à abordagem direta da NDFA se vislumbram nos trabalhos de Jan-Reinard Sieckmann, Matthias Jestaedt, Ralf Poscher, Martin Borowski, e Matthias Klatt.

Sieckmann refere-se à norma resultante da ponderação, sob o qual é subsumido o caso,³⁸ mencionando-a como “regra de primazia” (*Vorrangregel*).³⁹

Jestaedt cita especificamente a NDFA, inserindo-a na discussão que faz da teoria dos princípios enquanto esta apresenta a ponderação como um procedimento de conhecimento do direito. Critica-a diretamente enquanto forma de obtenção e de alteração de direito fundamental sem fixação direta em texto constitucional e sem observância da competência para modificação,⁴⁰ atribuindo-lhe indiretamente a condição de “ponto arquimédico”.⁴¹

³⁸ Diz o autor: “A aplicação de princípios normalmente exige, ao contrário, uma ponderação de princípios colidentes, com base na qual deve ser fixada uma regra de primazia para um dos princípios. Somente depois disso pode suceder uma subsunção sob a regra de primazia. Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990, S. 18. No original: *Die Anwendung von Prinzipien erfordert demgegenüber in der Regel eine Abwägung kollidierender Prinzipien, aufgrund der eine Vorrangregel für eines der Prinzipien festzusetzen ist. Erst danach kann eine Subsumtion unter die Vorrangregel erfolgen.*

³⁹ Em outro momento da obra, Sieckmann define em geral regras de primazia como uma classe especial de normas de validez: “Uma classe especial de normas de validez são regras de primazia. Estas estabelecem critérios segundo os quais se orienta a definição de qual norma, dentre aquelas que se contradizem, cada qual a preencher critérios de validez determinados, obtém a primazia e com isso vale juridicamente.” SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990, S. 92. No original: *Eine spezielle Klasse von Geltungsnormen sind Vorrangregeln. Diese legen Kriterien fest, nach denen es sich richtet, welche von sich widersprechenden Normen, die jeweils bestimmten Geltungskriterien erfüllen, den Vorrang erhält und damit rechtlich gilt.*

⁴⁰ Jestaedt qualifica como “ponto arquimédico” (*archimedischer Punkt*) essa equiparação, propiciada pela construção da NDFA, entre, por um lado, conhecimento de direito fundamental (*Grundrechtserkenntnis*) ou interpretação de direito fundamental (*Grundrechtsauslegung*) e, por outro, a correta fundamentação de direito fundamental. Cfr. JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, S. 230.

⁴¹ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, S. 229 ff. Jestaedt centraliza a sua crítica à teoria dos princípios na tese, supostamente por esta defendida, de que o espaço livre de estatuição do direito se resume ao resultante da colisão de princípios constitucionais, a ser resolvida por meio de ponderação. O autor assim se manifestou: “Se, por isso, uma ponderação de princípios não se qualifica como nada mais que um processo de conhecimento do direito, mas antes como um ato de fixação de direito de quem pondera – ato somente em parte determinado

A propósito das relações que a NDFA possui com o texto constitucional, o autor mencionado discute tanto a chamada “relação de precisção” como a “relação de fundamentação”, cuja adequação conceitual reputa inadequada, por tratar de modo igual coisas diferentes. Combate o argumento, lançado em defesa da teoria dos princípios, de que a ponderação não teria caráter de estatuição de direito, porquanto, no seu entender, este caráter se encontra na decisão do caso.⁴²

Poscher também refere a norma resultante da colisão de princípios e a crítica juntamente com a teoria dos princípios.⁴³

Borowski coloca o tema da relação entre determinações e normas de direito fundamental logo no início de seu trabalho sobre a estrutura desse tipo de direitos, quando defende e explica o conceito semântico de norma.⁴⁴ Nessa oportunidade, menciona expressamente o fenômeno da associação interpretativa de normas de direito fundamental a determinações de direito fundamental escritas no texto constitucional.⁴⁵

Em outra obra, Borowski, ao laborar a relação entre subsunção e ponderação na reconstrução teórico-principiológica dos direitos fundamentais, desenvolve o conceito de fixações, que ele não restringe mas inequivocamente atribui às normas associadas; identifica-as no texto constitucional bem como nas atuações do legislador (fixações autoritativas) e do tribunal constitucional. Nesse tópico, Borowski também discute a distinção feita por Alexy entre associações formais e materiais.⁴⁶

heteronomamente –, enquanto ‘lex situationis’, então a tese de que o espaço livre de fixação do direito do legislador seja resultante de uma colisão de princípios constitucionais aparece sob uma luz ainda mais desfavorável.” (Idem, S. 240-241.) No original: *Ist danach eine Prinzipienabwägung nicht als blosses Rechtserkenntnisverfahren zu qualifizieren, sondern als – nur zu Teilen heteronom determinierter – Rechtssetzungsakt des Abwägenden, als “lex situationis”, so erscheint die These, dass der gesetzgeberische Rechtsetzungsfreiraum Resultante einer Kollision von Verfassungsprinzipien sei, in noch ungünstigerem Lichte.*

⁴² Cfr. JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, S. 229 ff..

⁴³ Cfr. POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 77.

⁴⁴ Cfr. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 26-29. Sobre o conceito semântico de norma, veja a explicação detalhada adiante, item 5.2.

⁴⁵ Em verdade, ao traduzir esse texto, Carlos Bernal Pulido opta, como também acontece na sua tradução ao espanhol da obra *Theorie der Grundrechte*, de Alexy, pelas expressões *disposición de derecho fundamental* (para *Grundrechtsbestimmung*) e *norma adscrita de derecho fundamental* (para *zugeordnete Grundrechtsnorm*). O próprio conceito de determinação de direito fundamental exige análise no que tange à sua função na teoria da norma que se examina neste trabalho, o que será realizado adiante, item 2.3.1.

⁴⁶ Cfr. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 341. No original: *Die Diskussion um soziale Grundrechte des Grundgesetzes ist daher in erster Linie eine*

Embora não mencione expressamente o designativo “norma de direito fundamental associada” ou semelhante, Klatt averba a centralidade da questão relativa à regra emergente da ponderação no próprio sistema do pensamento de Alexy. Klatt situa o tema no que ele, secundando a Alexy, denomina a **dimensão jurídica** da relação entre teoria do discurso e direitos fundamentais, a qual concerne à interpretação e aplicação de tais direitos.⁴⁷

Nessa dimensão jurídica, viceja a teoria dos princípios, que, como Klatt indica, possui um lado teórico-normativo e outro metodológico. Desse modo, a teoria dos princípios se constitui num aspecto importante do projeto global de uma teoria da argumentação jurídica; em particular, no que concerne à análise das condições do argumentar jurídico racional.⁴⁸

Por conseguinte, indagar das condições de possibilidade da associação de uma norma de direito fundamental (*Grundrechtsnorm*) a uma dada determinação de direito fundamental (*Grundrechtbestimmung*)⁴⁹ consiste, simultaneamente, na identificação do caminho que liga as questões ordinárias da praxe jurídica acerca dos direitos fundamentais às bases de uma filosofia geral que sustenta a racionalidade prática; significa, pois, unir a prática jurídica com a teoria do discurso, oferecendo-se para tanto

Diskussion um interpretativ zugeordnete soziale Grundrechte. No mesmo livro, Borowski também aparecem outras referências a associações interpretativas, como por exemplo no caso dos direitos fundamentais de proteção (S. 294). Veja-se, também BOROSWKI, Martin. *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung.* In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys.* Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 106, Fn. 33. Sobre a distinção entre associações materiais e formais, veja item 9.2.3.

⁴⁷Cfr. KLATT, Matthias. *Robert Alexy's philosophy of law as a system.* In: _____. (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy.* Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 01-26. Além dessa, duas outras dimensões possui a relação entre a teoria do discurso e a dos direitos fundamentais: 1) a filosófica, que diz com a fundamentação ou justificação desses direitos; e 2) a institucional, que respeita à institucionalização daqueles. (Idem, p. 18-21.)

⁴⁸ Cfr. KLATT, Matthias. *Robert Alexy's philosophy of law as a system.* In: _____. (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy.* Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 01-26. No original: *Hence, principles theory is an important aspect of the overall project of the theory of legal argumentation: in particular, where analysis of the conditions of rational legal argumentation is concerned.* (Idem, p. 20.)

⁴⁹ A expressão *Grundrechtsbestimmung*, traduzida aqui como “determinação de direito fundamental”, refere parte de um texto normativo de direito fundamental, ou seja uma disposição que alberga norma(s) de direito fundamental (*Grundrechtsnorm[e]*). Para mais detalhes, ver itens 2.3.1. e 6.2.1.

a teoria dos princípios como uma ponte e, nesta, a norma de direito fundamental associada como um veículo.⁵⁰

1.2. Exemplificações do conceito

O próprio Alexy não oferece exemplos práticos concretos de emprego direto e nominal, por algum tribunal, dessa expressão, embora tenha examinado uma grande variedade de julgados do TCF e tenha encontrado instancicações de normas de direito fundamental não diretamente estatuídas, aplicados em casos concretos.

Para sustentar o conceito de NDFA, porém, o autor realizou análise de casos específica, o que pode ser utilizado no presente estudo para clareamento do conceito.

O exemplo que utilizou para alicerçar o próprio conceito de NDFA consiste nas interpretações conferidas pelo TCF ao art. 5º, § 3º, 1, da LF, que tem a seguinte redação: “Art. 5º. (...) (3) Arte e ciência, pesquisa e ensino são livres.”⁵¹

Desse dispositivo, Alexy recortou a formulação “Ciência, pesquisa e ensino são livres”, que reputou indeterminada, porquanto semântica e estruturalmente aberta,⁵² e passou a reformulá-la nos seguintes enunciados deônticos: (a) “é ordenado que ciência, pesquisa e ensino são livres” e (b) “ciência, pesquisa e ensino devem ser livres”.⁵³

Para captar o que Alexy quis expressar com o exemplo, é necessário observar como analisou a atuação do TCF na interpretação que fez em dois casos – BVerfGE 35, 79 (113) e BVerfGE 5, 85 (146) – para enfrentar a abertura da determinação de direito fundamental aludida.⁵⁴

⁵⁰ Convém esclarecer, todavia, que a presente indagação não pretende para si a qualidade de transcendental, mas simplesmente busca seguir algo que pode servir como um fio condutor na obra e no pensamento de Alexy, representado por um conceito específico de norma.

⁵¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 57 ff. No original, o dispositivo tem a seguinte redação, na íntegra: *Art. 5(...) (3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung*. Cfr. KIRCHHOF, Paul. *Staats- und Verwaltungsrecht: Bundesrepublik Deutschland*. 27. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999, S. 9.

⁵² Para mais detalhes, podem ser consultados os itens 2.3.1. e 6.2.2.2.

⁵³ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 57 ff.

⁵⁴ Böckenförde também cita essa decisão como exemplo adotado pelo TCF para uma norma de direito fundamental decisora de valores, assim como uma das possíveis respostas à indagação sobre como se dá a relação entre os conteúdos subjetivo e objetivo dos direitos fundamentais. Para o autor, sobre essa relação

Essa análise é feita primeiramente no plano semântico e depois no estrutural, para maior clareza. Para solucionar a **abertura semântica**, o tribunal assentou em cada caso **regras semânticas** no sentido de estabelecer o que se deve entender por “atividade científica”⁵⁵ e o que não se enquadra nesse conceito.⁵⁶

Depois, para resolver o problema da **abertura estrutural**, no caso BVerfGE 35, 79 (113), o tribunal definiu que aquela determinação contemplava uma norma que impunha **dever de ação do estado** de promoção da liberdade científica por meios pessoais, financeiros e organizacionais e também uma outra norma, a assegurar o **direito subjetivo à defesa** contra interferência estatal em favor de quem atua na área da ciência, pesquisa ou ensino.⁵⁷

a jurisprudência do BVerfG acusa divergência, dividindo-se em 3 (três) orientações, das quais a decisão sobre a liberdade científica (BVerfGE 35,79) constitui paradigma da orientação segundo a qual o conteúdo objetivo transforma e generaliza o subjetivo, comutando-o em bem jurídico a ser protegido ou em princípio da liberdade objetivo a ser realizado. Ele se torna, assim, um objeto ou objetivo normativo, que deve ser ainda determinado mais proximamente e restringido, posto em relação com outros bens jurídicos e ponderado em contraposição aos mesmos. Com isso, aproxima-se de uma concepção institucional do direito fundamental. O preço disso, segundo Böckenförde, apoiando-se em Forsthoff, consiste em que, ainda que essa liberdade objetivada dirija certas cautelas de cunho organizacional, procedimental ou de apoio, ela necessariamente carece da certeza material imprescindível para a derivação de consequências jurídicas concretas e perde o seu caráter de pretensão. Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*. In: _____. *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 211.

⁵⁵ No caso BVerfGE 35, 79, o Tribunal assentou que sob “atividade científica” deveria ser entendido “tudo o que, segundo o conteúdo e a forma, deve ser considerado como ensaio sério e planejado de investigação da verdade”. Cfr. ALEXI, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 58. No original: (...) *dass wissenschaftliche Tätigkeit alles ist, 'was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist'*(...). O julgamento registrado em BVerfGE 35, 79, em resumo, diz respeito a uma lei provisória (*Vorschaltgesetz*) sobre o ensino superior integrado na Baixa Saxônia, impugnada por professores ao fundamento de que, em órgãos colegiados internos da universidade, a forma da sua participação, em face de outros funcionários e administradores, não estava sendo adequada à relevância e à liberdade da atividade científica e também da docência. O tribunal acatou em parte o recurso constitucional, declarando incompatíveis algumas disposições da regulação local em face do art. 5º, § 3º, 1, combinado com o art. 3º, §1º (princípio da igualdade), ambos da Lei Fundamental alemã. Cfr. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035079.html>, acessado em 11.09.2012.

⁵⁶ No caso retratado em BVerfGE 5, 85, o TCF estabeleceu a regra semântica que recusava o significado de atividade científica aos “(...) conhecimentos obtidos contemplativamente [quando] acolhidos na vontade de um partido político, ou seja, de um grupo que, por sua natureza, está decidido ao agir ativo na vida estatal, e transformados em razões de determinação de seu agir político.” Cfr. ALEXI, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 58. No original: (...) *wenn 'betrachtend gewonnene(n) Erkenntnisse von einer politischen Partei, also einer ihrem Wesen nach zu aktiven Handeln im staatlichen Leben entschlossenen Gruppe, in ihren Willen aufgenommen, zu Bestimmungsgünden ihres politischen Handelns gemacht werden'*. O tribunal decidira tal caso ainda na década de 1950, quando acolhera a proibição do Partido Comunista da Alemanha (KPD), tendo feito uma distinção entre o conhecimento livre protegido pelo art. 5, § 3º, e o conhecimento enquanto usado por um partido dado, dentro de um certo programa político, com vista à sua participação na vida estatal. Cfr. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>, acesso em 11.09.2012.

⁵⁷ Cfr. ALEXI, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 58 ff.

Desse exemplo, Alexy faz extrapolação para todas as determinações de direito fundamental como possíveis pontos de ancoragem de normas de direito fundamental por meio de associação, estabelecendo-se uma relação de precisão e fundamentação para com o direito fundamental imediato posto na constituição.⁵⁸

Mencione-se, ainda, que Carlos Bernal Pulido registrou duas decisões do Tribunal Constitucional espanhol que, no juízo daquele, constituem (...) *ejemplos de reconocimiento de normas jusfundamentales adscritas contenidas em tratados internacionales* (...),⁵⁹ mas não as transcreve nem afirma que nelas se tenha utilizado especificamente a designação em tela.

1.3. Análise do conceito

1.3.1. Considerações preliminares

1.3.1.1. Distinções

O propósito de estudar a norma de direito fundamental associada carece, agora, de algumas considerações que permitem localizar o espaço em que o conceito aflora e um dimensionamento das possíveis funções que venha a desempenhar.

Como se pode antever, por mera comparação entre o número relativamente reduzido de normas diretamente estatuídas no texto constitucional⁶⁰ e o número necessário para

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 396. Note-se que o autor não está postulando que haja algo como um direito fundamental mediato como um todo; somente há direitos fundamentais mediatos, na forma de direitos de defesa ou proteção, reunidos em um feixe, constituindo um direito fundamental como um todo.

⁵⁹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 117. As referências dizem com as STCs de n. 78/1982 e 83/1982, onde teria sido reconhecido direito fundamental a representação sindical – previsto em convênios da OIT subscritos pela Espanha – por meio de “adscricão” a artigo da constituição espanhola que prevê a liberdade sindical. De observar-se que no Brasil se mostra diferente a questão acerca da necessidade de se proceder a uma associação a uma determinação de direito fundamental da constituição, na medida em que a aplicabilidade e vigência dos tratados internacionais contendo direitos fundamentais possui, desde a EC n° 45, de 1994, tratamento peculiar conforme a seguinte previsão da CF/88: “Art. 5° (...) “§ 3° Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Pode-se discutir, no entanto, o estatuto normativo dos tratados anteriores à mencionada emenda com vista à associação de NDFA.

⁶⁰ Essa não é exatamente a realidade nacional, em que a Constituição da República de 1988 optou por uma formatação mais analítica na determinação de direitos e garantias fundamentais, não somente no

solucionar a quantidade de casos que se consideram, correntemente, relevantes para o direito fundamental, resta grande espaço para preenchimento por normas associadas.

Desse modo, apresenta-se como viável o entendimento, a merecer exploração, de que a teoria da norma de direito fundamental de Alexy, às vezes ofuscada pela sua vastamente conhecida teoria dos princípios, repousa em grande parte sobre esse conceito da norma associada (*zugeordnete Norm*).

Tanto isso é verdade que por ela passa o caminho da **racionalidade da dogmática** dos direitos fundamentais:

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, à fundamentação racional de juízos de dever-ser jurídico-fundamentais concretos. A racionalidade da fundamentação exige que o caminho das determinações de direitos fundamentais aos juízos de dever-ser jurídico-fundamentais concretos seja acessível, na mais alta medida possível, a controles intersubjetivos.⁶¹

Por isso, é instigante observar quais indicações Alexy oferece sobre a extração de tais normas, ou, dito de outro modo, como se perfaz essa associação de normas de direito fundamental.⁶²

catálogo constante do art. 5º e 6º, como também esparsamente (e.g. em matéria tributária). Ainda que, no entanto, uma constituição seja detalhista na concessão de direitos fundamentais, tal não exclui a amplitude do campo de associação de normas de direito fundamental, haja vista o universo de possíveis situações a que se aplicam. Além disso, a despeito de que haja normas relativamente detalhadas quanto ao reconhecimento como fundamentais de certos direitos, ainda resta o labor hermenêutico concernente à identificação das posições jurídicas que se podem associar a cada determinação. A propósito, veja-se a distinção que Emilio Betti faz entre os brocardos *in claris non fit interpretatio* e *in claris cessat interpretatio*, com o objetivo de mostrar que, para a hermenêutica, não se dispensa a interpretação ante um texto aparentemente claro, uma vez que a clareza se trata de um meta a ser alcançada (algo como *in claris cessat interpretatio* tomado em sentido dinâmico). Nesse sentido, Emilio Betti considera a dispensa da interpretação ao argumento de clareza do texto da norma um exemplo de preconceito logicista, fruto do erro de “considerar como suficiente a si mesma a enunciação da norma como juízo lógico”. Cfr. BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 231. Também reputa equivocada a ideia de que a letra clara da lei exclua a interpretação por conter a vontade do legislador. Diz Betti: “No entanto, no ponto de partida dessa argumentação oculta-se um erro, que está em desconhecer a relatividade da qualificação de ‘clara’, a ser dada à fórmula legislativa, e em crer que ela possa ser um dado preexistente e **pressuposto**, enquanto a avaliação da clareza deve ser, quando muito, um **resultado** do processo interpretativo.” (Idem, p. 232. Destaques já constantes no original.) O mesmo ocorre na interpretação de atos jurídicos, como tratados. (Idem, p. 439.)

⁶¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 32. No original: *Die Grundrechtsdogmatik als eine praktische Disziplin zielt letztthin auf die rationale Begründung konkreter grundrechtlicher Sollensurteile. Die Rationalität der Begründung verlangt, dass der Weg von den Grundrechtsbestimmungen zu den konkreten grundrechtlichen Sollensurteilen in einem möglichst hohen Maße intersubjektiver Kontrolle zugänglich ist.*

⁶² Observe-se que as palavras portuguesas “extração” e “obtenção” acusam a mesma correlação com a atividade de mineração como a tem a palavra alemã *Gewinnung*, frequentemente empregada como

Pode-se discutir se resultam de uma simples **descoberta**⁶³ ou de uma **criação** livre, ou então de uma **formulação, construção ou reconstrução**, ou ainda de outra ação ou procedimento. A resposta a essa indagação primordial exige cautela e algum esforço, que será desenvolvido na sequência deste trabalho.

É certo que o próprio Alexy aponta expressamente como uma das vantagens do conceito de *zugeordnete Norm* o fato de permitir falar da **descoberta** de novas normas de direitos fundamentais.⁶⁴

Independentemente do alcance que se possa dar a essa afirmação, fica claro, no entanto, através da exposição de Alexy e do restante da sua obra, que não se trata de simples descoberta de algo previamente dado, nem de construções puras e simples, ante a natureza do laço que as liga às determinações do texto constitucional e às normas diretamente estatuídas.

A principal indicação sobre o que efetivamente ocorre pode ser visualizada quando ele procede à conexão da teoria da norma com a teoria dos princípios, a serem ainda detalhadas, mediante a aplicação desta àquela.⁶⁵

Nesse passo, os resultados da ponderação afloram como normas associadas com caráter de regra: “Como resultado de cada ponderação jurídico-fundamental correta, deixa-se formular uma norma de direito fundamental associada com caráter de regra, sob a qual pode ser subsumido o caso.”⁶⁶

metáfora em relação a como o direito emerge. Veja-se, por exemplo, em Alexy (*Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 100 (2005), S. 47-66), ou em Esser (*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsgewinnung*. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch, 1972) ou ainda em Kriele (*Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, citado em ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S.531).

⁶³ A dimensão heurística haverá de ser abordada quando das reflexões sobre os problema relacionados à NDFA (item 2.) e na análise da dinâmica da NDFA (item 7.).

⁶⁴ O autor usa a expressão *Entdeckung neuer Grundrechtstnormen*. Cfr. . ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 62, Fn. 57.

⁶⁵ Ver adiante o desenvolvimento do conceito de normatividade jurídica (item 5.3.) e a explicitação do seu aspecto estrutural (item 6.2.2.3.).

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 61. No original: *Als Ergebnis jeder richtigen grundrechtlichen Abwägung lässt sich eine zugeordnete Grundrechtsnorm mit Regelcharakter formulieren, unter die der Fall subsumiert werden kann.*

O passo seguinte consiste em investigar, no **processo** de associação, o **critério de identificação das normas associadas e de verificação de sua correção**. Alexy descarta a solução do critério empírico de observar se **de fato** a jurisprudência e a ciência do direito procedem à associação sob exame. Entende necessário, já que se move no âmbito de uma teoria jurídica, identificar um critério **de direito** para essa operação, o que ele encontra no exame de sua **validade**.

Porém, a validade de uma norma que não está diretamente estatuída numa determinação de direito fundamental requer desdobramentos quanto à teoria da norma e à regulatividade da NDFA, que serão feitos adiante.⁶⁷

A própria definição antes oferecida para os direitos fundamentais em geral une validade e fundamentação. Se essa fundamentação se resume, quanto às normas diretamente estatuídas, à sua indicação no texto constitucional, é ineludível que a validade da norma associada, diversamente, acusa a peculiaridade da maior dependência de um procedimento – correto – de fundamentação.

À parte dos problemas que decorrem dessa definição (a serem examinados a partir do item 2.), o critério adequado de identificação de norma associada válida⁶⁸ vem a ser o seguinte: “Uma norma associada vale e é uma norma de direito fundamental se é possível, para a sua associação a uma norma de direito fundamental imediatamente estatuída, uma **fundamentação jurídico-fundamental correta**.”⁶⁹

Portanto, toda norma associada advém de uma associação operada fundamentadamente, cuja validade depende da correção do procedimento de associação.

⁶⁷ Ver itens 5., 8. e 9.

⁶⁸ Percebe-se aqui a proximidade de Alexy com o conceito kelseneano de validade de uma norma como a sua existência específica. Diz Kelsen: “Com a palavra ‘validez’ designamos a existência específica de uma norma.” Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 9. No original: *Mit dem Worte ‘Geltung’ bezeichnen wir die spezifische Existenz einer Norm*.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 61; destaque meu. No original: *Eine zugeordnete Norm gilt und ist eine Grundrechtsnorm, wenn für ihre Zuordnung zu einer unmittelbar statuierten Grundrechtsnorm eine korrekte grundrechtliche Begründung möglich ist*. O autor imediatamente se dá conta da necessidade de diferenciar a sua posição da teoria estruturante de F. Müller, que resulta em confusão de planos (ser/dever ser; norma/razões para norma). (Idem, S. 63 ff.)

1.3.1.2. Definição provisória

A possibilidade de se estabelecer uma definição, ainda que provisória, da NDFA vê-se, todavia, diante da questão sobre a possibilidade de diferentes espécies dessa norma, ou, então, de diferentes sentidos para a mesma, haja vista as manifestações expressas de Alexy e o conjunto da teoria.

1.3.1.3. Espécies ou sentidos de norma associada

Considerando a definição a partir do conceito mais aberto da identificação de norma associada por meio da fundamentação correta e, ainda, as diversas possibilidades de construção de normas em meio ao procedimento de aplicação de normas de direito fundamental, pode-se falar teoricamente em mais de um tipo de norma associada de direito fundamental.

1.3.1.3.1. NADF *latissimo sensu*

Em sentido amplíssimo, NDFA é toda aquela norma resultante de uma associação a uma determinação de direito fundamental, seja ela por meio de uma ponderação, ou de subsunção direta a uma regra ou mesmo por analogia.

A inconveniência desse sentido decorre de que inflaciona desnecessariamente o conceito de NDFA, porquanto o estende para toda e qualquer aplicação de norma de direito fundamental, mediante a equiparação, no caso das normas em que a fundamentação se resume à indicação do texto legal em que se baseia, entre associação e a fundamentação por mera indicação textual.

Além disso, na prática a possibilidade da subsunção direta e de plano é remota, porque, no contexto geral, todas as determinações de direito fundamental possuem caráter duplo, o que torna sempre necessária, em cada caso concreto, a verificação da incidência de eventuais princípios, seja em relação ao tipo fático, seja em relação a eventual cláusula de barreira com caráter de princípio, ainda que implícito, o que, se ocorrer, ensejará a ponderação.

Assim, vislumbrando-se pela interpretação a incidência de princípio no tipo fático da própria norma, ou na cláusula de barreira, a associação passaria obrigatoriamente também pela ponderação.⁷⁰ E mesmo que se opere uma analogia, esta também levará em consideração ponderações e resultará numa subsunção.⁷¹

Registre-se, no entanto, que existem manifestações de Alexy que sugerem a possibilidade de um “direito fundamental imediato”, passível de pronta subsunção por uma simples indicação do texto constitucional,⁷² ao lado de um “mediato”.⁷³ Nessa linha, em réplica oferecida a uma crítica de Frederick Schauer, Alexy, textualmente afirma: “Há mesmo casos em que uma subsunção correta sem ponderação é impossível.”⁷⁴ Lida *a contrario sensu*, a afirmação implica que há casos em que a subsunção correta sem ponderação é possível.

Ocorre que não se pode confundir o plano do texto com o da norma,⁷⁵ nem se pode negligenciar a distinção entre a norma e a sua fundamentação. Se para esta última pode ser suficiente a mera indicação do texto, daí não segue que reste aplainada a diferença entre o que consta no plano textual e o que deontologicamente é construído, isto é, qual norma se pode fundamentar em relação ao mesmo texto.

⁷⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 122 ff. Alexy utiliza o exemplo da liberdade artística, que, se interpretado como se fosse uma regra, resulta em equívoco, porquanto há casos em que se verifica a incidência de princípios que perfazem cláusula de barreira. Uma vez que se fazem necessários a ponderação e o exame da proporcionalidade, ao final constrói-se uma regra por meio de associação, tal como no exemplo da liberdade científica. Daí que o modelo adequado, segundo Alexy, consiste em que tanto princípios como regras se deixam associar às determinações de direito fundamental. Ambos se deixam unir numa norma de direito fundamental com caráter duplo. (Idem, S. 125.) No original: *Ein adäquates Modell erhält man demgegenüber, wenn den Grundrechtsbestimmungen sowohl Regel als auch Prinzipien zugeordnet werden. Beide lassen sich zu einer Grundrechtsnorm mit Doppelcharakter vereinigen.*

⁷¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung*, in: **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, Beiheft 100 (2005), S. 47-66. Para mais detalhes, ver adiante item 8.5.

⁷² Há, também, manifestação no sentido de que o argumento de princípio, um dos subgrupos dos argumentos sistemáticos a ser utilizado na justificação externa, incluiria nos chamados casos difíceis a ponderação de princípios, pressupondo-se que esta, *a contrario sensu*, não ocorreria nos demais casos. Cfr. ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 87.

⁷³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 63. No original: *Für die unmittelbar statuierten Grundrechtsnorm reicht zur korrekten grundrechtlichen Begründung in aller Regel ein Hinweis auf den Text der Verfassung aus.*

⁷⁴ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 13 to Frederick Schauer*. In: KLATT, Matthias (Ed.) **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 354-356. No original: “*There are even cases in which a correct subsumption without balancing is impossible.*” (Idem, p. 355.)

⁷⁵ Ver mais adiante, item 5., onde se procede ao aprofundamento do conceito de norma.

Da mesma forma, o uso da distinção entre “direito fundamental mediato” e “imediato”, embora viável, requer cuidado, porquanto a mediatidade ou a imediatidade se apura ao nível da relação da norma com o texto, e não primariamente ao nível do direito em relação aos seus objetos, ainda que haja proximidade e muitos pontos em comum entre os referidos níveis.⁷⁶ A prova disso é que a existência dos dois tipos de direito é diversa quanto à forma: não existe um chamado “direito fundamental mediato” na forma de um todo, como um feixe; existem apenas direitos mediados de forma fragmentada, correspondentes a posições jurídico-fundamentais obtidas por meio de associação.

Além disso, não se pode olvidar que a fundamentação se divide em justificação interna e externa,⁷⁷ de modo que, mesmo para o direito fundamental imediato, a subsunção não se dá sem consideração, pelo menos potencial, do plano dos princípios, isto é, dos princípios que podem estar na base de uma suposta regra imediata e/ou nas possíveis razões em contrário, conforme requerido pelo caso.

A esse respeito, como pondera Marius Raabe na resposta à crítica de Aulis Aarnio à tese da separação entre princípios e regras, na interpretação de formulações normativas ingressam não somente considerações sobre semântica ou vontade do legislador, mas também asserções sobre validade e estrutura normativa, para estabelecer se, afinal, a norma pode valer de modo estrito ou se apresenta apenas o caráter de fundamento para ponderações e, pois, torna necessárias ulteriores fixações em face de razões em contrário.⁷⁸

⁷⁶ Diferentemente do que possa parecer, Teifke fala em plano da regra de direito fundamental imediato, para distingui-lo do plano da regra de direito fundamental mediato, mas a relação de mediatidade (ou imediatidade) novamente se dá no nível da norma, para distinguir entre a regra imediata e a mediata, neste último caso, aquela que decorre da colisão, a qual neste trabalho é examinada sob o título de NDFA. Cfr. TEIFE, Niels. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental. Trad. Roberto José Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 174, nota de pé de página n. 15.

⁷⁷ Distinção alexyana que remete à formulada por Wróblewski entre racionalidade interna e externa da decisão judicial na aplicação. Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The application of law*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 211-212.

⁷⁸ Cfr. RAABE, Marius. *Grundrechte und Erkenntnis: der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, S. 187. Raabe afasta, nessa passagem, o argumento de que, sendo a interpretação indesviável, rui a tese da separação entre regras e princípios. Segundo Raabe, o fato da necessidade da interpretação das normas não altera nada na diferenciação entre regras e princípios. Ainda que emerja uma regra ao final do procedimento de interpretação, isso não significa que se possa olvidar a circunstância de que a interpretação que engloba ponderação de princípios difere daquela que se faz exclusivamente por meio de premissas semânticas e empíricas. (Idem, p. 189.)

O que ocorre, na essência, é que, na perspectiva global da teoria sob exame, a construção da norma, seja como regra, seja como princípio, é muito menos um ponto de partida do que uma resultante da atividade de interpretação, a qual levará em consideração elementos diversos.⁷⁹ Nessa teoria, a interpretação consiste numa tarefa argumentativa, na qual a vinculação ao texto e à vontade do constituinte apresentam carga inicial elevada, enquanto regras e formas de interpretação semântica e genética, mas se sujeitam a argumentos em contrário, como Alexy demonstra tanto na “Teoria da argumentação jurídica”⁸⁰ como na “Teoria dos direitos fundamentais”.⁸¹

Desse modo, ante o caráter duplo das normas de direito fundamental como regras e princípios, se e na medida em que o constituinte estabeleceu fixações em forma de regra, elas são vinculantes, exceto se puderem ser aduzidas em sentido contrário à vinculação suficientes razões de direito constitucional,⁸² razões essas que darão o tom da NDFA.

Há necessidade, pois, de se buscar um conceito próprio para NDFA que não obscureça a distinção entre norma e a espécie de fundamentação que se faz necessária à luz do texto e do caso dado.

1.3.1.3.2. NDFA *stricto sensu*

Em sentido restrito, NDFA se predica daquela norma obtida exclusivamente por meio de ponderação direta entre direito fundamental com caráter de **princípio** e um ou mais **princípio(s) colidente(s)**. Esse conceito teria um alcance reduzido, excluindo aquela

⁷⁹ O tema da interpretação será esmiuçado adiante, em seus diferentes aspectos e em distintos momentos. Quanto às formas de desenvolvimento da atividade de argumentação e interpretação no discurso judicial, veja-se o item 3.2.7. Uma obra específica de Alexy sobre o tema da interpretação se encontra em ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 71-92. Em português, esse texto se pode acessar em ALEXY, Robert. *Interpretação jurídica*. In: _____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61-76.

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 273 ff.

⁸¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 498 ff., onde o autor dedica substancial espaço ao que chama de argumentação e decisão (*Argumentation und Entscheidung*), especialmente onde se debruça sobre a força vinculante do texto constitucional (*Wortlaut*) e vontade do constituinte (*Wille*).

⁸² Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 504. No original: *Soweit der Verfassungsgeber mit der Normierung der Grundrechtsnormen Festsetzungen in Regelform getroffen hat, sind diese verbindlich, es sei den, es lassen sich hinreichende verfassungsrechtliche Gründe gegen deren Verbindlichkeit anführen*.

norma que também resulta da ponderação ocorrida na interpretação de algumas regras providas de cláusula de barreira referidas a princípios.⁸³

Ainda que, teoricamente, se possa discutir a conveniência de um conceito de NDFA com tal extensão, não se vislumbra utilidade na redução prematura do seu alcance, porquanto exclui uma importante hipótese, que é a aplicação de regra que envolva barreira com caráter de princípio, o que conduzirá o intérprete ao plano dos princípios, onde emergirá a necessidade de ponderação.⁸⁴ Daí a busca de um sentido mais preciso, de extensão intermediária, para NDFA, que também contemple aquela possibilidade.

1.3.1.3.3. NDFA em sentido próprio

Em sentido de alcance intermediário, NDFA se predica não somente daquela norma em que se apresenta a colisão diretamente entre um direito fundamental com caráter de princípio e outro princípio colidente, como também os outros casos em que aflora a ponderação no processo de interpretação e aplicação, inclusive a aplicação de regras com cláusulas de barreira com caráter de princípio.

Esse sentido médio, portanto, interessa particularmente aqui, porque toma como central a ocorrência de formação de uma regra por intermédio da ponderação, com aplicação do princípio da proporcionalidade e o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Isso não impede que a associação ocorra de forma conexa com uma analogia, sendo certo, no entanto, a presença de uma ponderação de princípios colidentes a conduzir a obtenção do resultado.

1.3.1.3.4. NDFA própria em sentido estendido

Pode ser identificado ainda um sentido estendido para a NDFA, concernente às extensões que o TCF venha a fazer de uma NDFA concreta, estabelecida para um caso

⁸³ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 122 ff. Alexy não inclui, inicialmente, no exame desse tipo de norma a referência à norma associada. Todavia, no exemplo, utiliza barreira implícita com caráter de princípios e, assim, carente de ponderação, ao final de cujo processo resulta uma norma associada.

⁸⁴ Borowski destaca que em cada regra pode ser identificada uma colisão de direito fundamental e razões para barreiras, de modo que é nesse contexto que se tornam significativas as cláusulas de barreira nas determinações de direito fundamental. Cfr. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 116.

dado, tanto para os casos suficientemente idênticos, como também para casos com características novas diferenciadas. Essa é a NDFA que atua como precedente em sentido mais forte e aberto para o futuro.⁸⁵

1.3.1.3.5. NDFA própria irradiada

A par da extensão que um tribunal constitucional possa fazer em relação à aplicação no futuro de uma NDFA já obtida em determinado caso de direito fundamental no plano constitucional, também se pode conceber seja estendida ao campo da jurisdição comum, através do fenômeno da irradiação.⁸⁶

1.4. Resultado parcial (item 1.3.)

A partir das considerações anteriormente vertidas, pode-se agora lançar uma definição provisória geral da NDFA em seu sentido próprio e independente das possíveis extensões de sua aplicabilidade. Assim, uma NDFA pode ser **definida provisoriamente** 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 o qual pode ser subsumido o mesmo caso e também outros do mesmo tipo.*

A probabilidade de sucesso dessa definição provisória e, portanto, da definitivização dessa proposta, depende da análise crítica da utilidade do conceito de NDFA e dos elementos conceituais pressupostos no *definiens*, a ser realizada nos capítulos que seguem.⁸⁷

⁸⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 504 ff. Alexy faz ver que a força de precedente da norma associada extraída pelo tribunal inclui não somente quando simplesmente se vê aplicada mediante repetição a caso idêntico, mas também quando opera a extensão a casos dotados de características novas e diferenciadas, cfe. exemplos que cita. (Idem, S. 506-507.)

⁸⁶ Para mais detalhes, ver, adiante, o item 10.2.1.3.

⁸⁷ Sobre o resultado dessa empresa, veja-se o item 9.5. e, ao final, as conclusões gerais deste trabalho.

2. Da problematização do conceito

2.1. Considerações gerais

O simples enunciar de algumas características definicionais, provisoriamente reunidas acima, desde logo faz emergir indagações de ordem teórico-normativa e metodológica.

O próprio Alexy reconhece que aqui se abre a porta para graves problemas, uma vez que a invocação de normas não diretamente expressas e, também, o caráter polêmico imanente às próprias regras do processo de fundamentação, possuem o condão de atrair controvérsia num campo que, pela sua própria natureza, é deveras problemático, como é o do direito constitucional e fundamental.

Admite que, com essa ferramenta normativa não se pode evitar **incerteza** em muitos casos; contudo, prefere manter o conceito de norma associada, porque não introduz incertezas novas, nem extraordinariamente graves ou insuperáveis, e conta com razões favoráveis a seu emprego. Essa análise de risco teórico, ou ao revés, de eficiência do conceito, pode ser encontrada no seguinte excerto:

Essa incerteza não pesa, contudo, de modo excessivamente grave. Em primeiro lugar, ela não atinge em igual medida todas as normas de direito fundamental associadas. (...) Em segundo, ela é expressão de um problema que, aliás, não pode ser contornado. (...) Como existem boas razões para o emprego desse conceito, e como por meio dele não são produzidas incertezas adicionais, tudo fala em favor de sua introdução.⁸⁸

2.2. Primeiras referências críticas

Essa confiança, embora contida, de Alexy não é, todavia, compartilhada por todos. Além das múltiplas críticas levantadas à teoria dos princípios, ou à ponderação, ou a outros aspectos de caráter mais amplo da sua obra, a serem ainda estudados neste trabalho, há

⁸⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 62. No original: *Diese Unsicherheit wiegt jedoch nicht allzu schwer. Zum einen trifft sie nicht alle zugeordneten Normen im gleichen Maße. (...) Zum anderen ist sie Ausdruck eines Problems, das ohnehin nicht umgangen werden kann. (...) Da gute Gründe für die Verwendung jenes Begriffs bestehen und da durch ihn keine zusätzlichen Unsicherheiten erzeugt werden, spricht alles für seine Einführung.*

também aquelas que diretamente afrontam a NDFA e que, por isso, interessam nesse primeiro momento.

Jestaedt, por exemplo, ataca nela dois aspectos que comportam enfrentamento mais detalhado.

O primeiro problema identificado especificamente em relação à NDFA pode ser chamado **téorico-cognitivo**, identificado com o papel desempenhado na teoria dos princípios de Alexy pelo teorema que Jestaedt denomina de “teorema de obtenção do direito teórico-discursivo da fundamentação racional”.⁸⁹ Relaciona-o a um problema, que entende irresolvido em Alexy, de **teoria do conhecimento** quanto à obtenção ou construção dessa norma de direito fundamental associada. Esse problema, aduz, remete às questões relacionadas à diferença entre interpretação e aplicação, ou entre atualização e concretização, bem como ao espaço epistemológico sustentado por Alexy.⁹⁰

O segundo problema apontado diretamente à NDFA, que pode ser qualificado como **jurídico-constitucional**, diz com a **variabilidade** do direito constitucional resultante da ponderação que lhe subjaz.⁹¹ Jestaedt questiona o fato de que, como o resultado das colisões, decidido por meio de uma NDFA, ganha status de norma constitucional, isso torna o conteúdo do direito constitucional **variável** – já que, como Alexy e outros reconhecem, o resultado da ponderação é variável, de forma que não há necessariamente uma única resposta correta – e **açambarcante**, pela constitucionalização que provoca do sistema jurídico.⁹²

⁸⁹ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, S. 233. A expressão, compacta, no original, é a seguinte: *diskurstheoretische Rechtsgewinnungstheorem rationaler Begründung*.

⁹⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 423. Ver adiante item 7.5.1.3.2.1.1.

⁹¹ Outros autores igualmente referem o problema da variabilidade do conteúdo do direito fundamental e do direito constitucional, embora geralmente enderecem a crítica à teoria dos princípios e não diretamente à norma de direito fundamental associada. Veja-se, por exemplo, Frederick Schauer, que distingue variabilidade de irracionalidade, embora insista em que operar com subsunção de regras vinculadas a textos contribua para maior racionalidade do que trabalhar com ponderação. Cfr. SCHAUER, Frederick. *Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 311 ss. Sobre isso, veja-se análise adiante, item 9.2.3.

⁹² Cfr. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 167.

Jestaedt pondera que, se é verdade que a interpretação do direito (*Rechtsauslegung*) se cobre integralmente com a aplicação do direito (*Rechtsanwendung*), a norma definitiva, resultante da ponderação, não é considerada positivamente de direito (*Rechtsetzung*). No entanto, a NDFA apresenta-se com a mesma pretensão de validade como norma de direito fundamental ao lado das diretamente estatuídas.⁹³

Essas objeções à NDFA e à teoria dos princípios que a sustenta desembocam em sérias indagações metodológico-normativas e também dogmático-constitucionais: (a) A norma associada é norma de direito constitucional de conteúdo novo ou mera explicitação de conteúdo já dado? (b) Há gradações entre as normas de direito fundamental? (c) Quais são as garantias e os limites da atuação do intérprete na determinação de conteúdos constitucionais?⁹⁴

Poscher igualmente ataca a teoria de Alexy num ponto que diz respeito diretamente à NDFA.

Ele sustenta que o **conceito de regra** nessa teoria, incluindo aquela resultante da colisão de princípios, tem um sentido tão limitado, específico e concreto, que sua aplicação parece intuitiva, isto é, parece poder ser feita sem quaisquer outras considerações de interpretação e argumentos adicionais. Para o referido crítico, à base desse conceito de regra jaz um ideal da jurisprudência dos conceitos. Desse modo, a norma de direito fundamental associada, compartilhando esse conceito de regra, representaria a prova de um retrocesso metodológico,⁹⁵ já que por meio dela uma teoria metodológica superada até pela própria teoria da argumentação jurídica de Alexy teria encontrado um porto.⁹⁶

⁹³ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, S. 233 ff.

⁹⁴ Essas questões serão devidamente analisadas adiante, após estabelecidos os pressupostos filosóficos e jurídicos correspondentes, seja mais especificamente na especial regulatividade da NDFA (item 9.), seja mais em geral quanto à adequação da teoria dos princípios (item 6.2.2.4.3.), inclusive com relação a argumentos críticos levantados por Jestaedt (item 6.2.2.4.2.4.).

⁹⁵ POSCHER, Ralf. *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007., S. 70 ff. O autor dedica um dos capítulos desse artigo, que faz um balanço crítico da teoria dos princípios, ao que chama de retrocesso metodológico do conceito de regra da teoria dos princípios (*der methodologische Rückfall: der Regelbegriff der Prinzipientheorie*).

⁹⁶ POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 77. Textualmente, assevera Poscher: *Dem Regelbegriff der Prinzipientheorie liegt ein begriffsjuristisches Ideal zugrunde, das einerseits mit der Prinzipientheorie überwunden werden soll, andererseits in ihrem Regelbegriff wieder auftaucht.(...) Und auch die Regeln, die sich aus den Prinzipienkollisionen ergeben, sind jeweils so konkret, dass ihre Anwendung auf einen Sachverhalt intuitive einleuchtet*. Veja, no

Poscher levanta críticas contundentes não somente à NDFA, mas à teoria dos princípios em geral, na qual tem a sua vertente. Todavia, essa e outras objeções não podem ser apreciadas neste momento, sem recurso a um estudo mais profundo das teorias da norma e do direito que alicerçam aquele constructo.⁹⁷

Certo é, no entanto, que alguns pressupostos básicos do pensamento de Alexy sobre filosofia e teoria do direito demandam uma investigação mais aprofundada, para que faça algum sentido a busca de uma definição consistente para a NDFA e para o exame de sua operabilidade enquanto conceito no âmbito a que se destina.

2.3. Utilidade do conceito em face das abordagens tradicionais

Considerando que as referências críticas acima ventiladas, que se ocuparam diretamente do conceito de NDFA, a questionaram enquanto ente normativo e também como objeto da epistemologia e metodologia do direito, resta verificar se, nesses âmbitos, é possível encontrar respostas a essas críticas, e, quiçá, soluções alternativas para o problema cujo equacionamento a NDFA invoca para si.

As questões que demandam apuração são, em resumo: a) Seria a NDFA realmente um retrocesso, em face de alternativas já existentes? b) Seria ela dispensável, à vista de possíveis alternativas melhores?⁹⁸

A questão permite um enfoque unificado, desde que se a analise com base em teorias metodológico-normativas que tentam oferecer respostas para o problema central a que a NDFA se propõe resolver.

mesmo sentido: POSCHER, Ralf. *The principles theory: how many theories and what is their merit?* In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 218-247.

⁹⁷ Vejam-se a esse respeito a elucidação das críticas, inclusive de Poscher, quanto à adequação da teoria dos princípios (item 6.2.2.4.3.).

⁹⁸ Além da análise que se passa a fazer na sequência, há item específico sobre essa crítica à adequação metodológica e dogmática da teoria dos princípios e, por extensão, da NDFA (itens 6.2.2.4.3.3. e 6.2.2.4.3.6.)

2.3.1. Teoria das fontes

A teoria das fontes do direito opera com a ideia de modos de criação ou de revelação das normas,⁹⁹ com vista à explicação e justificação de sua pretensão de validade, de modo que uma norma só pode apresentar-se como válida se tiver a sua origem em uma fonte formalmente reconhecida, ou, dito de outro modo, uma fonte formal.¹⁰⁰

Formalmente, em se adotando a abordagem das fontes, a NDFA está ligada à lei, mas a uma lei especial, que é a constitucional.¹⁰¹

Isso não seria problema para a norma de direito fundamental diretamente estatuída por meio de algum dispositivo da constituição. Porém, pela caracterização feita, na NDFA tal pressuposto está de antemão excluído.

Assim, um indicativo da origem das normas associadas, na perspectiva da teoria das fontes, encontra-se numa característica particular e destacada das determinações de direito fundamental (*Grundrechtsbestimmungen*).¹⁰²

⁹⁹ A hesitação acerca da origem da norma aparece em constitucionalista de renome, como Jorge Miranda, o que bem ilustra a limitação de uma teoria das fontes, sobretudo quando amarrada à teoria da vontade na formação da norma. Veja-se, a propósito, a seguinte citação, que trata das “fontes formais de direito e o Direito Constitucional”: “I – Como se sabe, as fontes de Direito na aceção técnica rigorosa (fontes formais) são os modos de criação – ou, doutro prisma, de revelação – de normas jurídicas e reconduzem-se, no essencial, no Direito interno, a lei, a costume e a jurisprudência.” Cfr. MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 235.

¹⁰⁰ Um estudo sistemático geral das fontes do direito pode ser visto em HECK, Luís Afonso. *As fontes do direito*. São Paulo: RT, n. 677, mar. 1992, p. 59-81.

¹⁰¹ Não se descarta a possibilidade de que a constituição (como a brasileira vigente) faça remissão a uma fonte externa para direitos fundamentais, como por exemplo tratados; todavia, ainda assim a teoria tradicional se daria por satisfeita com o critério da vinculação à constituição.

¹⁰² Pulido prefere traduzi-las por *disposiciones fundamentales*. Cfr. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ª Edición. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 46 ss. A esse propósito, vê-se que também a tradução portuguesa de Virgílio Afonso da Silva, à semelhança da versão castelhana de Pulido, optou por traduzir *Bestimmung* por “disposição”. Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66 ss. Com isso, por um lado, talvez se procure evitar uma aparente *contradictio in adjecto* de uma determinação indeterminada (ou de uma indeterminação de determinações), mas, por outro lado, instaura-se um distanciamento em relação ao sentido mais próprio de *Bestimmung*. A suposta contradição, ademais, solve-se pela distinção entre o nível abstrato e o concreto, o que agrega um elemento dinâmico ao conceito de determinação, como se estabelecerá na sequência do texto, a partir da posição de Alexy.

Trata-se da **indeterminação normativa** que, a par da indeterminação semântica comum a todas as disposições normativas, acometeria de modo especial as determinações de direito fundamental, seja em nível abstrato, seja em concreto.

O que caracteriza a adjectivação como **normativa** dessa indeterminação está explicado pela seguinte razão, de acordo com Gavião Filho, amparado em Bix: “Cuida-se de uma indeterminação normativa sempre que de uma disposição jurídica não se pode retirar de maneira exaustiva o conjunto total de seu significado normativo.”¹⁰³

Borowski atribui essa indeterminação ao fato de que as constituições em primeira linha representam um documento político antes de serem concebidas a partir de uma perspectiva jurídico-sistemática.¹⁰⁴

Abstratamente, segundo Pulido, todas as “disposições” de direito fundamental padecem de indeterminação, embora seja certo que pelo menos a validade da norma fundamental diretamente estatuída possa ser identificada de imediato. A indeterminação concreta, segundo o mesmo autor, diz com a questão se determinada norma de direito fundamental vale como uma norma estatuída por certa disposição (textual) de direito fundamental.¹⁰⁵

Gavião Filho descreve essa relação entre indeterminação e normas associadas da seguinte forma:

O elevado grau de indeterminação normativa de quase todas as disposições de direitos fundamentais autoriza que de uma mesma disposição de direito fundamental pode ser retirada a norma diretamente estabelecida e tantas outras quantas lhe possam ser associadas (*zugeordnete*). As normas de direitos fundamentais não são apenas aquelas diretamente expressadas pelas disposições de direitos fundamentais, mas também aquelas que podem ser formuladas a partir da abertura semântica das expressões integrantes da proposição normativa de direito fundamental.¹⁰⁶

¹⁰³ Cfr. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 35.

¹⁰⁴ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 28.

¹⁰⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 100.

¹⁰⁶ Cfr. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 35.

Como já explicitado, Alexy indica o nascedouro das NDFAs na **abertura semântica e estrutural** das determinações de direito fundamental.¹⁰⁷

Admite, pois, essa indeterminação **no plano abstrato**, e em geral a reporta ao tipo de linguagem utilizada nos textos constitucionais; desenvolve-a sob o conceito de caráter duplo (*Doppelcharakter*) das determinações de direito fundamental, a ser adiante analisado.¹⁰⁸ Não a confunde, porém, com aquela indeterminação coincidente com o espaço estrutural, em que cessa a atividade de controle jurisdicional na exata proporção em que se chega ao limite do direito constitucional, ou seja, há indeterminação mas não normativo-constitucional.¹⁰⁹

Contudo, no sentido próprio, essa indeterminação, a par de normativa, tem natureza **estrutural**, porquanto, via de regra, o texto constitucional não explicita o tipo estrutural da norma (se regra ou princípio) que dela se possa extrair e tampouco a abertura estrutural às diferentes posições jurídico-fundamentais que possam associar-se à respectiva determinação.¹¹⁰

¹⁰⁷ Veja item 1.2.

¹⁰⁸ Sobre o caráter duplo das determinações de direito fundamental, ver mais detalhes no item 6.2.2.3.2. Pulido vai ao ponto de elencar cinco causas dessa indeterminação normativa, a saber: 1) a indeterminação semântica *stricto sensu* (ambigüidade, vagueza e abertura dos termos); 2) a indeterminação sintática (incerteza gerada pelas relações entre os termos); 3) a indeterminação estrutural (possibilidade de uma norma ser cumprida de diferentes maneiras); 4) a redundância (concorrência de disposições fundamentais para o mesmo direito fundamental); e 5) a indeterminação pragmática (dúvidas sobre o caráter normativo de certas expressões textuais). O proveito dessa classificação, porém, reduz-se à indicação da multidimensionalidade causal e da sua relação quase direta com as dimensões da linguagem, o que deve ser considerado na interpretação de direitos fundamentais. Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 99-110.

¹⁰⁹ Queiroz utiliza a expressão “indeterminabilidade estrutural”, para referir o fenômeno que atinge os direitos fundamentais e as pretensões jurídico-fundamentais no que tange à sua garantia e efetivação pelos poderes públicos, assim como ao problema da responsabilidade pela concretização e especificação desses direitos. Entende Queiroz que essa indeterminidade estrutural dos direitos e das pretensões jurídico-fundamentais se traduz num espaço de apreciação e prognose, onde vige uma liberdade de escolha de meios de proteção que é limitada. Cfr. QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 233.

¹¹⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 58. ff. Alexy faz ver que a abertura estrutural consiste em que, tão somente a partir do comando de que ciência, pesquisa e ensino devam ser livres, não se pode deduzir se esse estado de coisas deve ser alcançado mediante ações do estado, ou se consiste em abstenções do estado, ou ainda se a existência ou a produção desses estado de coisas pressupõe, ou não, um direito subjetivo dos cientistas à liberdade da ciência Na mesma linha, diz Borowski: “Propriedades estruturais de normas são, em regra, pressupostas implicitamente, não estatuídas explicitamente.” Cfr. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 115. No original: *Strukturelle Eigenschaften von Normen werden regelmässig implizit vorausgesetzt, nicht explizit statuiert*. Embora aqui Borowski se refira diretamente à estruturação de uma norma ou como regra ou como princípio, o raciocínio se aplica também às demais propriedades que se podem classificar como estruturais de uma norma.

Dessa indeterminação básica, surgem, como o aponta Borowski, duas situações em que aflora dúvida sobre qual é a norma, do ponto de vista semântico, quando se parte de concepções simples. Em ambos os casos, aflora dúvida acerca da associação de norma de direito fundamental.

No primeiro caso, a dúvida se abate sobre qual norma deve ser associada interpretativamente a uma determinação correspondente, quando não se origina claramente da literalidade uma determinada norma. Em suma, o caso é de pluralidade de possíveis normas associadas em face de cada determinação de direito fundamental.¹¹¹

No segundo caso, uma mesma norma de direito fundamental pode ser associada interpretativamente a mais de uma determinação de direito fundamental, ou mesmo a várias delas, ou a um conjunto delas. Dito de outro modo, o caso retrata a pluralidade de associações de uma mesma norma, em face da pluralidade de determinações candidatas à associação ou à possibilidade de agregação de diferentes determinações para obtenção de uma só associação.¹¹²

Tem-se, dessarte, um conjunto indefinido de possibilidades de normas de direito fundamental obtíveis por meio de associação, seja pela pluralidade de associações possíveis em relação a cada determinação, seja pela possibilidade de associações a diferentes determinações e mesmo a agrupamentos de determinações para obtenção de novas associações.

A riqueza proporcionada por esse conceito específico de norma é, como facilmente se percebe, também a causa do caráter controverso da própria associação de normas por meio de interpretação de determinações de direito fundamental.

¹¹¹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 28. Diz Borowski: *El primer caso se presenta cuando a partir de la literalidad de las disposiciones de los derechos fundamentales no se origina claramente una determinada norma de derecho fundamental. Aquí se plantea la pregunta de qué norma de derecho fundamental debe ser adscrita interpretativamente a la disposición correspondiente.*

¹¹² BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 28. Assevera Borowski: *El segundo caso consiste en que la misma norma de derecho fundamental puede ser adscrita interpretativamente a varias disposiciones.*

Embora seja relevante a localização do nascedouro das normas de direito fundamental ditas associadas, representa apenas um passo inicial nesta pesquisa, coincidente com o contexto da descoberta, mas ainda pende de desenvolvimento do estudo para o interior do campo da justificação da asserção de uma tal espécie de normas.

É verdade que a ciência do direito do passado edificou algumas estruturas teóricas que buscavam dar conta de fenômenos como aquele que enseja a NDFA. Todavia, como se vê, a tentativa de abordagem com recurso à ferramenta tradicional da identificação de uma fonte da NDFA claramente fracassa, porquanto nela não se vislumbra senão um aceno remoto de uma justificativa mínima para que se adote tal conceito.

Com efeito, da circunstância ocasional de ser o texto constitucional aberto, quase nada se extrai quanto ao conteúdo específico de determinadas normas de direito fundamental que se construam por meio da mencionada associação a determinações contidas nesse texto. Para a teoria das fontes, que pressupõe um sistema fechado ou pelo menos definido quanto às normas aceitáveis no ordenamento, ou então que prevê uma norma de reconhecimento ou ainda uma meta-norma a determinar quais são as fontes do direito válido,¹¹³ a NDFA representa um ponto crítico ou um teste.

Nada se obtém, igualmente, sobre a justificação dessa construção normativa e, portanto, sobre a sua validade e a legitimidade de sua imposição enquanto norma de direito fundamental.

Uma questão central que a indicação da fonte não possibilita responder diz com a possibilidade e eventual justificativa e limites ao ingresso de elementos morais na determinação do conteúdo normativo antes incompleto ou inacabado.¹¹⁴ Esse aspecto

¹¹³ Nesse sentido, veja-se GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 362.

¹¹⁴ Veja-se, a propósito, a manifestação de Kelsen a respeito das assim chamadas “fontes do direito” (*die sogenannte ‘Rechtsquellen’*). Ele concorda com a inclusão, nesse conceito, do costume, como demonstrado pelo direito internacional, mas sustenta a necessidade de que, ao lado das normas jurídicas gerais, também as individuais sejam admitidas como parte integrante do direito. Apura, igualmente, o sentido em que a constituição funciona como uma fonte de outras normas. Num segundo momento, esclarece que a expressão “fontes do direito” por vezes é usada também num sentido não-jurídico quando equipara a fontes genuínas (jurídico-positivas) outras representações (*Vorstellungen*) que de fato influam no exercício da função de criação e de aplicação do direito, como princípios morais e políticos, teorias jurídicas, pareceres de peritos e assim por diante. Cfr. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 238-239.

indica um ponto a ruptura da teoria de direito fundamental de Robert Alexy com o positivismo, embora não baste para caracterizar a sua posição.

2.3.2. Teoria das lacunas

Uma segunda abordagem que pretende oferecer soluções para o problema do preenchimento de espaços de indeterminação normativa deixados por constituições e leis, com vista à justificação dos atos normativos destinados à sua saturação, é a que mira no carácter lacunoso dos textos normativos e se propõe estabelecer o seu tratamento.

Destaca-se, nesse campo, a chamada **lacuna normativa**, que Engisch define – conquanto reconheça que a extensão do conceito de lacuna varie conforme a terminologia adotada¹¹⁵ – como uma “incompletude insatisfatória de um todo”,¹¹⁶ ou mais especificamente como uma questão à qual o direito positivo – lei e direito consuetudinário – não oferece resposta imediata.¹¹⁷

Tal espaço não se identifica com aquelas questões que o legislador deixa propositalmente em aberto para soluções variáveis, por meio de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, ou cláusulas de discricionariedade,¹¹⁸ nem pode ser

¹¹⁵ Engisch, diante do emaranhado conceitual em torno do tema da completude do direito, adota uma estratégia conceitual mediante a qual considera o conceito de lacuna pressuposto pela atividade judicial da integração do direito (*Rechtsergänzung*): “Lacunas são deficiências do direito positivo (do direito legislado ou do consuetudinário), que se fazem sentir como o faltar de conteúdos de regulamentação jurídica lá onde estes são esperados em relação a determinados estados de coisas, e que exigem e admitem o seu suprimento por meio de uma decisão judicial jurídico-integradora.” Cfr. ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 11. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, S. 239. No original: *Lücken sind Mängel des positiven Rechts (des Gesetzes- oder des Gewohnheitsrechts), die als Fehlen rechtlicher Regelungsinhalte dort, wo sie für bestimmte Sachverhalte erwartet sind, spürbar werden und die Behebung durch eine rechtsergänzende richterliche Entscheidung fordern und zulassen*.

¹¹⁶ ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 11. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, S. 236. No original: *Eine Lücke ist eine unbefriedigende Unvollkommenheit eines Ganzen*. A tradução portuguesa dessa obra pode ser encontrada em ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. Engisch agrega à insatisfatoriedade a ideia de incongruência com um plano e frustração de expectativa de regulamentação; por isso, a lacuna própria ou involuntária se distingue daquela opção deliberada e consciente do legislador de não atribuir consequências jurídicas a determinados fatos, deixando-os no espaço vazio de direito (*Rechtsleeren Raum*). (Idem, S. 236 ff.)

¹¹⁷ ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 11. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, S. 236 ff. Se o direito, através de técnicas como a interpretação extensiva, permite uma resposta, não se está diante de lacuna própria. A analogia ingressa como um dos principais métodos de preenchimento judicial de lacunas, ou seja, de integração. Sobre a relação entre o conceito de lacuna e de espaço livre de direito (*Rechtsfreier Raum*), cfr. idem, S. 237 ff. Engisch, além de lacunas próprias e impróprias, distingue as primárias das secundárias. (Idem, ibidem.)

¹¹⁸ ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 11. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, S. 240.

confundido com as omissões legislativas verificáveis e contrastáveis pelos remédios constitucionais disponíveis.¹¹⁹

Não é possível enfrentar aqui a minúcia da teoria das lacunas, pela sua amplitude,¹²⁰ devendo ser anotado, apenas, que o recurso oferecido para a sua solução se resume aos mecanismos da interpretação (*lato sensu*), ou, mais propriamente, de integração como a analogia.¹²¹

Tais ferramentas, contudo, se revelam insuficientes e mesmo inconvenientes para dar conta do fenômeno da NDFA, porquanto, ao final, torna a emergir o problema capital de toda a interpretação, que consiste em sustentar a validade da solução encontrada, porquanto, além de localizá-la, há de se comprovar a reunião dos requisitos de validade. Em outras palavras, dizer que determinada decisão cobre uma lacuna normativa ainda não basta para uma fundamentação da sua escolha alternativamente a outras possíveis. É mister obter solução que possa ser defendida como a mais correta dentro das possibilidades dadas.

A esse propósito, Engisch reconhece¹²² que a colmatação de uma lacuna por meio de analogia não se consegue fazer por raciocínios puramente lógicos, constatação que

¹¹⁹ Jorge Miranda oferece uma distinção, cfe. segue: “III – As lacunas constitucionais não se confundem com as omissões legislativas (também estas suscetíveis de análises diversas), as quais correspondem a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas e cujo não preenchimento (ou não preenchimento após o decurso de certo tempo) determina inconstitucionalidade por omissão. As lacunas são situações constitucionalmente relevantes *não previstas*. As omissões legislativas reportam-se a situações *previstas*, mas a que faltam, no programa ordenador global da Constituição, as estatuições adequadas a uma imediata exequibilidade. As lacunas são verificadas pelo intérprete e pelos órgãos de aplicação do Direito. As omissões, se podem ser por eles também verificadas, só podem ser declaradas especificamente pelos órgãos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.” MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 330. O autor apresenta, ainda, uma indicação de solução de lacuna que retoma o problema central sob exame: “O preenchimento de lacunas significa a determinação da regra para aplicação ao caso concreto e é tarefa do intérprete e do órgão de aplicação. A integração de omissões inconstitucionais reconduz-se à edição da lei pelo legislador, a não ser que se trate de omissões parciais e relativas e seja possível ao tribunal emitir sentenças aditivas.” (Idem, ibidem.)

¹²⁰ Um resumo adensado se pode encontrar em GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 173 ss.

¹²¹ ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. 11. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, S. 247 ff.

¹²² ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. 11. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, S. 248 ff. Segundo o autor, a concepção tradicional, que vê na analogia um arranjo de indução (conclusão do particular para outro particular) com interpolação de uma dedução (passagem de um pensamento geral, obtido por meio do conceito de semelhança, para o particular), tem de ser complementada com a percepção da ousadia (*Wagnis*) metalógica, axiológica e teleológica que está na base daquele juízo de semelhança. Por isso, para Engisch, constantemente o intérprete vê-se compelido a escolher entre um argumento analógico (ou seja, para reconhecer a presença da razão de igualdade de tratamento) e um *a*

faz transparecer para nós a insuficiência instrumental da teoria das lacunas¹²³ e recomenda a adoção de uma teoria da argumentação jurídica que possibilite distinguir e compatibilizar argumentos de justificação interna e, também, de externa.

Falta-lhe a concepção básica de que não é suficiente a constatação da inexistência de determinação normativa, justamente porque o principal está em encontrar instrumentos analíticos que permitam superá-la de um modo que possa ser controlado e acessível.¹²⁴

Nada impede, no entanto, que se levem em consideração algumas indicações já feitas pela teoria das lacunas no modelo de argumentação a ser mais bem explicitado na sequência.

contrario (ou seja, para reconhecer a razão para a diferença de tratamento), escolha esta que não pode de fato fazer-se no plano da pura lógica, sendo também necessárias considerações de ordem teleológica e valorações. A propósito disso, o lógico Salmon também sustenta, em relação ao raciocínio analógico em geral, que a sua força depende de um juízo de relevância das convergências de coisas de diferentes espécies em comparação, o que não se pode fazer exclusivamente com reflexões lógicas e depende de conhecimentos empíricos da matéria. (Cfr. SALMON, Wesley C. *Logik*. Stuttgart: Reklam, 1983, S. 203.) Nessa linha, para Engisch, o juízo analógico no âmbito jurídico deita raízes no solo profundo do direito, nutrindo-se da concepção de que os juízos de valor gerais das leis e do direito consuetudinário devem regular e governar não somente os casos imediatamente afetados, mas também aqueles que apresentem uma configuração semelhante. Essa concepção, além de enfatizar a exigência cognitiva pressuposta pelo raciocínio analógico, remete a uma ideia nuclear do direito, que é o princípio geral do tratamento igual. Não por acaso, Engisch, ao tratar do tema, cita expressamente o pensamento de Alexy quanto ao papel da premissa da igualdade de tratamento: “Em verdade, é característica daquilo que se chama no campo jurídico de ‘analogia’ a vinculação entre, de um lado, funcionando como premissa menor, um juízo de semelhança (como constatação da concordância nas relações essenciais) e, de outro lado, nossa premissa maior claramente derivada do princípio da igualdade de que se deve tratar de modo igual aquilo que concorda nas relações essenciais.” Cfr. ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 11. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, S. 249-250. No original: *In Wahrheit ist aber für das, was man im Rechtsbereich ‘Analogie’ nennt, charakteristisch die Verbindung eines als Untersatz fungierenden Ähnlichkeitsurteils (als der Feststellung der Übereinstimmung in den wesentlichen Beziehungen) mit unserem offenbar dem Gleichheitsgrundsatz entspringenden Obersatz, dass das, was in den wesentlichen Beziehungen übereinstimmt, auch gleich zu behandeln ist.*

¹²³ Note-se o esforço teórico do preenchimento das lacunas para atender ao dogma da completude e da resolução das antinomias, para manutenção da consistência do ordenamento. Cfr. GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 215 ss.

¹²⁴ Uma abordagem mais atualizada pode operar com o conceito de espaços, dentre os quais se distinguem os estruturais, caracterizados pela ausência de mandamentos definitivos dados, e os meramente epistêmicos, isto é, limitados ao conhecimento, seja ele meramente empírico, seja ele normativo. Essa distinção e as diferenças correspondentes de tratamento eliminam confusões que ainda persistem na teoria das lacunas. Para mais detalhes, veja adiante, itens 8.5.5. (espaços semânticos na precisação) e 9.3.2. (dogmática dos espaços).

Alexy, por exemplo, utiliza do conceito de lacunas e sustenta que em todos os sistemas jurídicos existem “lacunas de abertura” (*Offenheitslücken*).¹²⁵ Porém, ainda que isso represente uma demarcação inicial em face do positivismo jurídico,¹²⁶ a questão nodal não reside em admitir a existência de abertura ou de identificar os respectivos pontos num sistema jurídico dado, ou em simplesmente adotar essa ou aquela nomenclatura, mas, sim, no estabelecimento de formas de identificação e de preenchimento que possam ser controladas racionalmente. Importa, em outros termos, elaborar uma teoria estrutural e racional que dê conta dessa abertura normativa.

Tal carência se traduz, especialmente em se tratando de direitos fundamentais, na **indispensabilidade de uma teoria dos princípios**, já que o modelo puro de regras, ao atribuir ao sistema jurídico como tarefa única atender ao postulado da segurança jurídica (*Postulat der Rechtssicherheit*), deixa do lado de fora do direito outras demandas igualmente relevantes;¹²⁷ com isso, as exigências de outros postulados da racionalidade prática (*Rationalitätspostulate*), como o da moralidade e o da política, endereçados aos participantes do processo de produção do direito, permanecem externas ao modelo, de tal forma que, do ponto de vista do sistema jurídico, o que delas se transforma em regras jurídicas, e com isso nele vem a se incorporar, o é por acidente.¹²⁸

¹²⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 213-231. O texto pode ser acessado em português na seguinte publicação: ALEXY, Robert. Sistema jurídico e razão prática. In: _____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 162-175.

¹²⁶ Kelsen, por exemplo, estabelece nítida correlação: “É de importância máxima que o positivismo jurídico é unido com a suposição que um ordenamento jurídico positivo pode ser aplicado em cada caso apresentado a um tribunal para decisão, que, nesse sentido, não existem lacunas no direito.” Cfr. KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 93. Kelsen não ignora que haja normas defeituosas ou casos de ausência de normas criadas por lei ou costume válidas; porém, sustenta que, ainda assim, há norma jurídica – e portanto aplicação do direito – a autorizar que os tribunais decidam tais casos segundo um “poder discricionário completamente livre”. (Idem, ibidem.)

¹²⁷ O trato da segurança jurídica sem considerar a relação tensa que ela mantém com a correção (*Richtigkeit*) negligencia o elemento da justiça, que corresponde à correção material do direito. Nesse sentido ALEXY, Robert. *Rechtssicherheit und Richtigkeit*. In: GERLOCH/TRYZNA/WINTR (eds.). **Metodologie interpretace práva a právní jistota**. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeňek, 2012, S. 378-393.

¹²⁸ ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 216-217. S. 221-222.

Assim, por exemplo, o modelo fracassa em explicar adequadamente, a sutil e complexa convivência de uma norma de concessão e outra de outorga de competência para estabelecer barreira ao mesmo direito fundamental.¹²⁹

2.3.3. Princípios implícitos

Constatada a imprescindibilidade de uma teoria dos princípios para o problema da abertura ou das lacunas de abertura de um sistema, sobretudo na órbita dos direitos fundamentais, convém verificar qual teoria dos princípios se molda ao atendimento desse desiderato.

Uma candidata que de plano se apresenta é a dos princípios implícitos, porquanto parece perfazer, numa primeira visada, essa ligação entre algo que está indeterminado mas pode vir a determinar-se e outro que carece de uma determinação. Outra candidata se encontra no chamado direito não-escrito, pela mesma ordem de razões.

Trata-se, pois, do enfrentamento dos espaços de indeterminação ou de abertura mediante, por um lado, a postulação de princípios implícitos, em oposição aos explícitos, e, por outro lado, a afirmação do chamado direito não-escrito, ou mediante uma combinação de ambos.¹³⁰

Pode-se também conceber que essas atitudes resultam da constatação de que “o direito não é idêntico com a totalidade das leis escritas”, que justifica o reconhecimento

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 216-217, S. 221.

¹³⁰ É visível essa conjunção no seguinte texto de Barroso, que cita publicação anterior sua, onde aprecia decisão do TCF citada pelo filósofo Jürgen Habermas: “(...) ‘Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, (...) tem-se, aqui, como fora de dúvida que esses bens sociais supremos existem fora e acima da letra expressa das normas legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e estão em permanente mutação.’ Em decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão: ‘O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões’. BVerGE 34, 269, apud HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v.1, cit., p. 303.” Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) et alii. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2003, p. 01-48, p. 29, nota 58.

de uma competência e correspondente tarefa ao juiz de “aplicação jurídica criadora”, dentro de determinados limites.¹³¹

Dentro do campo da abordagem sob a ótica do preenchimento de vazios de determinação normativa do texto constitucional, a invocação de princípios implícitos recebe significativo aporte na doutrina¹³² e na jurisprudência.¹³³

Essa ideia, por mais importante que haja sido na interpretação dos direitos fundamentais e do direito em geral na história da jurisprudência e na doutrina, carece de aperfeiçoamento técnico, com vista à possibilitação do controle da explicitação dos conteúdos principiológicos ditos implícitos.

A alternativa de trabalhar com princípios implícitos representará uma via importante para autores como Dworkin e o próprio Alexy, mas com métodos e concepções diferenciadas, como se verá adiante.¹³⁴

2.3.4. Direito não-escrito

Outra forma de abordagem do problema consiste no chamado direito não-escrito.

¹³¹ Nesse sentido HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 209 ss. O autor destaca que essa competência (e tarefa), que inclui a atuação corretiva em face da lei escrita que se apresente lacunosa desde a origem (lacuna estática) ou posteriormente (lacuna dinâmica), sempre tem sido reconhecida ao juiz e utilizada pelos tribunais superiores alemães. Em julgamento do TCF que o autor transcreve parcialmente, encontra-se o fundamento dessa competência, que é a inalcançabilidade da completude do sistema jurídico. Outro fundamento, de índole legal, constitui a autorização para a “formação permanente do direito”, que consta do § 137 da Lei de Organização Judiciária alemã. Quanto aos limites dessa competência, destacam-se os constitucionais.

¹³² Guastini faz distinção entre princípios expressos e não-expressos, cfr. GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, 191-195. De modo similar: AVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7. Cfr. também BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) et alii. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 01-48, p. 29. Barroso, ao abordar a interpretação constitucional e o mais recente reconhecimento da normatividade dos princípios, assim se expressou: “Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas.”

¹³³ Cite-se, por exemplo, a fundamentação principiológica contida na decisão da ADI 4277 pelo STF. (Ver anexo, primeira ementa). Mencionem-se, especialmente, os votos do Min. Marco Aurélio, que se reportou expressamente a princípios implícitos, e do Min. Celso de Mello, que referiu o direito à felicidade como implícito ao princípio da dignidade.

¹³⁴ Vejam-se os itens 2.3.8. (teoria integrativa de Dworkin) e 6.2.2.3. (Alexy).

Embora o conceito de norma associada possa ser considerado recente na história do pensamento jurídico, em algum sentido ele, justamente por não constar diretamente no texto constitucional, está vocacionado a ocupar, pelo menos em parte, um nicho tradicional, concernente a normas não-escritas,¹³⁵ ou a direito não-escrito.

Esse último corresponde a uma corrente que, de tão densa e vetusta, sequer pode aqui ser convenientemente resumida.¹³⁶ Registre-se apenas que toda a tradição do direito natural, seja a antiga, seja a moderna, centra-se na defesa de direitos desprovidos de fixação em textos.

¹³⁵ Klement, citando o exemplo dos direitos sociais, imputa à teoria dos princípios de Alexy o efeito de estabelecimento de normas novas, sem base no texto constitucional. Cfr. 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 Press, 2012, p. 193-194. No original: *The principles theory allows norms to be established without reference to the text of a constitution*. Alexy responde a isso em ALEXY, Robert. *Reply 7 to Jan Henrik Klement*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 335-337. Ver sobre a novidade da NDFA o item 9.2.4.

¹³⁶ Aristóteles ao tratar da política, cogitou da existência de leis não-escritas, a par das escritas. Posicionou-se, inclusive, pela necessidade dessa distinção e pela maior autoridade reconhecida àquelas impressas nos costumes dos povos em face das escritas. Cfr. ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 154 e 231. Cfr. também ARISTÓTELES. **Polítik**. *Übersetzt von Franz F. Schwarz*. Stuttgart: Reclam, 1989, S. 197; 308. Na retórica também há referência, por Aristóteles, a leis não-escritas. Cfr. ARISTÓTELES. **Rhetorik**. *Übersetzt und erläutert von Christof Rapp*. Berlin: Akademie Verlag, 2002, S. 62. Os gregos efetivamente conheciam e emprestavam eficácia a leis não-escritas (*thesmos*: θεσμός.) em oposição ao direito posto, primordialmente ligadas ao direito sacro, mas também relacionadas com o direito natural e, ainda, ao direito costumeiro. O dicionário português registra o elemento de composição “tesmo”, com o seguinte significado: “antepositivo, *do gr. thesmós, oû* 'lei, instituição', semanticamente conexo com *'nom(o)-*, ver; ocorre já em voc. origin. gr., como *tesmóteta* (*thesmothétés*), já em cultismos do sXIX em diante: *tesmofiláceo, tesmófora, tesmofórias*”. Cfr. DICIONÁRIO HOUAISS da língua portuguesa. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 2.707. Sobre o conflito entre a lei decretada pelo estado, na pessoa do tirano Creonte, e a lei não-escrita, que confere o direito e ao mesmo tempo atribui o dever de dar enterro digno ao familiar e compatriota Polinices, veja-se a tragédia de Antígona, de Sófocles. Nesse sentido: JAEGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 229-230. Segundo Albin Lesky, essa tragédia de Sófocles não pode ser lida, como fizera Hegel, como o conflito objetivo entre duas pretensões justificadas, a do estado e a da família, mas, sim, no sentido de que Antígona luta pelas leis não-escritas e invioláveis dos deuses, a que a *polis* nunca deve opor-se; essas leis eternas estariam confirmadas pelo sacrifício da própria vida por Antígona e pela ruína moral de Creonte, que lutara contra elas. Cfr. LESKY, Albin. **A tragédia grega**. Trad. Moysés Baumstein. São Paulo: Perspectiva, 1971, (Debates) p. 133-134. Sobre isso, veja-se a definição constante do endereço eletrônico Thesmos (<http://www.thesmos.org/thesmos.php>, acesso em 1.09.2.012), que constitui o sítio de uma organização intelectual italiana de mesmo nome: “A palavra grega *thesmos* indica ‘a lei mais antiga e sagrada, dada pelos deuses aos homens e base dos princípios morais e humanitários, lei intangível também pela igreja’, e sintetiza a ideia de reflexões sobre valores fundantes e sobre a evolução prospectiva da sociedade civil contemporânea que está ao centro desta iniciativa.” No original: *La parola greca Thesmos indica "la legge più antica e sacrale, donata dagli dei agli uomini e base dei principi morali e umanitari, nonché legge intangibile anche per l'Ecclesia", e riassume l'idea di riflessione sui valori fondanti e sull'evoluzione prospettica della società civile contemporanea che è al centro di questa iniziativa.*)

Isso não quer dizer que a NDFA exerça a função de demarcador da posição de Alexy em relação ao positivismo – o que é tarefa precípua da posição quanto à fórmula de Radbruch¹³⁷ e da tese da natureza dúplice do direito¹³⁸ – e que ela seja resumida a exemplo de direito não-escrito.

Não obstante isso, uma breve resenha de posições sobre o tema mostrará pontos de contato importantes que ligam direito não-escrito e repulsa ao positivismo, bem como iluminará o possível lugar da norma associada.

Em termos de direito constitucional contemporâneo não-escrito, não pode ser ignorada a posição de Hesse. Ele distingue entre a questão da escrita e a da rigidez e mobilidade da constituição (embora próximas), nem identifica a primeira com a admissão de direito constitucional costumeiro, mas antes evoca o problema da legitimidade da constituição em contraste com o que ele denomina os “princípios superiores do direito”. Estes, segundo o nominado autor, podem até fundamentar um direito de resistência, mas não assumir a configuração da legalidade da constituição. Ainda assim, Hesse confere importância à possibilidade e à ideia de direito constitucional não-escrito. Tanto que ele descreve uma **relação de carência e de complementação**, mediada pelos **princípios** constitucionais, entre o texto e o direito não-escrito. Transcrevo:

A vinculação à Constituição escrita não exclui Direito Constitucional não-escrito. Também em sua fixação por meio da carta constitucional, a Constituição não se converte em sistema ‘sem lacunas’. Ela carece muito mais do complemento pelo Direito Constitucional não-escrito que, porém, justamente por causa dessa função somente complementar, nunca pode nascer e existir completamente desprendido da Constituição escrita, senão sempre somente como desdobramento, complemento ou aperfeiçoamento dos princípios da constituição escrita e sempre em consonância com esses princípios. Por causa da função da Constituição escrita não é possível, com apoio no direito não-escrito, passar por cima do Direito Constitucional escrito.¹³⁹

¹³⁷ Cfr. RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Aufl. Heidelberg: C. F. Muller Verlag, 2003, S. 216. Para a discussão em torno dessa questão, ver adiante, item 5.3.3.2.

¹³⁸ ALEXY, Robert. *The dual nature of law*. In: **Ratio Juris**, v. 23, n. 2, Jun 2010, p. 167-182.

¹³⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 34, p. 44. No original, Hesse usa a expressão *ungeschriebenes Verfassungsrecht* para direito constitucional não-escrito e *‘lückenlosen’ System* para sistema ‘sem lacunas’ (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 34, S.14). Nessa mesma linha: QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional**. São Paulo/Coimbra: RT/Coimbra Editora, 2009, p.134.

Contudo, ao abordar os limites de interpretação constitucional, Hesse afasta enfaticamente a possibilidade de que, a despeito da relevância da sua função, esse direito não-escrito possa entrar em contradição com o que chama de *constitutio scripta*. Esta, sim, seria o limite insuperável da interpretação constitucional, definido a partir do **primado do texto**.¹⁴⁰ A passagem por cima do que está estabelecido pela constituição configuraria a modificação ou a ruptura constitucional, ambos proibidos, já que o intérprete encontra-se vinculado à constituição.¹⁴¹

Mais do que isso, Hesse destaca que, conquanto se possam operar importantes redeterminações de sentido na interpretação do texto constitucional, até mesmo a **chamada mutação** constitucional encontra os seus limites no texto da constituição, ainda que estes no particular frequentemente não sejam de todo fáceis de determinar.¹⁴²

Segundo Hesse, essa mesma contenção do intérprete em respeito aos limites do texto constitucional tem particular relevância quando das valorações de uma ponderação de bens, oportunidade em que existe a tentação de recorrer a “bens comunitários superiores” e, por meio disso, violar a constituição.¹⁴³

¹⁴⁰ Tal pressupõe, é claro, que se possam discutir qualidades de interpretações distintas do mesmo texto e, então, decidir entre melhores e piores. Nesse sentido, Ricoeur opera com os conceitos de conjectura e validação: “Para concluir esta secção, se é verdade que há sempre mais de um modo de construir um texto, não é verdade que todas as interpretações sejam iguais. O texto apresenta um campo limitado de construções possíveis. A lógica da validação permite-nos girar entre os dois limites do dogmatismo e do cepticismo. É sempre possível argumentar a favor ou contra uma interpretação, confrontar interpretações, arbitrar entre elas e procurar um acordo, mesmo que este acordo fique além do nosso alcance imediato.” Cfr. RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação**. Trad. Artur Morão. Reimp., Lisboa: Edições 70, 2011, p. 112 (Biblioteca de filosofia contemporânea: 2).

¹⁴¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, ns. de margem 77 e 78, p. 69-70. Daí Hesse extrai o corolário da inadequação da teoria do “pensar o problema” (*Problemdenken*) e da tópica, na medida em que ultrapassem o limite da constituição escrita. Cfr. original em HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 78, S. 30.

¹⁴² HESSE, Konrad. *Verfassung und Verfassungsrecht*. In: BENDA, Ernst (Hrsg.) **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994, S. 12.

¹⁴³ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 72, nota de pé de página n. 31. Diz Hesse: “De todo, é inadmissível dar a primazia a ‘bens comunitários superiores’ constitucionalmente não protegidos – que se deixam sustentar discricionalmente – e, com isso, não só simplesmente ludibriar a unidade da Constituição, mas também a Constituição.” No original: *Vollends ist es unzulässig, verfassungsmässig nicht geschützten ‘hoheren Gemeinschaftsgütern’ – die sich beliebig behauten lassen – den Vorrang zu geben und damit nicht nur die Einheit der Verfassung, sondern auch die Verfassungs schlechthin zu überspielen*. Cfr. HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, S. 28, Fn. 31. Hesse aproxima o “princípio da ponderação de bens” ao princípio da concordância prática, para reduzir o risco da discricionariedade na invocação de bens superiores não contemplados no texto constitucional.

Loewenstein aborda também o direito constitucional não-escrito, mas opta pela distinção entre direito constitucional **formal**, definido como aquele posto na forma de um documento único chamado “constituição”, e o **material**, definido como aquele direito constitucional que, não obstante ausente daquele documento, vem informado por usos constitucionais e regras convencionais não formuladas por escrito.¹⁴⁴

Kunig distingue entre o caráter não-escrito de direito e a sua positividade, assim como desvincula ambos os temas da questão da lacuna do direito. Ele primeiramente assume que “direito positivo pode também ser não-escrito”.¹⁴⁵ Separa, a seguir, a possibilidade da admissão de direito positivo não-escrito da pressuposição necessária de lacuna, porquanto a necessidade de pressupor e de demonstrar a existência de uma lacuna, sustenta, varia de acordo com os tipos de direito não-escrito, entre os quais aponta a analogia, o direito costumeiro, o direito judicial (*Richterrecht*) e princípios gerais de direito.

De todo modo, Kunig repudia o apelo direto e irrefletido a princípios constitucionais e mais ainda a supostos direitos supratemporais, assim como condiciona o recurso a direito não-escrito ao esgotamento do conteúdo do escrito. Defende que o direito não-escrito somente encontra aplicação legítima se conseguir pontos de ligação (*Anknüpfungspunkte*) ao direito escrito.¹⁴⁶

De maneira similar, Queiroz, ao estudar o tema da interpretação dos direitos fundamentais, mostra ter ficado superada a concepção tradicional de que a interpretação se reservaria aos casos de obscuridade ou absurdidade do sentido da regra, ou da mera complementação do direito existente através do preenchimento de lacuna (*lückenfüllende Ergänzung*).

¹⁴⁴ Cfr. LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2. ed. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1965, p. 138. Compare LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo G. Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 208. Esse reconhecimento não impede Loewenstein de diagnosticar e lamentar o fenômeno da desvalorização da constituição escrita no séc. XX (idem, p. 153-154), constatação que é repercutida em HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 102.

¹⁴⁵ KUNIG, Philip. *Das Rechtsstaatsprinzip im Grundgesetz: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Tübingen: Mohr, 1986, S. 84. No original: *Positives Recht kann auch ungeschrieben sein*.

¹⁴⁶ KUNIG, Philip. *Das Rechtsstaatsprinzip im Grundgesetz: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Tübingen: Mohr, 1986, S. 84-110.

Segundo a mencionada autora, ao invés da concepção tradicional de interpretação, prevalece nos dias correntes a ideia de que “(...) a interpretação corresponde essencialmente a uma **decisão** segundo padrões que não vêm pré-dados, mas **constituídos**”,¹⁴⁷ e de que o reconhecimento desse caráter decisório da própria interpretação, por seu turno, liga-se com a percepção de que o juiz **escolhe** entre significativos possíveis de um texto normativo e ainda de que “(...) a decisão incorpora agora elementos valorativos que podem ir **para além** da letra escrita do ‘texto da norma’”.¹⁴⁸

Entende Queiroz que tal concepção assenta na incorporação de várias ideias, entre as quais a do reconhecimento da criatividade na decisão judicial nos moldes de Kelsen,¹⁴⁹ a *judicial discretion* anglo-saxônica (Hart), por exemplo, e a hermenêutica. Sobretudo por influência desta última, tem-se correntemente a ênfase na **concretização**: “A teoria da norma jurídica repousa na ideia fundamental de que a norma, objecto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se apresenta como o resultado de um trabalho de **construção**, correntemente designado de **concretização**.”¹⁵⁰

Essa ligação mútua e vigorosa entre **interpretação** e **concretização** encontra-se sintetizada e cristalizada na frase lapidar de Hesse: “Interpretação constitucional é concretização.”¹⁵¹

¹⁴⁷ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 177-178 (destaques constantes do original).

¹⁴⁸ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 177 (destaques constantes do original). Acerca da contribuição do intérprete ao resultado da interpretação e da possibilidade de uma “escolha”, veja-se o sentido em que Alexy trata o chamado círculo hermenêutico, item 3.2.2.2.

¹⁴⁹ Kelsen reprova na concepção tradicional da interpretação o equívoco de considerar que o processo de interpretação seja apenas um ato intelectual de clarear ou entender, esquecendo que para a aplicação não apenas o entendimento (*Verstand*) mas também a vontade (*Wille*) é colocada em ação. Cfr. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S.348-349.

¹⁵⁰ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.178 (destaques constantes do original).

¹⁵¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 60, p. 61. No original: *Verfassungsinterpretation ist Konkretisierung*. Cfr. HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 60, S. 24. Nele também se colhe a seguinte afirmação: “Não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos.” (Idem, Rn. 64, S. 25.) No original: *Es gibt keine von konkreten Problemen unabhängige Verfassungsinterpretation*. Hesse explica essa relação da forma seguinte: “Concretização pressupõe um ‘entendimento’ do conteúdo da norma a ser concretizada. Esse não se deixa desatar da ‘(pré)-compreensão’ do intérprete e do problema concreto a ser resolvido, cada vez.” (Idem, Fn. 61, S. 25.). No original: *Konkretisierung setzt ein ‘Verstehen’ des Inhalts der zu konkretisierenden Norm voraus. Dieses lässt sich nicht von dem ‘Vorverständnis’ des Interpreten und von dem jeweils zu*

Consequentemente, a interpretação jurídica porta um caráter criador, na proporção em que o conteúdo da norma que está sendo interpretada somente se completa na interpretação.¹⁵²

Em posição diversa, Böckenförde procura estabelecer uma distinção entre **interpretar** e **concretizar**, justamente no campo dos direitos fundamentais, acerca dos quais entende que a sua aplicação passa da interpretação para a concretização à medida que aqueles assumam caráter de normas de princípio.¹⁵³

A distinção é tematizada da seguinte forma:

Interpretação é descoberta de conteúdo e de sentido de algo previamente dado, que com isso é, tanto quanto possível, completado e diferenciado em si mesmo, e nessa medida também enriquecido quanto ao conteúdo; concretização é o preenchimento (criador) de algo apenas assentado quanto à direção ou ao princípio, que no mais está aberto e carece, antes de tudo, da re-determinação conformadora para uma norma exequível.¹⁵⁴

Böckenförde, no entanto, percebe a necessidade de apurar o conceito de concretização que ele está usando para distingui-la da interpretação. Admite, para tanto, dois sentidos.

lösenden konkreten Problem ablösen. Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, ns. de margem 60 e 64, p. 61 e 62.

¹⁵² A expressão utilizada por Hesse é *schöpferischen Charakter*. Cfr. HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.** 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 60, S. 24.

¹⁵³ Diz Böckenförde: “À medida que os direitos fundamentais assumem o caráter de tais normas de princípio, alteram a sua aplicação da interpretação para a concretização.” Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik.* In: _____. **Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde.** Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 216. No original: *In dem Maße, in dem die Grundrechte den Charakter von solchen Prinzipien-Normen annehmen, verändert sich ihre Anwendung von der Interpretation zur Konkretisierung.*”

¹⁵⁴ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik.* In: _____. **Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde.** Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 216. No original: *Interpretation ist Inhalts- und Sinnermittlung von etwas Vorgegebenem, das dabei womöglich vervollständigt und in sich differenziert, insoweit auch inhaltlich reicher wird; Konkretisierung ist die (schöpferische) Ausfüllung von etwas nur der Richtung oder dem Prinzip nach Festgelegtem, das im übrigen offen ist und allererst der gestaltenden Verbestimmung zu einer vollziehbaren Norm bedarf.*

Na sua opinião, uma concretização genuína é definida propriamente como segue:

Por outro lado, concretização significa desenvolvimento conformador-criador de normas jurídicas passíveis de aplicação a partir de um princípio, as quais primeiro preenchem esse princípio com um determinado conteúdo, sem reconhecer este último como sendo executado.¹⁵⁵

Desse sentido mais específico de concretização, Böckenförde distingue um outro, impróprio, que consiste na formação de enunciados que permitem a subsunção do caso a ser decidido e, nessa medida, é passo indesviável de toda aplicação de normas jurídicas.¹⁵⁶

O que, no entanto, parece ainda suscetível de discussão consiste em **como** se pode operar essa distinção entre sentidos próprio e impróprio na prática da interpretação dos direitos fundamentais com caráter de princípio. Há necessidade, pois, de **critérios** que definam quando se está na mera descoberta de conteúdos dados ou de uma criação, ou seja, há carência de parâmetros segundo os quais se estaria autorizado a passar da interpretação para a concretização.¹⁵⁷

Em relação aos critérios que pudessem orientar o intérprete, Queiroz assevera que a interpretação no direito constitucional não vem disciplinada previamente por um conjunto de regras, diferentemente do que ocorre no direito infraconstitucional. Daí conclui que, na falta de uma meta-regra interpretativa, e diante da insuficiência do

¹⁵⁵ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*. In: _____. **Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde**. Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 216, Fn. 85. No original: *Zum anderen meint Konkretisierung die gestaltend-schöpferische Entwicklung anwendungsfähiger rechtlicher Normen aus einem Prinzip, die dieses Prinzip erst mit einem bestimmten Inhalt füllen, nicht diesen nachvollziehend erkennen*.

¹⁵⁶ Assim se manifestou Böckenförde: “Concretização é entendida, uma vez, como formação de premissas que possibilitam a subsunção do estado de coisas a partir das normas jurídicas existentes. Como e na medida em que as normas jurídicas possuem caráter geral, não normalizam casos individuais, a concretização nesse sentido é um elo intermediário necessário no processo da aplicação jurídica, continuação da interpretação com vista ao caso concreto (...) também quando a norma a ser aplicada é suficientemente clara quanto ao conteúdo (...)” Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*. In: _____. **Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde**. Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 216, Fn. 85. No original: *Konkretisierung wird einmal verstanden als Bildung von Untersätzen, die die Subsumtion des zu entscheidenden Sachverhalts ermöglichen, aus den vorhandenen rechtlichen Normen. Da und sofern die Rechtsnormen allgemeinen Charakter haben, nicht Einzelfälle normieren, ist Konkretisierung in diesem Sinne ein notwendiges Zwischenglied im Vorgang der Rechtsanwendung, Fortsetzung der Auslegung im Hinblick auf den konkreten Fall (...), auch wenn die anzuwendende Norm hinreichend inhaltsgewiss ist (...)*.

¹⁵⁷ Essa tarefa exige a apreensão da dimensão argumentativa e pragmática que a interpretação em Böckenförde parece olvidar. Sobre isso, veja adiante item 2.4.2.

‘método’ tradicional da subsunção, o instrumento decisivo neste âmbito seria a retórica¹⁵⁸ e a argumentação: cabe ao julgador fundamentar a decisão judicial até um ponto no qual não mais persista qualquer dúvida razoável, utilizando-se essencialmente um modelo de fundamentação ‘valorativo’ e que se socorre de argumentos não-dedutivos.¹⁵⁹

Disso surge, de acordo com Queiroz, a indagação por um “segundo texto constitucional” correspondente ao da interpretação feita com base em argumentos não-dedutivos e para além do texto escrito. Ela projeta tal segundo texto no que designa sob a expressão “**norma sub-constitucional**”, correspondente com os “princípios científico-jurídicos” formulados pelo jurista com base no direito estabelecido.¹⁶⁰

Contudo, Queiroz reduz o efeito do reconhecimento de normas constitucionais não-escritas e a própria função criadora de direito constitucional das práticas judiciais ao espectro das normas confirmadas pelo Tribunal Constitucional, o que preclui a possibilidade de recurso ao chamado direito costumeiro pré-constitucional.¹⁶¹

Além disso, entende que os casos de derivação de certas normas a partir de uma interpretação do texto escrito não podem ser classificadas propriamente como direito constitucional não-escrito, e, sim, como pertencentes, como as restantes normas do ordenamento jurídico, ao direito constitucional escrito, por terem seu fundamento de validade na constituição.

¹⁵⁸ Sobre o desempenho da retórica e seus limites, veja-se o item 3.2.1.1.

¹⁵⁹ Sobre como se enlaçam, em Alexy, a justificação interna, feita com base em argumentos dedutivos, e a justificação externa, que trata da argumentação substancial que sustenta as premissas que ingressam na primeira, veja-se o item 3.2.4.2.4. e, particularmente quanto ao reflexo na NDFA, o item 9.2.1.

¹⁶⁰ Cfr. QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais:** (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.193 (destaques constantes do original) e p. 238. É de se observar que, a despeito de algumas imprecisões terminológicas, o texto da autora tem relevância para a questão aqui discutida.

¹⁶¹ Cfr. QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional:** as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo/Coimbra: RT/Coimbra Editora, 2009, p. 136. Queiroz afirma textualmente: “O aparecimento dos tribunais de justiça constitucional preclui a referência tradicional a normas de ‘direito costumeiro’ de natureza pré-constitucional, substituindo-a pelo ‘direito constitucional não escrito’, isto é, ‘não textualizado’, mas ‘implícito’ no texto a interpretar, e inequivocamente objecto de uma ‘intenção’ e ‘decisão constituinte’.” Cfr. sobre isso também HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 34, S. 14, Fn. 40. Nesse nota, Hesse refere a decisão BVerfGE 2, 380 (403), em que o TCF trabalhara com direito constitucional não-escrito, mais precisamente o da segurança jurídica, involucrado no princípio do estado de direito, reportando-o, porém, a uma suposta imagem global pré-constitucional do legislador constituinte.

Em Alexy, a par da ampla gama de manifestações em favor de uma posição não-positivista do direito em geral, a ser ainda convenientemente apreciada neste trabalho,¹⁶² e para além da postulação de normas de direito fundamental não diretamente estatuídas, existe também a admissão de barreiras através de **cláusulas não-escritas de barreira** a direitos fundamentais.

A manifestação de Alexy está vertida nos seguintes termos:

O conceito de barreira tem de ser associado à perspectiva dos direitos, o conceito de cláusula de barreira à perspectiva da norma. Uma cláusula de barreira é a parte da norma de direito fundamental completa que diz como aquilo que o tipo de direito fundamental garante *prima facie* é limitado ou pode ser limitado. Cláusulas de barreira podem ser **escritas** ou **não-escritas**.¹⁶³

O autor refere-se aqui ao que ele designa como “barreiras constitucionais diretas com caráter de princípio”.¹⁶⁴

O exemplo que oferece desse tipo de cláusula não-escrita consta da fórmula do TCF,¹⁶⁵ segundo o qual essa cláusula operaria com princípios de direito fundamental, como podem ser concebidos os direitos fundamentais de terceiro colidentes, e com outros princípios de nível constitucional, como são traduzíveis os valores jurídicos conformados com nível constitucional.

¹⁶² Ver adiante, item 5.3.3

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 259. No original: *Der Begriff der Schranke ist der Rechte-Perspektive zuzuordnen, der Begriff der Schranken Klausel der Norm-Perspektive. Eine Schranken Klausel ist der Teil der vollständigen Grundrechtsnorm, der sagt, wie das, was der Grundrechtstatbestand prima facie gewährt, eingeschränkt ist oder eingeschränkt werden kann. Schranken Klauseln können geschrieben oder ungeschrieben sein.* De notar, *en passant*, a infelicidade da opção de tradução feita neste particular por Ernesto Garzón Valdés, quando traduziu a alternativa “*geschrieben oder ungeschrieben*” por “*tácitas o expresas*” que, além de inverter a ordem do texto, não exprime a mesma profundidade da questão em termos de teoria do direito. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdez; revisión de Ruth Zimmerling*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 277.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 262.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 262. No original: *(...) kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte ... mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise imstande (sind), auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen.*

Pode-se perceber, aqui, pela via inversa, o mesmo tipo de admissão de normatividade para além do texto escrito, agora sob a forma de cláusulas não-escritas de barreira a influenciar a extração da norma de direito fundamental definitiva.¹⁶⁶

Porém, o essencial a ser mantido quanto ao tema, para não confundir o conceito de NDFA com o de direito constitucional não-escrito, é que, diversamente daquela, o chamado direito constitucional não-escrito em sentido próprio caracteriza-se pelo fato de que a norma de direito fundamental que o concede não está em relação de precisção para com uma norma de direito fundamental expressa imediatamente pelo texto da constituição.¹⁶⁷

Em verdade, a solução do problema passa pela reformulação do conceito de interpretação a partir de uma teoria da argumentação, onde os critérios semânticos serão reacondicionados na dimensão pragmática, de modo a se encontrarem aqueles que guiem o intérprete.¹⁶⁸

Considerando que a NDFA compartilha com o direito não-escrito a condição empírica de não estarem expressos diretamente no texto da constituição, e tendo em conta que a diferença entre ambos reside na **relação de precisção** (faltante no direito não-escrito e presente na norma de direito fundamental associada), conclui-se que, de acordo com a teoria da argumentação tornada necessária, a carga da fundamentação recai mais gravemente na afirmação de algum direito constitucional não-escrito do que na obtenção de uma NDFA.

¹⁶⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 263. Os chamados princípios formais são necessários, segundo o autor, para restringir o poder de estabelecer barreiras. Sobre os princípios, ver mais detalhes adiante, item 6.2.2.3.3.

¹⁶⁷ A importante elucidação é feita por Alexy numa nota de pé de página, como a seguinte redação: “Nisso, a situação aqui é diferente do que na admissão de um ‘direito fundamental não-escrito’. Um direito fundamental não-escrito é caracterizado por não estar a norma de direito fundamental que o abriga em relação de precisção para com uma norma de direito fundamental expressa imediatamente pelo texto da constituição.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 60, Fn. 53. No original: *Insofern ist die Situation hier anders als bei der Annahme eines ‘ungeschriebenen Grundrechts’*. *Ein ungeschriebenes Grundrecht ist dadurch gekennzeichnet, dass die es einräumende Grundrechtsnorm nicht in einer Präziserungsrelation zu einer unmittelbar durch den Text der Verfassung ausgedrückten Grundrechtsnorm steht*. Registre-se que Virgílio Afonso da Silva prefere traduzir *Präziserungsrelation* por “relação de refinamento”. Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 72.

¹⁶⁸ Sobre isso, veja-se o aprofundamento feito no item 3. deste trabalho.

Diferentemente do que acontece na admissão de um direito fundamental não-escrito, na NDFA a relação de precisção, portanto, facilita a tarefa da obtenção do direito fundamental definitivo, desonerando em parte o desempenho da argumentação.¹⁶⁹

A redução do ônus da argumentação, no entanto, não significa que a relação de precisção poderia dispensar a atividade de argumentar e de ponderar, o que faria apoiar todo o peso da construção do direito fundamental definitivo sobre considerações meramente semânticas ou de interpretação linguística tradicional.¹⁷⁰ Mas não é essa a pretensão posta pela NDFA.

2.3.5. Discricionariedade judicial?

Outra proposta da ciência jurídica do séc. XX para a solução do problema da indeterminação e da abertura enfatiza a discricionariedade judicial (*judicial discretion*). Diversas posições científicas dessa época poderiam ser classificadas nessa corrente, que se caracteriza, na essência, pela cisão do direito em dois núcleos, a saber, uma base autoritativa e um campo de abertura à discricionariedade judicial.

Dentro dessa caracterização geral,¹⁷¹ convém analisar se a NDFA pode ser explicada como uma resposta equivalente à oferecida por essa corrente.

¹⁶⁹ A presença desta relação não se constata senão por meio de um processo e labor intenso, porque, se é verdade que ela desloca em parte para as técnicas de interpretação tradicional – na apuração dos desdobramentos possíveis suportados pelo texto de alguma disposição constitucional –, um peso que a argumentação teria que suportar integralmente na sua falta, para cumprimento da tarefa da fundamentação da norma de direito fundamental, não dispensa o encargo de racionalidade e a discursividade de qualquer atividade interpretativa, o que envolve, sempre argumentação sobre o sentido e as peculiaridades do texto normativo. O pequeno alívio da carga argumentativa em contraste com o exigido na admissão de direito constitucional não-escrito que albergue direito fundamental, portanto, não significa que a identificação da relação de precisção seja uma tarefa simplória e inócua.

¹⁷⁰ Parece que Borowski vislumbra um limite divisório claro entre o campo de atuação dos cânones tradicionais da interpretação, que seria obter a subsunção sob as fixações autoritativas, e a tarefa da ponderação. Essa linha divisória seria marcada pelas fixações estritas ditadas pelo texto ou pela vontade do constituinte. Cfr. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 119. Veja-se o original: *Die Trennlinie zwischen Subsumtion unter Festsetzungen des Verfassungsgebers anhand der klassischen canones der Auslegung und grundrechtlicher Abwägung kann klar gezogen werden. Insoweit der Wortlaut der Verfassung oder der Wille des Verfassungsgebers strikte Festsetzungen trifft, hat die Subsumtion unter diese Festsetzungen Vorrang. Abwägungen des Grundrechts sind insoweit ausgeschlossen*. Em nota, Borowski admite a ponderação metodológica também no campo da subsunção, para sopesar argumentos de interpretação. (Idem, Fn. 306.)

¹⁷¹ Neste primeiro momento, por razões didáticas, deixa-se de analisar a posição kelseneana quanto ao seu conceito de espaço de poder discricionário livre (*Spielraum freien Ermessens*), que também prevê discricionariedade, mas dentro de um marco normativo. Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 346. Sobre isso, veja mais detalhes no item subsequente, dedicado

Por essa perspectiva, uma característica da NDFA desde logo chama a atenção pela aparente conexão com essa alternativa: a estatuição mediata ou indireta.

Aparentemente, a posição alexyana se encaminha na direção da discricionariedade judicial ao admitir a existência, ao lado de um campo jurídico fundamental imediato – preenchido por determinações de direito fundamental –, também de um campo destinado ao direito fundamental mediato, ou seja, não diretamente estatuído, ao qual pertence por definição a NDFA.

A estatuição indireta, efetivamente, é uma característica problemática, porque projeta normatividade a partir de uma disposição textual que estatui norma de direito fundamental diretamente e que possui pontos de enlace suficientes para a fixação, por meio de um procedimento de precisação e fundamentação, de normas associadas.¹⁷²

Importante destacar, porém, que para Alexy as NDFA's possuem o **mesmo estatuto normativo** e a **mesma qualidade de direito fundamental** das normas diretamente estatuídas, de modo que se fazem indisponíveis para o legislador, juiz e administrador. Não decorrem de imposição por um órgão dotado de competência legislativa em sentido próprio, mas não se limitam a meros enunciados interpretativos.¹⁷³ Assim, estão ornadas da mesma vinculatividade das normas de direito fundamental diretamente estatuídas, de modo que escapam ao arbítrio do jogo político, das maiorias parlamentares episódicas, das peripécias da governabilidade e da discricionariedade em geral.¹⁷⁴

Um exemplo bastante instigante e esclarecedor dessa estatuição mediata se oferece nos **direitos sociais**. Como a LF se mostrara extremamente parcimoniosa na estatuição de

exclusivamente à posição de Kelsen quanto à indeterminação. Veja também as implicações na teoria do direito, na perspectiva da sua pretensão de correção (item 5.3.3.2.). Também a posição de Dworkin, no cenário anglo-saxão é relegada para outra oportunidade, para maior aprofundamento (item 2.3.8.).

¹⁷² Entre as principais implicações está a inflação do campo de atividade do aplicador do direito para além do texto constitucional, mediante a possibilidade de associação de novas normas de direito fundamental às já estatuídas pelo texto. Também se vislumbra a expansão do conteúdo da própria constituição. Sobre isso, ver adiante itens 4.2.2., 6.2.2.4.2.4. e 7.5.1.3.1.6.

¹⁷³ Na mesma senda: PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 121-126.

¹⁷⁴ Sobre a questão do status normativo da NDFA em face da constituição, veja no item 6.2.2.4.2.4 especificamente a crítica da Böckenförde.

direitos fundamentais sociais,¹⁷⁵ coube à jurisprudência do TCF, num lavor progressivo, sedimentar direitos daquela natureza.

Como ensina Alexy, o caminho que poderia ser utilizado pelo TCF era mesmo o da interpretação mediante associação de normas não-escritas a proposições constitucionais.¹⁷⁶ Literalmente, a sua conclusão é a seguinte:

Por isso, uma interpretação dos direitos fundamentais da Lei Fundamental como direitos subjetivos a prestações que intente ancorar no plano constitucional os direitos subjetivos a prestações tem de associar tais normas a determinações que não expressam normas que concedam direitos subjetivos a prestações.¹⁷⁷

Para tal ancoragem, vislumbrou pontos de apoio objetivos, que o TCF utilizou sucessiva e progressivamente na solução de casos como da assistência social (com estabelecimento do direito fundamental a um “mínimo vital”), do *numerus clausus* (número de vagas de estudo) e da organização do ensino universitário (direito a prestação normativa).¹⁷⁸

Seria, então, a estatuição indireta uma forma de discricionariedade judicial?

A resposta é negativa.

¹⁷⁵ ALEXY observa que, em relação à formulação dos direitos a prestação em geral, de que são espécie os direitos sociais, a LF se mostra muito cautelosa. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 396. Uma abordagem específica sobre o tema dos direitos sociais à luz da teoria dos direitos fundamentais de Alexy pode ser vista em LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Cfr. também BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 341 ff.

¹⁷⁶ Na mesma direção, Borowski: “A discussão sobre direitos fundamentais sociais da Lei Fundamental é, por isso, em primeira linha, uma discussão sobre direitos fundamentais sociais associados interpretativamente.” Cfr. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 341. No original: *Die Diskussion um soziale Grundrechte des Grundgesetzes ist daher in erster Linie eine Diskussion um interpretativ zugeordnete soziale Grundrechte*. Borowski vislumbra que a LF propositalmente deixou aberto ao legislador um relevante espaço (*Spielraum*). Todavia, da mesma forma como em Alexy, Borowski reconhece que nesse âmbito, o silêncio do constituinte, inclusive por ocasião da revisão operada após a unificação, não implica que os direitos sociais estejam excluídos da pertença à constituição e que esteja proibida a associação interpretativa de direitos sociais fundamentais a determinações de direito fundamental da LF, conquanto persista dúvida e controvérsia sobre a quais determinações, ou a qual conjunto destas, se perfazem as associações. (Idem, S. 344 ff.)

¹⁷⁷ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 396. No original: *Eine leistungsrechtliche Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes, die subjektive Rechte auf Leistungen auf Verfassungsebene zu verankern versucht, ist deshalb darauf verwiesen, Bestimmungen, die keine subjektive Rechte auf Leistungen gewährenden Normen ausdrücken, solche Normen zuzuordnen*.

¹⁷⁸ As referências e os comentários das decisões paradigmáticas do TCF acham-se em ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 396 ff.

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*.

Como, porém, conciliar uma construção interpretativa do direito fundamental com os limites do quadro normativo do direito constitucional vigente? Quais são os limites dessa possibilidade de estatuição de normas de direito fundamental, sem base textual direta e imediata?

Essa indagação, na verdade, constitui um polo de problemas.

Convém verificar se as abordagens tradicionais, entre elas as vertentes que também autorizam algum espaço de discricionariedade judicial, oferecem soluções para tais problemas ou se, ao contrário, há necessidade de uma nova abordagem, tal como a constante da NDFA.

2.3.6. Interpretação no marco normativo: Kelsen

Uma variante, no seio do positivismo, de previsão de uma válvula de decompressão do intérprete em relação à vinculação geral aos textos normativos encontra-se em Kelsen. Apesar das semelhanças, não se trata, em verdade, da mesma postura da *judicial discretion* anglo-saxônica, mas de uma alavancagem do poder criador do juiz numa teoria da validade e de escalonamento da ordem jurídica, encimada pela constituição, e de uma delimitação do espaço da interpretação dentro das traves do marco normativo.

Essa teoria da validade descansa sobre um conceito semântico de norma, mas necessitará de uma teoria da interpretação que gere efeitos compatíveis com a distinção entre o conteúdo da norma e sua validade. A teoria de Hans Kelsen, pela decidida separação entre validade e conteúdo das normas, bem como pela influência na teoria de Alexy, apresenta interesse na tentativa de solução das abordagens pré-alexianas quanto ao

problema que a NDFA está vocacionada a resolver. Trata-se de uma teoria da interpretação que conserva a tese nuclear acerca da validade.

Kelsen notabilizou-se pela sua teoria pura do direito, da qual constitui pilar a concepção de que a norma jurídica funciona como um esquema de interpretação (*Norm als Deutungsschema*); conferindo um significado específico a determinado fato, ela o transforma em ato jurídico: “O juízo de que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa.”¹⁷⁹

O encadeamento dos atos que recebem sucessivamente significações jurídicas emprestadas por (outras) normas – e, portanto, também o encadeamento de normas – gera o modelo escalonado do ordenamento jurídico, que se fecha com a pressuposição¹⁸⁰ da norma jurídica fundamental.

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 03. No original: *Das Urteil, das ein in Raum und Zeit gesetzter Akt menschlichen Verhaltens ein Rechts-(oder Unrechts-)Akt ist, ist das Ergebnis einer spezifischen, nämlich normativen, Deutung*.

¹⁸⁰ Utilizou-se aqui o termo “pressuposição”, que expressa de modo aproximado o conceito de norma jurídica fundamental que Kelsen emprega na obra “Teoria Pura do Direito” e quiçá de todo o seu pensamento. Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 8. No original: *Eine solche, die objective Geltung begründende Voraussetzung wird hier als Grundnorm bezeichnet*. Em outro momento da mesma obra, ele declara que ela é pressuposta apenas no pensar (*bloss im Denken vorausgesetzt sein*, idem, S. 9); e noutro lugar menciona que ela não pode ter sido posta, mas pode ser tão somente pressuposta (*Als höchste Norm muss sie vorausgesetzt sein, da sie nicht von einer Autorität gesetzt sein kann (...)*). (Idem, S. 197.) Nessa época, o autor já acusa uma alteração havida em relação à sua própria concepção de norma. Como esclarece Kelsen na p. 83, inclusive com abertura de extensa nota, a mudança consistiu em que a proposição jurídica deixou de ser entendida como **imperativo** e passou a ser concebida como **juízo hipotético**. Este é descritivo de um **dever-ser**, enquanto que o seu **objeto** (o próprio dever-ser, pertencente ao universo deontológico, da lógica normativa ou deontica, do que é passível de juízo de validade ou invalidade), não se confunde com a **descrição** (universo da ciência do direito, do ôntico, do **ser**, da lógica apofântica, daquilo que é passível de juízo de verdade e falsidade). Kelsen explica que a mudança foi possibilitada pela melhor tradução terminológica da distinção entre proposição jurídica e norma jurídica, respectivamente entre *Rechtssatz* e *Rechtsnorm*. A proposição de direito, diversamente da própria norma, é passível de descrição, e pertence ao universo daquilo que é predicável como verdadeiro ou falso; já a norma de direito diz com o universo do dever-ser, ou seja, do que é predicável como válido ou inválido. A mais impactante mudança, porém, é apontada na obra “Teoria geral das normas” (*Allgemeine Theorie der Normen*), editada postumamente, em que Kelsen já **não** mais advoga o caráter **hipotético** em relação à **norma fundamental** e, sim, o seu caráter **facto** (ou seja, meramente **pensado**, segundo a filosofia do “como-se”). Kelsen com efeito entretentes passou a defender que somente uma norma fundamental **fingida** ou **pensada** poderia realizar o fim de fundamentar a validade das normas que formam uma ordem moral ou jurídica, isto é, a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo. Convém transcrever a citação: *Daher ist zu beachten, dass die Grundnorm im Sinne der Vaihingerschen Als-Ob-Philosophie keine Hypothese ist – als was ich selbst sie gelegentlich gekennzeichnet habe – sondern eine Fiktion, die sich von einer Hypothese dadurch unterscheidet, dass sie von dem Bewusstsein begleitet wird oder doch begleitet werden soll, dass ihr die Wirklichkeit nicht entspricht (a. a. O., S. 143 ff.)*. Cfr. KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manzsche Verlag, 1979, S. 207. Cfr. também PAULSON, Stanley L. *Ralf Dreiers Kelsen, in: ALEXY, Robert (Hg.) Integratives Verstehen: zur Rechtsphilosophie*

Essa norma, por sua vez, constitui o fundamento de validade de todas as demais, isto é, o seu fundamento de validade último, que encerra a cadeia normativa.¹⁸¹

Quando dedica um capítulo específico à interpretação (cap. VIII da “Teoria pura do direito”),¹⁸² entretanto, Kelsen refere a necessidade de **interpretar normas**, ou seja, de que, na aplicação do direito pelo órgão jurídico, se faz necessário fixar o sentido das normas. Não se confundem, porém, os dois conceitos de interpretação: um é relativo à função da norma como esquema de interpretação, outro é o conceito de interpretação como processo mental.¹⁸³

O elemento de distinção de tais conceitos de interpretação é o de **aplicação**.¹⁸⁴

Na ótica de Kelsen, o aplicador do direito se distingue, ao interpretar, do particular e do cientista jurídico, pois aquele cria direito, interpretando proposições jurídicas. Enquanto ambos podem percorrer os mesmos trilhos do processo mental de

Ralf Dreiers. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, S. 159-197. Registre-se, no entanto, que a época dessa importante mudança de posição, refletida na obra póstuma referida, escrita ao longo dos últimos anos da vida de Kelsen, falecido em 1973, recua ao começo da década de 1960. Como Heck acentua, já no ano de 1962, Kelsen informava a alteração do seu entendimento em artigo que seria publicado em Viena, em 1964, na revista *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, sob o título *Diskussionen*. Cfr. HECK, Luís Afonso. Posfácio. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 231, nota de pé de página n. 12. Paulson, por sua vez, é da opinião que Kelsen aderiu em fase tardia da sua trajetória a uma formulação vaihingerniana da norma fundamental, mas ao preço de contradição e de equívocação; por isso, entende que essa fase não corresponde a uma nova doutrina do direito, mas a uma desconstrução da antiga. (Idem, S. 179.) Cfr. ainda ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005, S. 174-185.

¹⁸¹ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 23. No original: (...) und dass die Grundnorm, die der letzte Geltungsgrund dieser Normen ist (...).

¹⁸² KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 346 ff. Kelsen também publicou um artigo de conteúdo bastante similar e em época próxima à primeira edição da Teoria Pura do Direito, intitulado *Zur Theorie der Interpretation* (“Da teoria da interpretação”), na revista *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, v. 8, p. 9-17, 1934.

¹⁸³ Kelsen diz o seguinte: “Quando o direito deve ser aplicado por um órgão jurídico, este necessita fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar essas normas. A interpretação é, portanto, um processo mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progresso de um nível superior para um nível inferior.” No original: *Wenn das Recht von einem Rechtsorgan anzuwenden ist, muss dieses den Sinn der von ihm anzuwendenden Normen feststellen, muss es diese Normen interpretieren. Interpretation ist somit ein geistiges Verfahren, das den Prozess der Rechtsanwendung in seinem Fortgang von einer höheren zu einer niedrigeren Stufe begleitet*. Cfr. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 346. Compare: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 387.

¹⁸⁴ Kelsen, em outro texto, descreveu a interpretação como um processo mental (*geistiges Verfahren*) que acompanha o próprio processo de criação do direito (*Rechtserzeugung*), de degrau em degrau. Cfr. KELSEN, Hans. *Zur Theorie der Interpretation*. **Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts**, 8. Band, 1934, S. 9 ff. Nesse artigo, Kelsen discute os outros sentidos conferidos tradicionalmente à interpretação, para além da fixação do sentido da norma a ser aplicada e do conhecimento das múltiplas possibilidades de preenchimento do quadro.

interpretação e chegar a resultados diferentes, somente aquele produz uma interpretação autêntica por agregar um **elemento de vontade** inerente à aplicação, cujo resultado pode ser, inclusive, exorbitante do quadro posto pela norma de direito a aplicar.¹⁸⁵ Porém, a interpretação realizada pelo particular ou pela ciência do direito, como atividade cognoscitiva, deve situar-se no universo das possibilidades proporcionadas pelo referido **quadro**. É Kelsen quem o esclarece:

Se por “interpretação” se entende a fixação cognoscível do sentido do objeto a interpretar, então o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação do quadro que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro deste quadro existem.¹⁸⁶

A ideia de um **quadro com diversas possibilidades de aplicação** se mostra extremamente fecunda, inclusive, para nosso propósito de se poder compreender o espaço em que uma NDFA pode ser desenvolvida.

Cuida-se de uma consequência da noção kelseneana de que o ato de aplicação do direito se insere no âmbito da relação entre um escalão superior e um inferior da ordem jurídica, que é uma relação de **determinação** ou **vinculação**. Porém, mesmo que a norma de grau superior determine não só o processo como também, eventualmente, o próprio conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar, **essa determinação nunca é completa**. Kelsen o explica no seguinte excerto:

A norma do nível superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar um espaço, ora maior, ora menor, de poder discricionário livre, de tal forma que a norma do nível superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro a preencher por este ato.¹⁸⁷

¹⁸⁵ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 352 (*völlig ausserhalb des Rahmens*).

¹⁸⁶ No original: *Versteht man unter 'Interpretation' die erkenntnismässige Feststellung des Sinnes des zu interpretierenden Objekts, so kann das Ergebnis einer Rechtsinterpretation nur die Feststellung des Rahmens sein, den das zu interpretierende Recht darstellt, und damit die Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind.* (KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 349.) Cfr. tradução em KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.p. cit. p. 390.

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 346. No original: *Die Norm höherer Stufe kann den Akt, durch den sie angewendet wird, nicht nach allen Richtungen hin binden. Stets muss ein bald grösserer, bald geringerer Spielraum freien Ermessens bleiben, so dass die Norm höherer Stufe im Verhältnis zu dem sie anwendenden Akt der Normerzeugung ode Vollstreckung immer nur den Charakter eines durch diesen Akt auszufüllenden Rahmens hat.* Compare KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 388.

Tal indeterminação, esclarece, pode ser intencional ou não, e persiste a despeito dos tradicionalmente chamados “métodos de interpretação”. Essa mesma abertura da tarefa interpretativa afasta a ideia da única resposta correta como resultado de uma interpretação metodicamente exata e, para o autor citado, implica a equivalência entre as alternativas hermenêuticas de preenchimento.

Porém, como justificar a extração de uma NDFA em particular, como solução para um caso de direito fundamental dado, em detrimento de eventuais outras, igualmente compatíveis com o quadro normativo posto? A resposta pode ser divisada de antemão na apuração da relação de precedência de princípios, base da NDFA, a ser ainda explorada.

Kelsen, entretanto, não dispõe de uma teoria desenvolvida dos princípios – aos quais admite ingresso pela via da interpretação, embora dentro do limite do quadro – que lhe permita laborar juridicamente as questões morais complexas e profundas que eles trazem embutidas. Preocupado em vincar a distinção entre a validade da norma e o seu fundamento moral, relegou para segundo plano as conexões existentes entre elas, aspecto que viria a se tornar caro em autores como Hart, Dworkin e, mais ainda, em Alexy.¹⁸⁸

Portanto, a sugestão de um espaço de livre apreciação e, pois, de poder discricionário, desacompanhado de uma teoria dos princípios trabalhada em conexão com uma teoria da argumentação, cuja necessidade já se fez clara, não resolve o problema que a NDFA vem tentar solucionar; ao mesmo tempo, a proposta da estatuição indireta não se confunde com discricionariedade.

2.3.7. Legislação intersticial: Hart

Outra vertente, ainda dentro do espectro do positivismo, notabiliza-se por admitir a discricionariedade judicial para o preenchimento da vacuidade e abertura do direito, através da chamada legislação intersticial.

¹⁸⁸ O tema da correção do direito em caso de extrema injustiça e a relação com a moral será explorado no item 5.3.2.

Hart, com efeito, identificou a **textura aberta** do direito, reputou-a indesviável e estendeu a indesviabilidade ao que julgou ser a sua consequência necessária, a saber, o poder discricionário ou criador dos juízes.¹⁸⁹

No que tange ao problema da conexão entre direito e moralidade, bem como à relação com a interpretação, Hart percebeu problemas semelhantes aos divisados por Kelsen, e apresentou soluções que têm pontos em comum.

Uma diferença importante, porém, deve ser apontada. Quando abordou diretamente o tema da interpretação, Hart o identificou como uma das seis formas em que se apresenta a pretensão de que haja outro modo pelo qual o direito deva conformar-se com a **moral** para além do “conteúdo mínimo do Direito Natural”,¹⁹⁰ posição que claramente o distancia de Kelsen.

Após estabelecer que, na interpretação, os juízes se guiam pela consideração de que a finalidade das regras é **razoável** e que na aplicação não devem produzir injustiças nem ofender princípios morais, o autor defende que a aceitabilidade de certa interpretação envolve, ao mesmo tempo, uma escolha racional e atividade ponderativa, considerando-se a pluralidade de **princípios morais relevantes**.

¹⁸⁹ No pós-escrito de sua obra capital, Hart destaca que, embora alguma delegação de poderes legislativos limitados ao poder judiciário seja inescapável e, por isso, seja inevitável algum poder de discricção judicial (*judicial discretion*), é importante que os poderes de criação do juiz devam ser diferentes dos de um órgão legislativo; devem ser apenas **intersticiais** (*interstitial*) e sujeitos a muitos limites substantivos (*many substantive constraints*) que estreitam a sua margem de escolha e dos quais estão livres os legisladores; dessarte, como os poderes do juiz são exercidos apenas para dispor sobre casos concretos e presentes a resolver, não pode utilizá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos; não pode agir de forma arbitrária, mas, ao contrário, basear-se em razões gerais (*general reasons*) e agir como um legislador consciencioso (*as a conscientious legislator*). Cfr. HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon University Press, 1994, p. 272-276. A preocupação com o arbitrio judicial já se encontrava em Kelsen, como visto no item anterior, embora, diferentemente de Hart, o foco do seu pensamento se orientasse prioritariamente para o modelo continental. Compare POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 78 ss.

¹⁹⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 218. No original, Hart usa a expressão *Natural Law*. Cfr. HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon University Press, 1994, p. 202. Aliás, para as referências e especialmente para as citações feitas neste trabalho, a tradução portuguesa foi cotejada com o original. Cfr. também HART, H.L.A. *Are there natural rights?* In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 77-90.

Transcrevo, por elucidativa, a seguinte passagem:

Sem dúvida, porque é sempre possível uma pluralidade de tais princípios, não pode ser **demonstrado** que uma decisão é a única correta: mas essa pode tornar-se aceitável como produto racional de escolha imparcial informada. Em tudo isto, temos as atividades de ‘pesar’ ou de ‘equilíbrio’, características do esforço para fazer justiça entre interesses concorrentes.¹⁹¹

Hart alerta, porém, que a incorporação desses princípios na interpretação ou na justificação de decisões também tem seu risco, pela sua vagueza. Na sequência, quando discorre sobre o conflito entre os princípios da legalidade e da justiça,¹⁹² deixa entrever que, assim como Kelsen, luta com dificuldades no terreno da correção do direito diante da injustiça extrema. Abandona o intérprete à solução – pouco elucidativa – de que, em algumas vezes, é necessário escolher dentre os males o menor.¹⁹³

Não obstante isso, deve-se a Hart o esforço de laborar um conceito de **norma** e de **validade** do direito que desse conta do fenômeno da **indeterminação normativa**. Sua contribuição quanto à chamada “**textura aberta do direito**” apresenta interesse geral, embora tenha sido desenvolvida na perspectiva da tradição do *common law*.¹⁹⁴

Hart trabalhava com a ideia de regra como fato social, ou seja, como padrão geral de conduta social a ser comunicada a seus destinatários. Nessa passagem (de natureza comunicacional), ele encontrou o problema central da interpretação e o identificou com

¹⁹¹ Cfr. HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon University Press, 1994, p. 205. No original: *No doubt because a plurality of such principles is always possible it cannot be demonstrated that a decision is uniquely correct: but it may be made acceptable as the reasoned product of informed impartial choice. In all this we have the ‘weighing’ and ‘balancing’ characteristic of the effort to do justice between competing interests.* Compare HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 221.

¹⁹² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 222. (HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon University Press, 1994, p. 206.)

¹⁹³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 228. (HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon University Press, 1994, p. 212.)

¹⁹⁴ Valendo-se dos estudos e debates em torno da filosofia do direito e da linguagem, Hart sustentou a necessidade da união, num sistema jurídico, de normas primárias e secundárias, e estabeleceu a indispensabilidade da norma de reconhecimento. Sobre a diferença entre a norma de reconhecimento e a norma fundamental de Kelsen, veja-se a reflexão feita por este último em KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 425, nas notas n. 18 e 19.

a **textura aberta**,¹⁹⁵ geradora de uma incerteza inerente à própria linguagem que não pode ser eliminada pelos cânones tradicionais da interpretação.¹⁹⁶

Para o âmbito desta pesquisa, interessa especialmente averiguar as sugestões de solução que Hart divisou para superar a incapacidade humana de antecipar o futuro, que é, no fundo, a causa da **indeterminação das regras**. Para esse fim, ensina, os sistemas jurídicos adotam diferentes **técnicas**.

A primeira delas consiste em conferir ao legislativo competência para traçar padrões muito gerais e delegar a um corpo administrativo o poder de moldá-los aos casos especiais; nessa modalidade técnica, haverá casos claros de aplicação dos padrões e outros com maior indeterminação; outra consiste em deferir aos indivíduos o poder de **ponderar** sobre qual agir seja razoável em cada caso concreto, deixando-se, contudo, a um tribunal a determinação, *ex post facto*, sobre se o padrão (que aqui é variável) foi ou não violado, podendo-se formular progressivamente um conjunto de precedentes. Hart conecta, assim, o problema da indeterminação normativa com a atividade de ponderação de interesses pelos tribunais.¹⁹⁷

Aqui Hart, embora ainda num universo marcadamente sociojurídico e filosófico-linguístico, tem um lampejo acerca de uma dimensão que será importante para o conceito de NDFA, que é a dimensão do **peso**, pressuposto da ponderação. Isso e os indicativos que forneceu sobre a indeterminação normativa poderiam contribuir para –

¹⁹⁵ O autor fez consagrar a expressão *open texture*. Cfr. HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon University Press, 1994, p. 124 ss. A tradução da obra de Guastini utiliza expressão “trama aberta”, cfr. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 145 ss.

¹⁹⁶ Todavia, ao investigar as razões determinantes dessa textura aberta para além do fator da linguagem, Hart divisou um aspecto da própria condição humana, que é o de ter de trabalhar sob duas dificuldades: a relativa ignorância do fato a regular por meio de padrões gerais de conduta e a relativa indeterminação da finalidade. Para Hart, quem o ignora é o denominado formalismo ou conceptualismo, que almeja o “paraíso dos conceitos” dos juristas. Cfr. HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon University Press, 1994, p. 130. No original: *the jurists’ ‘heaven of concepts’*.

¹⁹⁷ Assevera Hart: “A textura aberta do direito significa que há, realmente, áreas de conduta onde muito deve ser deixado para ser desenvolvido pelos tribunais ou pelos funcionários, que determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses concorrentes que variam, em peso, de caso para caso.” Cfr. HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon University Press, 1994, p. 126. No original: *The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case*. Compare: HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 148.

junto com a ideia kelseneana do quadro da norma – a identificação e delimitação de um espaço que pudesse acolher a NDFA.

Porém, para que pudesse mais proveitosamente colaborar para esse propósito, ressentente-se Hart não só de uma teoria mais elaborada dos direitos fundamentais como ainda de uma teoria dos princípios mais detalhada e, sobretudo, de uma concepção de validade da norma que escape ao perigo da falácia naturalista¹⁹⁸ e se coloque de forma mais independente em face da linguagem sobre normas e dos seus possíveis conteúdos morais.

2.3.8. Integração mediante princípios: Dworkin

O estudo da NDFA agradece a Dworkin não somente o empenho em apartar-se do positivismo jurídico que visualizava precipuamente em seu interlocutor Hart,¹⁹⁹ mas, acima de tudo, a percepção e a tentativa do desfazimento da confusão entre os níveis ôntico e deôntico em que este último se enredara. Foi o autor de “Levando os direitos a sério”²⁰⁰ quem percebeu que era despropositada a insistência num conceito de regra amarrado à prática social e na afirmação da existência de um teste fundamental identificador das normas de direito que fosse conectado com aquele através da denominada regra social de reconhecimento.

¹⁹⁸ A denominada falácia naturalista (*naturalistic fallacy*; *naturalistischen Fehlschluss*; *Sein-Sollen-Fehlschluss*), cuja identificação se deve originariamente aos estudos metaéticos de Moore – embora se possa recuá-la até a distinção humeana entre o descritivo e o prescritivo –, consiste em extrair consequências normativas (dever-ser) de proposições empíricas (ser), geralmente mediadas por apelo à natureza. Cfr. HÖFFE, Otfried (Hrsg.). *Lexikon der Ethik*. 5. Aufl., München: Beck, 1997, S. 196 ff.. Incorre na falácia quem, p. ex., confunde “bom” (*good*) com algum objeto natural ou uma propriedade natural de alguma coisa e que seja comum a todas as coisas providas dessa mesma “bondade” (*goodness*), como ocorre com uma cor. Cfr. MOORE, G. E. *Principia ethica*. New York: Dover Publications, 2004, p. 10 ss. Cfr. também SANTOS, Luís H. Vida e obra. In: WITTGENSTEIN/MOORE. *Investigações filosóficas/Escritos filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 225-227 (Os pensadores). Ver, ainda, ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 55 f. Atendo a esse risco, Alexy observa que a norma fundamental de Hart, denominada de norma de reconhecimento, é empírica e, como tal, deve fracassar porque não pode apanhar adequadamente o genuíno problema de toda norma fundamental, consistente na passagem do ser ao dever-ser. Cfr. ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005, S. 194-197. As deficiências apontadas acima também afloram no ataque geral contra o positivismo (*general attack on positivism*), empreendido por Dworkin e direcionado particularmente a Hart. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 22. Compare: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

¹⁹⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 58 ss. Compare: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 93 ss.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

Com base na constatação de que nossas **práticas morais** contemplam o reconhecimento de normas que podem não estar na dependência de práticas sociais, Dworkin, diferentemente de Hart, apontou a necessidade de uma distinção entre um plano **normativo** (correspondente ao deontico,²⁰¹ à “regra normativa” e ao consenso conceitual) e um plano **social** (ôntico, referente à prática social, à “regra social” e ao consenso fático), cabendo a este último fornecer conteúdos e razões para justificação das regras daquele outro plano.²⁰²

Dworkin, portanto, pôde distinguir entre os contextos de **constituição** e de **justificação** de uma dada regra, ou entre uma norma (regra ou princípio, no modelo misto ou combinado) e as razões que justificam a sua admissão. É um ponto crucial para a virada da semântica para a pragmática,²⁰³ sem a qual, como acima demonstrado,

²⁰¹ Neste ponto, assume relevância a notável contribuição de Hans Kelsen à ciência do direito enquanto ciência de um campo do deontico, ou seja, do **dever-ser** compreendido *lato sensu*, envolvendo as três “funções normativas” (isto é, deonticas, cfe. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 81), cuja distinção em face do **ser** é, a par de irreduzível, um dado imediato da nossa consciência, embora o conteúdo do dever-ser ainda tenha que ser determinado. (Idem, S. 5.)

²⁰² A distinção faz ver que o ser da prática social regular (ou “regra social”) pode ser importante para o direito – e de fato o é – mas daí não se pode derivar o dever-ser que lhe é próprio. A chave dessa descoberta está no conceito de práticas morais, cuja validade pode depender – no caso da moralidade meramente convencional – do consenso, da reiteração e consistência de práticas sociais, mas em muitos casos não depende. Dworkin denomina tal esfera da moral de concorrente, que existe quando os membros de uma comunidade estão de acordo quanto a afirmar a existência uma regra normativa (ou quase a mesma) sem considerar o fato desse acordo como parte essencial das razões que os levam a afirmar a existência de uma regra. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 53. Compare: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 85. Sobre tipos diferentes de razões com base nas quais se pode julgar uma ação (interesses e ideais), cfr. HARE, R. M. *Freedom and reason*. Oxford/London/New York: Oxford University Press, 1963, p. 147 ss., e 157 ss. Veja, também, a avaliação que Alexy faz da teoria moral de Hare e, especificamente, da separação entre argumentos que se referem a interesses e argumentos que se apoiam em ideais. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S.102 ff. Alexy destaca que, numa argumentação moral, devem ser consideradas questões sobre como podem ser colocados em relação diferentes interesses, necessidades de diferentes pessoas, assim como também questões sobre o que pode ser concebido como um interesse ou uma necessidade, o que pressupõe premissas normativas. Ele aponta, assim, para a estratificação da argumentação em três níveis, como na análise do caso Lebach. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 84 ff. Além disso, encontra na sentença Lebach um claro exemplo da variedade de tipos de argumento que são levados em consideração, como indicações de fatos, regularidades empíricas e juízos normativos. (Idem, S. 150 f.). Uma análise bem minuciosa dos argumentos e a reconstrução da sentença Lebach pode ser lida em ALEXY, Robert. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*. In: ALEXY, Robert et alii. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 19-35. Esse texto pode ser acessado na língua portuguesa em ALEXY, Robert. A análise lógica de decisões jurídicas. In: _____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 17-45.

²⁰³ Veja-se, para essa mudança, também a contribuição de Toulmin, explicitada no item 3.2.4.2.4.

sequer se poderia compreender a especificidade do **juízo normativo**, necessário para o conceito de NDFA.²⁰⁴

Aqui Dworkin também ataca, mediante a análise do conceito de práticas morais e através da distinção entre moralidade convencional e concorrente, outra tese central do positivismo acerca da existência e da natureza das conexões entre direito e moral, tema que será importante para o próprio conceito de NDFA enquanto formulação de direitos de cunho essencialmente moral, como são os direitos fundamentais. Essa postura não-positivista se define, principalmente, pela afirmação da existência de conexões necessárias – conceituais – entre direito e moral.²⁰⁵

A grande inovação de Dworkin, no entanto, reside na sua **teoria dos princípios**. No seu “ataque geral ao positivismo”, tendo como alvo principal a versão hartiana, caracterizada como “modelo de regras”,²⁰⁶ Dworkin parte de que os juristas, quando debatem sobre direitos e deveres, especialmente nos casos difíceis, não recorrem apenas a padrões do tipo regra, adotando também, e notadamente, **princípios**, que ele define como padrões que decorrem de exigência da justiça, ou correção ou de alguma outra dimensão da moralidade.²⁰⁷

Nesse intento, empenha-se Dworkin em combater a tese positivista de que, assim agindo, os juízes, afastando-se das regras – aplicáveis segundo o critério da subsunção (“ou tudo ou nada”²⁰⁸) – estariam exercendo um genuíno poder discricionário (*judicial*

²⁰⁴ Para Dworkin, a especificidade do juízo normativo – à diferença do juízo sociológico ou da mera análise da linguagem – reside em que ele expressa uma regra que não é constituída pela prática social, mas dela recebe apenas um auxílio para justificação. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 57.

²⁰⁵ Especificamente sobre as conexões – necessárias ou não – entre direito e moral, na perspectiva da teoria do direito, veja adiante itens 5.3.2, 5.3.3. e 6.2.2.1.3.

²⁰⁶ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 22. Compare: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

²⁰⁷ Há outro tipo de padrão, ao lado das regras e dos princípios, chamado **política (policy)** destinado a promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável. A definição dos **princípios**, no original, consta da seguinte passagem: *I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality*. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 57.

²⁰⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 24. No original: *all or nothing*. Compare: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39. Essa é uma das características das regras que Alexy mantém no seu modelo misto (regras e princípios).

discretion), e também a tese de que os princípios são apenas regras defeituosas²⁰⁹ ou tentativas de ser regras, sendo estas últimas supostamente o verdadeiro objeto da ciência do direito. Ele busca mostrar, ao contrário, que nos casos analisados os juízes, conquanto aplicando regras até então inexistentes, não decidiram discricionariamente, nem se reportavam a *policies* ou a práticas reiteradas, mas, sim, **argumentavam** com base em princípios, aplicáveis segundo o critério da **ponderação** (dimensão do peso) e que apresentam uma **obrigatoriedade própria** que não pode ser negada e também não pode ser reconduzida ao das regras obrigatórias preexistentes no sistema, ao contrário do pressuposto pela teoria do teste do *pedigree*.

Essa percepção da atividade judicial como **argumentativa**, a abertura para o **caráter normativo dos princípios** e o procedimento de **ponderação** tornar-se-ão fundamentais para o conceito que Alexy desenvolverá, não apenas para a teoria geral das normas, mas principalmente para a ideia mesma de construção argumentativa de regras passíveis de subsunção ao final do procedimento de ponderação de direitos fundamentais com caráter de princípio.

Dworkin não deixou de antever o risco de que essa atividade ponderatória dos juízes possa degenerar-se numa livre aplicação de princípios e políticas, e numa discricionariedade pura na atribuição dos pesos dos princípios.²¹⁰ Para obviá-lo, passa a desenvolver a **tese dos direitos**, segundo a qual “(...) as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes (...)”,²¹¹ e, nos casos difíceis, o juiz não exerce atividade legislativa, devendo lançar sua decisão com base em argumentos de princípios e não de políticas (*policies*).²¹²

²⁰⁹ *Manquéés*, como prefere o autor. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 39. Assim o registra no original, em itálico, indicando tratar-se de estrangeirismo, provavelmente por referência ao adjetivo francês *manqué*, que significa falho, fracassado, frustrado, abortivo, gorado e ausentado, cfe. DICIONÁRIO DE OURO FRANCÊS-PORTUGUÊS, PORTUGUÊS-FRANCÊS. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, s.d., p. 202; significa defeituoso, segundo o conciso DICIONÁRIO ESCOLAR FRANCÊS-PORTUGUES, PORTUGUÊS FRANCÊS. 7. ed. Rio de Janeiro: FENAME, 1982, p. 359.

²¹⁰ Até aqui, é muito similar ao problema da validade da norma associada este problema que é colocado por Dworkin quanto à solução de casos difíceis com base em princípios não assimiláveis às regras até então consideradas existentes. Porém, as soluções que começam a ser apresentadas são divergentes.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 87. No original: *The rights thesis, that judicial decisions enforce existing political rights (...)*.

²¹² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 84. No original: *I propose, nevertheless, the thesis that judicial decisions in civil cases, even in hard cases like Spartan Steel, characteristically are and should be generated by principle not policy. Compare*

Um ponto crucial da tese consiste na definição de que os argumentos de princípio são destinados a estabelecer um **direito individual**, concebido como “**trunfo político que o indivíduo detém**”,²¹³ de tal ordem que reconheça que certo indivíduo tem um direito ainda que retarde ou coloque em perigo certo estado de coisas intencionado por alguma meta ou objetivo coletivo; ao contrário, os argumentos de política seriam os direcionados a estabelecer uma meta coletiva, ou seja, um objetivo (*goal*),²¹⁴ político não-individuado.²¹⁵

Em consequência, para que o indivíduo possa defender-se contra metas coletivas, Dworkin confere especial atenção ao conceito de **direitos jurídicos** (*legal rights*), que, embora pareça um truísmo, vem a expressar a função dos direitos enquanto suporte da posição do indivíduo perante instituições da comunidade, função que será relevante para o conceito de NDFA, como para qualquer outra norma que venha a assegurar direitos fundamentais; por isso, classifica-o como uma espécie particular de um direito político, isto é, um direito institucional a uma decisão de um tribunal na sua função judicante (*adjudicative function*).²¹⁶

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132.

²¹³ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. xi. No original: *Individual rights are political trumps held by individuals*. Compare: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. xv. Cfr. também DWORKIN, Ronald. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153-167.

²¹⁴ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 91. No original: *A goal is a nonindividuated political aim, that is, a state of affairs whose specification does not in this way call for any particular opportunity or resource or liberty for particular individuals*. Compare: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 143.

²¹⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 90ss. Compare: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141 ss. Dworkin salienta que um mesmo objetivo político pode, numa determinada teoria política, tomar a posição de direito ou de meta, dependendo do seu lugar e de sua função nessa teoria, assim como pode ter maior ou menor grau de poder ou força de acordo com o **peso** que lhe é atribuído por ela. Porém, entende sempre necessária, em qualquer teoria política, a distinção entre **direitos preferenciais** ou **de fundo** (*background rights*), que fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela comunidade em abstrato, e **direitos institucionais** (*institutional rights*), que oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. xii.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. xii. Um exemplo importante de direito fundamental e abstrato, pressuposto pelas instituições de justiça, é o da **igual consideração e respeito** (*right to equal concern and respect*), que o autor refere na Introdução e desenvolve na discussão com a teoria da justiça de John Rawls (capítulo 6º, “A justiça e os direitos”). Cfr. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. xii; 149-183. Compare: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. xvi e 235-282. A ideia de Dworkin assemelha-se, em alguma medida, à

Dworkin também sustenta ser necessária uma distinção entre **direitos** (e portanto, também de princípios) **abstratos**, como exemplificados pelos grandes direitos da retórica política, e **direitos** (e também princípios) **concretos**. Embora o autor a considere uma distinção essencialmente de grau (e não de espécie), ostenta relevância teórica para a ponderação e para a ideia da **concretização**.²¹⁷

Segundo Dworkin, o tipo de direitos a que os juízes podem e devem recorrer para decidir os casos difíceis, se é que recorrem a direitos, de acordo com a tese dos direitos, são **direitos concretos** e que, a par disso, têm de ser **institucionais** (e não preferenciais) e **jurídicos**. Isso não quer dizer que se trate apenas dos direitos postos na legislação, mas sim, que não cabe ao juiz reportar-se diretamente aos direitos preferenciais e legislar nos **interstícios** dos direitos institucionais.

Esse avanço teórico-jurídico dworkiano em face de Hart serve para afastar o equívoco de alocar a NDFA no espaço da legislação intersticial e inseri-la no ambiente da concretização de direitos jurídicos. Todavia, a teoria de Dworkin não apresenta condições de responder a todas as demandas para as quais a proposta da NDFA se levanta.

Com efeito, ao afastar a legislação intersticial hartiana, Dworkin vê-se compelido a arquitetar a ficção do juiz Hércules, mediante a qual tenta explicar que o juiz tem responsabilidade política e deve aceitar uma teoria política geral que justifique as práticas institucionalizadas do sistema jurídico. Para tanto, esse juiz utilizar-se-ia dos artifícios da “intenção legislativa” e de “princípios subjacentes às regras do direito positivo”,²¹⁸ bem como exploraria a força gravitacional dos precedentes (incrustada nos argumentos de princípio que os apoiam), para encontrar e proteger aqueles direitos jurídicos; ele então confirmaria a tese dos direitos, descobrindo a racionalidade inerente

pressuposição de uma representação argumentativa do indivíduo perante o tribunal constitucional, como mecanismo para que o indivíduo possa fazer valer seus direitos fundamentais a despeito e mesmo contra bens coletivos e políticas públicas que os afetem.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 93. Em outras palavras, Dworkin professa um conceito prático de racionalidade da tarefa da interpretação.

²¹⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 105. No original: *principles that 'underlie' or are 'embedded in' the positive rules of law*. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 164 ss.

à prática judicial e o sentido que as leis e instâncias judiciais possuem para além do que pode ser explicado por argumentos de política.²¹⁹

Na resposta às objeções levantadas à mencionada ficção, Dworkin insiste em que o juiz Hércules não deve aproveitar-se da textura aberta (*open texture*) das regras ou de uma suposta discricionariedade nos casos difíceis para julgar pela sua própria convicção moral, como se todas as convicções presentes na comunidade tivessem o mesmo valor, pois tal atitude o colocaria em confronto com o princípio da democracia na teoria política e feriria o direito das partes a que seu direito jurídico seja reconhecido independentemente da moral particular do juiz. Para que o juiz não ofenda tal direito, a recomendação de Dworkin não consiste em inserir princípios formais na ponderação, mas que o juiz deve ter em conta “(...) as tradições morais da comunidade, pelo menos do modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar.”²²⁰

Não escapa a Dworkin a ambiguidade do conceito de “tradições morais da comunidade”, ante a existência de conflitos morais internos à comunidade, o que não é incomum em se tratando de divergências entre a moralidade apanhada em certo conjunto institucional e a moralidade popular. Nesse caso, tratando-se de um direito jurídico de um indivíduo que é conflitante com uma opinião popular, Dworkin recorre ao conceito de **direito constitucional** como definido pela **moralidade constitucional da comunidade**.²²¹

Esse é um resultado fundamental para a teoria dos direitos ou, como soa o próprio título da obra, para “Os direitos levados a sério”, ainda que contra políticas ou opiniões

²¹⁹ Dworkin encarrega o juiz Hércules da tarefa – coerentemente hercúlea – de conferir sentido a toda a história institucional. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 116-117. No original: *You will now see why I called our judge Hercules. He must construct a scheme of abstract and concrete principles that provides a coherent justification for all common law and, so far as these are to be justified on principle, constitutional and statutory provisions as well.*

²²⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 125-126. No original: *But when Hercules fixes legal rights he has already taken the community's moral traditions into account, at least as these are captured in the whole institutional record that it is his office to interpret.*

²²¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 126. No original: *Individuals have a right to the consistent enforcement of the principles upon which their institutions rely. It is this institutional right, as defined by the community's morality, that Hercules must defend against any inconsistent opinion however popular.*

populares em contrário: ao juiz incumbe proteger o direito jurídico que reconheça dentro do registro institucional que lhe compete fazer aplicar. E quando esse registro for vago, ou indeterminado, ainda assim, incumbe ao juiz o esforço – que se mostra hercúleo, mais uma vez – de encontrar uma solução que seja de direito, jurídica e compatível com a **moralidade constitucional** tal como acima explicitado.

Essa conquista interessa para a determinação do desempenho que uma NDFA possa ter na construção de regra que proteja direitos fundamentais subjetivos em face de bens coletivos de alto valor moral para determinada comunidade, mediante ponderação e com respeito ao princípio democrático. Todavia, não se pode deixar de observar um conjunto de dificuldades da teoria de Dworkin, por maiores que tenham sido os ganhos em relação aos seus predecessores, já analisados.

Na verdade, a ficção do juiz Hércules já transluz uma fragilidade da teoria modélico-normativa de Dworkin, pois necessita postular um juiz sobre-humano para preencher as suas lacunas. A fixação de um modelo de princípios e regras sem a elaboração de um conceito semântico autônomo de norma jurídica²²² custou a Dworkin o preço de confundir a estrutura das normas (regras e princípios), com a questão da sua validade, e, mais ainda, não diferenciar questões de validade e questões de interpretação.²²³

Ao deixar de definir um conceito semântico de norma,²²⁴ não pôde separar questões sobre a existência de uma norma e sua validade, diversamente do que propõe

²²² Dworkin recusou teorias semânticas em relação ao conceito de direito, rejeitando-as de plano, sem questionar a possibilidade de um conceito semântico de norma, por ser supostamente inerente ao positivismo. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 31

²²³ Marmor projeta luzes sobre essa sobreposição: *En los textos más recientes de Dworkin – ésta es la tercera postura anti-positivista posible –, la validez jurídica siempre está determinada en parte por juicios morales, ya que siempre es una cuestión de interpretar qué es el derecho y dicha interpretación es esencialmente, en parte, una cuestión de juicios evaluativos*. Cfr. Debate entre ALEXY e MARMOR IN: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (eds.). *Derecho y justicia em uma sociedade global*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39, Granada, Espanha, p. 748, 2005.

²²⁴ No capítulo da obra “Império do Direito” dedicado à interpretação, Dworkin preocupou-se em afastar o que chama de agulhão semântico, repetindo crítica aos filósofos do direito excessivamente ocupados com questões de linguagem e aos céticos quanto à possibilidade de se encontrar uma interpretação melhor que outra. Contudo, ficam claras as suas dificuldades, como, por exemplo, quando tenta demonstrar que a justiça é um conceito interpretativo moral superior, bem mais complexo e interessante que o de cortesia, mas ainda assim o conceito interpretativo é exemplificado pelo de cortesia. A par de algumas reflexões interessantes sobre a fase pré-interpretativa e da distinção entre conceito e concepção, o capítulo dedicado

com vantagem Alexy,²²⁵ e findou por diluir a normatividade dos princípios, ao conferir-lhes um contorno teórico tão amplo como o de “a melhor interpretação possível das práticas judiciais da comunidade”, ou “a melhor interpretação que se pode extrair do conjunto de direitos jurídicos das instituições de certa comunidade.”²²⁶

Faltou também 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 das 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.

2.3.9. Resultado parcial (item 2.3.)

As tentativas de abordagem no campo da metodologia e teoria do direito acima sumariadas representam contribuições importantes – sobretudo os desenvolvimentos em torno da teoria dos princípios – mas insuficientes para a solução do problema que a NDFA se apresenta para resolver.

Essa comprovação traz para a NDFA o reconhecimento de uma utilidade no mínimo potencial, uma vez que, enquanto nova ferramenta, poderá auxiliar para suplantiar os fracassos de tentativas anteriores.

aos conceitos de interpretação no livro *Império do Direito* não oferece soluções para os problemas já apontados. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 45 ss.

²²⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 47-49. O autor dedica uma seção para o que chamou de *Die Trennung semantischer und geltungstheoretischer Fragen* (A separação de questões semânticas e de teoria da validade).

²²⁶ Sobre a existência, em Dworkin, de dois conceitos de prática jurídica, bem como sobre a técnica da reinterpretação das práticas reais questionáveis, veja-se o comentário crítico exposto em BIX, Brian. Questões na interpretação jurídica. In: MARMOR, Andrei (edit.). *Direito e interpretação*: ensaios de filosofia do direito. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 205-232.

Confirma-se, assim, em grande parte a assertiva de Alexy quanto à relevância da NDFA:

Pode-se renunciar, sem dúvida, ao conceito aqui introduzido de norma de direito fundamental associada. A questão sobre o que é devido com base nas determinações de direito fundamental, porém, coloca-se então fora desse conceito com uma agudeza não abrandada.²²⁷

Com esse ganho inicial, pode-se agora partir para a análise de como a NDFA poderá ser efetivamente útil, o que exige, para além de considerações sobre desempenho, um exame de sua consistência teórica em face das dificuldades que enfrentará. Nessa tarefa, os resultados e alguns instrumentos oferecidos pelas teorias predecessoras, que foram acima destacados, poderão ser, ainda que parcialmente, aproveitados para uma nova tentativa, agora com a NDFA.

Não basta, pois, apontar para o fracasso dessas empresas para se afirmar o sucesso de qualquer nova proposta. Da mesma forma, uma nova teoria não seria possível apenas com a simples compilação das anteriores.

Alexy, deveras, não encontrou um campo já terraplenado em que só faltava erguer uma nova teoria da norma. Ainda faltava resolver sérios problemas que já haviam sido identificados ou levantados pelas teorias acima referidas, ou que se colocaram como obstáculos específicos à nova proposta.

Um exemplo ilustrativo da situação consiste no conceito de **casos difíceis**, que a teoria do direito postulava e tentava enfrentar, como Dworkin. O que Alexy encontrou foi a constatação de que há casos em que a lei, o precedente e a dogmática não determinam a resposta a uma questão jurídica, havendo, pois, necessidade de valorações adicionais que não se deixam depreender somente do material fundado em autoridade dado.²²⁸

²²⁷ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 62. No original: *Man kann zwar auf den hier eingeführten Begriff der zugeordneten Grundrechtsnorm verzichten. Die Frage, was aufgrund der Grundrechtsbestimmungen gesollt ist, stellt sich dann aber ausserhalb jenes Begriffs mit unverminderter Schärfe.*

²²⁸ Essa é a definição sintética do caso difícil. Cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 39.

Nesse sentido, vislumbra-se uma conexão, ao menos inicial, entre o problema do tratamento dos casos difíceis e a vocação instrumental da NDFA, uma vez que justamente nos casos difíceis é que se revela, com maior nitidez, o caráter de associação que se encontra ínsito a tal espécie de norma.²²⁹

Contudo, para fundamentar essas valorações necessárias à tarefa da associação de normas e, assim, obter um resultado correto, que ferramentas estavam disponíveis nas doutrinas de então?

Para Alexy, a solução consistiria em abrir um caminho novo, que não se encontrava na clareira do material autoritativo ou institucional: a argumentação prática geral. Dela não se haviam ocupado de modo específico as correntes que laboravam com o problema do caso difícil assim como o da textura aberta e da indeterminação normativa.

A teoria da norma que suporta a NDFA, portanto, não pode ser concebida como uma confortável solução numa terra arrasada da metodologia jurídica. Ela precisa mostrar a utilidade por um desempenho eficiente, além de consistência interna.

2.4. Perspectivas e problemas para a proposta da NDFA

Não há necessidade de especial clarividência para perceber a gravidade das questões implicadas com a postulação de uma classe inteira de normas de direito fundamental para além daquilo que o constituinte histórico, mediante opções fundamentais tomadas sobre a base do equilíbrio de forças e ajuste de interesses sociais, decidiu estatuir **diretamente** como norma de direito fundamental e como tal o insculpiu no texto constitucional.

A asserção de uma norma associada A, ou B, não significaria tão-somente dar revestimento jurídico para atuações judiciais ilegítimas, ou seja, emprestar um outro nome para uma atividade judicial discricionária (de outro modo proibida), uma

²²⁹ Nos casos extremamente fáceis, com efeito, seria supérfluo falar em associação de norma de direito fundamental. Um exame mais detido, porém, mostra que não se deve focar o estudo da NDFA na questão da classificação entre casos difíceis e fáceis, pois entre esses extremos há um contínuo de diferentes gradações e não divisões estanques.

judicialização da política ou, simplesmente, mera arbitrariedade judicial travestida de bela nomenclatura? Concebendo-se os direitos fundamentais como direitos humanos institucionalizados, a norma de direito fundamental associada não estaria povoando indevidamente o universo destes últimos e, assim, contribuindo para o seu desprestígio?²³⁰

Alexy não deixou de perceber nem ocultou, tão logo exposto o conceito de NDFA, a imensa problemática que com ele se abriria. Os problemas dizem não apenas com os direitos fundamentais, aos quais se ligam as normas de direito fundamental associadas, mas a todo o espectro do direito, ante o fenômeno da irradiação,²³¹ assim como pelos reflexos na teoria do direito, pelos pressupostos que elas envolvem.

Também não lhe escapou a **força explosiva da interpretação constitucional**, que caracteriza um dos quatro extremos dos direitos fundamentais, a da **medida máxima da necessidade de interpretação**. Ela resulta dos outros três extremos, que são os seus **extremos** (1) grau hierárquico na ordem normativa, (2) força de imposição (por vincularem todos os poderes e órgãos) e (3) importância de conteúdo (somente matérias extremamente significativas são erigidas à condição de direitos fundamentais).²³²

Ele entende que a matéria envolve duas espécies de luta: a primeira consiste na própria batalha pela positivação dos direitos humanos; a segunda, a da interpretação, porquanto, uma vez positivados, os direitos fundamentais ensejam a disputa em torno de sua interpretação.

Ao autor está bem presente que, nesse campo, há fortes implicações políticas da interpretação, que frequentemente transfere questões da agenda política para a seara da

²³⁰ A esse propósito, quando abordou três grandes problemas desse âmbito, Alexy reportou-se à irônica afirmativa de Alasdair MacIntyre no sentido de que a crença nos direitos humanos não seria diversa da crença nas bruxas. Cfr. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 42. A passagem referida encontra-se em MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, p. 69. A versão portuguesa dessa obra encontra-se sob o título MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Trad. Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.

²³¹ Ver adiante, item 10.2.1.3.

²³² ALEXY, Robert. *Grundrechte*. In: SANDKÜHLER, J. R. (Hrsg.) *Enzyklopädie Philosophie*. Bd. 1, Hamburg: Felix Meiner, 1999, S. 525-529.

jurisdição constitucional e, com isso, redundando numa constitucionalização de opiniões particulares:

Como com os direitos fundamentais ao mesmo tempo é decidido sobre a estrutura fundamental da sociedade, a interpretação dos direitos fundamentais tem, numa medida particular, implicações políticas. Isso esclarece por que sobre isso não apenas se reflete pacificamente, mas também se disputa na arena política. Quem conseguir tornar dominante a sua interpretação dos direitos fundamentais – quer dizer, na prática: aquela que o tribunal constitucional aceita – terá conquistado aquilo que no processo político ordinário é inalcançável. Ele terá transformado sua opinião sobre questões da estrutura fundamental da sociedade, de certo modo, em partes integrantes da constituição e, com isso, as terá retirado da ordem do dia política.²³³

Ante essa explosividade intrínseca, cabe indagar, então, se as NDFAs – por sua peculiar vinculação à interpretação e argumentação – vêm resolver ou criar mais problemas nessa área dos direitos fundamentais.

A resposta a essa indagação se desdobrará no enfrentamento dos problemas de ordem epistemológica, metodológica, filosófico-jurídica (especialmente a teoria da validade do direito e sua relação com a moral)²³⁴ e filosófico-política (sobretudo as implicações de cunho institucional), bem como na análise da construção e aplicação da NDFA.

2.4.1. Dos problemas epistemológicos da proposta

No que tange aos problemas epistemológicos mais cruciais, o primeiro cuida de saber se é mesmo possível conhecer tais hipotéticas NDFAs, caso existam; e o segundo consiste em saber o critério para identificá-las.

²³³ Cfr. ALEXY, Robert. *Grundrechte*. In: SANDKÜHLER, J. R. (Hrsg.) *Enzyklopädie Philosophie*. Bd. 1, Hamburg: Felix Meiner, 1999, S. 527-528. No original: *Da mit den G. zugleich über die Grundstruktur der Gesellschaft entschieden wird, hat die Interpretation der G. in besonderem Maße politische Implikationen. Das erklärt, weshalb hierüber nicht nur ruhig nachgedacht, sondern auch in der politischen Arena gestritten wird. Wem es gelingt, seine Interpretation der G. zur herrschenden zu machen – das heisst praktisch: zu der, die das Verfassungsgericht akzeptiert –, der hat erreicht, was im gewöhnlichen politischen Prozess unerreichbar ist. Er hat seine Auffassung über Fragen der Grundstruktur der Gesellschaft gleichsam zu Bestandteilen der Verfassung gemacht und damit von der politischen Tagesordnung genommen.*

²³⁴ Cfr. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 42 ss. Aqui começa a se divisar a despedida do autor em relação ao positivismo kelseniano; a abertura para a moral traz inevitáveis dificuldades quanto à validade.

Alexy responde afirmativamente à primeira questão, conquanto admita, teoricamente, para fins de argumentação, outras alternativas.²³⁵ O conjunto da obra sugere que, além de evidenciadas em decisões do TCF (embora sem a designação específica), as NDFAs são necessárias para a própria interpretação e aplicação da constituição no que tange aos direitos fundamentais, na medida em que as determinações constantes do seu texto em geral são vagas, semântica e estruturalmente abertas²³⁶ e, mais do que isso, carentes de ponderação.

A **necessidade das NDFAs** está ligada à **precisão** do texto constitucional com relação aos seus possíveis conteúdos de dever-ser, como Alexy explica:

Elas são necessárias quando devem ser aplicadas aos casos as normas expressas pelo texto da constituição. Se normas dessa espécie não fossem admitidas, não seria claro o que, com base no texto constitucional (ou da norma expressa por ele imediatamente), é ordenado, proibido ou permitido. Essa espécie de relação da norma aludida para com o texto constitucional deve ser designada relação de precisão.²³⁷

Dito de outro modo, as NDFAs existem, porque (e na medida em que) o direito fundamental opera mediante a **lógica deôntica**,²³⁸ de modo que as especificações em comandos, permissões e proibições são inescapáveis para se saber o conteúdo mesmo do direito posto nas proposições que se inscreveram no texto constitucional, o qual, geralmente, se apresenta na forma de enunciados solenes (mas maleáveis, quando não perigosamente vagos), que por sua vez utilizam conceitos abertos, imprecisos e, por isso, semanticamente abertos.

²³⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 62.

²³⁶ Como já se vislumbrava, ainda sob o enfoque da teoria das fontes (o item 2.3.1.), o problema da indeterminação normativa liga-se à abertura não apenas semântica mas também estrutural das determinações de direito fundamental. A qualidade de semanticamente aberto (*semantisch offen*) se deve à indeterminação (*Unbestimmtheit*), ou seja, à imprecisão das expressões utilizadas no texto, a qual pode ser enfrentada por meio de regras semânticas. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 58. Por seu turno, a abertura estrutural (*strukturelle Offenheit*) mostra-se em que não se pode fazer, a partir de um comando geral como o da liberdade da investigação científica, derivações de mandamentos, permissões ou proibições específicas. (Idem, S. 58-59.)

²³⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 59-60. No original, Alexy assim se expressa quanto à relação de precisão: *Sie sind notwendig, wenn die durch den Text der Verfassung ausgedrückte Norm auf Fälle angewandt werden soll. Wenn Normen dieser Art nicht angenommen werden würden, wäre nicht klar, was aufgrund des Verfassungstextes (bzw. der unmittelbar durch ihn ausgedrückten Norm) geboten, verboten oder erlaubt ist. Diese Art der Beziehung der angeführten Normen zum Verfassungstext soll als 'Präziserungsrelation' bezeichnet werden.*

²³⁸ Sobre o tema, cfr. VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 143 ss.

No que tange à segunda indagação, Alexy explora diferentes critérios possíveis de identificação de normas associadas. Como dito anteriormente,²³⁹ a adoção do **critério empírico** não se recomenda; porém, o **critério normativo**, que se pauta pela **validade jurídica**, é peculiarmente dependente de uma **correta fundamentação**, o que enseja mais dificuldades.²⁴⁰

2.4.2. Do problema metodológico da proposta

A determinação do critério da **correta fundamentação** para a identificação de NDFAs válidas traz de roldão toda a problemática metodológica dos direitos fundamentais, que consiste em saber o que realmente significa “**fundamentação**”. Esta, no entanto, coincide com uma das relações que existem entre a norma associada e a diretamente estatuída, ao lado da relação de precisão. Por isso, perguntar sobre o critério de fundamentação não deixa de incluir uma pergunta pelo sentido do que seja essa relação.

Para entender, então, o critério de fundamentação, é imprescindível relacioná-lo com interpretação e argumentação, que são os meios pelos quais se estabelecem tanto os laços de fundamentação como de precisão.

Uma subdivisão desse problema diz com a existência (ou não) de uma distinção em Alexy entre interpretação e argumentação, ou entre interpretar e fundamentar, ou argumentar e fundamentar, ou, enfim, ainda entre conteúdo, significado e validade. Seria, então, possível dizer que a teoria mencionada os confunde, na medida em que faz depender a validade de uma norma de direito fundamental – no curso de um procedimento de interpretação de texto constitucional – da argumentação que se pode terçar em favor da existência e conteúdo de tal regra?

²³⁹ Ver acima, item 1.3.1.1.

²⁴⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 60-61. Evidentemente, outros problemas epistemológicos virão à tona no curso desta investigação, como por exemplo, a definição do espaço epistêmico e a delimitação do campo da prognose do legislador, que serão oportunamente analisados. Para tanto, sugere-se ver, quanto à dogmática dos espaços, o item 9.3.2., em geral, quanto à discussão dos aspectos da dinâmica da NDFA, todo o item 7, que inclui as questões e a discussão crítica em torno do princípio da proporcionalidade.

Nesse aspecto, impõe-se destacar, primeiro, que Alexy faz distinções entre sentidos possíveis da palavra **interpretação**.

Como apontado por Queiroz,²⁴¹ ele distingue entre um sentido muito lato (*largissimo sensu*) e um segundo, apenas lato (*lato sensu*) e um terceiro, estrito (*stricto sensu*). O primeiro (*largissimo sensu*) alcança qualquer objeto vinculado a um sentido e, afora os possíveis objetos da arte, cultura etc., no direito abrangeria a compreensão de sentido de todos os conteúdos ínsitos na lei ou prescrição jurídica, o que inclui falar em interpretação de uma prática, de uma instituição ou sistema; já o **sentido lato** diz com a compreensão de manifestações linguísticas, o que no direito se aplica a textos jurídicos, incluindo tanto a compreensão direta (sem que ocorram dúvidas interpretativas) como a indireta; por fim, a **interpretação em sentido estrito** seria a concernente a uma proposição que enseja a compreensão apenas indireta, por possibilitar pelo menos mais de um significado como potencialmente correto, sendo necessária a decisão entre os significados possíveis. É essa última, como indicam Alexy e Queiroz,²⁴² que está no centro do problema da **interpretação jurídica**.²⁴³

Com relação à interpretação **jurídica**, Alexy aponta como sua particularidade a de ser prática e ao mesmo tempo normativa, uma vez que cunhada pelo seu caráter institucional, que a vincula com um sistema jurídico determinado, e a impregna com a pretensão de encontrar o resultado correto nesse sistema.²⁴⁴

Essa ressalva precisa ser feita, porquanto o desempenho que redundava na NDFA envolve sempre a dimensão pragmática do direito, na qual a interpretação se processa como atividade argumentativa, tema que comporta desenvolvimento pela conexão com

²⁴¹ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.174-175.

²⁴² QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.174-175.

²⁴³ ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 71-72.

²⁴⁴ ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 73.

uma teoria da racionalidade que provê um desenho específico para a atividade de interpretar e aplicar o direito: “Interpretação é argumentação.”²⁴⁵

Diante da insuficiência dessas tentativas de abordagem clássica e, ao mesmo tempo, pelos problemas apontados quanto à proposta da NDFA, verifica-se a necessidade de ingressar no âmbito dos pressupostos filosóficos da teoria de Alexy, com o objetivo de lobrigar aí nova espécie de abordagem e novas ferramentas que justifiquem o conceito de NDFA, a saber, no universo de uma **teoria da argumentação jurídica**, que é uma teoria particular dentro do campo das teorias da racionalidade que podem ser exploradas no campo do direito.

De fato, não se faz possível conceber a NDFA sem a base teórica da argumentação que ela, necessariamente, encerra, a qual torna possível o enlace entre subsunção e ponderação.

Como acentua Klatt, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy possui uma conexão indesviável com a da argumentação jurídica, por duas ordens de razões: (1) o caráter duplo das determinações de direito fundamental; e (2) a justificação das proposições acerca da importância de pesos abstratos de princípios e graus de relevância.²⁴⁶

Quanto à primeira, sendo os direitos fundamentais concebidos também como princípios, na sua aplicação devem, contudo, resultar numa regra²⁴⁷ e, portanto, em uma subsunção; e, inversamente, a ponderação é construída dentro da regra através do princípio da proporcionalidade, não sendo possível a aplicação sem ponderação e,

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 78. No original, o contexto da sentença é o seguinte: *Wenn mit Interpretation ein Anspruch auf Richtigkeit erhoben wird und wenn die Erfüllung dieses Anspruchs öffentlich überprüfbar sein soll, dann gilt der Satz: Interpretation ist Argumentation.*

²⁴⁶ Cfr. KLATT, Matthias. *Robert Alexy's philosophy of law as a system*. In: _____. (Ed.) **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 19.

²⁴⁷ Klatt aduz, como forma geral de tais normas finais resultantes da ponderação, a regra que proíbe uma intervenção por parte do estado sempre que tal intervenção estatal, injustificadamente, torna impossível uma ação protegida. A regra resultante da ponderação, portanto, é identificada com a proibição constitucional dessa intervenção. Cfr. KLATT, Matthias. *Robert Alexy's philosophy of law as a system*. In: _____. (Ed.) **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 20.

consequentemente, sem uma argumentação que contenha, também, elementos estranhos à mera lógica subsuntiva.²⁴⁸

A ponderação, por seu turno, liga-se metodologicamente à concepção não-positivista²⁴⁹ do direito, na medida em que repousa em justificação externa, não tem uma única resposta correta como meta e, no entanto, é requerida pela pretensão de correção.²⁵⁰

Quanto à atribuição de pesos e graus, igualmente se faz imprescindível a argumentação jurídica geral para a justificação das proposições acerca de pesos e graus a serem considerados na ponderação. Assim, como aponta Klatt, a **teoria do discurso** vem a ser a base da aplicação dos direitos fundamentais.²⁵¹

2.4.3. Do problema filosófico-jurídico da proposta

Uma série de questões se levantam, no entanto, sobre esse resultado, modesto, quanto à análise da NDFA. Por que trabalhar com ponderações no campo dos direitos fundamentais? Por que as determinações de direito fundamental possuem caráter duplo? O que justifica tomar as normas de direito fundamental como princípios e/ou regras? O que sustenta a teoria dos princípios? Que teoria da argumentação e que teoria do discurso estão em jogo? Que representa uma fundamentação correta no direito? O que é pretensão de

²⁴⁸ Cfr. KLATT, Matthias. *Robert Alexy's philosophy of law as a system*. In: _____. (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 01-26. No original: *This double character reveals that any subsumption within a constitutional rights norm presupposes balancing. This counts as the most fundamental relation between legal argumentation and constitutional rights theory*. (Idem, p. 20.)

²⁴⁹ Klement atribui a Alexy um conceito não-positivista do direito, por supostamente postular uma “regra de validade” (*validity rule*) de normas referentes a prestações estatais a despeito da jurisprudência contrária à derivação a partir da lei fundamental; tal regra, não escrita e nem justificada por Alexy, validaria normas de direitos a ações positivas do estado pelo argumento de que a sua existência seria mais importante, do ponto de vista constitucional, que a totalidade dos argumentos contrários. Cfr. 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 Press, 2012, p. 188-189.

²⁵⁰ Cfr. KLATT, Matthias. *Robert Alexy's philosophy of law as a system*. In: _____. (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 17-18.

²⁵¹ Cfr. KLATT, Matthias. *Robert Alexy's philosophy of law as a system*. In: _____. (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 01-26. No original: *Again, discourse turns out to be the basis of the application of constitutional rights, thereby establishing a necessary connection between the theory of legal argumentation and constitutional rights theory*. (Idem, p. 21.)

correção? Que matriz filosófica o suporta? Quais consequências possuem tais assunções filosóficas para a dimensão institucional do direito constitucional?

Tem-se, pois, na base dessas perguntas, um **problema filosófico-jurídico**.

Problemas filosófico-jurídicos, assim como outros problemas filosóficos, têm a peculiaridade da sua radicalidade no sentido de uma especial profundidade e prejudicialidade, de modo que a omissão do seu enfrentamento gera consequências indesejáveis ao restante do corpo de uma teoria.

Alexy percebeu-o ao advertir que a teoria da argumentação jurídica necessária para dar conta das perquirições suscitadas pela interpretação conduz à filosofia do direito, à teoria da ciência e à **filosofia prática geral**.²⁵²

Deveras, a resposta a essas questões demanda reflexão sobre o próprio conceito de racionalidade e, pois, de **razão** que está implicado na teoria das normas sob estudo.

²⁵² Cfr. ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 79. No original: *Die Theorie der juristischen Argumentation führt auf diese Weise in die Rechtsphilosophie, die Wissenschaftstheorie und die allgemeine praktische Philosophie*.

3. Base filosófico-prática da NDFA: a teoria da argumentação

3.1. Considerações iniciais

O resultado das análises anteriormente realizadas indica que o problema da indeterminação, local onde emerge a NDFA, não encontra nas abordagens metodológico-normativas tradicionais ambientação para uma ferramenta como essa, nem oferece alternativas promissoras. E o problema da incerteza identificado por Alexy ao propor a NDFA não tem nas abordagens tradicionais uma perspectiva de solução que seja mais segura ou mais profícua que a proporcionada pela mesma base teórica da NDFA.

Convém, então, recolocar o problema em outros eixos, retomando a colocação nuclear da questão de como justificar decisões que implicam o preenchimento de indeterminação normativa no campo dos direitos fundamentais em uma ambientação teórica mais ampla.

A esse propósito, convém recordar que o ponto de partida do primeiro objeto de pesquisa de Alexy, a teoria da argumentação jurídica, consiste nessa mesma constatação da insuficiência ou inoperância das abordagens metodológicas então disponíveis para a justificação das decisões judiciais, especialmente quando recorriam a técnicas diversas da pura dedução lógica e a materiais exorbitantes do conteúdo autoritativo dado, como valorações e considerações morais.²⁵³

Para estabelecer os alicerces de uma teoria da argumentação jurídica que desse conta da racionalidade das decisões judiciais, Alexy desceu aos fundamentos filosóficos da dessa atividade.

²⁵³ Assim, reportando-se a uma constatação primordial de Larenz, abre a introdução da sua primeira grande obra, a Teoria da argumentação jurídica: “Que a aplicação das regras legais não seja outra coisa senão uma subsunção lógica sob premissas maiores formadas conceitualmente ninguém pode mais (...) afirmar a sério.” Esta constatação de Larenz assinala um dos poucos pontos em que existe concórdia na discussão dos métodos jurídicos contemporânea.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S.17. No original: ‘Dass die Anwendung der Gesetzesregeln **nichts anderes als eine logische Subsumtion unter begrifflich geformte Obersätze sei, kann ... im Ernst niemand mehr behaupten.**’ Diese Feststellung Karl Larenz’ kennzeichnet einen der wenigen Punkte, in denen innerhalb der zeitgenössischen juristischen Methodendiskussion Einigkeit besteht. Por sua vez, a apreciação da teoria da argumentação de Alexy do ponto de vista da doutrina do método da ciência do direito de Larenz pode ser encontrada em LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. Berlin: Springer-Verlag, 1991, S. 153 f.

Esse percurso se faz indesviável, porque não há como se entender a teoria da argumentação jurídica, tal como a que viceja ao pé da teoria da NDFA, sem ingressar no terreno onde a argumentação une direito e moral, a saber, a filosofia prática.

3.2. Filosofia prática, moral e argumentação

3.2.1. Considerações gerais

A análise das bases filosóficas da teoria da argumentação de Alexy tem por escopo não só buscar uma pré-compreensão²⁵⁴ mais profunda da sua teoria, mas, também, indiretamente, a verificação de questões vitais para o objeto em exame, como: a) a possibilidade de assentar e construir, em determinadas concepções filosófico-práticas, um conceito tal como o da NDFA; b) a possibilidade de que a justificação da NDFA exija obrigatoriamente um novo conceito de razão prática, que englobe o tratamento das chamadas questões morais e a operação de juízos morais; c) a possibilidade de que a NDFA reclame teorias da norma e do direito com características peculiares; d) a possibilidade de que a NDFA demande conceitos específicos de direito fundamental e constitucional; e) a possibilidade de que, nessas bases, os problemas que a NDFA busca resolver ainda sejam (ou não) solucionáveis ou que o sejam sem produção de outros ou de agravamento dos já existentes; f) a possibilidade de que haja necessidade de adequação do conceito de NDFA ou mesmo de seu abandono.

A ligação entre interpretação, fundamentação e argumentação jurídica e, desta, para com a razão prática não pode ser, em hipótese alguma, considerada um tema novo, porquanto a tradição da filosofia prática tem, há séculos, percorrido esse mesmo caminho em que se cruzam problemas jurídicos e práticos em geral. Mostra-o a retórica, em cujo seio se colocaram, pela primeira vez, **problemas de linguagem**

²⁵⁴ Para mais elementos sobre o conceito de pré-compreensão, ver GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr, 1990, Band 1, S. 270 ff. Com relação ao seu uso por Alexy, ver adiante o item 3.2.2.2.

conectados com **questões práticas**,²⁵⁵ especialmente as **jurídicas**,²⁵⁶ que a teoria de Alexy tem de enfrentar na estruturação de sua teoria dos direitos fundamentais.

O fato de que a interpretação (e, em atenção a esta, a hermenêutica) desempenha um papel fundamental para o direito – irreduzível a uma simples cópia do universo de textos normativos em vigor²⁵⁷ e aplicável por mera subsunção – parece mais acessível para o pensamento jurídico contemporâneo do que a necessidade daquilo que a milenar tradição jurídica e filosófica tratou sob o termo genérico de retórica.²⁵⁸

Não é possível, porém, propor sequer um esboço da evolução da retórica enquanto estudo da técnica da capacidade discursiva (**τέχνη ῥητορικὴ**: *téchné rhetoriké*) ou técnica de convencimento, nem um breve sumário das grandes questões de longa data levantadas pela hermenêutica.²⁵⁹

²⁵⁵ Gadamer mostra que na história da retórica desde cedo se revelou nela uma relação especial entre práxis e teoria, uma vez que ela não se resume a uma teoria das formas do falar e da persuasão, mas se volta para a práxis, empregando uma arte que se torna um saber; nisso, ela adota uma lógica do plausível, entrando em disputa com a teoria, cujo coroamento estava na filosofia, que tratava com a lógica da verdade e da necessidade. Essa relação de dissidência e complementariedade é ilustrada pela relação entre a revolução sofística, que estabeleceu a arte do discurso, e a elaboração da filosofia clássica, com a dialética de Platão e a fundamentação da lógica e da retórica por Aristóteles. Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 232 ff. A obra de Gadamer é acessível em português em GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: complementos e índice. Trad. Enio Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. De modo relativamente próximo à distinção gadameriana acima formulada entre práxis e teoria, o conceito de **questões práticas** utilizado neste trabalho faz referência àquelas questões atinentes ao mundo prático, isto é, do agir humano, regido pela razão prática e estudado pela filosofia prática, em oposição ao âmbito do saber e do universo da razão teórica. No entanto, o alcance do conceito aqui é ampliado pelas ferramentas emprestadas pela teoria da linguagem, que destaca uma dimensão inteira para a pragmática, ao lado da semântica e da semiótica. Ambos os vocábulos (“práticas” e “pragmática”) derivam do grego *πράγμα* (*pragma*), que significa **ação** e o objeto da ação, coisa; diz com práxis (*πράξις*, atividade) e praxe (hábito, costume e rotina). Para mais detalhes sobre a discussão desse conceito, ver adiante o item 3.2.2.2.

²⁵⁶ Cfr. HAFT, Fritjof. *Juristische Rhetorik. 6. Aufl.* Freiburg/München: Alber, 1999, S. 205. Viehweg lembra que a retórica é particularmente importante para os juristas, considerando que a jurisprudência teve seu começo em estreita conexão com a retórica. Cfr. VIEHWEG, Theodor. *Rechtsphilosophie und rhetorische Rechtstheorie: gesammelte kleine Schriften.* Baden-Baden: Nomos, 1995, S. 200.

²⁵⁷ Se o direito fosse apenas isso, jamais se cogitaria, sequer, da possibilidade de normas de direito fundamental não diretamente estatuídas no texto constitucional.

²⁵⁸ É significativo, pois, que um filósofo da hermenêutica como Gadamer tenha que declarar que também a retórica representa uma dimensão e uma testemunha do fenômeno universal da estrutura da linguagem humana e que, em certo sentido, constitui a base essencial para o elemento hermenêutico, representando para a arte da interpretação da linguagem algo quase como o positivo para o negativo, sendo ambas integrantes da formação global e comum de todo ser humano. Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 233.

²⁵⁹ Para acompanhar a evolução da retórica e o seu possível sentido atual como racionalidade prática, cfr. HAFT, Fritjof. *Juristische Rhetorik. 6. Aufl.* Freiburg/München: Alber, 1999. Segundo Haft, a retórica nasceu justamente do afloramento do problema jurídico cardeal do direito natural, que surgiu na ruptura da unidade de natureza (*fysis*) e lei (*nomos*), coincidente com o humanismo e a afirmação da democracia grega. Liga-se, portanto, à desmitificação, desnaturalização e a humanização do próprio direito. (Idem, S. 15 ff.) Cfr. também MITTELSTRASS, Jürgen (Hg.). *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie.*

Para o propósito deste trabalho, no entanto, mostra relevância a possibilidade de que algo da retórica – ainda que não certamente os floreios estilísticos e truques persuasivos –

Bd. 3. Stuttgart: J.B. Metzler, 2004, S. 614-618. Segundo o primeiro registro histórico da retórica apanhado nessa enciclopédia, ela era destinada exclusivamente ao uso no **discurso jurídico**, e desenvolvia um sistema de regras que deveriam fundamentar a legitimidade das pretensões jurídicas expostas com recurso preferencial a provas que se apoiavam sobre o provável (*eikos*). Sobre a importância dos sofistas para a afirmação da retórica veja-se JAEGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 241 ss. Os sofistas seriam criticados pelos filósofos clássicos, especialmente **Platão**. Cfr. PLATÃO. **Górgias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 78 [463b]; cfr. GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.** Tübingen: Mohr, 1993, S. 305. Também o foram por **Aristóteles**, que desenvolveria a primeira obra filosófica sobre retórica, na qual, segundo Jean Brun, ela seria a faculdade de ver todas as maneiras possíveis de persuadir os auditórios sobre qualquer assunto. Cfr. BRUN, Jean. **Aristóteles**. Trad. Liz da Silva. Lisboa: Dom Quixote, 1986, p. 169 (Mestres do passado). Contudo, em Aristóteles a retórica ganha um espaço de legitimação ligado à razão prática, tendo por objeto primordial a investigação da credibilidade, segundo o verbete respectivo da enciclopédia Metzler. Cfr. MITTELSTRASS, Jürgen (Hg.). **Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie. Bd. 3.** Stuttgart: J.B. Metzler, 2004, S. 615. Quanto à retórica na Idade Média e no Renascimento, veja-se GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.** Tübingen: Mohr, 1993, S. 276 ff.; cfr. também ABELARDO, Pedro. Defesa da dialética, citado conforme BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. **História da filosofia cristã**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 316-317. Sobre a técnica da argumentação em Tomás de Aquino, veja-se FINNIS, John. **Aquinas: moral, political and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 1998. Ainda sobre o legado de Tomás de Aquino, cfr. Heinrich Wilms (cfr. WILMS, Heinrich. *Von der Aktualität der Rechtsphilosophie Thomas von Aquins*, in DÖRR, Dieter et alii (Herausgeber). **Die Macht des Geistes**. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2001, S. 21-39. Sobre a crítica da argumentação tradicional e do método escolástico (dedutivo) cfr. BACON, Francis. **Novum organum** ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 6-7. (Os pensadores); cfr. também HUME, David. **Ensaio morais, políticos e literários**. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 247-254 (Os pensadores); em linha oposta, mas também desviando da escolástica, veja a afirmação da razão metódica centrada na certeza e do modelo euclidiano de ciência (e de razão) em DESCARTES, René. **Discurso do método**: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 37. (Os pensadores)); uma abordagem sobre o método da ciência que estava se afirmando, especialmente sobre a técnica argumentativa e persuasiva de Galileu Galilei para a afirmação de um novo paradigma, pode ser vista em FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989. Sobre a definição de paradigma, cfr. KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012, p. 10 ss. e também em KUHN, Thomas S. *Postscript*. In: _____. **The structure of scientific revolutions**. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012, p. 197 ss. Sobre a questão da possibilidade de discussão racional e da comensurabilidade na disputa entre diferentes paradigmas teóricos, cfr. KUHN, Thomas S. *Postscript*. In: _____. **The structure of scientific revolutions**. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012, p. 197 ss. Em português: KUHN, Thomas S. Posfácio. In: _____. **A estrutura das revoluções científicas**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987, p. 244 ss. É controversa a aplicação do conceito de paradigma ao universo do direito, pela fluidez e variação desse conceito no pensamento de Kuhn. Cfr. HACKING, Ian. *Introductory essay*. In: KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012, p. xvii-xxv. Acrescente-se a isso a particularidade do universo jurídico, na medida em que, apesar da similaridade da situação de um paradigma com alguma concepção jurídica abrangente e arraigada, entre outras diferenças que poderiam ser apontadas, o direito apresenta-se com a peculiaridade da aspiração à universalidade e simultaneamente à concretude da vida prática de cada indivíduo que as ciências (e correspondentes teorias) não parecem ter na mesma medida. Todavia, Alexy não encontra dificuldade para discutir o conceito de paradigma de Habermas, especialmente o chamado paradigma procedimental do direito. Cfr. ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas. In: FRANKENBERG, Günter & MOREIRA, Luiz (org.). **Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 119-139. Compare AARNIO, Aulis. **Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics**. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 247 ss., onde o autor expressamente utiliza o modelo kuhneano de mudança paradigmática no direito.

seja aproveitável na teoria do discurso que se faz necessária ao desenvolvimento da argumentação jurídica em tema de interpretação de direitos fundamentais.²⁶⁰

Pode-se cogitar, por exemplo, que o espaço de uma teoria da argumentação como razão discursiva seja compatível com a redescoberta do *logos* como linguagem no pano de fundo de qualquer esforço filosófico e científico, na era contemporânea, notadamente o século XX.²⁶¹ Somente assim se pôde recuperar esse campo em que a capacidade discursiva e compreendedora da razão humana se liga à sua capacidade de agir.

3.2.1.1. Discurso e nova retórica

Uma alternativa promissora de fundamentação do discurso prático racional parece ser o regresso às bases aristotélicas da argumentação, que tanto oferecem instrumentos lógicos próprios para questões que comportam conhecimentos dotados de certeza (lógica), como também recursos retóricos para o terreno do opinável, isto é, dos conhecimentos dotados de mera probabilidade (retórica).

Nessa diretriz, Perelman se propôs reabilitar o tipo de argumentação que Aristóteles desenvolvera paralelamente e com igual dignidade à do raciocínio analítico, caracterizada como arte de raciocinar a partir de opiniões geralmente aceitas (*eulogos*). Nominou sua proposta de **nova retórica**,²⁶² para resgatá-la do esquecimento e para evitar a denominação **dialética**,²⁶³ que julgou definitivamente comprometida após o uso emprestado pela

²⁶⁰ Uma iniciativa nessa linha encontra-se em HAFT, Fritjof. *Juristische Rhetorik*. 6. Aufl. Freiburg/München: Alber, 1999. Note-se que, no posfácio à 4ª edição, o autor exara um apanhado de atualização da matéria e faz elogio à teoria da argumentação de Robert Alexy. (Idem, S. 208 ff.)

²⁶¹ Retórica e hermenêutica se nutrem do mesmo caudal da linguagem.

²⁶² PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. Essa obra pode ser consultada em português pelo seguinte título: PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria E. de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁶³ De fato, Aristóteles inicia o seu livro Tópicos com o seguinte texto: “Nosso tratado se propõe encontrar um método de investigação graças ao qual possamos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas, sobre qualquer problema que nos seja proposto, e sejamos também capazes, quando replicamos a um argumento, de evitar dizer alguma coisa que nos cause embaraços. Em primeiro lugar, pois, devemos explicar o que é o raciocínio e quais são as suas variedades, a fim de entender o **raciocínio dialético**, pois tal é o objeto de nossa pesquisa no tratado que temos diante de nós.” Cfr. ARISTÓTELES. **Tópicos**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 5 (Os pensadores). A tradução alemã prefere, ao invés de “dizer alguma coisa que nos cause embaraços”, a expressão “não dizer nada que seja contraditório” (*nichts Widersprüchliches zu sagen*). Cfr. ARISTÓTELES. *Topik*. Übersetzt und kommentiert von Tim Wagner und Christof Rapp. Stuttgart: Reclam, 2004, S. 45. Interessante notar que, em outra obra, Aristóteles divide os argumentos que se usam

filosofia de Hegel.²⁶⁴

Com a pretensão de retomar a retórica como **teoria da argumentação geral** que estuda a ação sobre os espíritos por meio do discurso – como sustenta ter sido a retórica para os gregos –, Perelman enfatizou a imprescindibilidade dos conceitos de **auditório**²⁶⁵ e **adesão**.²⁶⁶

A almejada **adesão do auditório**,²⁶⁷ no entanto, segundo a nova retórica, pode ser

numa discussão em quatro classes: 1) didáticos, que partem de princípios apropriados a cada assunto; 2) dialéticos, raciocínios com base em premissas geralmente aceitas para chegar à contraditória de uma dada tese; 3) críticos, que partem de premissas aceitas pelo respondente que não podem ser ignoradas por quem aspire a conhecer o tema; e 4) contenciosos (ou erísticos), que raciocinam ou parecem raciocinar a partir de opiniões que parecem ser geralmente aceitas, mas não o são. Cfr. ARISTÓTELES. **Dos argumentos sofisticos**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 156 (Os pensadores). A abertura do primeiro livro da Retórica de Aristóteles dá conta de que ela constitui uma contraparte da dialética. Cfr. ARISTÓTELES. *Rhetorik. Übersetzt und erläutert von Christof Rapp*. Berlin: Akademie Verlag, 2002, S. 19.

²⁶⁴ Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 6. Este trabalho, por razão similar, deixará de aprofundar a dialética no sentido da vertente hegeliana. Embora, como anotado por Gadamer, a dialética hegeliana tenha sido importante para a compreensão da hermenêutica e da peculiaridade das ciências do espírito em geral, notadamente do conceito de círculo hermenêutico e da consciência da história do efeito (GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Bd. I. 6. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1990, S. 351-352), apresenta uma pretensão à absolutidade e uma resistência interna à experiência genuína (não dominável *a priori* pela razão) que obstaculizam a abertura que deve ter a teoria da argumentação para a realidade das condições práticas concretas em que se é chamado a argumentar. Uma leitura da dialética com abertura à argumentação em condições limitadas, no entanto, não soa incompatível com a teoria de Robert Alexy, tanto que em escritos mais recentes abertamente utilizou do conceito, como por exemplo para caracterizar a relação entre objetivo e subjetivo na fundamentação de direitos humanos. Disse Alexy: “Isso significa que direitos humanos podem ser justificados somente por meio de uma conexão de elementos subjetivos e objetivos. Essa conexão pode ser caracterizada como uma dialética do objetivo e do subjetivo.” Cfr. ALEXY, Robert. *Law, morality, and the existence of human rights. Ratio Juris*, v. 25, n. 1, Mar 2012, p. 13. No original: *This means that human rights can only be justified by a connection of objective and subjective elements. This connection can be characterized as a dialectic of the objective and the subjective.*

²⁶⁵ Perelman sustenta que “(...) é em função de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve” e que todo discurso, mesmo o escrito, se dirige a um auditório, segundo cujos condicionamentos é que deve ser concebido. Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 7. No original: (...) *c'est en fonction d'un auditoire que se développe toute argumentation.*

²⁶⁶ No tocante à relevância do conceito de adesão, ele afirma expressamente que “(...) toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual”. Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 18: No original: (...) *toute argumentation vise à l'adhésion des esprits et, par le fait même, suppose l'existence d'un contact intellectuel.*

²⁶⁷ Perelman exclui de seu exame os condicionamentos que, por exemplo, a propaganda e outros meios – afora o discurso – possam exercer sobre o auditório. Sua linha de estudo centra-se em como o discurso (e não fatores outros) pode produzir a adesão dos integrantes de um dado auditório. Além disso, restringe-se aos recursos da linguagem, isto é, ao discurso em sentido restrito (discurso linguístico). Por isso, aduz que o seu tratado “(...) só versará sobre **meios discursivos** para se obter a adesão dos espíritos: apenas a técnica que utiliza a linguagem para persuadir e para convencer será examinada a seguir.” Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 10. No original. *Notre traité ne s'occupera*

obtida tanto por meio de **convencimento** como de **persuasão**, ou seja, pode ser exclusivamente persuasiva.

Contudo, ao apreciar esse aspecto essencial de toda teoria da argumentação racional, o Tratado de Perelman não fornece um critério distintivo suficientemente claro entre persuadir e convencer,²⁶⁸ assentando apenas a vinculação e a adaptação do discurso ao auditório.²⁶⁹

A suposição de um limite de aprovação por meio de um **acordo do auditório universal** não parece salvar a teoria da crítica quanto à sua deficiência de racionalidade, porque tais universalidade e unanimidade são apenas **imaginadas** pelo orador e dizem com

*que de **moyens discursifs** d'obtenir l'adhésion des esprits: seule la technique utilisant le langage pour persuader et pour convaincre sera examinée par la suite.* É compreensível que o autor não pretenda desenvolver uma teoria sociológica, mas a restrição do objeto retira parcela de valor à teoria, na medida em que, diversamente de Hannah Arendt, despreza o quão intrincadas estão as técnicas de manipulação de massas (e.g. em regimes totalitários) com os contextos de persuasão na esfera prática da política e como o contrário da verdade nesse âmbito – a mentira política – se apresenta como uma ação importante nesse plano. Cfr. ARENDT, Hannah. *Between past and future*. New York: Penguin Books, 2006, p. 223 ss. Compare: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 282 ss. Isso é, como depois o percebe Alexy, uma carência importante da teoria para se oferecer como teoria racional da argumentação.

²⁶⁸ Além de não ter clareza sobre essa diferença, a “nova retórica” atribuiu ao destinatário a determinação da qualidade da argumentação ou como persuasiva ou como convincente, na medida em que o sucesso do argumento é parâmetro para a escolha dentre tipos de argumentação possíveis. Nisso pode-se detectar uma petição de princípio, já que a diferença entre persuadir e convencer estava sendo buscada justamente na natureza da argumentação utilizada e não no resultado. Ele propõe uma distinção, é verdade, nos seguintes termos: “Propomo-nos chamar **persuasiva** a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar **convincente** àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional.” Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 36. No original: *Nous nous proposons d'appeler **persuasive** une argumentation qui ne prétend valoir que pour un auditoire particulier et d'appeler **convaincante** celle qui est censée obtenir l'adhésion de tout être de raison*. Porém, na continuidade o autor já antecipa que esse critério é relativo e de difícil aplicação, porque, segundo ele, “(...) depende essencialmente da ideia que o orador faz da encarnação da razão.” Idem, p. 36. No original: *(...) dépend, essentiellement, de l'idée que l'orateur se fait de l'incarnation de la raison*. Após criticar o critério kantiano baseado na oposição objetivo-subjetivo, Perelman diminui o vigor de sua própria proposta de distinção, pois entende que é da natureza do auditório que depende, ao fim e ao cabo, quais espécies de argumentos podem ser submetidos com sucesso a seu exame. Por isso, conclui: “Nosso ponto de vista permite compreender que o matiz entre os termos **convencer** e **persuadir** seja sempre impreciso e que, na prática, deva permanecer assim.” Idem, p. 38. No original: *Notre point de vue permet de comprendre que la nuance entre les termes **convaincre** et **persuader** soit toujours imprécise et que, en pratique, elle doit le rester*.

²⁶⁹ Perelman sustenta que a regra é o orador adaptar o discurso ao auditório, seja qual ele for. Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 33. Reconheça-se, no entanto, o esforço do autor em sustentar que o acordo do auditório universal (*l'accord de l'auditoire universel*) seja uma questão de direito, não de fato. (Idem, p. 41.)

um auditório que apenas **deveria ser** universal, nada havendo que o assegure quanto à adesão dos destinatários às conclusões defendidas.²⁷⁰

Exatamente por instituir um critério intrinsecamente persuasivo, que é o da **eficácia** quanto à **adesão** dos integrantes do auditório, Perelman sente a necessidade de explicar o seu conceito de argumentação dirigida a um auditório universal como **argumentação coerciva**, identificada pelo recurso a razões de caráter **coercivo**.²⁷¹

Para esse fim, a proposta da nova retórica aproxima uma argumentação coercitiva à afirmação de um juízo necessariamente válido para todos, segundo o conceito de verdade – que recolhe da “Crítica da Razão Pura” de Kant – enquanto sustentada no acordo com o objeto e, por conseguinte, na concordância geral de todos os juízos com relação a tal objeto. Seria, pois, uma crença objetiva, comunicável e válida para a razão de todo homem. Porém, todo ganho obtido com essa remissão se perde na proporção em que essa

²⁷⁰ Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 41.

²⁷¹ Uma argumentação dirigida a um auditório universal deveria, segundo Perelman, convencer o leitor do caráter coercivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade intemporal e absoluta, independentemente das contingências locais ou históricas. Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 41. Sobre a questão da veracidade, compare: KANT, Immanuel. *Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*. Werkausgabe, Bd. viii. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 637-643. Sobre a evolução do tema em Kant, veja-se LOPARIC, Zeljko. **Kant e o pretensão direito de mentir**. Acessível em <ftp://ftp.cle.unicamp.br/pub/kant-e-prints/Zeljko-2-1-2-2006.pdf>, acesso em 17.09.2012. Hannah Arendt defende, a seu modo, o caráter coercitivo da verdade em geral: “Conceitualmente, podemos chamar de verdade aquilo que não podemos modificar; metaforicamente, ela é o solo sobre o qual estamos e o céu que se estende acima de nós.” Cfr. ARENDT, Hannah. *Between past and future*. New York: Penguin Books, 2006, p. 259. No original: *Conceptually, we may call truth what we cannot change; metaphorically, it is the ground on which we stand and the sky that stretches above us*. Compare: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 325. Em outra passagem, assevera: “Todas as verdades – não somente as várias espécies de verdade racional, mas também a verdade fatural – são opostas à opinião em seu modo de afirmar a validade. A verdade carrega em si mesma um elemento de coerção, e as tendências frequentemente tirânicas tão deploravelmente óbvias entre contadores da verdade profissionais podem ser causadas menos por uma fraqueza de caráter do que pela exigência de viver habitualmente sob uma espécie de compulsão.” Idem, p. 235. No original: *All truths – not only the various kinds of rational truth but also factual truth – are opposed to opinion in their mode of asserting validity. Truth carries within itself an element of coercion, and the frequently tyrannical tendencies so deplorably obvious among professional truth-tellers may be caused less by a failing of character than by the strain of habitually living under a kind of compulsion*. (Destques já constants do original.) Compare: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 297. A autora ainda aponta duas instituições que se erigiram como espaços de resguardo da verdade e da sua impositividade, a despeito da força das opiniões no âmbito do poder, que são o poder judiciário e a academia. Essa ideia aproxima-se da noção de que o Tribunal Constitucional constitui o espaço de correção do direito para o indivíduo cujos direitos fundamentais tenham sido solapados no jogo do poder político.

coercitividade é conformada psicologicamente através do convencimento do próprio orador e da inexistência de dúvida do auditório.²⁷²

É por tais fragilidades que não se pode alicerçar a teoria da argumentação necessária para o trato dos direitos fundamentais num solo tão instável como o oferecido pela retórica, seja a antiga, seja a repaginada.²⁷³

Alexy aponta nela justamente a frustração do intento de se apresentar como teoria **lógica** da argumentação, em complementação à lógica formal, para abarcar a racionalidade prática.²⁷⁴ O ponto central da sua insatisfação diz com a assertiva de Perelman de que até mesmo a vinculação entre premissa e conclusão requer a adesão do auditório. Ao invés disso, Alexy se apoia na concepção de que todo argumento tem caráter de **entimema**, permitindo a inserção de premissas para que a conclusão siga logicamente,²⁷⁵ ou seja, **independentemente da adesão (ou não) de um auditório.**²⁷⁶

²⁷² Porém, ao invés de aproveitar de Kant a ideia de que somente uma crença objetiva e válida para a razão de qualquer homem poderia ser objeto de uma asserção como juízo válido necessariamente para todos – para assim aprofundar os pressupostos lógicos e pragmáticos do ato da asserção e, deste modo, recolher os frutos da teoria dos atos de fala que a filosofia do séc. XX desenvolveu –, Perelman entendeu necessário reforçar o elemento que, no fundo, é de cunho acentuadamente psicológico – a despeito da remissão à certeza cartesiana –, presente no convencimento do próprio orador e na inexistência de dúvida, como se extrai da seguinte frase: “De fato, presume-se que semelhante juízo imponha-se a todos, porque o próprio orador está convencido de que não poderia ser posto em dúvida.” Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 42. No original: *En fait, un pareil jugement est censé s'imposer à tout le monde, parce que l'orateur lui-même est convaincu de ce qu'il ne saurait être mis en doute.*

²⁷³ Como se perceberá adiante (itens 3.2.2.2. e 3.2.2.3.), na base dessa insuficiência está a concepção de razão prática pré-moderna que a sustenta, que não se favoreceu da crítica kantiana.

²⁷⁴ Na verdade, o próprio conceito de auditório universal se vê fragmentado em particularidades que são objeto de ciência empírica, na medida em que Perelman torna a sua constituição dependente dos indivíduos e das culturas. Diz Perelman: “Assim, cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos faria conhecer o que os homens consideraram no decorrer da história, **real, verdadeiro e objetivamente válido.**” Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 43. No original: *Ainsi chaque culture, chaque individu a sa propre conception de l'auditoire universel, et l'étude de ces variations serait fort instructive, car elle nous ferait connaître ce que les hommes ont considéré, au cours de l'histoire, comme **réel, vrai et objectivement valable.***

²⁷⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 202.

²⁷⁶ A ênfase do estudo dos argumentos como entimemas demonstra que a racionalidade prática é preservada enquanto possibilidade através da harmonização entre, por um lado, a radicação das premissas no universo do apenas provável (não apodítico) e, por outro, o máximo de rigor possível na estruturação lógica do pensamento. Trata-se de uma solução relativamente similar à estudada por Aristóteles, que via no convencimento por argumentos e, especialmente no entimema, um dos meios possíveis da técnica oratória e mesmo um aspecto central da retórica. Jean Brun o sintetiza: “Aristóteles estuda então o entimema, silogismo truncado que está no centro do método retórico, as figuras de retórica, os processos de estilo, os artifícios dos advogados, que apelam para a lei não escrita quando a lei escrita está contra eles, que se baseiam em confissões extorquidas por meio de tortura, sempre que estas lhes são favoráveis, e que as

Com isso, a teoria da argumentação necessária para a edificação de normas de direito fundamental a partir de textos lacunosos ou ambivalentes, funda-se em **convencimento**, pautado em recursos extraídos da lógica e em regras, o que prepara um remédio contra as técnicas meramente persuasivas e os expedientes escusos que se instilam entre os meios possíveis de obter a adesão de um determinado auditório. Alexy também problematiza o conceito de auditório universal, não tanto pelo caráter ideal que ele acaba assumindo (já que o consenso fático pressuposto é problemático), mas por ser **obscuro**, como se verifica no tocante à composição do auditório universal, composto das ideias de indivíduos particulares e de diversas culturas.²⁷⁷

A mais grave inaptidão da nova retórica perelmaniana, no entanto, reside justamente na renúncia ao uso do instrumental da filosofia analítica, evidenciada na investigação das técnicas de argumentação. Alexy lhe aponta justamente a falta de uma análise da estrutura lógica dos argumentos, o que é imprescindível para descobrir sistematicamente premissas encobertas e pôr em evidência a inserção de meios persuasivos para efetuar passos logicamente inconcludentes.²⁷⁸

Não obstante isso, retêm-se da obra de Perelman ideias proveitosos como a da imparcialidade²⁷⁹ da argumentação que se pretende endereçada ao auditório universal; a da

consideram suspeitas quando apontam em um sentido diferente da sua tese.” Cfr. BRUN, Jean. **Aristóteles**. Trad. Liz da Silva. Lisboa: Dom Quixote, 1986, p. 169 (Mestres do passado).

²⁷⁷ Alexy vislumbra em Perelman a identificação do auditório universal – não com a humanidade toda ou com todos os seres racionais – com o que chama de humanidade ilustrada, composta dos homens enquanto seres racionais; estes são identificados como todos os seres humanos que dispõem de informações sobre um tema em debate e competência para tratá-las. Cuida-se de ideia que Alexy reputa similar ao consenso ideal (ou situação ideal de diálogo) de Habermas, conceito que, por sua vez, também apresenta pontos nebulosos. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 206. Manuel Atienza concorda em grande parte com essa crítica de Alexy quanto à falta de clareza de conceitos capitais e também quanto à falta de maior rigor analítico na teoria de Perelman. Acrescenta que se lhe pode opor uma crítica ideológica quanto aos critérios da racionalidade prática da imparcialidade, respeito à justiça e da inércia, por serem conservadores, incompatíveis com uma visão crítica e conflitualista da sociedade. A despeito disso, reconhece valor no conceito de auditório universal e no esforço de reabilitar a racionalidade prática, ou seja, de reerguer a razão prática. Cfr. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 109-130. Essa crítica de Atienza, porém, merece uma ressalva quanto a algumas idéias que podem ser aproveitadas da retórica de Perelman, como os princípios da imparcialidade e da inércia, para tomar apenas dois, vêm sendo acolhidos por diversos outros pensadores reconhecidos, como Tugendhat e Alexy.

²⁷⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 212.

²⁷⁹ Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 160.

inércia,²⁸⁰ associada a dever de fundamentação e carga argumentativa; a de que uma norma é suscetível de generalização se todos poderiam estar de **acordo** com ela (ideia similar à da universalidade habermasiana, de base kantiana);²⁸¹ a de que a argumentação não pode partir do nada, nem começar em qualquer ponto, estando vinculada com concepções e atitudes historicamente dadas, embora intente obter resultados aceitáveis de maneira geral através de um processo de elaboração racional; por fim, a de que frequentemente não se pode indicar um resultado como único e definitivamente correto,²⁸² o que obriga a uma abertura à crítica e à tolerância.²⁸³

Esses frutos do estudo da retórica perelmaniana, portanto, podem ser aproveitados numa teoria da razão prática e, no que interessa mais diretamente ao tema desta tese, como limite e contraexemplo da atividade argumentativa que se leva a efeito para a construção de normas de direito fundamental associadas. Com efeito, sem o recurso à técnica lógico-analítica e limites da atividade argumentativa de acordo com a estrutura da produção das normas, todo argumentar jurídico no âmbito dos direitos fundamentais pode confundir-se com simples persuasão e ideologia.

3.2.1.1. Argumentação e tópica

Outra proposta que se descortina, também fulcrada numa releitura do pensar e argumentar jurídico do manancial filosófico, diz com a tópica. Ela possui a pretensão de instrumentar a argumentação jurídica com pontos de vista e conteúdos compartilhados

²⁸⁰ Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 142. Trata-se do conceito de *inertie*, que Alexy traduz para (*Prinzip der*) *Trägheit*. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 212

²⁸¹ Uma crítica corrosiva à universalidade kantiana e moderna em geral está em MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, p. 266.

²⁸² Sobre a questão da única resposta correta, veja item 5.3.3.

²⁸³ Também para Zagrebelski a tolerância é essencial à democracia: *El terreno de la democracia es el de las res dubiae, es decir, de las cuestiones que pueden ser legítimamente decididas de más de un modo. Sólo esta posibilidad justifica la discusión de ideas, la competición política, la defensa de las minorías y las elecciones libres; dicho brevemente: todas las instituciones democráticas. Donde por el contrario no haya res dubiae sino res certae, no se puede deliberar más que de una sola manera, y sólo quien acepta la verdad tiene derecho de ciudadanía. El error es precisamente el mal por extirpar, corregir o, al menos, por ser puesto em condiciones de no dañar. El espíritu de tolerancia, discusión y comprensión es la esencia de la democracia. Pero quien se erige en depositario de la verdad se siente investido para una misión que exige el espíritu opuesto*. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Madrid: Ed. Trotta, 2010, p. 137. Sobre o tema, ver também VOLTAIRE. *Traité sur la tolérance à l'occasion de la mort de Jean Calas*. Barcelona: Gallimard, 2011.

relacionados a problemas, reunidos nos denominados *topoi*, e, dessa maneira, empreende uma configuração determinada à jurisprudência.

A relação da tópica com a retórica é, segundo Viehweg, caracterizada por serem, ambas, formas de **pensar vinculado à situação**; compartilham a pertinência à pragmática, pois focam a ação de falar (*Sprechhandlung*) em contextos de ação; os *topoi* são apropriados a esclarecer as situações de fala, de modo a que a tópica constitui uma parte essencial da retórica.²⁸⁴

A sua atratividade, como aponta Böckenförde, reside em oferecer uma alternativa à insuficiência de respostas da metodologia da interpretação constitucional clássica para a indeterminação e abertura estrutural da constituição.²⁸⁵

Todavia, por mais relevante que tenha sido na revitalização da discussão metodológico-jurídica e na jurisprudência do direito constitucional, não parece contribuir significativamente para uma teoria que busque explicar racionalmente a relação de fundamentação entre normas associadas e diretamente estatuídas.²⁸⁶

²⁸⁴ Cfr. VIEHWEG, Theodor. *Rechtsphilosophie und rhetorische Rechtstheorie: gesammelte kleine Schriften*. Baden-Baden: Nomos, 1995, S. 210 f.

²⁸⁵ Diz o autor: “Diante do caráter fragmentário, muitas vezes indeterminado, da constituição, foi fácil socorrer-se do processo tópico, orientado pelo problema, para com isso enfrentar a insuficiência das regras de interpretação clássicas e, assim, evitar o *non liquet*, que já não mais era em nenhum caso possível em face da jurisdição constitucional existente. A aptidão da tópica e do pensar o problema justamente para a interpretação constitucional foi, então, fundamentada também com base na “abertura estrutural” da constituição, na concisão e constância de seu texto, na amplitude e indeterminação de seus traços fundamentais.” Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*. NJW 1976, S. 2092. No original: *Angesichts des fragmentarischen, vielfach unbestimmten Charakters der Verfassung lag es nahe, auf das topische, problemorientierte Verfahren zurückzugreifen, um den Ungenügen der klassischen Auslegungsregeln zu begegnen und das angesichts der bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit keinesfalls mehr mögliche ‘non liquet’ zu vermeiden. Die Eignung von Topik und Problemendenken gerade für die Verfassungsinterpretation ist denn auch mit der ‘strukturellen Offenheit’ der Verfassung begründet worden, der Kürze und Konstanz ihres Textes, der Weite und Unbestimmtheit ihrer Grundzüge.*

²⁸⁶ O conceito de tópica liga-se à mesma tradição da retórica e da dialética, não apenas pelo estudo e pelo nome tomado de uma obra que Aristóteles dedicou à investigação do método de raciocinar de acordo com opiniões geralmente aceitas (ARISTÓTELES. **Tópicos**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 5 (Os pensadores)), mas também pela remissão aos *κοινοί τοποι* (*koinoi topoi*) ou lugares comuns, conceito de larga utilização na retórica desde os sofistas e os retóricos latinos (*loci communes*), onde eram empregados para encontrar e elencar pontos de vista a serem utilizados no discurso. Cfr. VIEHWEG. *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl. München 1974 (1. Aufl. München 1953), citado conforme ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 39 ff. Veja também MITTELSTRASS, Jürgen (Hg.). *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*. Bd. 3. Stuttgart: J.B. Metzler, 2004, S. 614-618. Alexy entende que a tópica, mesmo se empregada como simples técnica de busca de premissas, teria valor heurístico acanhado, haja vista a heterogeneidade dos catálogos de *topoi*. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 39 ff.

Um dos seus principais deficits, como apontado por Alexy, consiste em não identificar adequadamente o lugar da lei, bem como em infravalorar a dogmática e o precedente, assim como em deixar de oferecer regras sobre o papel de cada qual.²⁸⁷

Essa falha se revela fatal para uma teoria que pretenda, por exemplo, justificar a extração de normas de direito fundamental não diretamente estatuídas em texto constitucional sem apresentar instrumentos técnicos que permitam afastar o risco de que o lugar da lei, da dogmática e do precedente sejam tomados por meras opiniões e lugares comuns, por mais prováveis que pareçam. Esses instrumentos passam pela teoria dos princípios, que permite distinguir meros *topoi* – que poderiam ou não ser aplicados – dos princípios, que, uma vez incidentes, exigem aplicação, ainda que em grau diferenciado.²⁸⁸

Contudo, Alexy extrai da tópica a tese de que, mesmo onde não são possíveis fundamentações concludentes ou conhecimento apodítico, não deve o respectivo campo ficar à mercê da decisão irracional;²⁸⁹ também lhe reconhece o mérito da ideia de que o conceito de fundamentação racional está estreitamente entrelaçado com o de discussão racional.²⁹⁰

3.2.2. Razão prática aristotélica

3.2.2.1. Considerações gerais sobre a possibilidade de novas leituras

Se a retórica e a tópica parecem insatisfatórias para ancorar uma teoria da argumentação jurídica que se possa apresentar como ornada de racionalidade e eficácia

²⁸⁷ Böckenförde já assestara crítica similar, apontando para a dissolução da normatividade constitucional em conteúdos a serem determinados caso a caso. Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*. NJW 1976, S. 2089-2099.

²⁸⁸ Alexy o explica da seguinte forma: “Sem embargo, contra isto podem-se fazer valer três argumentos: (1) Em virtude de sua estrutura lógica, os princípios são algo mais do que meros *topoi*. (2) Através de relações de prioridade *prima facie*, é possível criar certa ordem dos princípios; portanto, uma teoria de feixes pode ser uma teoria dos princípios do terceiro tipo acima mencionado. (3) Não se deve esperar demais de uma teoria material dos direitos fundamentais.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 516. No original: *Hingegen sind jedoch drei Argumente geltend zu machen: (1) Prinzipien sind aufgrund ihrer logischen Struktur mehr als blosse Topoi. (2) Es ist eine gewisse Ordnung der Prinzipien durch prima facie-Vorrangrelationen herstellbar; eine Bündeltheorie kann also eine Prinzipientheorie des oben angesprochenen dritten Typs sein. (3) Von einer materialen Grundrechtstheorie darf nicht zu viel erwartet werden.*

²⁸⁹ Essa análise pode ser remotamente atribuída a Aristóteles, em cuja filosofia deitam raízes as concepções da tópica.

²⁹⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 42-43.

para os tempos correntes, outras alternativas se apresentam, igualmente com algumas raízes na tradição da razão prática aristotélica, porém, como leituras sob outras perspectivas.

Esse movimento, tanto por Hannah Arendt,²⁹¹ como pela hermenêutica de Gadamer,²⁹² em direção a uma razão prática nos moldes desenhados pela “Ética a Nicômaco” de Aristóteles, põe em evidência aspectos que são de interesse para a própria compreensão da teoria da argumentação de Alexy, ainda que ele próprio não os tenha examinado ao tempo da edição da sua obra específica sobre a teoria da argumentação.

3.2.2.2. Argumentação e hermenêutica

Se a interpretação, para Alexy, se opera através de argumentos, e se a aplicação de uma norma a um determinado estado de fato, inclusive no orbe dos direitos fundamentais, pressupõe um jogo de ir-e-vir similar em tudo ao círculo da pré-compreensão,²⁹³ pode-se conjecturar se a teoria da argumentação mais conveniente no âmbito dos direitos

²⁹¹ Lafer opina que Arendt teria entendido que o campo da ação conjunta e, pois, da política, seria regido pela dialética e pela tópica, nos moldes evidenciados pela Ética a Nicômaco, de Aristóteles, e não pela razão monológica teórica ou prática. Arendt teria tido esse *insight* ao explorar a necessidade que Kant sentiu de escrever uma terceira crítica, a do juízo, sem a pretensão de validade universal (domínio do pensamento) mas marcado pelo acordo com os outros com os quais se age (domínio da ação). Cfr. LAFER, Celso. **Hannah Arendt: Pensamento, persuasão e poder**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 58-61. Sobre a necessidade que Kant sentiu de escrever a terceira crítica, a justificativa do próprio pensador encontra-se em KANT, Immanuel. *Kritik der Urteilkraft*. Werkausgabe, Bd. x. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 09-68 (*Einleitung in die Kritik der Urteilkraft*.) O texto encontra-se traduzido em KANT, Immanuel. Primeira introdução à crítica do juízo. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. In: KANT, Immanuel. **Kant (II): Textos selecionados**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 163-203 (Os pensadores).

²⁹² GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register**. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1993, S.301ff., 324 ff.

²⁹³ Após uma aceitação menos entusiasmada do círculo hermenêutico (ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 281-282), Alexy mais recentemente reconheceu o seu caráter construtivo e, mais do que isso, o aplicou ao conceito mesmo da filosofia do direito, na qual vislumbra uma versão daquela circularidade da pré-compreensão. Cfr. ALEXY, Robert. *Die Natur der Rechtsphilosophie*. In: BRUGGER, W. et alii (Hrsg.). **Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, S.14. No original: *Wie kann die Rechtsphilosophie zu zeigen beginnen, was Recht ist, wenn es unmöglich ist, zu sagen, was Rechtsphilosophie ist, ohne zu wissen, was Recht ist? Diese Zirkularität hat freilich keinen destruktiven, sondern einen konstruktiven Charakter. Sie ist nichts anderes als eine Version des hermeneutischen Zirkels und ist, wie alle Varianten dieser Version, dadurch zu lösen, dass mit dem Vorverständnis, das der bestehenden Praxis zugrunde liegt, begonnen und dieses einer kritischen und systematischen Reflexion unterzogen wird*. Alexy explicita que, na verdade, há mais do que um tipo de círculo hermenêutico, tendo catalogado três: (1) o concernente à relação entre pré-compreensão e texto, que é regido pelo postulado da reflexão; (2) o atinente à relação entre a parte e o todo, iluminado pelo postulado da coerência; e (3) o respeitante à relação entre norma e fato, que se norteia pelo postulado da completude. Cfr. também ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 75-77.

fundamentais encontra ancoradouro na hermenêutica, dentro da qual se destaca a proposta por Gadamer. Essa possibilidade se assenta, igualmente, no compartilhamento da concepção da relevância da linguagem e, ao mesmo tempo, da valorização do saber prático, que é inerente à atividade de interpretação do direito.

As dificuldades, no entanto, se apresentam desde logo e serão determinantes quanto à possibilidade de êxito do empreendimento de edificar uma teoria da argumentação compatível com a praxe judicante em direitos fundamentais nos tempos correntes.

Desenvolvendo-se ao pé da tradição das ciências do espírito, a hermenêutica gadameriana valeu-se da ideia da circularidade tomada à dialética de Hegel para dar conta do círculo da compreensão, mas, para poder elaborar um conceito de razão prática autônoma em face do saber absoluto que predomina naquela (o qual a inviabiliza), e, acreditando que a crítica da razão prática kantiana professava de algum modo a pretensão absolutista da filosofia da reflexão que atingiria seu ápice em Hegel, sentiu-se compelida a recuar até a fundação aristotélica, mais precisamente ao modelo da *Ética a Nicômaco*,²⁹⁴ de um saber que não se confunde com a técnica nem com a ciência. Esse saber prático, Gadamer o reputa incompatível com a compilação em um manual científico e com o método²⁹⁵ das ciências naturais, sendo insubstituível por uma “ciência política” ou politologia.²⁹⁶ A peculiaridade desse saber, no universo prático, é não somente conhecer o cognoscível, mas também saber aplicá-lo e comunicá-lo.²⁹⁷

Nesse movimento de resgate junto à filosofia prática aristotélica, Gadamer encontraria duas provas da excelência daquela para o tratamento de questões do campo prático. A primeira diz com a solução de Aristóteles para a inevitável tensão existente entre a universalidade da legislação vigente e a particularidade do caso concreto, onde destaca

²⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 302 ff. A *Ética a Nicômaco* é citada expressamente em S. 308, Fn. 76.

²⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 304.

²⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 302.

²⁹⁷ Diz Gadamer que aquilo de que fala o orador, o estadista e qualquer um, trata-se enfim do bem, mas não como algo já produzido pelo fazer (*ergon: ἔργον*), e sim num fazer enquanto práxis e boa práxis (*eupraxie*), ou seja, como *energeia*. Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 308. Acrescente-se que *energeia* (ἐνέργεια) distingue-se por ser uma atividade constitutiva do mundo, não uma obra resultante de uma capacidade. Cfr. MITTELSTRASS, Jürgen (Hg.). *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie. Bd. 3.* Stuttgart: J.B. Metzler, 2004, S. 474.

que a busca do direito precisa do constante emprego da **equidade**;²⁹⁸ a segunda, quando vislumbra na **prudência** a virtude suprema da racionalidade prática.

A recuperação da ideia de **possibilidade de correção** (*rectius*, **retificação**) do **direito**, embora não se confunda com a pretensão de correção de Alexy, assume relevância e merece ser aproveitada. Tal ideia tem na sua raiz a concepção de que o direito, enquanto razão prática, não somente pode ser sujeito a correção como também conceitualmente lhe está vinculada uma ideia de correção. Contudo, é preciso destacar que, enquanto a equidade busca a retificação da deficiência quanto à universalidade,²⁹⁹ a ideia de correção

²⁹⁸ Aristóteles define expressamente a equidade como “uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade”. Cfr. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 96 (Os pensadores). A versão alemã expressa: “E isso é a essência da ‘bondade na justiça’: retificação da lei ali onde ela, por causa de sua formulação universal, é lacunosa.” Cfr. ARISTÓTELES. *Nikomachischi Ethik*. Übersetzt, eingeleitet und kommentiert von Franz Dirlmeier. Frankfurt am Main/Hamburg: Fischer Bücherei, 1957, S. 121. No original: *Und dies ist das Wesen der ‘Güte in der Gerechtigkeit’: Berichtigung des Gesetzes da, wo es infolge seiner allgemeinen Fassung lückenhaft ist*. A justificativa da retificação se encontra no seguinte texto: “O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza.” Cfr. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 96. A tradução da versão alemã do mesmo trecho em que desponta a justificativa da retificação por equidade soa assim: “Em realidade, a problemática nasce pelo fato de a bondade, sem dúvida, ser um justo, mas não no sentido da justiça garantida pela lei, mas ela é uma retificação da justiça-lei. Isso tem o seu fundamento em que qualquer lei é universalmente formulada. Mas, em alguns casos particulares, não é possível fazer uma determinação universal de modo que ela seja correta. Em tais casos, agora, onde é necessário expressar-se universalmente, isso porém não pode ocorrer de modo que tudo seja correto, aí a lei toma os casos por assim dizer em bloco, sem todavia ignorar que, com isso, está dada uma fonte de vícios. E, apesar disso, é esse procedimento correto, pois o vício não reside na lei e no legislador, mas na natureza da coisa, pois assim é, precisamente, a abundância daquilo que a vida traz.” Cfr. ARISTÓTELES. *Nikomachischi Ethik*. Übersetzt, eingeleitet und kommentiert von Franz Dirlmeier. Frankfurt am Main/Hamburg: Fischer Bücherei, 1957, S. 120-121. No original: *In Wirklichkeit entsteht die Problematik dadurch, dass das Gütige zwar ein Gerechtes, aber nicht im Sinne der durch des Gesetz gewährleisteten Gerechtigkeit, sondern es ist eine Berichtigung der Gesetzes-Gerechtigkeit. Das hat seinen Grund darin, dass jegliches Gesetz allgemein gefasst ist. Aber in manchen Einzelfällen ist es nicht möglich, eine allgemeine Bestimmung so zu treffen, dass sie richtig ist. In solchen Fällen nun, wo es notwendig ist, sich allgemein auszudrücken, dies aber nicht so geschehen kann, dass alles richtig ist, da nimmt das Gesetz die Fälle sozusagen en bloc ohne allerdings zu übersehen, dass damit eine Fehlerquelle gegeben ist. Und trotzdem ist dieses Verfahren richtig, denn der Fehler liegt nicht im Gesetz und im Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache, denn so ist nun einmal die Fülle dessen, was das Leben bringt*. Para um balanço da posição de Gadamar em face da filosofia aristotélica, ver adiante, neste mesmo item e no subsequente.

²⁹⁹ A constatação desse fenômeno oportuniza Rosenfeld a discutir o chamado paradoxo da justiça, desenvolvido a partir da dicotomia visualizada por Derrida entre universalidade e singularidade, com base na distinção aristotélica entre igualdade e equidade, para mostrar a intransponível lacuna entre justiça como lei, que deve permanecer universal, e a justiça enquanto dar a cada um o seu, que necessariamente envolve um elemento de singularidade irreduzível. Cfr. ROSENFELD, Michel. *Just interpretations: law between ethics and politics*. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 56-62.

defendida por Alexy permeia todo o direito e pode desafiar, no seu limite – a extrema injustiça –, a própria validade, como preconizado por Radbruch e Alexy.³⁰⁰

Enquanto o fundamento da corrigibilidade (*rectius*, retificabilidade) do direito pela equidade remanesce no plano semântico (a problemática universalidade da regra) e tem seu centro nas ideias de completude e aperfeiçoamento, o fundamento da correção do direito em Alexy abrange também o plano pragmático, pela incorporação da esfera argumentativa no conceito de direito, que engloba necessariamente, como um de seus três elementos, a moralidade.³⁰¹

Por sua vez, a identificação do saber prático com o desempenho da **prudência**, tal como Gadamer aplaude em seu regresso a Aristóteles,³⁰² não pode ser aproveitada diretamente para uma teoria da argumentação jurídica que se pretenda apta a enfrentar os problemas de direito fundamental dos tempos atuais.

Por um lado, assiste razão a Gadamer quando adverte para a necessidade de estabelecer distinções quanto à metodologia e quando critica a tentativa de submissão das questões práticas,³⁰³ como as do direito e da política, ao método estreito das ciências

³⁰⁰ Cfr. RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Aufl. Heidelberg: C. F. Muller Verlag, 2003, S. 216. Cfr. ALEXY, Robert. *Recht und Moral*, in: HÄRLE, Wilfried; PREUL, Reiner (Hg.). *Ethik und Recht*, Marburger Jahrbuch Theologie, XIV, N.G. Elwert, 2002, S. 83-91. A tradução desse texto pode ser encontrada em ALEXY, Robert. *Direito e moral*. Trad. Paulo Gilberto Cogo Leivas. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115-122. A matéria será desenvolvida especificamente na análise do conceito de direito, item 5.3.1.

³⁰¹ A terminologia ajuda a entender a diferença. A correção pela equidade, melhor definida por retificação, é a *Berichtigung*, tanto que Gadamer usa expressamente esse termo na tradução da definição aristotélica da equidade: *Eipeikeia ist die Berichtigung des Gesetzes*. (*Eipeikeia* é a retificação da lei.) Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1993, S. 323. Ela é uma **ação** de corrigir no sentido de melhorar, suprir falhas e complementar lacunas; já a correção segundo Alexy é a *Richtigkeit*, ou seja, ela é sobretudo uma qualidade de uma pretensão que objetivamente se levanta no direito. Acrescente-se a isso que a técnica jurídica tem propiciado, em tempos modernos, outros recursos que melhor enfrentam o problema da deficiência das regras quanto à universalidade, como se pode vislumbrar nos conceitos jurídicos indeterminados e nas cláusulas gerais. Sobre isso, e especificamente sobre a relação entre cláusulas gerais do direito privado e o modelo de princípios, cfr. HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma releitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 11-30.

³⁰² Não se pode reduzir a obra de Gadamer como um regresso (e menos ainda um acrítico) a Aristóteles, porque Gadamer se propõe tão-só rever, resgatar e repensar ideias do estagirita que são compatíveis com o desenvolvimento da filosofia até os tempos correntes, que passa pela filosofia da reflexão.

³⁰³ Gadamer enfatiza que Aristóteles elevou a práxis a uma esfera autônoma do saber, distinta da filosofia teórica. Uma ideia determinante da práxis é a da auto-organização ou auto-regulação, inclusive no plano político (dar-se uma constituição). Gadamer assim se expressa: “Aristóteles desenvolveu a filosofia prática, que abrange a política, em expressa disputa com o ideal da teoria e da filosofia teórica. Ele elevou, nisso, a

naturais (e da razão teórica).³⁰⁴ Por outro lado, parece equivocada o superdimensionamento da *phronesis*, especialmente no tocante à sua estatura e função na teoria da argumentação jurídica.

Segundo Gadamer, a práxis, situada entre os extremos do **saber** e do **fazer**, é guiada por uma virtude básica de acordo com a natureza racional do ser humano: a *phronesis*.³⁰⁵ Essa racionalidade difere efetivamente daquela do cientista e do especialista (ou técnico), deixando margem à liberdade da ação humana e, conseqüentemente, à responsabilidade. Trata-se de uma racionalidade prática, não técnica. Porém, daí não se segue necessariamente que a prudência possa, de modo isolado e exclusivo, emprestar-lhe fundamento.³⁰⁶

prática humana para uma área do saber independente. ‘Prática’ significa o todo das coisas práticas e, portanto, toda a conduta e toda a auto-organização humana nesse mundo, e disso faz parte, não por último, a política, e, dentro da mesma, a legislação. Ela é, realmente, a tarefa principal por cuja solução coisas humanas regulam-se e ordenam-se, auto-regulação por ‘constituição’ em sentido mais amplo da vida da ordem social e estatal.” Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 324. No original: *Aristoteles hat die praktische Philosophie, welche die Politik umfasst, in ausdrücklicher Auseinandersetzung mit dem Ideal der Theorie und der theoretischen Philosophie entwickelt. Er hat darin die menschliche Praxis zu einem selbständigen Wissensgebiet erhoben. ‘Praxis’ meint das Ganze der praktischen Dinge, also alles menschliche Verhalten und alle menschliche Selbsteinrichtung in dieser Welt, und dazu gehört nicht zuletzt die Politik und innerhalb derselben die Gesetzgebung. Sie ist ja die Hauptaufgabe, durch deren Lösung sich menschliche Dinge regeln und ordnen, Selbstregelung durch ‘Verfassung’ im weitesten Sinne sozialen und staatlichen Ordnungslebens.*

³⁰⁴ Essa crítica pode ser traduzida, como o faz Alexy, na consciência da necessidade de distinguir dimensões do discurso: premissas empíricas podem e devem ser testadas segundo métodos empíricos, de acordo com a ciência do respectivo objeto; já premissas normativas e sua discussão inerem ao universo da deontologia, ou seja, não podem ter a mesma metodologia de estudo das ciências naturais. Há conexões entre elas, como na definição dos espaços epistêmicos, que não podem ser ignoradas, mas reforçam a distinção. A propósito disso, Gadamer vislumbra uma conexão entre a tradução do termo latino *jurisprudencia* pelo germânico *Rechtswissenschaft* (ciência do direito), ao invés da antiga *Rechtsgelehrsamkeit* (jurisprudência, no sentido de formação jurídica), e os inícios da escola histórica, entre os quais se inclui Savigny. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 311, Fn. 78.

³⁰⁵ No grego *φρόνησις*, que os latinos traduziram por *prudencia*. Jean Brun explica que, em Aristóteles, a virtude intelectual da *phronesis* incide sobre a determinação de fins e integra a parte da alma racional que, juntamente com a arte (*τέχνη – techne*) (sic), diz com a faculdade de opinar e se refere ao contingente; distingue-se da *σοφία* (*sophia – sofia*: sabedoria), que se refere ao conhecimento do necessário e integra a parte científica da alma, englobando a virtude da intuição dos princípios (*νοῦς – nous*) e ainda a virtude da demonstração da verdade e que constitui a ciência (*ἐπιστήμη – episteme*). Cfr. BRUN, Jean. **Aristóteles**. Trad. Liz da Silva. Lisboa: Dom Quixote, 1986, p. 160-161 (Mestres do passado).

³⁰⁶ Gadamer chega ao ponto de afirmar que essa mesma *phronesis* acaba sendo a virtude hermenêutica fundamental, porque a racionalidade prática é a que abarca a todos e de modo total em nossas vidas, definindo a responsabilidade de nosso agir, que exige a razão para a correta aplicação de nosso saber e de nosso poder. Não se quedaria em reflexões transcendentais e, sim, na realidade da linguagem e do ser humano como ser social, posto em sua historicidade e finitude. Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 328. Rodolfo Luis Vigo, de modo semelhante, recorre ao conceito de prudência para determinar o que seria o “saber interpretativo”. Diz Vigo: “O juízo prudencial opera como uma espécie de ponte entre certas exigências universais, ou seja, gerais, e certo problema que compromete determinados sujeitos num tempo e espaço estabelecidos; por isso, aquele juízo define o ‘justo concreto’.” Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**. Tradução de Susana Mura. Revisão de Alfredo Flores. SP: RT, 2005, p. 59.

A deficiência da *phronesis* se revela no mesmo contexto em que se verifica a necessidade da justificação mais ampla da racionalidade. Essa limitação somente vem a lume na pergunta por uma justificação mais profunda dos pressupostos de racionalidade de afirmações normativas, isto é, quando estão em jogo as próprias regras de argumentação racional.

Por isso, resta patente a limitação da razão prática tradicional, de verniz aristotélico, a despeito do esforço de suas atualizações, para a justificação de práticas no âmbito jurídico atual. A razão da deficiência consiste, justamente, na vinculação da validade normativa posta na razão prática regida pela prudência ao universo paroquial de uma comunidade restrita. Ela não consegue oferecer respostas para os casos em que a própria validade da moralidade local está em jogo.³⁰⁷

Esse diagnóstico³⁰⁸ constitui pedra de toque para a adoção de uma teoria discursiva da argumentação, onde se possam questionar as próprias bases morais da comunidade e sustentar a exigência de fundamentação e universalizabilidade para as asserções normativas, seja no momento da edição de normas gerais, seja na sua aplicação em casos particulares, onde a interpretação não prescinde de argumentação.³⁰⁹

³⁰⁷ Habermas e, na esteira deste, outros distinguem o que chamam de moralidade pré-convencional da pós-convencional. Günther, por exemplo, depois de atribuir à *phronesis* a qualidade de exemplo de aplicação contextualmente vinculada de máximas moralmente justificadas no nível convencional, onde a faculdade de julgar não tem de discutir (nem pode) a validade do *ethos* à qual está vinculada, como ocorre na moralidade antiga (e.g. Aristóteles), apontou para a insuficiência da *phronesis* no nível pós-convencional, onde a própria validade da moralidade está em jogo e necessita ser fundamentada. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 216-238. A tradução portuguesa encontra-se em GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 253-282.

³⁰⁸ Pode-se encontrá-lo em um discípulo de Habermas, cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 25; 288; 299. Compare: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 302 e 357. A tese principal de Günther consiste, como adverte já no prefácio, em que se deve distinguir entre fundamentação e aplicação de uma norma, e que não é possível abdicar da razão prática. (Idem, p. 19.) No entanto, como remédio Günther cindiu o discurso de fundamentação de normas e o de sua aplicação e, em substituição ao desempenho da prudência para assegurar a adequação da norma a uma determinada situação, propôs a imparcialidade na descrição integral da situação e a coerência. O valor dessa solução será discutido adiante, item 3.2.5.2.2.

³⁰⁹ Sobre o tema, veja-se também ALEXY, Robert. *Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs*, in: ALEXY, Robert et alii. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 116. Cfr. também ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 77-92.

Todavia, é possível ainda aproveitar indiretamente a contribuição gadameriana quanto ao possível resgate da *phronesis*. Trata-se de acrescentar a necessidade da formação (*Bildung*) que deve acompanhar todo juízo prático. Como a formação, na esteira de Kant, deve conter uma aspiração à universalidade e, por isso, já não se pode resumir aos contornos paroquiais de um determinado mundo da vida, a ideia da *phronesis* numa teoria do direito contemporânea poderia ser de algum modo resgatada, dentro do espaço do juízo prático.³¹⁰ Ela pode ser vista como contrapartida implicada pela própria ideia de universalidade que preside a moralidade interna ao direito, mas sempre na pressuposição da existência de uma formação (*Bildung*) e da necessidade de colocação num horizonte mais amplo, de aspiração à universalidade.

O que se pode, então, extrair da análise das possíveis contribuições das releituras da filosofia prática de fundo aristotélico, é, em suma, aproveitável sob três modos: a) inclusão da ideia de correção para todo o direito; b) a observância das peculiaridades lógicas das dimensões que integram o discurso; c) resgate da ideia do espaço de prudência para a aplicação do direito acompanhada da necessidade de formação e aspiração universalística.

Essa conclusão parcial interessa sobretudo à pesquisa aqui desenvolvida, porquanto deve ser abandonado o projeto de edificar sobre equidade e prudência toda a complexa estrutura da realidade jurídica contemporânea, o que inclui as questões de fundamentação da própria validade de normas, particularmente daquelas normas que, como a NDFA, envolvem ponderação. Para esta, o espectro da equidade e o instrumental técnico da prudência, ambos desenvolvidos para uma prática determinada e uma ambientação cultural mais uniforme, mostram-se insuficientes para os tempos correntes.

Ainda que a agregação de uma formação universalística possa contribuir para afastar limitações da prudência, inexistente a possibilidade de se sustentar sobre ela todo o peso da solução de problemas de direito fundamental numa sociedade conflituosa e complexa como a atual. Ao invés disso, a teoria de Alexy aponta para a necessidade de recurso a uma

³¹⁰ É a formação que possibilita fazer julgamentos do particular em relação a um todo; o exemplo do gosto prova a imprescindibilidade da força do juízo, que explica ao mesmo tempo a diversidade e a possibilidade de concordância de juízos. Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 1. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 6. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1990, S. 43. Gadamer reporta-se aqui expressamente à “Crítica do juízo”, de Kant, para explicar a imprescindibilidade da força do juízo – *Urteilkraft* – e para exemplificá-la na apreciação dos casos práticos na jurisprudência e concreção do direito. Aqui se conecta, portanto, o desempenho da hermenêutica – e pois de uma *phronesis* – com a necessidade de uma formação nos moldes pressupostos por uma filosofia kantiana. (Idem, S. 44.)

moral universalística e autonômica, e, ao mesmo tempo, que possa assegurar pelo direito espaços (juridicamente) protegidos para a ação livre e autônoma do indivíduo e dos grupos, assim como a garantia de uma representação argumentativa num tribunal constitucional.³¹¹

Além disso, somente uma teoria que reconheça um lugar e uma função **para ideias regulativas**, como a da vertente kantiana e do discurso ideal, pode fazer frente à exorbitante pretensão de exclusividade da hermenêutica quanto ao fenômeno da linguagem. Somente uma teoria desse tipo, que coloque a instância crítica a salvo dos nexos de sentido corrompidos pelas instancieações do poder e das ideologias, assim como das perturbações da linguagem, poderá apresentar-se com credencial para sustentar uma teoria da argumentação no plano prático e, dessarte, compreender o verdadeiro significado prático dos direitos fundamentais e preparar instrumentos apropriados ao seu delicado manuseio.³¹²

Do ponto de vista específico da concretização de direitos fundamentais, isso significa que ao aplicador do direito não é dado se contentar com subsunções, caso fossem sempre possíveis; ele tem que tomar consciência de sua pré-compreensão e do horizonte em que se move ao interpretar e argumentar em favor da solução que encontrou diante do material jurídico dado pela tradição em que se insere e diante dos argumentos aduzidos pelas partes. Para tanto, precisa ter formação suficiente, ou seja, ter conhecimento dogmático e também tomar ciência das premissas empíricas que são, a cada caso, trazidas a lume. Deve posicionar-se também criticamente ante uma tradição ou uma instituição,

³¹¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993. A tradução ao português encontra-se em ALEXY, Robert. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95-113. Esses aspectos serão aprofundados adiante (item 3.2.4.2.1. e 4.).

³¹² Haft não refere expressamente a pretensão da hermenêutica, mas afirma que a retórica veio (re)conquistar espaço num domínio atualmente tomado por questões sobre aplicação e interpretação de normas. Ela vem compartilhar com a metodologia jurídica o trato de decisões de caso em harmonia com a lei, mas enfatiza o aspecto do emprego da linguagem. Nessa medida, propõe substituir descobertas da moderna ciência da linguagem, por considerações hermenêutico-literárias. Cfr. HAFT, Fritjof. *Juristische Rhetorik*. 6. Aufl. Freiburg/München: Alber, 1999, S. 09 ff.

apoiado nos recursos que lhe são aportados pela reflexão que fizer a partir de elementos ideais que pode encontrar no seu âmbito de discurso.³¹³

Somente uma teoria do discurso³¹⁴ e uma teoria da argumentação calçada na ideia de **correção**, como a de Alexy, podem explicar que uma adequada abordagem dos direitos fundamentais requer o distanciamento crítico necessário para poder identificar consensos manipulados, ou qualificar uma determinada tradição como potencialmente totalitária, ofensiva ou negligente para com os direitos humanos, ainda que goze de eventual maioria parlamentar.

Se, pois, a hermenêutica adverte corretamente para a impossibilidade de um ponto arqui-médico a partir do qual se pudesse fazer uma crítica cabal às ideologias e desmascarar definitivamente todos os preconceitos, por outro, não se pode renunciar à instância crítica necessária à racionalidade do argumentar, que se nutre da divergência e do conflito.

Desse debate, colhe-se que a teoria discursiva da razão prática, necessária para se pensar em associação de normas de direito fundamental não diretamente estatuídas em textos constitucionais, não descarta da compreensão do sentido que já se encontra dotado de autoridade, insculpido em tradições submetidas ao crivo histórico e instituições, mas

³¹³ Esse resíduo de possibilidade de avaliação das tradições por parte do sujeito constitui clara herança da escola crítica e do desenvolvimento posterior, por Habermas, de uma ética discursiva, o que ele reputa ser uma das conquistas da modernidade.

³¹⁴ É de se agradecer, portanto, aos esforços que resultaram na teoria do discurso, principalmente a Habermas, que provém da denominada Escola de Frankfurt e da teoria crítica por ela desenvolvida; sua teoria não colhe apenas frutos do legado kantiano, mas também da dialética crítica que estuda as ciências sociais – em cuja vizinhança se colocam os problemas da filosofia prática –, assim como também se nutre de descobertas da filosofia analítica e da linguagem, que hoje estão na base da teoria da argumentação. Sobre o debate entre dialética e hermenêutica, veja-se GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 238 ff., e também HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, 136 p. Essa última obra contém, como posfácio, um texto de Ernildo Stein intitulado “Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia”, que resume e analisa os principais aspectos desse debate entre Habermas e Gadamer sobre o eixo da razão prática. Diz Stein: “Dialética e hermenêutica são a afirmação extrema do significado prático da razão humana, no seu sentido mais forte. Não simplesmente porque esses dois métodos têm a práxis como objeto, mas porque não há práxis no seu sentido pleno sem que pressuponha os horizontes do pensamento dialético e hermenêutico. Filtre-se, portanto, na controvérsia entre dialética e hermenêutica e na discussão sobre dialética e hermenêutica, a afirmação do sentido ético-político do pensamento.” Cfr. STEIN, Ernildo. *Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia*. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 131-132. Ver também, do mesmo autor: STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 49-60. Sobre a relação entre dialética e a hermenêutica, cfr. também GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Bd. I. 6. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1990, S. 368 ff. É pela primazia da pergunta que se define a relação entre dialética e hermenêutica, segundo Gadamer.

também põe relevância na capacidade reflexiva, na possibilidade de discussão dos participantes e na sua potencialidade de interrogar a tradição para questionar seu sentido.³¹⁵

Outra perspectiva do mesmo diagnóstico, que não está dissociada da acima exposta, para a insuficiência de uma concepção básica da filosofia prática em moldes aristotélicos reside na sua conformação **ôntica**, com julgamento do agir segundo o **bem** (e não segundo o **dever**), e com uma moralidade orientada pela **virtude**.³¹⁶

Ocorre que uma teoria dos direitos fundamentais que possa operar adequadamente, nos dias correntes, com o conceito de correção e de justiça em estados democráticos pluralistas necessita de uma orientação aberta, fincada no dever, já que a estruturação por uma concepção do bem e por uma moralidade das virtudes acentuará os conflitos ao invés de facilitar a sua solução.³¹⁷

Com efeito, não se vislumbra como se poderia compatibilizar uma concepção de razão prática orientada pelo bem e a correspondente ética da virtude com um conceito de norma de direito fundamental que permita distinguir questões acerca da sua existência e da sua validade, de acordo com distintos critérios de validez.³¹⁸

A inevitável vizinhança do conceito de direito fundamental com o de direitos humanos prepara um problema insolúvel para uma concepção prática voltada nuclearmente para o conceito de bem, sempre que se tratar de resolver tensões que envolvem distintas concepções sobre o bem, isto é, sempre que os direitos fundamentais se veem chamados a resolver conflitos nos interstícios de diferentes cosmovisões, fenômeno cada vez mais frequente nos estados contemporâneos.

³¹⁵ Atienza não vê nisso complementariedade e riqueza explicativa da teoria discursiva de Alexy, mas sim uma ambiguidade e incoerência de perspectiva em face do direito posto (prescritiva/descritiva) e potencial uso ideológico de sua teoria. Sobre a procedência (ou não) dessa crítica, veja o item 4.3.1.

³¹⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 127.

³¹⁷ Para uma classificação de posições fundamentais com relação às teorias da justiça e da correção, veja-se TSCHENTSCHER, Axel. *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit: rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, S. 80 ff. Essa classificação reproduz a exposta em ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993.

³¹⁸ Para mais detalhes, ver item 5.2.1.

3.2.2.3. Resultado parcial (item 3.2.2.)

A linha **aristotélica** de razão prática, a despeito de seus inegáveis méritos, não se mostra uma alternativa à altura, na medida em que não consegue separar o ôntico do dado daquilo que, deonticamente, é possível e que, normativamente, pode ainda inscrever-se no real das instituições. Para essa razão, a ponderação poderá concenter-se em expediente de justificação de derivação direta de conteúdos a partir de conceitos fundamentais; não compreenderá com inteireza o fenômeno da colisão (porque professa uma teoria do tipo já estreitado) e poderá substituir, no conceito de direito fundamental, o seu conteúdo possível pelo conteúdo que imagina pré-dado, seja com base em uma tradição vigente na comunidade ou num suposto direito natural.

Além disso, constrói sobre uma virtude – prudência – toda estrutura do edifício da racionalidade prática. Porém, como Alexy faz ver,³¹⁹ a prudência não consegue dar conta da pluralidade e diferença dos modos possíveis de vida boa; tem dificuldades de se reconciliar com direitos fundamentais e democracia em uma pólis desprovida da primitiva uniformidade de interesses.

Transcrevo:

Os direitos humanos garantem, enquanto direitos fundamentais, espaços para diferentes formas de vida e concepções da vida boa, e o processo democrático realiza a possibilidade de uma compensação justa, em que uma pluralidade de vozes venha a ter a palavra. A teoria do discurso mostra, por isso, como pode tornar-se efetiva uma razão prática, sem recusar o respeito a diferentes formas de vida e concepções de vida boa.³²⁰

Uma ética do bem e da boa vida, ao invés do dever, encontra obstáculos internos para estruturar a universalizabilidade de um modo que possa suplantar e mesmo contraditar

³¹⁹ ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). **Rechtssystem und praktische Vernunft**. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 13, 29.

³²⁰ ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). **Rechtssystem und praktische Vernunft**. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 29. No original: *Die Menschenrechte sichern als Grundrechte Räume für unterschiedliche Lebensformen und Konzeptionen des guten Lebens, und der demokratische Prozess schafft die Möglichkeit eines gerechten Ausgleichs, bei dem eine Vielfalt von Stimmen zu Wort kommt. Die Diskurstheorie zeigt daher, wie praktische Vernunft wirklich werden kann, ohne unterschiedlichen Lebensformen und Konzeptionen des guten Lebens den Respekt zu versagen*. Para mais detalhes da relação entre direito, linguagem e formas de vida, veja-se o item 3.2.4.2.4.

o desenho da boa vida naquela comunidade, para assegurar e concretizar direitos em colisão com bens coletivos ditos superiores, direitos esses que favorecem o indivíduo (e o protegem) até mesmo contra a comunidade que demarca as características da boa vida naquela comunidade. Como obtempera Alexy, uma concepção que dá valor à autonomia e que leva a sério o indivíduo tem de reconhecer que a interpretação e ponderação dos respectivos interesses é assunto do(s) afetado(s), a cada vez, situado(s) historicamente.³²¹

Excluir antecipadamente que o indivíduo ou grupos menores de indivíduos possam ponderar sobre os interesses que lhes digam respeito, apenas porque infringem, *a priori*, algum conceito arraigado de boa vida em determinada comunidade constituiria, sim, uma provável afronta às conquistas da modernidade e implicaria não levar o indivíduo a sério.³²² Em suma, uma concepção de vida boa que tem dificuldade para incorporar o conceito contemporâneo de democracia, forçosamente terá mais dificuldade de sequer

³²¹ ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S.18. Diz Alexy, literalmente: *Der entscheidende Punkt ist nun, dass die Interpretation und Gewichtung der jeweiligen Interessen Sache des oder der jeweils Betroffenen ist. Wer dies bestreitet, respektiert nicht die Autonomie des anderen. Er nimmt ihn als Einzelnen nicht ernst.*

³²² Um exemplo notável de como uma concepção de boa vida determinada, com pretensão de validade universal de um ponto de vista ôntico, pode conduzir à discriminação e violação de direitos fundamentais foi evidenciado por Leivas na posição de John Finnis acerca da conduta homossexual. A análise deixa claro que a razão prática em Finnis, moldada pela configuração aristotélico-tomista do direito natural, fez por preencher antecipadamente os conteúdos daqueles bens comuns básicos, antes mesmo da consideração de indivíduos e grupos, bem como dos múltiplos arranjos possíveis de seus interesses, ou de outras concepções de vida boa concorrentes; por isso, não é de estranhar que naquela posição uma instituição como o casamento, tal como desenhado por uma certa concepção de vida boa (a da igreja católica, vinculada à heterossexualidade e ao ânimo de procriação), finde por ser caracterizada como bem humano básico e sirva para rejeitar qualquer conduta homossexual. Cfr. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A rejeição da conduta homossexual por John Finnis. In: RIOS, Roger Raupp (org.) et al. **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 73-87. Aliás, pode-se acrescentar que a prudência da razão prática aristotélica, nessa posição de Finnis, acaba chegando tarde, não tendo mais nada de relevante a decidir, porque os conteúdos possíveis para o juízo prático já foram definitivamente determinados por força de razões ou valores que estão para além de todo juízo prudencial. Finnis, por exemplo, leciona que “(...) realização humana é a realização de pessoas, em comunidade; sobretudo, ela é constituída pela participação na comunidade perfeita do reino que Cristo entregará ao Pai.” Cfr. FINNIS, John. *Moral absolutes: tradition, revision and truth*. Washington, D.C.: The Catholic University of America Press, 1988, p. 10. No original: (...) *human fulfillment is the fulfillment of persons, in communities; above all it is constituted by participation in the perfected community of the Kingdom which Christ will hand over to the Father*. Em termos de ação moral, essa teoria opera com conceitos ônticos e, coerentemente, postula a existência de bens humanos básicos (*basic human goods*), os quais são definidos como aqueles bens que, diferentemente dos objetos comuns de interesse que são apenas instrumentais ou parasitários, correspondem a propósitos e benefícios básicos e são aspectos irredutíveis da realização de pessoas humanas; Finnis entende que tais bens humanos básicos “(...) correspondem às inerentes complexidades da natureza humana, como é manifestado tanto em indivíduos como em várias formas de comunidade.” (Idem, p. 42.) No original: (...) *correspond to the inherent complexities of human nature, as it is manifested both in individuals and in various forms of community*”. Por isso, o conceito de ação moral correspondente ao que escolhe e age de acordo com essa teoria já está previamente preenchido pelo mesmo conteúdo antecipadamente determinado. Como o expressa a conclusão de Finnis: “Ação moral, então, é cooperação com a execução do plano de Deus.” (Idem, p. 106.) No original: *Moral action, then, is cooperation with the carrying out of God’s plan*.

conceber o que seja uma **representação argumentativa** do indivíduo e de grupos minoritários (ou mesmo discriminados), hábil para poder apresentar a um tribunal constitucional suas razões em prol da proteção de direitos fundamentais.³²³

A associação de normas de direitos fundamentais ditos de terceira geração³²⁴ a disposições constitucionais, como para proteção de minorias e de grupos marcados pela diferença, mal consegue ser explicada por uma concepção de razão prática de verniz aristotélico.

Porém, se é certo que a teoria de Alexy não pode simplesmente propor o retorno à filosofia prática aristotélica, ou pelo menos não pode revisita-la sem os meios necessários para que possa escapar da paroquialidade do ôntico e do fechamento de horizontes de sentido localizados, faz-se imprescindível que se aparelhe com o instrumental crítico e analítico necessário, o que se apresenta numa concepção de razão prática moderna favorecida com o desenvolvimento posterior da filosofia da linguagem.

Trata-se de encontrar recursos lógico-analíticos que conferem meios mais precisos e adequados para tratamento dos assuntos práticos, especialmente os relacionados à lógica deôntica e à dimensão pragmática da linguagem. Isso permite escapar de armadilhas preparadas pelo enfrentamento dessas mesmas questões diretamente no plano **ôntico** e da lógica tradicional, que resultam em distorção do espaço e do método das ciências que abordam a esfera prática enquanto teoria, como as chamadas ciências do espírito.

Esse mesmo ferramental lógico-analítico, aliado à ideia da universalizabilidade e à mudança de perspectiva referida, igualmente poderá suprir as deficiências instrumentais identificadas na retórica e na tópica, acima analisadas, que também deitam raízes na mesma base filosófica.

Assim, uma vez estabelecidas e devidamente tratadas as dimensões lógico-analítica, empírica (onde ingressam as informações trazidas pelas ciências referidas) e normativa da

³²³ Veja adiante, no item 4.2.5., o sentido e alcance dessa representação argumentativa.

³²⁴ Menciona-se aqui terminologia que, embora comum em debates locais, não corresponde com a adotada por Alexy. Este classifica os direitos fundamentais em direitos a algo, dentre os quais inclui direitos a prestações fáticas (ao lado de outros), liberdades e competências. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 171 ff.

teoria da argumentação, evitam-se as perplexidades às quais não estão imunes tentativas de regresso acrítico ao aristotelismo.³²⁵

3.2.4. Teoria do discurso e razão prática

3.2.4.1. Alternativas disponíveis

Examinadas algumas opções filosóficas de assentamento de uma teoria da racionalidade prática capaz de sustentar a argumentação jurídica, verificou-se que a razão prática de matriz pré-moderna de maior espectro – a de base aristotélica – revelou insuficiências.

Essa constatação impõe que se encete novo caminho.

Dentre as outras concepções básicas da filosofia prática que poderiam ser apreciadas contam a **hobbesiana**, caracterizada por Alexy como aquela que julga as ações de acordo com o critério da maximização da utilidade individual, a **nietszcheana**, que expressa um ceticismo quanto à possibilidade de uma teoria da justiça e de justificação de correção no campo prático, e, por fim, a **kantiana**, caracterizada pelo universalismo e pela autônoma dação de lei a si mesmo.³²⁶

Uma razão prática à moda **hobbesiana**, tal como vem sendo reformulada recentemente,³²⁷ a despeito de contemplar alguns aspectos caros à modernidade, não poderá explicar adequadamente que, no procedimento de ponderação, uma solução deverá ser apreciada também do ponto de sua universalizabilidade mas não na forma reduzida à perspectiva de um *homo oeconomicus*.³²⁸ Nesta, o cálculo que está embutido na

³²⁵ Todavia, ainda que com tais ressalvas, pode-se agradecer a Aristóteles as primeiras fundações da racionalidade no campo prático e que têm reflexos na concepção do direito, como acima demonstrado.

³²⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993. Compare com a síntese feita por TSCHENTSCHER, Axel. *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit: rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, S. 81.

³²⁷ A exemplo do que ocorre com a teoria de Buchanan e Gauthier, citado conforme ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 13.

³²⁸ Kersting reputa o *homo oeconomicus* implausível e autocontraditório (porque só dá certo se em seu entorno houver pessoas que não calculem do mesmo modo que ele) enquanto modelo antropológico, e o

ponderação estará contaminado pelo critério da maximização da utilidade individual, o que distorcerá o resultado do exame da correção de medidas de intervenção em direitos fundamentais, especialmente quando na colisão com princípios de proteção de bens coletivos.³²⁹

Isso não implica que considerações sobre a utilidade estejam banidas da argumentação racional. Ao contrário, tanto na fundamentação última das regras do discurso como na interpretação dos princípios como mandamentos de otimização afloram cálculos econômicos, ora referidos a indivíduos, ora à coletividade. Tais afloramentos, no entanto, são limitados a fases e funções específicas dentro de uma razão prática que não se resume a conceitos de utilidade.

A concepção **nietzschiana**, à sua vez, pode ser categorizada como uma das vertentes do **irracionalismo**, o qual, aplicado ao universo do campo prático, pode traduzir-se em diferentes alternativas de resistência à busca da correção no direito e do próprio direito, o que, inapelavelmente, atinge as decisões que, mediante ponderação, findam por gerar uma norma de direito fundamental associada a determinação de direito fundamental presente em algum texto constitucional. Pode resultar na postura de quem vê nas decisões judiciais – inclusive num tribunal constitucional – apenas e tão-somente um exercício da nietzschiana vontade para o poder (*Wille zur Macht*),³³⁰ ou mero desempenho

tem por filosoficamente inconsistente (porque não dá a mínima conta da semântica das determinações morais, jurídicas e éticas fundamentais, especialmente quanto ao conteúdo de comprometimento dessas determinações). Cfr. KERSTING, Wolfgang. *Politik und Recht: Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie*. Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000, S. 145-153.

³²⁹ A temática das relações entre direitos fundamentais e bens coletivos foi enfrentada por Alexy em diversos momentos de sua obra, entre os quais merece destaque ALEXY, Robert. *Individuelle Rechte und kollektive Güter*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. S. 232-261. A tradução desse artigo se encontra em ALEXY, Robert. *Direitos individuais e bens coletivos*. In: _____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 176-198. Sobre o mesmo tema, veja também ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 98, Fn. 79. Note-se que Alexy expressamente diz: “Princípios podem referir-se a bens coletivos ou direitos individuais.” (Idem, S. 94.) No original: *Prinzipien können sich auf kollektive Güter oder individuelle Rechte beziehen*.

³³⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. *Geschichte der Staatsideen*. 9. verb. Aufl. München: Beck, 1994, S. 186. Segundo Zippelius, a ideia central de Nietzsche sobre ética consiste em se confessar como reduzida à estrutura pulsional (*Triebstruktur*) humana, de modo que para ele a vida é essencialmente um esforço e um aspirar por mais poder. A vontade para o poder seria o fato último ao qual podemos descer, e o nosso intelecto um mero instrumento. Por isso, para Nietzsche o direito do mais forte se explica como direito natural, e o dominante estabelece a justiça, ou seja, ele mede as coisas pela medida dele. Considerando que a teoria dos direitos fundamentais aqui estudada os insere numa ordem constitucional, convém mencionar a observação de Konrad Hesse quanto ao cotejo que faz entre a vontade para o poder (*Wille*

estratégico no teatro de guerra do poder. Pode redundar no mais depravado **decisionismo**,³³¹ que não presta contas do seu decidir, porque entende nada haver para prestar nem a quem e por que fazê-lo.

Pode traduzir-se numa **postura cética** quanto à existência de critérios de correção e de conhecimento dos mesmos, ou, então, da possibilidade de correção na sua aplicação. Na seara de direitos fundamentais, significa que o tribunal, por exemplo, não teria sequer critérios a seguir no procedimento de ponderação, seja por não existirem, seja por não poderem ser conhecidos.

Pode, também, implicar um cinismo ou cegueira quanto a uma gritante injustiça (enquanto incorreção) que possa ser produzida ou praticada mediante normas legais ou decisões judiciais.³³²

zur Macht) e a vontade para a constituição (*Wille zur Verfassung*). Diz Hesse textualmente: “Mas ela se converte em força ativa quando essa tarefa é tomada, quando existe a disposição de deixar determinar a própria conduta pela ordem normalizada pela constituição, quando existe a resolução de impor essa ordem perante todos os questionamentos e a impugnação por considerações de utilidade momentâneas, quando, portanto, na consciência geral e, particularmente, na consciência dos responsáveis pela vida constitucional, está viva não só a vontade para o poder (*Wille zur Macht*), mas sobretudo a vontade para a constituição (*Wille zur Verfassung*).” Cfr. HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1959, S. 12. No original: *Aber sie wird zur tätigen Kraft, wenn diese Aufgabe ergriffen wird, wenn die Bereitschaft besteht, das eigene Verhalten durch die von der Verfassung normierte Ordnung bestimmen zu lassen, wenn die Entschlossenheit vorhanden ist, jene Ordnung gegenüber aller Infragestellung und Anfechtung durch augenblickliche Nützlichkeitsabwägungen durchzusetzen, wenn also im allgemeinen Bewusstsein und namentlich im Bewusstsein der für das Verfassungsleben verantwortlichen nicht nur der Wille zur Macht, sondern vor allem der Wille zur Verfassung lebendig ist*. Compare: HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19. Registre-se que a expressão *Wille zur Macht*, além de “vontade de poder” (como consta da tradução de Gilmar Ferreira Mendes) ou “vontade para o poder”, eventualmente também é traduzida por “vontade de potência”, como pode ser visto em TORRES FILHO, Rubens Rodrigues. Vide de Obra. In: NIETZSCHE, Friedrich. **Obras incompletas**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. vii-xvii (Os pensadores). Compare também, acerca do conceito de “constituição viva” (*living constitution*), LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2. ed. Chicago/London: The University of Chicago Press: 1965, p. 148.

³³¹ Sobre o decisionismo, veja-se a manifestação de Alexy sobre o risco de interpretar as sentenças judiciais como uma mistura de emoção, decisão (*Dezision*) e ordem, ou seja, sem pretensão de correção em ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 23-24. Nessa passagem, há extensa nota explicativa do tradutor sobre o decisionismo. (Idem, nota de pé de página 14, p. 23.) Quanto à posição do autor sobre o modelo de decisão (*Dezisionsmodell*) em oposição ao modelo de fundamentação (*Begründungsmodell*) no tocante à racionalidade da ponderação, cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 144.

³³² Isso conflita inapelavelmente com o conceito de direito desenvolvido por Alexy, que tem um componente moral necessário.

Uma postura irracionalista pode resultar na adesão a um **intuicionismo** que nega a possibilidade de argumentar, discutir e, enfim, arrazoar acerca de questões morais e, por extensão, ao elemento moral presente no direito.³³³

Outra alternativa pode encontrar-se num **emotivismo** que se satisfaz com explicações de cunho persuasivo quanto às decisões judiciais, por não conseguir encontrar um critério que possa diferenciá-las das fundamentações racionais.³³⁴

Todas essas posturas culminam por sonegar a possibilidade da universalidade no âmbito prático e da própria razão prática, com todas as consequências que disso podem decorrer para a compreensão da atividade de legisladores, juízes e tribunais, administradores.

A alternativa a essas instanciações irracionalistas poderia se identificar com um conceito de razão forte, nos moldes **hegelianos**.

Ainda que sedutora, no entanto, uma razão superabrangente e, ao mesmo tempo, reconciliadora entre o real e o ideal,³³⁵ não mais pode ser sustentada após o ocaso da filosofia da consciência³³⁶ – um dos alvos e triunfos da filosofia do séc. XX – para seres finitos que convivem em comunidades fragmentadas e conflituadas. Sua força avassaladora e seu ilimitado poder explicativo resultam em incapacidade para a determinação de soluções para problemas específicos que possam ser, por sua vez, submetidas ao teste da experiência, de forma aberta.³³⁷

³³³ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 58-60. Sobre a crítica feita em relação à irrupção de intuitivismo na ponderação, ver abaixo (item 6.2.2.4.3.5.).

³³⁴ Sobre o emotivismo e suas deficiências, cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 60-69.

³³⁵ Isso não implica que se possa trabalhar com as dimensões do real e do ideal, assim como utilizar ideias regulativas, como fazem Kant e Alexy, conforme se esclarece abaixo, no item 3.2.4.2.1.

³³⁶ Veja-se, a propósito, a análise feita por Gadamer sob o título dos limites da filosofia da reflexão (*Grenze der Reflexionsphilosophie*), onde aborda diretamente a dialética hegeliana ao lume do conceito de consciência da história do efeito (*wirkungsgeschichtliche Bewusstsein*). Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990, S. 348 ff.

³³⁷ Seria a filosofia do direito de Alexy, ao contemplar dimensões reais e ideais, fadada ao mesmo destino do idealismo hegeliano? A resposta, negativa, funda-se em que, no primeiro, à diferença do segundo, não há uma dialética do espírito vocacionada a fazer uma jornada rumo ao absoluto, e, sim, apenas dimensões distintas na mesma razão prática finita, historicamente dada.

Em verdade, na posição hegeliana dificilmente se poderia ter um dimensionamento do que seria sua razão prática, antes de dissolver-se, junto com a teórica, na absoluta.³³⁸

Com efeito, as várias tendências edificadas sobre a sua base ora pendem para a recusa à experiência e para legitimação racional dos dados autoritativos (o real é racional) que inviabilizariam qualquer possibilidade de extração de normas de direito fundamental associadas, para além do diretamente estatuído em texto constitucional; ora se traduzem numa corruptela de hermenêutica que, a pretexto da circularidade da compreensão e da superação da lógica tradicional, propugna por uma absoluta liberdade da interpretação e por uma ponderação direta de valores; ora ainda podem pretender que, na ponderação, seja sacrificado sempre o indivíduo (e seu direito fundamental) num comunitarismo baseado numa suposta superioridade racional dos fins da comunidade.³³⁹

3.2.4.2. O caminho da razão alexyana

Não é somente a insatisfação da teoria de Alexy com o que é oferecido por teorias da razão prática da tradição aristotélica (nova retórica e tópica)³⁴⁰ que torna relevante localizar uma tradição diversa onde possa ser inserida. Esta não pode ser uma qualquer. Há, com efeito, dentro da teoria de Alexy – inclusive no marco do objeto da investigação aqui desenvolvida em torno dos direitos fundamentais não diretamente estatuídos – elementos que indefectivelmente a ligam a uma determinada tradição.

³³⁸ Há indicativos no sentido de ela importaria, no mínimo, numa cisão do campo prático entre moral e ética, o que aflorou, por exemplo, no voto do Min. Eros Grau ao apreciar caso de invocação do princípio da moralidade para declaração de constitucionalidade de norma constitucional estadual (item n. 10.3.5.).

³³⁹ A propósito, um dos expoentes da doutrina jurídica do período nacional-socialista, Reinhard Höhn, sustenta que nesse novo estado da comunidade do povo não há mais lugar para os direitos humanos pensados a partir do indivíduo, assim como deixa de existir uma relação jurídica entre indivíduo e estado, de modo que a jurisdição se resume a reintegrar ou excluir o indivíduo que tenha se voltado contra a comunidade ou sua ordem. Cfr. HÖHN, Reinhard. *Das subjektive Recht und der neue Staat*. In: AUGSBERG, Ino & UNGER, Sebastian (Hrsg.). *Basistexte: Grundrechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2012, S. 207-218.

³⁴⁰ A ambas Alexy, contudo, agradece as importantes contribuições feitas à teoria da interpretação. Cfr. ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 78.

3.2.4.2.1. A identificação do legado kantiano

A herança kantiana pode ser vislumbrada em diversos aspectos: a ênfase no princípio da universalizabilidade³⁴¹ não apenas no plano da moral como também no direito; o conceito de moralidade do dever;³⁴² o recurso a conceitos contrafatuais como o de discurso **ideal**, condições **ideais** de discurso, **ideia** regulativa; o emprego da técnica correspondente da distinção entre o *principium diiudicationis* e o *principium executionis*;³⁴³ a defesa da possibilidade de uma **razão prática** de verniz não-aristotélico nem hobbesiano; a postulação de uma comunidade **racional** de indivíduos; as ideias reitoras da autonomia e

³⁴¹ Tanto é forte essa ligação entre o conceito e a filosofia kantiana, que Otfried Höffe, no seu Dicionário da Ética, remete diretamente o leitor, no verbete “princípio da universalização” (*Universalisierungsprinzip*), da lógica deontica, para o verbete “imperativo categórico” (*kategorischer Imperativ*), sob o qual imediatamente registra o conceito kantiano correspondente. Cfr. HÖFFE, Otfried (Hrgb.). *Lexikon der Ethik*. 5. Aufl., München: Beck, 1997, S. 150-151; 311. Contudo, Höffe refere: “Em anexação ao imperativo categórico de Kant, filósofos da ética mais recentes (Hare, Singer) formularam o princípio da generalização (princípio da universalização) como princípio moral: ‘Não se deve executar nenhuma ação cuja execução geral tenha consequências ruins.’” No original: *Im Anschluss an den k. I. Kants haben neuere Ethiker (Hare, Singer) das Prinzip der Verallgemeinerung (Universalisierungsprinzip) als Moralprinzip formuliert: ‘Man sollte keine Handlung ausführen, deren allgemeine Ausführung schlechte Folgen hat.’* (Idem, S. 150.) Höffe visualiza diferenças entre imperativo categórico e princípio da universalização, a saber, que nesse último não se universalizariam normas (ou máximas, como consta do imperativo categórico kantiano) e sim diretamente condutas; além disso, no princípio da universalização seriam necessárias considerações sobre consequências que o imperativo categórico, enquanto critério de razão pura, rejeita expressamente. (Idem, S. 150.) Registre-se aqui a sinonimização que Höffe realiza entre universalização e generalização. Sobre a distinção entre universal e geral, cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 73, Fn. 11. A propósito disso, ver adiante, item 3.2.4.3.2., especialmente a nota de pé de página n. 426.

³⁴² Sobre a distinção entre dois tipos de moralidade, cfr. FULLER, Lon L. *The morality of law*. 2. ed. rev. New Haven/London: Yale University Press, 1969, p. 03 ss. Fuller distingue entre moralidade de dever (*morality of duty*) e moralidade da aspiração (*morality of aspiration*). Esta última, segundo Fuller, estaria exemplificada na concepção grega antiga de uma moralidade da **vida boa**, da excelência e da mais plena realização das potencialidades humanas, cuja falha não é vista como um agir mal, mas como um não conseguir chegar à completude; por isso, a conduta não é classificada como certa (ou errada), mas como apropriada ou adequada (ou não) à de um ser humano agindo segundo o seu melhor. Já a moralidade de dever/obrigação, que é exemplificada pelo antigo testamento e pelos dez mandamentos, fala em “tu deves” ou “tu não deves” e com isso assenta as regras básicas da sociedade, sem as quais esta não é possível, e que devem ser cumpridas; neste tipo de moralidade, um homem pode ser condenado não por ter desperdiçado oportunidades para uma plena realização, mas sim por falhar com respeito às exigências básicas da vida em sociedade. Uma grande diferença reside em que, por mais que o sistema jurídico possa, progressivamente, criar condições para que os seres humanos possam viver plenamente, não pode obrigar nenhum a fazer pleno uso da razão e viver a vida da razão (*to live the life of reason*, idem, p. 9). Fuller sustenta que a moderna linguagem da moral não empresta relevo à distinção, como ocorre no conceito de valor, que seria congênito à moral da aspiração mas é acoplado à ideia de julgamento na expressão “julgamento de valor”. (Idem, p. 13.)

³⁴³ Alexy esgrima com essa distinção para enfrentar a objeção de que a fundamentação pragmático-transcendental somente lograria mostrar que as regras valeriam no domínio do falar, mas que para o agir delas nada resultasse. Alexy recorre à distinção, porque considera que ela explica a experiência cotidiana de que a intelecção da correção de uma norma é algo diverso de sua observância. Cfr. Cfr. ALEXY, Robert. *Nachwort: Antwort auf einige Kritiker*. In: _____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 420.

liberdade; o conceito de exercício público da razão, apenas para citar as mais proeminentes.

Essa teoria, efetivamente, está exposta a críticas a qualquer linha filosófica que comparta, com a kantiana, dessa concepção de uma razão moldada pela *Aufklärung* ou que postule a possibilidade de um sujeito racional, ou de um indivíduo que seja capaz de se pôr normas de caráter universal, para além de suas vinculações históricas, sociais, culturais e econômicas.

Um bom representante dessa vertente crítica é MacIntyre. Não se trata propriamente de um crítico de Alexy, que ele nem sequer cita no índice onomástico das suas obras mais conhecidas,³⁴⁴ mas merece destaque a sua diatribe contra a ideia de **universalidade**, e nessa medida, pode ser tratado como crítico de um aspecto essencial à teoria de Alexy. MacIntyre chega ao ponto de mencionar expressamente, no posfácio à segunda edição de sua obra “Depois da virtude”, o **naufrágio da pretensão de universalidade**,³⁴⁵ que caracteriza como o insucesso do projeto iluminista de justificar a moralidade como tal, ou seja, de alcance universal.³⁴⁶

³⁴⁴ *After virtue: a study in moral*, de 1981, e *Whose justice? Which rationality?*, de 1988, ambas lançadas pela editora University of Notre Dame Press. As traduções ao português são acessíveis sob os seguintes títulos: MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Trad. Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001; e MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 2. ed. Trad. Marcelo Pimenta Marques, São Paulo: Edições Loyola, 2001.

³⁴⁵ MacIntyre assim se expressou: “Exatamente o que Kant acreditava serem os princípios e os pressupostos das ciências naturais se revelou, afinal, serem os princípios e os pressupostos específicos da física newtoniana; então, o que Kant acreditava serem princípios e pressupostos da moralidade como tal se revelaram princípios e pressupostos de uma moralidade bem específica, uma versão secularizada do protestantismo que proporcionou ao individualismo liberal moderno um de seus estatutos fundantes. Assim naufragou a pretensão de universalidade.” Cfr. MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, p. 266. No original: *Just as what Kant took to be the principles and presuppositions of natural science as such turned out after all to be the principles and presuppositions specific to Newtonian physics, so what Kant took to be the principles and presuppositions of morality as such turned out to be the principles and presuppositions of one highly specific morality, a secularized version of Protestantism which furnished modern liberal individualism with one of its founding charters. Thus the claim to universality foundered.*

³⁴⁶ Diante da opção entre o nihilismo nietzscheano ou a teoria aristotélica das virtudes, MacIntyre elege esta última por considerá-la “(...) o melhor exemplo que possuímos de uma tradição cujos adeptos estão racionalmente autorizados a uma dose maior de confiança em seus recursos epistemológicos e morais.” Cfr. MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, p. 277. No original: (...) *the Aristotelian moral tradition is the best example we possess of a tradition whose adherents are rationally entitled to a high measure of confidence in its epistemological and moral resources.* Em obra posterior (MACINTYRE, Alasdair. *Whose justice? Which rationality?* Notre Dame: University of Notre Dame Press ed. Trad. Marcelo Pimenta Marques, São Paulo: Edições Loyola, 1988), o autor busca complementar lacuna deixada na primeira obra, especialmente a questão da necessidade de uma contrapartida da moralidade das leis em relação à moralidade das virtudes. Daí a preocupação de desenvolver o conceito de justiça e de lei, bem como suas

Cuida-se, de acordo com o nominado autor, de um fracasso necessário, uma vez que o projeto iluminista, do qual Kant é um expoente, intenta construir argumentos válidos que passem das premissas relativas à natureza humana,³⁴⁷ conforme a entendem seus protagonistas, às conclusões sobre a autoridade das normas e dos preceitos morais.³⁴⁸

Em outros termos, MacIntyre atribui a Kant o mesmo erro filosófico, que a teoria pura de Kelsen trataria de expurgar da teoria do direito, também conhecido por falácia naturalista, que consiste em derivar um dever-ser (*Sollen*) a partir de um ser (*Sein*), ou, dito de outro modo, extrair consequências normativas a partir do ser dados empíricos (ou da natureza), confundindo as dimensões do ôntico e do deôntico.³⁴⁹

A relevância dessa crítica reside em que, se a teoria de Alexy comunga da herança kantiana, estaria também contaminada dos seus defeitos e, em última análise, compartilharia do mesmo equívoco lógico de incidir na falácia naturalista, que a tornaria incoadunável com importantes teses que subscreve.

Alexy de fato recorre à noção kantiana de universalidade, pois defende que o **princípio da universalizabilidade**³⁵⁰ como desenvolvido pela filosofia analítica no

conexões entre si. Porém, mesmo aí, o autor não admite renúncia às teses centrais de *After Virtue*, ou seja, de abandonar o projeto iluminista e retomar a tradição aristotélica (cfr. prefácio da obra).

³⁴⁷ Segundo MacIntyre, para Kant a característica importante da natureza humana é o caráter universal e categórico de certas normas da razão. Cfr. MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, p. 52.

³⁴⁸ MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, p. 52.

³⁴⁹ Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 5. Porém, impõe-se registrar que Kelsen não atribui a Kant essa falácia. Veja-se, ao contrário, que Kelsen rebate a crítica que Schleiermacher fizera à posição de Kant acerca da autonomia e objetividade da moral (dever-ser) (moral) diante da natureza ou dos costumes (ser). Schleiermacher polemizara a fórmula kantiana, aduzindo que não pode valer uma lei moral (*Sittengesetz*) se ninguém a reconhecer e obedecer, ou seja, ele psicologizara e naturalizara o dever-ser. Nesse ponto, em nota, Kelsen manifesta que Kant está com mais razão que seu crítico, o qual se alinhara à ética antiga na igualação imediata entre leis da natureza e leis morais. Cfr. KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2. Aufl., 2. Neudruck. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1984, S. 25-26. Essa objetividade e autonomia pode ser visualizada, também, na **abertura ao outro**, desenhada por Gadamer, a qual implica o reconhecimento de que eu devo em mim mesmo deixar valer algo contra mim, mesmo quando não haja um outro que o possa fazer valer contra mim. Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990, S. 367.

³⁵⁰ A redação do princípio da universalizabilidade é a seguinte: “PU: Uma norma pode, em um discurso, somente então encontrar aprovação universal quando as consequências de seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada particular podem, em virtude de argumentos, ser aceitas por todos.” Cfr. ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz

âmbito da moral (seja como universalizabilidade ou generalizabilidade ou similar),³⁵¹ pode ser lido de modo equivalente ao **princípio do poder legislador**, de Kant.³⁵² O fator

Steiner Verlag, 1993, S. 16. No original: *UZ: Eine Norm kann in einem Diskurs nur dann universelle Zustimmung finden, wenn die Konsequenzen ihrer Befolgung für die Befriedigung der Interessen eines jeden Einzelnen von allen aufgrund von Argumenten akzeptiert werden können.*

³⁵¹ Não é por acaso que em relação às reformulações do princípio da universalizabilidade de raiz kantiana no âmbito da filosofia analítica é que se pode localizar outra frente de ataque proveniente de MacIntyre. E, mais uma vez, essa crítica, agora endereçada diretamente à filosofia analítica, ricocheteia na teoria de Alexy, na medida em que aquela exerce um papel destacado enquanto instrumento que permite, por um lado, expor a insuficiência da tradição aristotélica no âmbito da moral e do direito, e, por outro, suplantar as limitações de técnica lógica que a teoria kantiana experimentava ao seu tempo para desenvolver adequadamente o princípio da universalizabilidade e a própria autonomia da razão prática. MacIntyre propõe, em contraste, rever as vantagens da tradição aristotélica, mas agora sob a ótica de uma teoria falibilista que não poupa da refutação ou do naufrágio – tal como acontece com qualquer teoria empírica ou tradição cultural – a própria filosofia. E se a filosofia analítica contribui para conscientizar para a própria falibilidade da filosofia, MacIntyre não teme o reproche de ingratidão que lhe é assacado no seu trato com a filosofia analítica. MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, p. 271.

³⁵² Alexy o reproduz com os seguintes termos: “Assim, somente a vontade, concorde e unida de todos, contanto que cada um decida sobre todos, e todos (decidam) sobre cada um o mesmo, portanto, somente a vontade popular universalmente unida pode ser legisladora.” Cuida-se da passagem da “Metafísica dos costumes”, de I. Kant. No original: *Also kann nur der übereinstimmende und vereinigte Wille Aller, so fern ein jeder über Alle und Alle über einen jeden ebendasselbe beschliessen, mithin nur der allgemein vereinigte Volkswille gesetzgebend sein.* Citado conforme ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). **Rechtssystem und praktische Vernunft**. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 16. Alexy cita a versão da Academia. A citação correspondente na versão de Wilhelm Weischedel é: KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten**. Werkausgabe, Bd.VIII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 432. Correlatamente a esse princípio do poder legislador, observe-se que Kant dita o seguinte princípio supremo da doutrina dos costumes: “Age segundo uma máxima que, ao mesmo tempo, possa valer como lei universal.” No original: *Der oberste Grundsatz der Sittenlehre ist also: handle nach einer Maxime, die zugleich als allgemeines Gesetz gelten kann.* Cfr. KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten**. Werkausgabe, Bd.VIII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 332. Quanto ao **princípio da autonomia** e sua ligação necessária com a ideia de lei universal, em outras palavras, com a ideia de universalidade, Kant assim se expressou: “O princípio da autonomia é, pois: não escolher senão de modo tal que as máximas da sua escolha juntamente no mesmo querer simultaneamente sejam concebidas como lei universal.” No original: *Das Prinzip der Autonomie ist also: nicht anders zu wählen, als so, dass die Maximen seiner Wahl in demselben Wollen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen sein.* Cfr. KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Werkausgabe, Bd.VII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 74-75. Na mesma obra, Kant liga autonomia com dignidade humana: “Autonomia, portanto, é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.” Cfr. KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Werkausgabe, Bd.VII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 69. No original. *Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur.* Na mesma obra consta a defesa do **imperativo categórico**, que, a despeito de possuir mais de uma formulação, tem inequívoca correlação com o princípio da autonomia: “(...) age segundo a máxima que possa, simultaneamente, tornar-se ela mesma uma lei universal.” No original: (...) *handle nach der Maxime, die sich selbst zugleich zum allgemeinen Gesetze machen kann.* (Idem, S. 70.) Merece citação a formulação desenvolvida na Crítica da razão prática: “Age de modo tal que a máxima do teu querer sempre, ao mesmo tempo, possa valer como uma legislação geral.” KANT, Immanuel. **Kritik der praktische Vernunft**. Bd.VII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 140. No original: *Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.* Registre-se que a tradução de Valério Rohden na edição bilíngue da Crítica da razão prática tem a seguinte redação: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal.” KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 103. Veja também ALEXY, Robert. O conceito de Kant da lei prática. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 153-169.

de equivalência, segundo Alexy, consistiria no conceito de validade moral ideal (*ideale moralische Geltung*) presente na **condição da aprovação universal possível**, que está veiculada tanto no princípio da universalizabilidade da sua teoria (na esteira de seus estudos sobre filosofia analítica aplicada à moral) como no princípio do poder legislador, tal como expresso por Kant.³⁵³

A par desses elementos, também a distinção entre o universo do ser (razão teórica) e do dever-ser (razão prática) apontam para a linha da teoria da razão prática que foi inaugurada por Immanuel Kant.

Em verdade, a crítica que assesta a falácia naturalista a Kant parece não compreender a chamada revolução copernicana, cujo maior mérito consistiu em redirecionar o objeto do conhecimento possível à sua relação com as capacidades e os limites do sujeito cognoscente, o que justamente tornou possível a distinção – fundamental para a possibilidade da razão no universo prático – entre **ser**, objeto da razão teórica, e **dever-ser**, objeto da razão prática.³⁵⁴

Portanto, não é o universalismo kantiano e alexyano tributário de uma falácia naturalista. O que ocorre é justamente o contrário.

Visto por muitos como um dos iluministas e representantes de uma razão despótica que se proclama inspetora universal, Kant na verdade há de ser lido hoje como um expoente da consciência da finitude humana³⁵⁵ e um divisor de águas para a compreensão da razão humana prática.

³⁵³ Cfr. ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 13 ff.

³⁵⁴ Kant faz expressa referência à revolução de Copérnico na astronomia na introdução à sua obra mais conhecida. Cfr. Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Werkausgabe, Bd.III. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 25. compare HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**: uma releitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 22 ss., nota de pé de página 32.

³⁵⁵ Não por acaso, Heidegger tem por anseio levar a revolução de Kant, o primeiro que se dera conta da temporalidade do sujeito cognoscente, mais adiante, até a sua raiz, expurgando dela o que lhe resta de filosofia da consciência. Nesse sentido, cfr. HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 17. Aufl. Tübingen: Niemeyer, 1993, S. 23 ff.

A respeito do efeito fundador da razão prática kantiana para a modernidade, Kersting assim se expressou: “O conceito de Kant da autonomia da razão prática pura funda o conhecimento normativo sobre o princípio da universalizabilidade e, com isso, fundamenta a filosofia prática normativa moderna.”³⁵⁶

A compatibilização entre as ideias de universalidade e finitude reside no estabelecimento dos limites da razão. Se na crítica da razão pura a dialética demonstrara a possibilidade tanto da afirmação como da negação de proposições acerca de objetos que estão além da experiência possível – o que motivara o esforço da crítica da razão teórica expansionista –, na crítica da razão prática Kant viu-se compelido a estabelecer um fundamento para as leis morais para uma razão marcada pela liberdade, mas também pela finitude, pois necessita agir e guiar-se na prática. Para tanto, as concepções de **autonomia** – a imposição a si mesmo da lei que governa o sujeito moral – e finitude são inseparáveis.³⁵⁷

A ilusão do espontaneísmo da moral, alvo da crítica kantiana, coincide com a postura solipsista, que põe no lugar da lei moral máximas particulares, não universalizáveis. Como que antecipando a descoberta filosófico-linguística contemporânea acerca do que é pressuposto pelo ato de fala assertivo, Kant leciona que tais máximas particulares não podem ser asseridas sem uma contradição – performativa, pode-se acrescentar –, já que a pretensão de exclusão da universalizabilidade com relação a quem as asserem vem a prejudicá-las.

A universalidade não se confunde com o simples assentimento comum, como esclarece Kant. No ato de asserção de uma máxima está implícita a dimensão não meramente semântica da pretensão de universalizabilidade, que, no campo deôntico,

³⁵⁶ Cfr. KERSTING, Wolfgang. *Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. 3. Aufl. Paderborn: Mentis, 2007, S. 25. No original: *Kants Konzept von der Autonomie der reinen praktische Vernunft gründet normative Erkenntnis auf dem Universalisierungsgrundsatz und begründet damit die moderne normative praktische Philosophie*. A obra pode ser encontrada em língua portuguesa sob o seguinte título: KERSTING, Wolfgang. **Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant**. 3. ed. Trad./rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2012.

³⁵⁷ Segundo Rohden, devido à sua consciência da finitude humana, a ética kantiana é uma ética do dever, que como tal implica uma autocoerção da razão, mas que torna também dever e liberdade internamente compatíveis; sem a admissão desta compatibilidade, cairíamos na heteronomia ou na presunção de um espontaneísmo moral. Cfr. ROHDEN, Valério. Introdução à edição brasileira. IN: KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. xv.

assemelha-se a uma pretensão de validade no sentido de correção. Portanto, uma releitura contemporânea da exigência de universalizabilidade das máximas individuais de conduta permite entrever nela o arcabouço de uma dimensão pragmática. A objetividade que ela pressupõe conecta a racionalidade pragmática com a racionalidade inerente à pretensão de verdade.³⁵⁸

Em Kant também se garimpa a noção de que a razão prática necessita de uma **ideia regulativa**,³⁵⁹ de um recurso a elementos universais que não se confundem com as instituições práticas, ainda que a sua realização deva ocorrer no universo prático.³⁶⁰

³⁵⁸ Diz Kant: “Não menciono aqui uma única vez que não é a universalidade do assentimento que prova a validade objetiva de um juízo (isto é, a sua validade como conhecimento), mas que, mesmo que aquela casualmente estivesse certa, este ainda não poderia fornecer uma prova da concordância com o objeto; que, ao contrário, só a validade objetiva constitui o fundamento de uma concordância universal necessária.” (KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 47). No original: *Ich erwähne hier nicht einmal, dass nicht die Allgemeinheit des Fürwahrhaltens die objective Gültigkeit eines Urteils (d.i. die Gültigkeit desselben als Erkenntnisses) beweise, sondern, wenn jene auch zufälliger Weise zuträfe, dieses doch nicht einen Beweis der Uebereinstimmung mit dem Object abgeben könne; vielmehr die objective Gültigkeit allein den Grund einer nothwendigen allgemeinen Einstimmung ausmache*. Sobre o conceito de objetividade em Alexy, veja a abordagem realizada nas críticas à racionalidade da ponderação (adiante, item 7.5.1.3.). É importante destacar que sua concepção pode ser qualificada como do tipo modesta e conectada com atividade reflexiva, governada por regras e inspirada por espontaneidade. Cfr. ALEXY, Robert. Thirteen replies. In: PAVLAKOS, George (ed.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 340. No original: *Objectivity seems to be intrinsically connected with a reflective activity that is governed by rules and inspired by spontaneity*.

³⁵⁹ Não somente o conceito, mas também a própria expressão de ideia regulativa é tomada por Alexy da filosofia kantiana. Há diversas passagens na obra de Kant que se reportam a esse conceito. Cite-se, por exemplo, aquela em que discorre sobre o princípio da razão pura (*Grundsatz der reinen Vernunft*), que qualifica como meramente regulativo, isto é, não constitutivo de objetos (como seria, se não fosse nulo, um princípio cosmológico do princípio da absoluta totalidade da série de condições). Cfr. KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. Werkausgabe, Bd. IV. Frankfurt: Suhrkamp, 1968, S. 471 ff. Noutra passagem, o filósofo sustenta que as ideias transcendentais, às quais se aplica a qualidade de serem regulativas (dentro do capítulo do uso regulativo das ideias da razão pura), não são jamais de uso constitutivo que por si próprio forneça conceitos de determinados objetos, mas têm um uso regulativo excelente e imprescindível necessariamente, que é o de dirigir o entendimento para um certo fim, onde convergem num ponto as linhas diretivas de todas as suas regras e que, embora seja apenas uma ideia (*focus imaginarius*) e esteja dentro dos limites da experiência possível, serve para conferir aos conceitos do entendimento a maior unidade e, simultaneamente, a maior extensão. Seria uma ilusão, segundo Kant, imaginar que a esse ponto corresponderia um objeto que estivesse fora da experiência possível. (Idem, S. 563 ff.) Compare KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 2. ed. Trad. Manuela P. dos Santos e Alexandre F. Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 447 ss. e 533 ss. Howard Caygill indica que toda a dialética transcendental mostra os resultados do uso constitutivo de ideias apenas regulativas (como razão, Deus e alma), o que conduz às aporias levantadas por Kant. Por isso, Segundo Caygill, “(...) os princípios e ideias regulativos contribuem para a orientação do entendimento sem pretender constituir um objeto nem contribuir diretamente para o conhecimento.” (Cfr. CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Trad. Álvaro Cabral; revisão técnica de Valério Rohden. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 261.)

³⁶⁰ Diz Rohden: “Devido à própria finitude humana e, portanto, à propensão do homem de pôr constantemente em xeque a sua própria autonomia, a razão humana é ativa e reflexiva, não pode cristalizar-se em hábitos e instituições, mas precisa a todo momento partir do novo; ou seja – para usar uma expressão de W. Kersting –, encontra-se, enquanto razão moral, em revolução permanente.” Cfr.

A herança kantiana vai a ponto de Alexy reportar-se diretamente a essa matriz para justificar a possibilidade de uma argumentação prática racional,³⁶¹ como alternativa ao decisionismo e a outras posturas teóricas de mesma linha irracionalística.³⁶²

Outras tendências contemporâneas nutrem-se igualmente dessas mesmas contribuições da herança kantiana das quais Alexy haure a sua base filosófico-prática.

Algumas exploram as vantagens teóricas da ideia de **universalizabilidade** para a linguagem e, através desta, para a ética, o direito e a política, de modo a fundar uma teoria da ação prática de natureza comunicativa e também para salvaguardar as conquistas da modernidade, como o faz Habermas.³⁶³ Segundo essa vertente derivada da razão kantiana, a universalidade e a racionalidade prática se fazem possíveis, na medida em que cada forma de vida não exaure em si todas as possibilidades de razão naquela forma de vida, mesmo porque seus critérios podem estar contaminados por patologias.³⁶⁴

Em outra vertente, mas ainda dentro do espectro da filosofia que se nutre da linguagem, explora-se a ideia da **finitude** da razão humana para estabelecer a base da hermenêutica enquanto compreensão dos nexos de sentido dados em que se encontra

ROHDEN, Valério. Introdução à edição brasileira. IN: KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. xxiv.

³⁶¹ O texto “Uma concepção teórico-discursiva da razão prática” contém um enfrentamento orgânico e completo das principais questões que dizem com os compromissos da teoria de Alexy com uma concepção de razão prática kantiana e com a sua reformulação numa teoria do discurso; no tocante à fundamentação das regras do discurso, desenvolve uma fundamentação em três passos. Cfr. ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). **Rechtssystem und praktische Vernunft**. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993.

³⁶² Cfr. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 499. No original: *Die neuere Ethikdiskussion, die methodologisch wesentlich durch die moderne Logik, Sprachphilosophie, Argumentations-, Entscheidungs-, und Wissenschaftstheorie beeinflusst und inhaltlich stark an Kantschen Ideen orientiert ist, hat gezeigt, dass materiale Moraltheorien, die auf jede moralische Frage mit intersubjektiv zwingender Gewissheit genau eine Antwort geben, zwar nicht möglich sind, dass aber prozedurale Moraltheorien möglich sind, die Regeln oder Bedingungen rationalen praktischen Argumentierens oder Entscheidens formulieren*.

³⁶³ Habermas recorre ao conceito de patologias de formas de vida ao enfrentar posicionamentos relativistas e pós-modernos acerca da ética, assim como em face de pretensões da hermenêutica filosófica. Cfr. HABERMAS. **Erläuterungen zur Diskursethik**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, S. 46-48.

³⁶⁴ Essa ideia se repete no conceito de potenciais de razão das formas de vida, que Alexy espousa. cfr. ALEXY, Robert. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 141. A tradução dessa obra ao português se encontra em ALEXY, Robert. *Teoria do discurso e direitos do homem*. In: _____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-127.

jogada a razão prática e para perscrutar limites da consciência reflexiva, como o faz Gadamer.³⁶⁵

Terceira tendência desenvolve os conceitos de coerção, verdade e autoridade direcionados à filosofia política, como o faz Hannah Arendt.³⁶⁶

Portanto, nesse universo prático, em que a razão humana aspira a submeter-se à lei moral e ao ideal de correção na vida prática, mas ao mesmo tempo está jogada num mundo que também é regido pela luta pelo poder e que, entretanto, já sedimentou práticas consolidadas numa tradição, assim como insculpiu em normas morais e instituições jurídicas os resultados daquelas práticas assentadas e dos frutos da reflexão feita sobre elas, é que se abre o espaço reivindicado simultaneamente pela dialética, pela hermenêutica e pela filosofia política.

Nesse mesmo universo prático, tradicionalmente marcado como o espaço do provável e do opinável – mas onde se age e se discursa com pretensão de correção, segundo Alexy – é que se argumenta com uma razão nem absoluta nem totalitária.

Porém, uma razão desse feitio, que não abandona a pretensão de correção (e pretensão de verdade no plano teórico) nem se arvora em saber absoluto, ou seja, uma razão que se apresenta como finita embora movida por ideia regulativa, pode ser encontrada no conceito de **razão institucionalizada**, que compatibiliza elementos racionais ideais com os fáticos institucionalizados, de modo que **razão** e **autoridade** possam conviver.³⁶⁷ Exatamente por ser crucial para entender os alicerces filosóficos da NDFA, carece de um estudo mais detalhado.

³⁶⁵ Gadamer se reporta à pergunta filosófica de Kant sobre a possibilidade da ciência, cujas respostas pelo idealismo e pela filosofia da consciência em geral resultaram num decalque do método das ciências naturais, para então colocar a pergunta sobre a possibilidade da compreensão. Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 439. Por isso, a filosofia da consciência sofre crítica destrutiva (Idem, S. 435.) Tal como Heidegger pretendia em relação à metafísica, entulhada pela filosofia do conceito e da consciência, Gadamer volta-se para a linguagem, procurando edificar a hermenêutica sobre o solo de uma dialética expurgada da subordinação ao conceito de ciência e método feita por Hegel. (Idem, S. 370; 439.)

³⁶⁶ Ver acima, item 3.2.1.1.

³⁶⁷ Cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 19-40. Cfr. também KLATT, Matthias. *Robert Alexy's philosophy of law as a system*. In: _____. (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 01-26. Compare AARNIO, Aulis. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*.

3.2.4.2.2. Razão institucionalizada

A conexão de razão e instituição representa uma chave importante de leitura da obra de Alexy, tomada na sua integralidade e organicidade.

Nesse sentido, Matthias Klatt sustenta que, do conjunto da obra de Alexy, uma das três características básicas com que pode ser descrito o sistema como um todo consiste na **institucionalização da razão**, a qual se encontra no ápice da relação densa e complexa que nele se estabelece entre **razão e direito**.³⁶⁸

Efetivamente, o conceito de razão em Alexy ainda exige maior aprofundamento, mas não há dúvida de sua centralidade na determinação do que seja direito e, por extensão, as normas de direito, e, mais detalhadamente, as normas de direito fundamental. Basta recordar que o autor esboçava, já no albor de sua “Teoria da argumentação jurídica”, o projeto de elaborar uma espécie de **código da razão prática**, que abarque os resultados das análises de diversas teorias sobre o tema e que aponte para um conjunto de **regras do discurso prático racional em geral**.³⁶⁹

Essa relação entre direito e razão pode ser vista também entre **elementos autoritativos** e a **ideia de correção**.

Quanto aos elementos autoritativos presentes na dimensão institucional da teoria, cuida-se de um conceito capital, porque essa autoridade, no plano da razão teórica, acha-se no limite do que a ciência já estabeleceu e ainda pode estabelecer; no plano prático, a autoridade do dado são as fixações presentes naquilo que foi decretado conforme a

Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 7 ss. Diz Aarnio que uma interpretação jurídica que seja justificada num modo abrangente e integrado é aquela de acordo tanto com a lei como com a justiça.

³⁶⁸ As outras duas são o liberalismo analítico e a tese da dupla natureza. Cfr. KLATT, Matthias. *Robert Alexy's philosophy of law as a system*. In: _____. (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 24-25. Segundo Klatt, a relação entre direito e razão tem três aspectos: (a) conceitual, relacionado à demanda da razão pela posituação dos direitos humanos e pela fórmula de Radbruch; (b) metodológico, em que a razão é interpretada como argumentação, na qual regras e formas de discursos se compaginam com meios de tomadas de decisão; e (c) político, em que o constitucionalismo discursivo provê estruturas de decisão necessárias, de um ponto de vista metodológico, para que resultados discursivamente possíveis se transformem em decisões claras.

³⁶⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 34-35. Para mais detalhes, ver adiante, item 3.2.4.3.2.

ordem³⁷⁰ ou seja, os nexos que já estão estabelecidos no plano institucional, como plexos normativos (inclusive direitos fundamentais insculpidos em cartas constitucionais); no plano político, a autoridade do dado se apresenta como poder, como a força daquilo que se impôs.³⁷¹

Ela também demarca os espaços do indivíduo e da comunidade; sinaliza as expectativas que reciprocamente se fazem; e harmoniza as forças contrapostas que se opõem nesse jogo em que se conformam e concretizam os direitos fundamentais.

Dentro de suas margens, portanto, é que se desenvolve a NDFA, uma vez que no seu âmbito se pode cogitar da interpretação do texto constitucional que resultará em direitos de defesa contra a comunidade ou a prestações em face do Estado, ainda que nele não estejam diretamente expressos.

A atitude da razão finita, mas movida por ideia regulativa da correção, no entanto, não se satisfaz com a característica de ser dado, ou seja, com a qualidade com que se apresenta aquilo que se põe como autoridade. Ela não abre mão de suspender o dado, colocá-lo no aberto e questionar sua justificabilidade.

Portanto, não é qualquer noção de autoridade que se ajusta a uma teoria que se almeja racional; nela há de ter lugar para a autoridade conquistada, no sentido gadameriano,³⁷² que compatibiliza entre si a tradição, a validade e o sujeito,³⁷³ ou de

³⁷⁰ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 19. Sobre o conceito de fixações, veja-se mais adiante (item 8.), quando abordada a noção de regra.

³⁷¹ Veja-se, por exemplo, a questão da argumentação no plano da associação de normas de direito fundamental: ela não pode ignorar o limite do ponto de vista da constituição e o espaço estrutural, onde a autoridade do legislado se põe. Mas ao mesmo tempo, o tribunal constitucional não se pode curvar às perturbações inculcadas por nexos deteriorados que interferem na legiferação e na administração; deve, ao contrário, fazer valer o direito fundamental demarcado como aquilo que não pode ficar à mercê daquele jogo das ideologias e das forças atuantes no parlamento.

³⁷² A razão institucionalizada há de preencher o mesmo espaço do conceito, desenvolvido por Gadamer, de autoridade conquistada. A investigação hermenêutica, através da pergunta, põe em suspenso todo o conhecimento legado pela tradição, mas, nessa atividade, reconhece valor naquilo que se impõe com autoridade, aquilo que resulta após a suspensão. Nessa linha, cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Bd. I. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990, S. 243 ff.

³⁷³ Porém, a consciência da finitude humana e o particularismo essencial da reflexão do indivíduo põem um freio à pretensão – visível no solipsismo – de suspender toda autoridade de qualquer tradição a todo tempo. A consciência reflexiva, que abarca o horizonte próprio e se abre para a experiência, pode não só dissolver aquilo que é vigente, de acordo com uma tradição, como também dar-se conta do que é vigente e reconhecer-lhe sentido, ou seja, autoridade. Há, pois, um resíduo de validade na tradição, que recebe o

fundação,³⁷⁴ para que a razão seja compossível com a ação não somente na esfera moral, mas também na dimensão da política.³⁷⁵ Todavia, para que haja possibilidade de rever essa

endosso do sujeito que reflete. Portanto, a exigência habermasiana está assegurada. Esse é, aliás, o sentido principal de toda atividade educativa, que prepara para uma maioria, em que o sujeito pode acatar a autoridade e também sacudir de si aquilo que não reconheça de valor na tradição em que se move. Renunciar a essa possibilidade se faz, então, autocontraditório para uma teoria racional.

³⁷⁴ Hannah Arendt, ao investigar o conceito de autoridade, mais centrada na esfera política, encontrou resultado que se assemelha ao de Gadamer, não apenas pela ligação entre autoridade e tradição, mas principalmente pela oposição que vê instaurar-se entre a pretensão suspensiva posta pela argumentação e a autoridade. Para explicar tal oposição e o fundamento da autoridade, em contraste com a coerção e poder, utiliza o conceito de fundação. Diz a autora: “Uma vez que a autoridade sempre exige obediência, ela é comumente confundida como alguma forma de poder ou violência. Contudo, a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é usada, a autoridade em si mesmo fracassou. A autoridade, por outro lado, é incompatível com a persuasão, a qual pressupõe igualdade e opera mediante um processo de argumentação. Onde se utilizam argumentos, a autoridade é colocada em suspenso. Contra a ordem igualitária da persuasão ergue-se a ordem autoritária, que é sempre hierárquica. Se a autoridade deve ser definida de alguma forma, deve sê-lo, então, tanto em contraposição à coerção pela força como à persuasão através de argumentos.” Cfr. ARENDT, Hannah. *Between past and future*. New York: Penguin Books, 2006, p. 92-93. No original: *Since authority always demands obedience, it is commonly mistaken for some form of power or violence. Yet authority precludes the use of external means of coercion; where force is used, authority itself has failed. Authority, on the other hand, is incompatible with persuasion, which presupposes equality and works through a process of argumentation. Where arguments are used, authority is left in abeyance. Against the egalitarian order of persuasion stands the authoritarian order, which is always hierarchical. If authority is to be defined at all, then, it must be in contradistinction to both coercion by force and persuasion through arguments.* Compare: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 129. Arendt ilustra com a revolução americana a compreensão de que a autoridade dos fundadores reside no ato de fundação e não num transcendente, como o legislador imortal, por exemplo. Segundo a autora, o próprio fato de que os homens da revolução americana pensarem a si mesmos como fundadores (founders) indica a extensão de quanto entenderam que o seu ato de fundação em si mesmo, e não um legislador imortal, ou uma verdade auto-evidente, ou outra fonte transcendente, se tornaria, ao final a fonte da autoridade no novo corpo político. Cfr. ARENDT, Hannah. **On revolution**. London: Penguin Books, 1990, p. 204. A despeito dessas oportunas observações, a contraposição proposta entre autoridade e argumentação parece melhor explicada em Alexy, quando sustenta que o discurso jurídico, ao empregar material autoritativo dado, encontra algum limite em relação ao discurso prático geral, mas ainda assim tem preservada a sua racionalidade. Pode haver, então, argumentação que endosse a autoridade de material apresentado, por exemplo, pela dogmática jurídica e pela força dos precedentes.

³⁷⁵ Diz Arendt: “A palavra *auctoritas* é derivada do verbo *augere*, ‘aumentar’, e aquilo que a autoridade ou os de posse dela constantemente aumentam é a fundação.” Cfr. ARENDT, Hannah. *Between past and future*. New York: Penguin Books, 2006, p. 121. No original: *The word auctoritas derives from the verb augere, “augment,” and what authority or those in authority constantly augment is the foundation.* (Destques já constantes do original.) Compare: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 163-164. Segundo a autora, a autoridade dos vivos, apanágio dos anciãos, senado e patres, era derivada, por descendência e transmissão, do passado, mais especificamente dos fundadores da cidade. Lafer sustenta, na esteira da posição arendtiana, que a política é um produto da ação, e as instituições políticas não têm existência independente, já que dependem de atos sucessivos para subsistirem, pois “(...) o Estado não é um produto do pensamento mas sim da ação.” Cfr. LAFER, Celso. **Hannah Arendt: Pensamento, persuasão e poder**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 64. Esse ponto representa um apoio para a superação arendtiana do idealismo e, principalmente, do conceito hegeliano do espírito objetivo que arrasta e envolve o indivíduo, na marcha necessária e indefectível para a consumação no espírito absoluto, onde nenhuma experiência genuína (nem individual, nem coletiva) mais tem lugar. Todavia, sem o contraponto da consciência reflexiva, a ação – e a fundação que dela se segue – pode resultar em totalitarismo. Uma das características marcantes desse último consiste justamente no mote da ação impensada, da obediência cega e do combate guiado pelo líder, sem espaço para reflexão. A práxis sem o *logos* será, então guiada pelo *pathos*. Esse irracionalismo foi desmascarado por Marcuse nas teses que identificou na base do totalitarismo, como o realismo heróico-popular. Marcuse visualizava nele um organicismo e um existencialismo político que negava a autonomia do pensamento e da reflexão do sujeito livre kantiano, para conferir apenas ao líder a decisão do que e do como fazer. Cfr. MARCUSE,

fundação e para que esta mesma tradição não seja um peso insuportável para o indivíduo que pensa e que deseja argumentar contra ela, é preciso que a força emancipatória da reflexão sobre as tradições e do discurso crítico de suas instituições tenha seu lugar assegurado.

Isso é possível, porque a conscientização promovida pela hermenêutica não finda por suprimir – mas antes por reafirmar e complementar ainda que limitando – o espaço da argumentação contra o preconceito, legado do esclarecimento (*Aufklärung*) que Habermas reputa definitivo.³⁷⁶ A divisa *sapere aude* e a conseqüente convocação para o uso da própria razão no espaço público e de forma pública, como formulados por Kant,³⁷⁷ aliados ao conceito de maioridade (*Mündigkeit*) da *Aufklärung*, são agora confirmados mas também reformados com as descobertas dos próprios limites da reflexão pela filosofia da linguagem de Wittgenstein e pela hermenêutica (a finitude do ser humano e sua historicidade).

Nesse interstício da articulação da pretensão emancipacionista da consciência, com a compreensão da finitude e historicidade do ser humano imerso em uma práxis institucionalizada, é que se desenvolve um campo para a argumentação no discurso prático

Herbert. *La sociedad oprimida*. Versión castellana de Ítalo Manzi. Caracas: Tiempo Nuevo, 1970, p. 89-131. Ainda no que respeita à fundação do estado e do direito, Wolfgang Kersting sustenta que o contractualismo diferenciado de Kant (desvoluntarizado, universalista e procedimentalizado) ainda pode fornecer respostas para a fundação racional do direito sem recair em formulações de cunho hobbesiano ou em fundações éticas ou naturalistas, como o comunitarismo aristotélico. São da própria razão prática desenvolvida com base no conceito da autonomia, segundo Kersting, os critérios de formabilidade racional (*Vernunftförmigkeit*) a serem aplicados ao conhecimento normativo para o fim da justificação de afirmações normativas e, com isso, para dizer se declarações, leis e formas de governo podem reclamar para si validade geral, se são universalizáveis e passíveis de reconhecimento em geral. Cfr. KERSTING, Wolfgang. *Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. 3. Aufl. Paderborn: Mentis, 2007, S. 13-49.

³⁷⁶ Ver acima, item 3.2.4.2.1.

³⁷⁷ Kant, no célebre escrito “*Resposta à pergunta: o que é o esclarecimento?*”, de 1784, publicado em 1785, descreve a *Aufklärung* como a saída do ser humano da menoridade causada por sua própria culpa, sendo a menoridade caracterizada como a incapacidade de se servir de seu próprio entendimento sem a direção de um outro. Esta menoridade é autoculpável quando a sua causa consiste não numa falta de entendimento, mas sim (na falta) da resolução e da coragem de se servir do seu (entendimento) sem a direção de um outro. “*Sapere aude!* Tem coragem de te servir de teu próprio entendimento!” é, pois, o lema do esclarecimento. No original: *Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Selbstverschuldet ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursache derselben nicht am Mangel des Verstandes, sondern der Entschliessung und des Mutes liegt, sich seiner ohne Leitung eines andern zu bedienen. Sapere aude! Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen! Ist also der Wahlspruch der Aufklärung.* (KANT, Immanuel. *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* Werkausgabe, Bd. XI. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 53.)

e, neste, para qualquer argumentação desenvolvida no ambiente jurídico, inclusive na extração de normas de direito fundamental.³⁷⁸

O caminho ideado por Alexy é o da razão institucionalizada, mas isso requer um detalhamento quanto à natureza dessa **razão**.³⁷⁹ Não se trata de uma razão qualquer, como se verá, mas uma **razão prática discursiva**.

Somente uma **teoria do discurso** possibilita compreender a novidade e a inteireza da teoria de Alexy, especialmente quanto aos pressupostos filosóficos e às consequências na teoria política. As regras que governam a argumentação jurídica encontram apenas na teoria do discurso a sua base, o que se reflete no fato de que só se pode compreender adequadamente a estrutura normativa dos direitos fundamentais quando se conecta a mesma com a possibilidade da validade de normas no interior de uma teoria que busca explicar as próprias regras que governam a formação e conformação dos direitos.

³⁷⁸ Sobre a relação entre teoria e prática na moral em geral, no direito de estado e no direito das gentes de um ponto de vista cosmopolita, cfr. KANT, Immanuel. *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. Werkausgabe, Bd. XI. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 127 ff. Nessa obra, Kant se vê a braços com Hobbes e Rousseau, entre outros, e, sem abrir mão da distinção entre a razão teórica e a prática, encontra como ponto de convergência delas o fato de que vale também para a práxis aquilo que vale para a teoria com base em fundamentos racionais. No original: *Was aus Vernunftgründen für die Theorie gilt, das gilt auch für die Praxis*. (Idem, S. 172.) Para tanto, é fundamental o conceito de dever-ser e o correlato de validade.

³⁷⁹ Ela se caracteriza por ser uma razão discursiva, mas sem confundir-se com o desenho proposto por Habermas para a razão comunicativa. Alexy não entende superada a ideia de razão prática pela da razão comunicativa, como se encontra no primeiro. Alexy, com efeito, filtra alguns elementos da teoria habermasiana para a construção da sua teoria da argumentação jurídica, cujas regras se amoldariam, quando reunidas e sistematizadas, a um código de razão prática (não a uma razão comunicativa). Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 185. Habermas, por seu turno, depois de atribuir à razão prática kantiana a negligência da esfera da aplicação (Cfr. HABERMAS. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt am Mein: Suhrkamp, 1991, S. 25,138), e depois de criticar em Apel a equiparação da razão comunicativa à razão prática (idem, S. 191), assim se expressou quanto à distinção entre elas: “A razão comunicativa, ao contrário da razão prática, não é *per se* uma fonte de regras para o agir correto. Ela abarca *todo* o espectro das pretensões de validez (da verdade assertórica, da veracidade subjetiva e da correção normativa), transcendendo, por isso, a esfera das questões prático-morais. A normatividade, no sentido restrito da orientação vinculativa do agir, não coincide com a racionalidade da ação orientada para a comunicação como um todo.” Cfr. HABERMAS. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt am Mein: Suhrkamp, 1991, S. 191-192. No original: *Die kommunikative Vernunft ist nicht wie die praktische Vernunft per se eine Quelle für Normen des richtigen Handelns. Sie erstreckt sich auf das ganze Spektrum von Geltungsansprüchen (der assertorischen Wahrheit, der subjektiven Wahrhaftigkeit und der normativen Richtigkeit) und reicht insofern über den Bereich moralisch-praktischer Fragen hinaus. Normativität im engeren Sinne der verpflichtenden Orientierung des Handelns fällt nicht mit der Rationalität verständigungsorientierten Handelns im ganzem zusammen*. Essa postura encontra reflexo na diferente posição de Alexy e Habermas na questão da unidade do discurso prático (item 3.2.5.2.2.).

Por um lado, a imersão numa teoria do discurso facilitará a compreensão dos direitos fundamentais enquanto ideias que se formam e se sedimentam em regras de cunho cada vez menos abstrato, iluminadas por uma compreensão do direito como um fenômeno que também é abarcado (e de um modo especial) pela linguagem; por outro, ela possibilitará tangenciar a característica da historicidade das normas de direito fundamental, para a compreensão de como se opera concretamente com direitos fundamentais.

Por isso, a **interpretação** de direitos fundamentais deve à teoria do discurso o pano de fundo necessário da teoria que explica o procedimento de ponderação e, pois, a própria NDFA. É no seio de uma teoria do discurso que se gesta a ideia da **razão institucionalizada**, acima debatida, que aglutina vários aspectos da teoria de Alexy, tornando possível a racionalidade da argumentação presente na edição de normas de direito fundamental não diretamente estatuídos em textos, o que se perfaz mediante a harmonização de elementos ideais que nele vicejam e o reconhecimento da autoridade do que é dado e tem de ser compreendido na sua historicidade.

Essa razão institucionalizada passa pela imbricação recíproca³⁸⁰ entre decisões historicamente situadas e uma abertura à crítica segundo a **ideia de correção**, sendo mediada tal relação pela fundamentação – tanto das decisões como das críticas – desenvolvida em um discurso racional, em condições limitadas institucionalmente.

Nesse sentido, Alexy encerra a sua “Teoria dos direitos fundamentais” com o exame do processo de argumentação jurídica no ambiente institucional por excelência, que é o da jurisdição constitucional, arrematando o estudo e a obra com a seguinte frase: “À luz dessa visão é racional a institucionalização de uma jurisdição constitucional cujas decisões sejam passíveis e carentes de fundamentação e de crítica em um discurso jurídico-fundamental racional.”³⁸¹

³⁸⁰ A tese do caso especial explica essa interconexão no que toca à argumentação jurídica (ver adiante, item 3.2.5.2.).

³⁸¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 521. No original: *Im Lichte dieser Einsicht ist die Institutionalisierung einer Verfassungsgerichtsbarkeit, deren Entscheidungen der Begründung und Kritik im rationale grundrechtlichen Diskurs fähig und bedürftig sind, vernünftig.*

Essa ideia traz intrínseca a da **representação argumentativa**, mediante analogia à representação que constitui o fundamento da legitimidade da instituição tradicionalmente competente para a configuração de normas gerais, que é o parlamento.³⁸² Porém, como Alexy acentua, à diferença da representação parlamentar, a representação do povo pelo tribunal constitucional é puramente **argumentativa**.³⁸³

Nesta, a dimensão normativa e fática é ligada a outra ideal, identificada na ideia de correção. Porém, a representação argumentativa pressupõe duas condições: a existência de **argumentos bons ou plausíveis**, cuja validade ou correção possa ser controlada; e a existência de um número mínimo de **pessoas racionais** capazes e dispostas a aceitar tais tipos de argumentos pelo fato de serem válidos ou corretos.

Assim, num primeiro momento se faz inescapável uma investigação de **se e como** existem argumentos bons ou plausíveis, de validade controlável. Isso, no campo prático, se traduz na necessidade de uma teoria da argumentação.³⁸⁴ Posteriormente, a pesquisa direcionar-se-á ao elemento político, referente às demandas quanto a pessoas e instituições envolvidas nessa representação argumentativa.³⁸⁵

3.2.4.2.3. Da possibilidade de argumentação racional

Contextualizada filosoficamente a concepção de razão que se encontra à base do conceito de NDFA, por intermédio da sua necessária remissão à argumentação, incumbe destrinçar, ainda, como a teoria de Alexy construí a possibilidade e o modo de argumentar racionalmente no campo jurídico.

Com efeito, não basta compreender que a teoria da NDFA em Alexy deita raízes em determinado pensamento filosófico-jurídico, filosófico-prático e filosófico-político,

³⁸² Diz Alexy: “A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio de tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos. Desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva.” Cfr. ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 163.

³⁸³ No direito constitucional brasileiro, isso se faz claro através da norma do art. 93, inc. IX, da CF/88, que determina que todas as decisões do Poder Judiciário devam ser motivadas, sob pena de nulidade.

³⁸⁴ Ver itens subsequentes.

³⁸⁵ Ver mais detalhes sobre isso no item 4.

e que a construção de toda a interpretação dos direitos fundamentais está correlacionada com tomadas de posição filosófica profundas, sobretudo quanto ao conceito de razão.

Isso possibilita situar asserções teóricas sobre interpretação em contextos mais amplos e estabelecer pontes com outras correntes – como dialética, retórica, hermenêutica e a tópica –, mas seguramente não basta para responder algumas questões ainda pendentes.

Saber que a teoria dos direitos fundamentais e da norma de direitos fundamentais onde aflora a NDFA se insere numa teoria discursiva da razão prática por certo projeta luzes sobre a sua viabilidade teórica e sobre a força que a sustenta. Porém, não se mostra satisfatória para tê-la como justificada, porquanto ainda pende de desenvolvimento saber se isso a justifica e, sendo o caso, por que e como isso ocorre, bem como quais consequências práticas disso decorrem. Uma questão nuclear que ainda está pendente, por exemplo, consiste em como a teoria dos princípios, em cujo âmbito se explica a obtenção de normas de direito fundamental não diretamente estatuídas em texto constitucional, encontra sua sustentação nessa teoria racional mais ampla.

Essa análise passa pelo estudo dos aspectos específicos da teoria da argumentação em epígrafe, o que somente se faz possível pela apropriação do significado da chamada virada linguística no universo do pensamento que já se favorecera da revolução do iluminismo.

3.2.4.2.4. Razão institucionalizada e linguagem

A chamada virada linguística (*linguistic turn*), que alterou em grandes proporções a filosofia em geral e também a do direito do último século, pode ser considerada uma revolução no pensamento, e não somente uma evolução esperada de linhas filosóficas determinadas; porém, ela somente seria possível a partir da revolução anterior, da modernidade,³⁸⁶ que ela não revogou, apenas modificou.

³⁸⁶ A era das luzes, que implantou um projeto geral de revisão do pensamento filosófico, científico e moral, deve seu impacto decisivo à força da dúvida metódica de René Descartes, à inovação da lógica da ciência do empirismo inglês (Hume e outros), à revolução copernicana na razão de Kant, e, enfim, à ideia motriz da emancipação e esclarecimento, de vários autores.

Se a primeira fase desse fenômeno da virada linguística seria avessa a qualquer uso da linguagem para o que classificava como devaneios metafísicos e postulações da razão prática, como o exemplificado pelo primeiro Wittgenstein³⁸⁷ e pelo Círculo de Viena, por não serem passíveis de proposições – o que suprimiria o espaço para qualquer argumentação racional em torno desses temas práticos³⁸⁸ –, na segunda fase a linguagem é concebida em sua abertura para o mundo da vida e de seus diferentes jogos, admitindo-se a incorporação das questões práticas, pois agora a preocupação não reside mais em desvendar aquilo que se esconde sob a linguagem, mas, sim, em se enfatizar a sua funcionalidade **prática**.³⁸⁹

Paralelamente, a filosofia analítica desenvolvia-se para o âmbito da moral,³⁹⁰ encontrando resultados que seriam relevantes para a compreensão da dimensão pragmática

³⁸⁷ Cfr. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. 5. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, S. 9. O prefácio assim consigna: “O livro trata dos problemas filosóficos e demonstra – como creio – que a colocação da questão destes problemas repousa sobre uma incompreensão da lógica da nossa linguagem. Poder-se-ia apanhar como que todo o sentido do livro nessas palavras: O que se deixa dizer em geral, deixa-se dizer claramente; e do que não se pode falar, deve-se calar.” No original: *Das Buch behandelt die philosophischen Probleme und zeigt – wie ich glaube –, dass die Fragestellung dieser Probleme auf dem Missverständnis der Logik unserer Sprache beruht. Man könnte den ganzen Sinn des Buches etwa in die Worte fassen: Was sich überhaupt sagen lässt, lässt sich klar sagen; und wovon man nicht reden kann, darüber muss man schweigen.* De fato, a última sentença do tratado é: “7. Sobre o que não se pode falar, deve-se calar.” (Idem, S. 85.) No original: 7. *Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen.*

³⁸⁸ Vislumbram-se em Wittgenstein traços de intuicionismo no campo da ética e metafísica, ou mesmo de misticismo, sendo conhecidos o seu interesse por Meister Eckhart e, também, a dedicação de longos períodos ao isolamento, tendo cogitado ingressar na vida monástica em 1926, cfe. Armando Mora D’Oliveira, na apresentação do volume da coleção Os pensadores sobre Wittgenstein (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. ix).

³⁸⁹ Essa nova postura de Wittgenstein acolhe as questões filosóficas práticas enquanto **perplexidades**, cabendo, no entanto, à filosofia ensinar apenas a “ver” tais questões, mas sempre combatendo o que chama de “enfeitiçamento” da linguagem. Não há, de qualquer modo, uma abordagem direta da argumentação em termos de uma filosofia prática, nem, portanto, de uma retórica. Apesar de as formas de vida e os jogos de linguagem serem regidos por regras, o jogo da linguagem da ética (como o do direito também) é mais um dentre os outros possíveis; ademais, a possibilidade de pedir razões e de convencer estaria limitada à perspectiva interna da visão de mundo (*Weltbild*), ou seja, seus limites de compreensibilidade e sentido estariam circunscritos ao universo dessa visão de mundo e seriam disciplinados pelas regras internas ao jogo de linguagem. Registre-se, considerando a possibilidade de outras traduções, que a palavra *Weltbild*, literalmente, significa “imagem do mundo” ou “figura do mundo”. A propósito, a opção por “visão de mundo”, ao invés de “figura do mundo”, serve para mostrar a evolução do pensamento de Wittgenstein com relação à possibilidade de a linguagem espelhar a realidade (fase I) ou de apenas funcionar com sentido de acordo com as regras de cada jogo (fase II).

³⁹⁰ Entre outros, veja-se BAIER, Kurt. *The moral point of view: a rational basis of ethics*. Abridged ed. New York: Random House, 1965. Baier procura apurar critérios para avaliar ações do ponto de vista moral, respondendo à pergunta sobre o que é correto (*right*) e o que é incorreto (*wrong*), e, diante da variedade de respostas de acordo com a hipótese de um indivíduo isolado e ou convivendo em sociedade, tenta encontrar razões suficientes e conclusivas para avaliação de cada ação. Atribui à filosofia moral a tarefa de encontrar os critérios últimos de aceitabilidade de razões e de determinar os aspectos em relação aos quais, eventualmente, moralidades reais fracassem em corresponder àqueles critérios. (Idem, *preface to the abridged edition*, 1964, p. xx). Alexy aproveita de Baier principalmente esse conceito de ponto de

da linguagem,³⁹¹ sobretudo a partir da teoria dos atos de fala.³⁹² Porém, é importante reter do conjunto da obra de Wittgenstein e de diferentes contributos da filosofia no âmbito linguagem,³⁹³ o resultado duplo de que, por uma perspectiva, **a linguagem é atividade guiada por regras**,³⁹⁴ e de que, por outra, a **racionalidade prática** passa pela linguagem

vista da moral, que relaciona com a universalizabilidade. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 132.

³⁹¹ Ver, entre outros, AUSTIN, J. L. Outras mentes. Trad. Marcelo G. S. Lima. In: RYLE et alii. *Ensaio*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1989 (Os Pensadores), p. 19-47. Para análise da teoria dos atos de fala, Alexy considerou, além da obra de Austin, também Hare (cfr. HARE, R. M. *The language of morals*. Oxford: Clarendon Press, 1952; e, do mesmo, *Freedom and reason*. London/Oxford/New York: Oxford University Press, 1963), assim como Searle (SEARLE, John. R. *Speech acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 1969). Habermas, que influiu no pensamento de Alexy, igualmente levava em consideração e reelaborara, na sua teoria do agir comunicativo, a teoria dos atos de fala e outros aspectos da filosofia da linguagem. Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Bd. 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, S. 368 ff. Antes dessa obra de maior fôlego, Habermas já lançara as bases do que chamou de pragmática universal em textos esparsos, com destaque para o artigo “O que significa pragmática universal?”, de 1976, lançado em publicação conjunta. Esse texto pode ser encontrado numa coletânea posterior sob o título HABERMAS, Jürgen. *Was heisst Universalpragmatik? In: _____ Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 353-441.

³⁹² A grande contribuição da teoria dos atos de fala, como explicitada, entre outros, por Searle, consiste em recolocar as teorias sobre a linguagem no campo mais amplo das teorias da ação. Essa estratégia decorre da concepção de que “(...) uma teoria da linguagem é parte de uma teoria da ação, simplesmente porque falar é uma forma de comportamento governada por regras”. Cfr. SEARLE, John. R. *Speech acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 1969, p. 17. No original: (...) *a theory of language is part of a theory of action, simply because speaking is a rule-governed form of behavior*. Essa concepção tem por base que “(...) toda comunicação linguística envolve atos linguísticos (...)”. (Idem, p. 16.) No original: (...) *all linguistic communications involves linguistic acts (...)*. Dessa maneira, a hipótese básica da teoria dos atos de fala é assim resumida por Searle: “A forma que tal hipótese tomará é que falar uma linguagem é executar atos de fala, atos tais como fazer afirmações, dar comandos, fazer perguntas, fazer promessas e assim por diante; e mais abstratamente, atos tais como referir e predicar; e, secundariamente, que esses atos são em geral tornados possíveis por, e executados em acordo com, certas regras para o uso de elementos linguísticos”. (Idem, p. 16.) No original: *The form that this hypothesis will take is that speaking a language is performing speech acts, acts such as making statements, giving commands, asking questions, making promises, and so on; and more abstractly, acts such as referring and predicating; and, secondly, that these acts are in general made possible by and are performed in accordance with certain rules for the use of linguistic elements*. Aprofundamentos do estudo dos atos de fala podem ser encontrados em SEARLE, John R. **Expressão e significado**: estudos da teoria dos atos de fala. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Alexy reportou-se nesse aspecto às contribuições de Searle, mas principalmente às de Austin (cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 77 ff.), sobretudo o conceito de contradição performativa, desenvolvido em AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975, p. 6 ss.

³⁹³ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 75.

³⁹⁴ Alexy aproveita de Wittgenstein a ideia de que os jogos de linguagem são atividades regidas por regras, aplicando-a aos discursos morais e jurídicos. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 76. No original: *Sprachspiele, d.h. auch moralische und juristische Diskurse, sind regelgeleitete Tätigkeiten*. Nessa mesma linha, GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 53 ss. Importante notar que não escapa a Alexy que a teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein também implica a relatividade dos discursos morais às respectivas formas de vida. Todavia, opõe-lhe o fato de que efetivamente se discute sobre formas de vida e visões de mundo. Se não se podem discutir ao mesmo tempo todos os pressupostos de cada discurso, isso não significa, contudo, que não se possa discutir sobre pressupostos de determinadas afirmações morais. Formulações posteriores dessa espécie de argumento e seus aperfeiçoamentos com vista à justificação dos direitos humanos se encontram em ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has*

moral, onde a **regra**, pela sua universalidade, serve de **razão**³⁹⁵ para um juízo prático (moral ou jurídico), cuja **universalizabilidade**,³⁹⁶ por sua vez, é determinada pela aceitabilidade de suas consequências.³⁹⁷

Todavia, uma teoria da argumentação ampla, por mais que se valha dos recursos da técnica lógico-analítica, necessita do aporte de outros elementos para dar conta da riqueza da atividade argumentativa prática, sobretudo em matérias controvertidas, como o são as grandes questões jurídicas – comumente designados casos difíceis³⁹⁸ – emergentes da interpretação dos direitos fundamentais. Nelas afloram questões empíricas e morais de cunho substancial que raramente – ou quiçá jamais – se podem resolver de modo analítico-dedutivo. Daí que o conceito de regra representa um bom ponto de partida, mas

changed over the years. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012; ALEXY, Robert. *Discourse theory and fundamental rights*. In: MENÉNDEZ, Agustín J. & ERIKSEN, Erik O. (eds). *Fundamental rights through discourse: on Robert Alexy's legal theory. European and theoretical perspectives*. Oslo: Arena Report, n. 9, 2004, p. 35-51; uma justificação da necessidade de metafísica para fundamentação dos direitos humanos se lê em ALEXY, Robert. *Menschenrechte ohne Metaphysik?* DZPhil, Berlin 52 (2004) 1, S. 15-24; e mais recentemente ALEXY, Robert. *Law, morality, and the existence of human rights*. *Ratio Juris*, v. 25, n. 1, Mar 2012 (02-14).

³⁹⁵ Sobre o conceito de razão para ação (*reason for action*) e, particularmente, sobre razões exclusionárias (*exclusionary reasons*), com vista à construção de argumento para um dever agir e obtenção de uma inferência prática (*practical inference*), cfr. RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 15-48 e 178-199 (*postscript*). O discurso jurídico, na medida em que provê razões para ação, é discurso prático, como assevera a tese do caso especial de Alexy (ver item 3.2.5). Em concordância com isso, nessa parte, MELISSARIS, Emmanuel. *Ubiquitous law: legal theory and the space for legal pluralism*. Surrey: Ashgate, 2009, p. 91; 97-98. Melissaris, contudo, sustenta que o preenchimento da lacuna entre o fatural e o normativo passa pelas experiências normativas compartilhadas, que são explicadas pela cultura da comunidade e não pela ciência natural ou pelo conteúdo categorial da norma. (Idem, p. 100.)

³⁹⁶ Veja-se a respeito HARE, R. M. *Freedom and reason*. London/Oxford/New York: Oxford University Press, 1963, p. 10 ss.

³⁹⁷ Alexy agradece a Hare o desenvolvimento dessa apercepção de que os juízos morais se regem pela universalizabilidade (*Universalisierbarkeit*), que se liga ao conceito de regra, na medida em que “[q]uem manifesta um juízo moral, pressupõe uma regra; esta regra estabelece o que seja uma razão G para um juízo moral N. O conceito de razão, com isso, está estreitamente conectado com o de regra.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 106 ff. No original: *Wer ein moralisches Urteil äussert, setzt eine Regel voraus. Diese Regel legt fest, was ein Grund G für ein moralisches Urteil N ist. Der Begriff des Grundes liegt damit eng mit dem der Regel zusammen*.

³⁹⁸ Alexy, na esteira de Dworkin, utiliza o argumento de que o esquema tradicional da subsunção sob regras se mostra insuficiente especialmente nos chamados *hard cases* (casos difíceis), para advogar a necessidade dos princípios e da ponderação. Disso não segue que a subsunção não seja aplicada na solução desses casos, apenas não é bastante como esquema geral e completo de operação jurídica. Nessa linha, cfr. ALEXY, Robert. *On balancing and subsumption. A structural comparison*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4. Dez 2003 (433-449), p. 436; No original: *There are, of course, many cases that can be solved simply by means of subsumption. Hard cases, however, are defined by the fact that there are reasons both for and against any resolution under consideration. Most of these collisions of reasons have to be resolved by means of balancing*. Cfr. também ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 157, Fn. 252. A análise específica da subsunção e seu desempenho para a NDFA será realizada no item 8.5.

argumentos substanciais, premissas empíricas e questões epistemológicas demandam diferenciações da argumentação em níveis, formas e estruturas de argumento.

Nesse sentido, revela-se importante a contribuição de Toulmin ao definir padrões ou *layouts* de argumento para o campo prático, para fim de estruturação da atividade argumentativa, tal como efetivamente usada, para além dos limites estreitos da dedução da lógica tradicional; dessa investigação resulta um esquema onde conclusões normativas (C) (*claims*) são propostas a partir de razões fatuais, isto é, baseadas em dados fáticos (B) (*backing*), mediante determinadas regras de inferência ou garantias (W) (*warrants*), contribuição que, conquanto relida, encontraria acolhida na teoria do discurso de Habermas e Alexy.³⁹⁹

3.2.4.2.5. Da argumentação em Alexy

3.2.4.2.5.1. Da herança habermasiana

A teoria da argumentação de Alexy constitui uma diferenciação da teoria do discurso de Habermas, que, inicialmente vinculado à chamada escola crítica ou de Frankfurt, lograra desenvolver uma teoria abrangente da ação e da razão a partir de contribuições das ciências sociais e da teoria dos atos de fala, edificando sobre esta última uma teoria pragmática e consensual da verdade,⁴⁰⁰ que é imprescindível para a compreensão do próprio direito.⁴⁰¹

Nessa teoria, opera-se o deslocamento do eixo do conceito de verdade do plano da semântica – onde vige a concepção correspondencial – para a pragmática, na qual a

³⁹⁹ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 146 ff. Cfr. também TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 87 ss. A tradução portuguesa dessa obra encontra-se em TOULMIN, Stephen E. *Usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴⁰⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 134 ff.

⁴⁰¹ Segundo Habermas, enquanto numa análise puramente semântica do direito somente se podem distinguir direitos positivos de negativos, o específico da forma jurídica apenas se toca no plano pragmático, onde aflora a relação dúlice entre direitos subjetivos e o uso público das liberdades comunicativas e, assim, se põe a relação entre legalidade e legitimidade. Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Diskurstheoretische Begründung der Grundrechte: Diskursprinzip, Rechtsform und Demokratieprinzip*. In: AUGSBERG, Ino & UNGER, Sebastian (Hrsg.). *Basistexte: Grundrechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2012, S. 239-249.

verdade se apresenta como uma pretensão a ser submetida à discussão racional, segundo regras.⁴⁰²

Disso resultou, quanto às proposições em geral, a sua apreensão de modo a iluminar as correspondentes pretensões suscetíveis e carentes de justificação, o que se traduz, quanto às normativas, na pressuposição necessária da **pretensão de correção**, tema central não somente para a teoria da argumentação como também para o conceito de direito de Alexy.⁴⁰³

Por fim, o constructo habermasiano da situação ideal de consenso e o conceito de pragmática universal para a justificação das regras fundamentais do discurso serão aproveitados, com algumas remodelações,⁴⁰⁴ por Alexy, para a proposição de regras gerais e formas do discurso prático geral.

Por seu turno, o conceito de gênese crítica será aproveitado também na justificação de proposição normativas. Todavia, o cabedal herdado de Habermas não somente representa um apoio à teoria da argumentação de Alexy, mas, também, um peso e um flanco aberto às críticas que ele enseja aos elementos comuns da formulação da teoria do discurso, como o resgate de elementos da modernidade⁴⁰⁵ e idealizações (discurso ideal; consenso ideal; condições ideais de discurso).

⁴⁰² HABERMAS, Jürgen. *Was heisst Universalpragmatik? In: _____, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 353-441. Sobre a relação entre verdade e justificação na teoria habermasiana, cfr. GAVIÃO, GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 109 ss.

⁴⁰³ A pretensão de correção não interessa só para a teoria da razão (a ser desenvolvida nos itens subsequentes) como também para o conceito de direito em geral. Quanto a isso, veja adiante, item 5.3.3.

⁴⁰⁴ Não interessa neste espaço descer às particularidades da diferença entre as teorias, bastando uma diferenciação no essencial, como adiante se fará, mesmo porque as semelhanças prevalecem.

⁴⁰⁵ Não é de se surpreender que Habermas almeje resgatar o que chama de **conquistas da modernidade** – talvez o rescaldo do projeto iluminista que MacIntyre e outros veem derrocado definitivamente – porque a sua moral retorna ao universalismo kantiano, embora depois da passagem pela crítica das ideologias e pela virada linguística na filosofia moral. Nesse passo, entra em confronto com a posição de Rorty, que vê no esforço habermasiano um êxito inicial consistente em repudiar a metafísica e buscar uma conformação social do lugar da linguagem (daí a razão comunicativa), mas que logo adiante fracassa em completar o percurso de abandono do racionalismo residual presente no iluminismo de sabor kantiano. Cfr. RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, *passim*.

Nesse ponto, importa referir críticas,⁴⁰⁶ como de Ota Weinberger⁴⁰⁷ e Ernst Tugendhat,⁴⁰⁸ ao papel do consenso como critério de verdade⁴⁰⁹ e à relação deste com o procedimento na teoria da argumentação.⁴¹⁰ Segundo os críticos, a racionalidade da teoria do discurso teria confiado a obtenção de resultados racionais ao procedimento discursivo sem a garantia de uma instância objetiva.

Especificamente quanto à função do consenso enquanto critério de verdade, Alexy esclareceu que não utiliza o consenso fático como critério de correção. Ao invés disso, a sua teoria confia às regras do discurso a correção – limitada às condições reais dadas – do resultado obtido no procedimento.⁴¹¹

A questão específica acerca do caráter procedimental da teoria merece tratamento à parte, o que ocorrerá na sequência.⁴¹²

Quanto à natureza comunicacional-argumentativa da base teórica, o núcleo da defesa de Alexy consiste em realçar a necessidade do respeito à autonomia do indivíduo, a quem não se pode subtrair a interpretação, a ponderação e a modificação de seus próprios

⁴⁰⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 270-312. No fundo, o que está em jogo, em grande parte, é a conexão entre uma teoria da razão prática de viés kantiano, reformulada como teoria pragmático-transcendental da ação, e a teoria da verdade consensual de Habermas, ambas já compaginadas entre si numa teoria do discurso ideal que Alexy endossa com alguns (importantes) reparos. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 161ff.

⁴⁰⁷ WEINBERGER, Ota. *Überzeugung als Aufgabe*. In: _____. *Aus intellektuellem Gewissen: Aufsätze von Ota Weinberger über Grundlagenprobleme der Rechtswissenschaft und Demokratietheorie*. Berlin: Dunker & Humblot, 2000, S. 347-366. Cfr. também ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 271-274.

⁴⁰⁸ Cfr. TUGENDHAT, Ernst & WOLF, Ursula. **Propedêutica lógico-semântica**. Trad. Fernando A. da Rocha Rodrigues. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 187-188.

⁴⁰⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 272.

⁴¹⁰ O próprio Alexy anota a pluralidade de censuras à falta de uma espécie de *missing link* (elo perdido), entre as regras de discurso e a correção dos resultados. Cfr. ALEXY, Robert. *Probleme der Diskurstheorie*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S.120, Fn. 20. Alexy refere aí as críticas constantes em: HÖFFE, O. *Kritische Überlegungen zur Konsensustheorie der Wahrheit (Habermas)*, in: *Philosophisches Jahrbuch* 83 (1976), S. 315 ff; e ILTING, K.-H. *Geltung als Konsens*, in: *Neue Hefte für Philosophie* 10 (1976), S. 36.

⁴¹¹ Na obra intitulada “Direito, razão, discurso”, há um enfrentamento direto ao problema do consenso, não somente quanto à questão da possibilidade (ou não) de ser obtido, mas também à conexa questão do critério de correção. Cfr. ALEXY, Robert. *Probleme der Diskurstheorie*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 114 ff. Em português, esse texto se pode acessar em ALEXY, Robert. *Problemas da teoria do discurso*. In: _____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 87-100.

⁴¹² Ver item 3.2.4.2.5.2.

interesses, para que seja levado a sério, o que somente pode ser feito através de comunicação e argumentação.⁴¹³

Pelo mesmo argumento, assim como pela demonstração da relação interna entre verdade e fundamentação, rebate-se a pretensão de suficiência do critério da imparcialidade do juízo,⁴¹⁴ proposto por Tugendhat, entre outros,⁴¹⁵ o qual dispensaria a exigência da discussão dos interesses dos afetados pelos próprios num procedimento comunicativo, como querem Habermas e Alexy.⁴¹⁶

Pode-se cogitar, então, se o conceito de racionalidade da teoria do discurso não padece de uma tensão irresolvida entre o fático e o ideal, ou, também, entre vontade e razão, na medida em que, como aponta Atienza,⁴¹⁷ as questões de moral também estão determinadas por decisões e não necessariamente por regras, haja vista o influxo da vontade.⁴¹⁸

Dito de outro modo, insta verificar se esse conceito de racionalidade não sofre de um cognoscitivismo excessivo, vincado por uma confiança inabalável na potencialidade da

⁴¹³ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 410.

⁴¹⁴ TUGENDHAT, Ernst. *Probleme der Ethik*. Stuttgart: Reclam, 1984, S. 115. Esse autor menciona que todas as teorias morais que defendem a concepção da imparcialidade (*Unparteilichkeit*) contemplam a ideia do acordo universal; em Habermas, porém, este último se tornou o critério para se reputar fundamentada qualquer norma, que ele inseriu numa teoria mais ampla da verdade como consenso fundamentado, tanto para teorias empíricas como para normas morais. Tugendhat também entende que Habermas, ao invés de se agarrar à situação ideal de diálogo, poderia, como resultado do processo comunicativo, ter chegado ao princípio da imparcialidade, que dele efetivamente pode resultar. Mas, de qualquer modo, julga que não era indispensável conceber a fundamentação moral como essencialmente comunicativa. (Idem, S. 125.)

⁴¹⁵ Compare WEINBERGER, Ota. *Objectivity and impartiality in moral and legal argumentation*. In: _____. *Aus intellektuellem Gewissen: Aufsätze von Ota Weinberger über Grundlagenprobleme der Rechtswissenschaft und Demokratietheorie*. Berlin: Dunker & Humblot, 2000, S. 323-326.

⁴¹⁶ Embora se filie em linhas gerais à mesma tradição da moral universalista kantiana, critica em Habermas – e com isso, indiretamente em Alexy – a confusão entre semântica (para o qual contam conceitos como verdade e correção de enunciados) com o pragmática, que diz com o acordo intersubjetivo dos que se comunicam. Cfr. TUGENDHAT, Ernst. *Probleme der Ethik*. Stuttgart: Reclam, 1984, S. 108 ff.

⁴¹⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 271-274.

⁴¹⁸ Tugendhat reprova em Habermas (e, por extensão, em quem segue a mesma linha) ter confundido um problema de fundamentação de normas com o de participação no poder, este mesmo poder que decide o que é legalmente permitido e o que não é. Entende que a ambiguidade habermasiana entre discurso hipotético e real finda por negligenciar o fator volitivo e, com isso, o problema do poder. Ao não perceber que o argumentar moral hipotético sequer é, por essência, um discurso real, ao mesmo tempo – graças à ambiguidade do seu conceito de discurso – Habermas teria podido desprezar o aspecto não-racional, volitivo dos discursos reais e que, no entanto, é exigido moralmente.

razão e na possibilidade de agir conforme a razão, bem como de progredir sob o lume de ideias regulativas.

É certo que a teoria em causa não pode classificar-se como cética ou pessimista quanto às potencialidades da razão. Porém, a par de ser qualificável como cognotivista, a teoria de Alexy quanto à **objetividade** não ultrapassa o limiar da **modesta**.⁴¹⁹

A esse respeito, ele concorda com Pavlakos em que uma teoria profunda – i.e. não superficial ou rasa – do entendimento da prática jurídica tem de ser uma teoria da **objetividade modesta**, enquanto que somente uma teoria superficial poderia pretender ser uma teoria forte da objetividade. Está de acordo, também, com Pavlakos no sentido de que, para uma teoria do discurso conquistar objetividade, tem de ter um caráter dinâmico e aberto, ou seja, cada um deve poder tomar parte em discurso, problematizar qualquer asserção e introduzir qualquer asserção no discurso, bem como expressar seus desejos e necessidades. Por isso, segundo Alexy, um sistema jurídico ou moral tem de ser flexível e dinâmico.

⁴¹⁹ Nesse sentido, no terreno prático, pondo em destaque a dimensão pragmática do conhecer, colhe-se que a objetividade pressuposta conecta a racionalidade pragmática com a racionalidade inerente à pretensão de verdade. Todavia, trata-se de uma objetividade modesta, que não mais se compadece com as pretensões absolutas ou fortes que são levantadas por teorias que não avançaram para além da dimensão semântica. Esse tema foi desenvolvido especificamente por Alexy em réplica a um *paper* redigido por George Pavlakos por ocasião do *workshop* levado a efeito em junho de 2004 na Queen's University, em Belfast, sob os auspícios do Fórum para direito e filosofia. Cfr. PAVLAKOS, George (ed.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007. Pavlakos, além de editor, escreveu o artigo intitulado *Two concepts of objectivity* (idem, p. 83-108), em que justapõe aquelas que entende serem as mais influentes teorias cognitivistas contemporâneas em filosofia do direito: a teoria interpretativa do direito de Dworkin e a teoria discursiva do direito de Alexy. Pavlakos sustenta que a primeira incide na mesma superficialidade do entendimento (*shallow understanding*) da prática jurídica que reprova nas teorias que critica, como o positivismo de Hart. Em seu lugar, Pavlakos propõe uma teoria que contemple a dimensão da profundidade, para escapar do dilema entre uma objetividade forte vinculada a essencialismo e uma objetividade fraca ligada a convencionalismo (ou positivismo analítico). Essa teoria profunda, lançando mão da continuidade que existe entre fatos e normas no conceito de seguir uma regra, elaboraria uma gramática discursiva de natureza dinâmica e de múltiplos níveis, a qual permitiria uma objetividade modesta, não dependente de determinantes externos (ultradeterminantes) e que não incida no ceticismo nem na importação de premissas metafísicas fortes. Pavlakos vislumbra na teoria discursiva de Alexy as condições para essa teoria profunda, na medida em que opera com estruturas não extraídas fora da linguagem (a teoria do discurso labora com regras de diferentes níveis para proposições normativas, ao modo de uma gramática) mas que oferecem limites normativos para o conteúdo de proposições jurídicas, de modo a encontrar “(...) uma noção de objetividade na ideia filosoficamente mais sutil de uma gramática discursiva da argumentação.” Cfr. PAVLAKOS, George. *Two concepts of objectivity*. In: PAVLAKOS, George (ed.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 83-108. Compare MARMOR, Andrei. *An essay on the objectivity of law*. In: BIX, Brian (ed.). **Analyzing law: new essays in legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 3-31.

Todavia, Alexy recorda que a flexibilidade, por si só, não basta para prover objetividade. Uma gramática discursiva ainda necessita de algo que proveja racionalidade, algo como um **código de razão prática** que o autor propôs na sua “Teoria da argumentação jurídica”. Isso é possibilitado por uma auto-reflexividade, geradora de novos níveis (*multi-levelled*) de reflexão ao modo de um discurso teórico-discursivo.⁴²⁰

Essa indagação, no entanto, demanda um esclarecimento mais detalhado da teoria da argumentação prática, em particular, no tocante à fundamentação das próprias regras do discurso lugar em que também será apreciada a objeção quanto à necessidade da comunicação e à suficiência do critério da imparcialidade.⁴²¹

3.2.4.2.5.2. Do caráter procedimental: ambiguidade ou diferenciação?

Um dos aspectos em que a teoria da argumentação de Alexy sofre críticas contundentes consiste no seu caráter procedimental, o que poderia sugerir confusão com outras teorias desse jaez, como a de Luhmann.

Em resposta à objeção quanto ao caráter procedimental da teoria e à aludida falta de critérios independentes do procedimento para o seu resultado, Alexy aduziu que nenhum procedimento pode garantir a certeza da absoluta correção, especialmente em questões práticas.⁴²² Disse, mais, que, afastada esse exigência demasiada, resta claro que nenhum procedimento é mais apropriado que o discurso para, ao mesmo tempo, desenvolver e controlar a capacidade de criação e de decisão, e, desse modo, para se aproximar da correção.⁴²³

⁴²⁰ ALEXY, Robert. *Thirteen replies*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 340.

⁴²¹ Ver item 3.2.4.3.2.

⁴²² Cfr. ALEXY, Robert. *Nachwort: Antwort auf einige Kritiker*. In: _____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 399-403.

⁴²³ Cfr. ALEXY, Robert. *Nachwort: Antwort auf einige Kritiker*. In: _____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 403. Também no posfácio de sua “Teoria da argumentação jurídica”, encontra-se a resposta de Alexy às objeções quanto à necessidade da comunicação, bem como quanto à distinção entre regras semânticas e pragmáticas, especialmente às ressalvas feitas por Tugendhat. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 404-410.

Nesse tópico, deve ser advertido que a opção de Alexy pela procedimentalidade quanto à racionalidade prática tem de ser vista com cautela, porque, se de um lado contorna óbices que embaraçam teorias **ônticas**⁴²⁴ da razão prática (como a aristotélica) ou das proposições normativas, por outro atrai a crítica de quem a confunde com uma teoria de legitimação pelo procedimento como a de Luhmann.

Aparta-se decididamente desta última concepção, pois são insatisfatórios os critérios de racionalidade identificados na simplificação e no rendimento do sistema, na medida em que, em lugar daqueles, Alexy não abandona os conceitos de verdade⁴²⁵ e fundamentabilidade associados ao conceito de **justiça**⁴²⁶ e que têm como efeito a inclusão no próprio conceito de direito da **pretensão de correção**, ao lado dos elementos da facticidade e validade.⁴²⁷ Essa mesma pretensão estabelece uma conexão conceitual entre direito e moral, além de lhe conferir uma dimensão ideal irredutível.⁴²⁸

Essa questão não é tão simples quanto parece, como o demonstram recentes críticas dirigidas à posição alexyana, atribuindo-lhe ambiguidade quanto ao caráter procedimental (Lafont)⁴²⁹ e aplicação inconsequente do conceito de ideia regulativa (Cooke).⁴³⁰

⁴²⁴ A chave que distingue o **ôntico** do **deôntico** é decisiva para assegurar a vantagem da teoria de Alexy. Permite-lhe separar regras lógicas adequadas para proposições sujeitas à verdade (premissas empíricas, p. ex.) de regras atinentes a inferências entre proposições sobre validade (p. ex. normas jurídicas enquanto mandados, permissões ou proibições). Trata-se de inegável herança de Kelsen, que por sua vez pode ser remetida nesse aspecto à filosofia kantiana, a que Alexy também constantemente se reporta.

⁴²⁵ Ainda que repensado a partir da pragmática.

⁴²⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 162-164.

⁴²⁷ Cfr. ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005, S. 201. Para mais detalhes, veja a análise e a crítica do conceito de direito de Alexy no item 5.3.

⁴²⁸ ALEXY, Robert. *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (org.). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa Editorial, mar 1998, p. 137. A esse elemento ideal se contraporá a limitação ao quadro da ordem posta.

⁴²⁹ Segundo a autora, a teoria de Alexy apresenta ambiguidade a respeito de quão dependente do procedimento é o conceito de verdade (e a pretensão de correção) que ele utiliza, ou se, ao contrário, comporta uma interpretação realista. Ela atribui a Alexy ter endossado uma leitura realista da teoria do discurso, a despeito de não tematizar sequer indiretamente o problema do realismo Cfr. LAFONT, Cristina. *Correctness and legitimacy in the discourse theory of law*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 291-306.

⁴³⁰ A respeito da apropriação alexyana da divisão kantiana entre ideias regulativas e constitutivas, Cooke levanta questionamentos; quanto à ideia regulativa da correção, objeta que a validade das normas é relativa ao contexto histórico e cultural e que, portanto, a correção não é acessível através do exercício da razão humana. Cfr. COOKE, Maeve. *The dual character of concepts and the discourse theory of law*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 275-290.

Na resposta a essas críticas, é esclarecido que a pretensão de correção resguarda um caráter absoluto no sentido de ser independente de procedimento, mas sob a forma de uma ideia regulativa, que é necessária para guiar os participantes numa direção comum e um objetivo permanente.⁴³¹ Com isso, admite-se que somente algo parecido com uma concepção de um movimento dialético entre a validade absoluta e a relativa pode resolver o problema da relação entre verdade (ou correção) e justificação (ou discurso). Porém, as tentativas falíveis de aproximação a esses ideais implicam que haja uma relação intrínseca entre verdade (ou correção), por um lado, e justificabilidade, por outro.⁴³²

A proposta de Cooke de que o **dualismo** alexyano presente na *dual thesis* seja aplicado também à própria ideia regulativa, num metanível,⁴³³ é rejeitada por Alexy ao fundamento de que o dualismo não está na ideia regulativa de correção, que nesse sentido é absoluta e não-procedimental, mas na relação daquela com a realidade.⁴³⁴

As respostas parecem satisfatórias para demarcar a posição de Alexy em relação às pressuposições filosóficas endereçadas à faceta procedimental da teoria do discurso quanto à sua ancoragem na realidade fática e normativa.

3.2.4.3. Da teoria da argumentação prática

3.2.4.3.1. Ideia geral

Feitas as análises precedentes, que iluminam o contexto teórico mais abrangente, pode-se agora passar ao exame da teoria da argumentação e sua relevância para a associação de normas de direito fundamental não diretamente estatuídas no texto constitucional. Em peculiar síntese de contribuições no âmbito da razão prática, teoria do

⁴³¹ Por isso, sugere que a sua posição poderia, até, ser denominada como uma espécie de “realismo justificatório”, na medida em que a existência de fatos normativos numa teoria do discurso depende da justificabilidade da respectiva asserção. Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 12 to Cristina Lafont*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 351-353. No original: *One might term this kind of realism ‘justificatory realism’*. (Idem, p. 352.)

⁴³² Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 11 to Maeve Cooke*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 348-350.

⁴³³ Cfr. COOKE, Maeve. *The dual character of concepts and the discourse theory of law*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 275-290.

⁴³⁴ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 11 to Maeve Cooke*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 348-350.

discurso e teoria do direito, a proposta sob investigação tem como núcleo a **teoria do caso especial**, ou seja, que o discurso jurídico se apresenta como caso especial de uma teoria do discurso prático em geral. Para compreendê-la, no entanto, são necessários mais alguns passos preliminares quanto à fundamentação das **regras da teoria do discurso** subjacente à argumentação propriamente dita.

3.2.4.3.2. Fundamentação das regras do discurso

Na definição de Alexy, a sua teoria se apresenta como analítico-normativa (e não empírica) do discurso jurídico, na medida em que busca estabelecer e fundamentar critérios da racionalidade do discurso jurídico, operando através de uma análise lógica das fundamentações.⁴³⁵

O autor não almeja desenvolver uma teoria específica da legitimidade das decisões judiciais, mas, como se colhe do prefácio da obra sobre o tema,⁴³⁶ sentiu-se abordado pelo desafio lançado pelo TCF de seu país quando, em fevereiro de 1973, proclamou em resolução que as decisões dos juízes devem basear-se em **argumentações racionais** e que devem empregar **critérios da razão prática**.⁴³⁷

Atender a esse desafio implica superar o ponto de vista metodológico, como se cuidasse apenas de querelas de método, não obstante haja, efetivamente, sido constatada amplamente a insuficiência dos chamados cânones de interpretação e da técnica da

⁴³⁵ Essa é uma diferença interessante comparativamente com a teoria dos direitos fundamentais, que, a despeito de se dizer fundada e direcionada a explicar um *case* específico – os direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã e respectiva interpretação pela doutrina e jurisprudência locais – tem uma natureza e um desempenho estruturais e, nessa medida, pode ser tomada normativamente. Enquanto isso, a teoria da argumentação jurídica desde logo se apresenta como analítico-normativa.

⁴³⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 15.

⁴³⁷ Reproduzindo manifestação do TCF, escreve Alexy: “O juiz deve manter-se a salvo do arbítrio; sua decisão deve repousar sobre **argumentação racional**. Deve ser tornado óbvio que a lei escrita não cumpre a sua função de resolver justamente um problema jurídico. A decisão do juiz cerra essa lacuna segundo critérios da **razão prática** e ideias sobre justiça gerais fundadas da comunidade.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 45. No original: *Der Richter muss sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muss auf **rationaler Argumentation** beruhen. Es muss einsichtig gemacht werden können, dass das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schliesst dann diese Lücke nach den Maßstäben der **praktischen Vernunft** und den ‘fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft.’* (Destaques já constantes do original.) Ver também HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 209-210.

subsunção para a solução dos casos jurídicos. Impõe-se a tarefa, com as devidas reservas ditadas pela consciência da finitude do seu projeto, de elaborar um conjunto de **regras do discurso prático racional em geral**.⁴³⁸

Tal conjunto de regras e formas de argumento⁴³⁹ não pode se arvorar em um cabedal de axiomas dos quais se pudesse, por dedução, derivar afirmações normativas determinadas, o que deitaria por terra tudo o que acima se alcançou quanto à finitude da razão prática. Alexy está consciente dessa limitação quando refere que, eliminadas as falhas da formulação de regras e de formas de argumento, poderia – quiçá – elaborar-se algo assim como o já referido **código da razão prática**, que seria tão pretensioso e, também, tão modesto quanto possa ser “(...) o compêndio e a formulação explícita das regras e formas de argumentação prática racional, que em tantos escritos são em parte indicadas e em parte analisadas somente de modo isolado”.⁴⁴⁰ Trata-se, ainda assim, de um projeto deveras grandioso e naturalmente suscitador de controvérsia, diante das dificuldades e dissidências já enfocadas, bem como diante da antiguidade e problematicidade dos temas envolvidos.⁴⁴¹

⁴³⁸ Acerca disso, Alexy externou o seguinte: “O cerne dessa teoria formam cinco grupos de um total de 22 regras formuladas explicitamente, assim como uma tábua com 6 formas de argumento. (...) Acaso tais deficiências não tornem as regras e formas formuladas desprovidas inteiramente de sentido, elas apresentam algo como um código da razão prática.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 34-35 (destaques não constantes do original). No original: *Den Kern dieser Theorie bilden fünf Gruppen von insgesamt 22 explizit formulierten Regeln sowie eine Tafel von 6 Argumentformen. (...) Falls solche Mängel die formulierten Regel und Formen nicht überhaupt sinnlos machen, stellen diese so etwas wie ein Gesetzbuch der praktischen Vernunft dar.*

⁴³⁹ A distinção entre regras e formas não é definida expressamente por Alexy, mas é extraível do contexto. “Forma de argumento” designa a estrutura (forma lógica e também caráter) de uma proposição afirmada e das proposições aduzidas em seu apoio, sendo que o conjunto destas últimas se chama argumento; por sua vez, “estrutura de argumento” vem a ser as relações lógicas entre os argumentos. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 123. Por seu turno, há regras de tipos muito diversos, como o autor esclarece detidamente. Em nota, Alexy explica a razão pela qual, embora faça uso da distinção entre regras e formas de argumento, muitas vezes somente menciona as primeiras. Tal se deve a “(...)que as formas deixam reformular-se como regras, quer dizer, como regras que exigem que em determinadas situações de argumentação há que se usar determinadas formas e somente determinadas formas de argumento”. Idem, S. 234, Fn. 29. No original: *(...) dass sich die Formen in Regeln unformulieren lassen, nämlich in Regeln, die fordern, dass man sich in bestimmten Argumentationssituationen bestimmter Formen und nur bestimmter Formen von Argumenten zu bedienen hat.*

⁴⁴⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 185. Destaques não constantes do original. No original: *Ein solches Gesetzbuch wäre die Zusammenfassung und explizite Formulierung der in so vielen Schriften teils angedeuteten, teils nur einzeln analysierten Regeln und Formen des rationalen praktischen Argumentierens.*

⁴⁴¹ Recorde-se que Kelsen, de quem Alexy haure grande parte de sua teoria sobre a validade do direito, repudia a própria ideia de uma razão prática, cujo conceito reputa contraditório e de origem religioso-teológica. Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 415. Essa observação se insere na crítica feita à concepção kantiana de razão prática como razão que põe normas (*Normsetzende Vernunft*). No original: *Es ist der in sich widerspruchsvolle Begriff der praktischen Vernunft, der nicht nur in der als Vernunftrechtslehre sich darstellenden Naturrechtslehre, sondern*

Além da **possibilidade** da racionalidade na argumentação prática em geral – e, depois, da jurídica, como caso especial daquela – o projeto inclui o exame da sua **utilidade**.

No tocante à **possibilidade**, após análise de algumas teorias sobre a ética e a linguagem, obtém-se como importante resultado que o discurso prático pode ser concebido como uma atividade racional, guiada por regras, embora exista divergência sobre como tal ocorre e sobre quais regras o dirijam.

No cerne da fundamentação da possibilidade dessa teoria e, pois, da racionalidade na argumentação, reside a justificabilidade das proposições normativas, que Alexy remete à pretensão de correção dos atos de fala regulativos normativos, desenvolvida por Habermas,⁴⁴² segundo a qual, todo falante une a suas manifestações as pretensões de compreensibilidade, veracidade, correção e verdade; no que tange particularmente aos atos de fala normativos, isso implica que: “Quem afirma um juízo de valor ou de dever coloca a pretensão de correção, pretende que sua afirmação é fundamentável racionalmente.”⁴⁴³

Isso não significa, como logo esclarece, que a cada manifestação seja de fato e subjetivamente levantada tal pretensão, mas apenas que ela está implicada logicamente e

darüber hinaus in der Ethik eine entscheidende Rolle spielt. Dieser Begriff der praktischen Vernunft ist theologisch-religiösen Ursprungs.

⁴⁴² A despeito de algumas depurações, Alexy aproveita de Habermas a proposta de solução do problema da justificação das proposições normativas (que contenham juízos de valor e de dever), através da teoria das pretensões de validade de cada ato de fala, a saber, inteligibilidade da expressão, verdade do conteúdo proposicional, correção de seu conteúdo performativo e veracidade do falante. Dessas, a mais relevante é a pretensão de correção dos atos de fala regulativos normativos. O conceito de situação ideal de diálogo desenvolvido por Habermas para justificar a obtenção de um consenso fundado ou racional, é reformulado por Alexy, evitando problemas levantados pela teoria consensual e pelo caráter controverso desse conceito. Sobre a categorização do argumento habermasiano como transcendental (pragmático-transcendental) ou apenas universal (pragmático-universal) e sobre a acesa controvérsia com Karl-Otto Apel, veja-se a síntese proposta na seguinte publicação: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia. O debate Apel *versus* Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In: MOREIRA, Luiz (org.). **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004, p. 145-175.

⁴⁴³ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 165. No original: *Wer ein Wert- oder Verpflichtungsurteil behauptet, erhebt den Anspruch auf Richtigkeit, er beansprucht, dass seine Behauptung vernünftig begründbar ist*. Aqui a pretensão de correção representa uma coluna da racionalidade, que também se assenta sobre o pilar da ideia de regra. Isso é coerente com o fato de que Alexy, no que tange às condições ideais de diálogo que protegem contra a coação, encontra uma formulação que evita objeções suscitadas contra Habermas. Formula-as como **regras da racionalidade (Vernünftigkeit) de discursos**, que garantem o acesso universal de todos os falantes ao discurso, a liberdade de discutir e o banimento da coação. Assim, ao invés da postulação de uma situação ideal de discurso ou diálogo, formulam-se regras – que podem ter um caráter ideal no seu limite – para conformar um procedimento que resulte em soluções corretas.

pode ser objeto de questionamento, explicitação e contraposição. Com isso, se estabelece a **regra geral de fundamentação**: “Todo falante deve, se isso lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa aduzir razões que justifiquem negar uma fundamentação.”⁴⁴⁴

Com relação à **utilidade** dessas regras, Alexy sustenta que, mesmo que elas não possam ser realizadas completamente, são úteis. A medida dessa utilidade consiste no que segue:

Elas definem (1) um **ideal que pode ser cumprido por aproximação**; são (2) um **instrumento de crítica** das limitações injustificáveis dos direitos e das possibilidades dos interlocutores e, com isso, (3) ao menos um **critério hipotético e negativo sobre a correção ou a verdade**, e oferecem (4) uma **explicação para a pretensão de correção ou verdade**.⁴⁴⁵

A par dessas regras da racionalidade, a reformulação da teoria habermasiana fornece elementos para a definição do que sejam as **regras de fundamentação de proposições normativas**.

A primeira regra é encontrada através da reformulação da ideia que nutre o procedimento da **gênese crítica** de toda proposição normativa enquanto proposta de interpretação das necessidades coletivas.⁴⁴⁶ Além dessa, consta a **universalizabilidade**, ou seja, a regra de que as proposições normativas feitas por algum participante do discurso prático, enquanto proposta de regulação de necessidades e interesses, devem poder ser

⁴⁴⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 167. No original: *Jeder Sprecher muss das, was er behauptet hat, auf Verlangen begründen, es sei denn, er kann Gründe anführen, die es rechtfertigen, eine Begründung zu verweigern*. A possibilidade de negar uma fundamentação não representa um subterfúgio (e uma refutação dos fundamentos da teoria do discurso), porque a afirmação dela é que se põe, novamente, no crivo do discurso e deve poder ser justificada.

⁴⁴⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 170. Destaques não constantes do original, sendo esse do seguinte teor: *Sie definieren (1) ein Ideal, das annäherungsweise erfüllt werden kann, sind (2) ein Instrument der Kritik von nicht zu rechtfertigenden Einschränkungen der Rechte und Möglichkeiten der Diskurspartner und damit (3) zumindest ein hypothetisches und negatives Kriterium für Richtigkeit oder Wahrheit und bieten (4) eine Explikation des Anspruches auf Richtigkeit oder Wahrheit*. Veja-se, aqui, a função das regras como expressão da ideia regulativa de correção.

⁴⁴⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 174. O autor define a regra com os seguintes termos: *Die Interpretation von Bedürfnissen als allgemein zu akzeptierende müssen der Überprüfung in einer kritischen Genese standhalten können*. Alexy combina a contribuição de Habermas quanto à gênese crítica com a ideia da gênese crítica desenvolvida pela escola da ética construtivista de Erlangen, não apenas do ponto de vista social como também da formação das convicções normativas do indivíduo. (Idem, S. 195.)

universalizáveis,⁴⁴⁷ ou então que todos possam igualmente querê-las como normas válidas para todos e aceitar, também, as suas consequências.⁴⁴⁸

As regras mencionadas não garantem que, uma vez observadas, conduzam necessariamente à correção do resultado. Porém, sua maior utilidade consiste em que possibilitam definir **normas discursivamente impossíveis**, na medida em que o descumprimento daquelas regras exclui qualquer proposição normativa do universo do discursivamente possível e, pois, a coloca no campo do discursivamente impossível. Isso, também, permite a variabilidade do campo da possibilidade discursiva e a mutabilidade das normas possíveis. Por isso, tem-se que a fundamentação das normas discursivamente possíveis é sempre **provisória**.⁴⁴⁹

Calçado em tais contribuições e em outras já examinadas retro, Alexy pode lançar os traços fundamentais da sua teoria do discurso prático geral, ou seja, de uma teoria que verse sobre a **correção de proposições normativas**.

Sua possibilidade, entretanto, depende de evitar o trilema de Münchhausen, exposto por Hans Albert,⁴⁵⁰ ou seja, o trilema entre *regressus ad infinitum*, circularidade ou interrupção arbitrária do processo.

⁴⁴⁷ Com relação ao uso da palavra universal em relação a normas, é importante distinguir a qualidade de certos tipos de normas, que são ditas universais em oposição às normas individuais, por se aplicarem à totalidade de membros de uma classe. Há, pois, uma diferença de qualidade, só havendo duas possibilidades lógicas: ou a norma é universal, ou é individual. Diversamente, as normas podem distinguir-se também quanto à generalidade e ao seu oposto, que é a especialidade; a diferença, nesse caso, é de grau e não de qualidade. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 73, Fn. 11. Isso não impede a confusão na literatura. Veja-se, por exemplo, a ideia da universalizabilidade, a qual por vezes é referida pela expressão generalizabilidade.

⁴⁴⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 172. A regra da universalizabilidade é definida assim: *Die Folgen einer Norm für die Bedürfnisbefriedigung eines jeden einzelnen müssen von allen akzeptiert werden können*.

⁴⁴⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 174-5.

⁴⁵⁰ O trilema compõe-se de três alternativas igualmente insustentáveis de fundamentação de proposições normativas: 1) regresso ao infinito da cadeia de fundamentação; 2) círculo lógico e 3) arbitrariedade da decisão que interromperia aquele regresso. Cfr. ALBERT, Hans. *Traktat über kritische Vernunft*. 5. Aufl. Tübingen: Mohr, 1991, S. 13 ff. Cfr. também ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 223. Veja sobre isso também HECK, Luís Afonso. **Jurisdição constitucional**: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 14, n. 12. Semelhante trilema é discutido por Popper em relação a enunciados básicos da ciência, reportando-se ao trilema de Fries, a saber: dogmatismo, regressão infinita ou psicologismo. Cfr. POPPER, Karl. *Logik der Forschung*. 7. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1982, S. 60 ff. A tradução portuguesa pode ser encontrada sob o título POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2000, p. 99-120. Popper desenha o edifício da ciência como tendo pilares enterrados no pântano. Consigne-se que o barão de Münchhausen, segundo obra popular que

O ponto de escape consiste em substituir a exigência do encadeamento ininterrupto da fundamentação entre as proposições pela exigência de observância de regras de discussão racional que não se referem, apenas, ao aspecto lógico (proposições) mas também ao pragmático (ações do falante), o que constitui **ideia fundamental da teoria**, como mostra a transcrição abaixo:

As regras do discutir racional não se referem, como as da lógica, somente a proposições, senão também ao comportamento dos falantes. Nessa medida, podem designar-se como '**regras pragmáticas**'. O cumprimento dessas regras não garante, sem dúvida, a certeza definitiva de todos os resultados, mas, sem embargo, distingue esses resultados como racionais. A racionalidade, por conseguinte, não pode equiparar-se à certeza definitiva. Com isto está caracterizada a **ideia fundamental da teoria do discurso prático racional**.⁴⁵¹

Alexy, então, explicita as **regras** a que se refere: o primeiro grupo diz com as **regras fundamentais**, que aportam as condições de possibilidade de qualquer comunicação linguística com verdade ou correção (ex: não-contradição; veracidade; coerência e comunidade de linguagem); seguem-se as **regras de razão**, que definem as condições mais importantes para a racionalidade do discurso, incluindo a regra geral de fundamentação, mais as regras que asseguram igualdade, acesso universal, liberdade/não-coação; acrescentam-se a essas as **regras sobre ônus da argumentação**, que distribuem os encargos de argumentação de asserções e de problematização de asserções; depois, as **regras de fundamentação**, que determinam o conteúdo das proposições e regras a fundamentar; e, por fim, as **regras de transição**, que disciplinam a passagem do discurso prático para outros tipos de discurso (empírico/teórico, analítico da linguagem ou discurso-teorético).⁴⁵²

descreve suas aventuras, teria se erguido do pântano, junto com sua montaria, puxando-se a si próprio para o alto. Cfr. RASPE, Rudolph Erich. *As Aventuras do Barão de Münchhausen*, 1785, cfe. http://pt.wikipedia.org/wiki/Bar%C3%A3o_de_M%C3%BCnchhausen; <http://www.cooncreek-and-tumbleweed-springs.co.uk/33313534/>; e http://de.wikipedia.org/wiki/Rudolf_Erich_Raspe, acessado em 17.09.2012.

⁴⁵¹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 223-234, com destaques meus em negrito. No original: *Die Regeln des rationalen Diskutierens beziehen sich nicht nur wie die der Logik auf Aussagen, sondern darüber hinaus auch auf das Verhalten der Sprecher. Sie können insofern als 'pragmatische Regeln' bezeichnet werden. Die Einhaltung dieser Regeln garantiert zwar nicht die endgültige Gewissheit aller Ergebnisse, sie zeichnet diese Ergebnisse jedoch als rational aus. Rationalität ist demnach nicht mit endgültiger Gewissheit gleichzusetzen. Damit ist der Grundgedanke der Theorie des rationalen praktischen Diskurses gekennzeichnet.*

⁴⁵² Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 234 ff.

3.2.4.3.3. Entre a pragmática universal e a transcendental

Merece tratamento minucioso a questão da natureza do argumento basal que Alexy desenvolve para a justificação da sua teoria do discurso racional e, mais precisamente, para a justificação das regras racionais do discurso prático. O próprio autor admite que “[o] caráter universalista da teoria do discurso descansa, essencialmente, na primeira parte do argumento total, no argumento pragmático-transcendental”.⁴⁵³

Essa tomada de posição tem tudo para ser problemática, haja vista a controvérsia filosófica geral sobre a possibilidade de argumentos transcendentais. Isso é tão mais relevante quando se vê que Alexy ora elegeu afastar o qualificativo “transcendental” em favor de “universal” (como o faz Habermas ao denominar o seu argumento de pragmático-universal),⁴⁵⁴ ora externou preferência ao “transcendental”, embora num sentido mais fraco.⁴⁵⁵

De fato, há registros de duas posições.

No corpo original da obra “Teoria da argumentação jurídica”, Alexy externou preferência pela expressão **pragmático-universal**, por ser mais adequada para evitar equívocos,⁴⁵⁶ acrescentou ainda que, mesmo que seja possível uma fundamentação no sentido de que certas regras são pressupostas necessariamente por qualquer comunicação e que, por isso, são constitutivas de formas de comportamento especificamente humano, relativamente poucas regras fundamentais poderiam ser assim fundamentadas. Contudo, na resposta a alguns críticos, em **posfácio**, o problema é retomado, tendo havido emprego da expressão **pragmático-transcendental**, mas cujo argumento ainda deve ser tomado na

⁴⁵³ Cfr. ALEXY, Robert. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

⁴⁵⁴ Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Was heisst Universalpragmatik?* In: _____. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 353-441.

⁴⁵⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Nachwort: Antwort auf einige Kritiker*. In: _____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 399 ff.

⁴⁵⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 231.

forma **débil**, por não ser possível afastar o elemento empírico relativo à composição de interesses.⁴⁵⁷

Na obra “Sistema jurídico e razão prática” (*Rechtssystem und Praktische Vernunft*),⁴⁵⁸ publicada no Congresso Mundial da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Social, em Göttingen, no ano de 1991, Alexy reafirmou o caráter transcendental, mas subdividiu o argumento em três níveis, um dos quais inclui uma fundamentação com caráter hobbesiano⁴⁵⁹ expressamente assumido como tal.

No texto “Direitos individuais e bens coletivos”, publicado em 1995, e em textos mais recentes,⁴⁶⁰ mantém-se a linha kantiana e pragmático-transcendental, agora para fundamentar direitos individuais sem reduzi-los a bens coletivos através de uma relação do tipo meio-finalidade.⁴⁶¹ Dentre as estratégias possíveis para a fundamentação dos direitos individuais, que, por seu turno, sejam expressão da ideia de levar o indivíduo como tal a sério, Alexy elege as estratégias jurídico-rationais (*vernunftrechtliche*), e dentro destas, opta pela variante pragmático-transcendental, que segue a linha kantiana e serve-se de argumentos da filosofia da linguagem.⁴⁶²

⁴⁵⁷ Cfr. ALEXY, Robert. *Nachwort: Antwort auf einige Kritiker*. In: _____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 419-420.

⁴⁵⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 213-231.

⁴⁵⁹ ALEXY, Robert. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 127, 142-164. Nesse texto, o autor avisa desde o início que defenderá uma concepção acerca da fundamentação dos direitos humanos com base predominantemente kantiana. Assume que na sua fundamentação das regras do discurso, sobre as quais aqueles se baseiam, apoiar-se-á em três colunas, uma das quais é um argumento transcendental à kantiana, a outra é um argumento que parte da maximização das vantagens à moda hobbesiana e, por fim, uma tese antropológica. Ele abertamente admite que se fundem, na fundamentação, linhas kantianas e hobbesianas, enquanto que a tese antropológica pode ser interpretada aristotelicamente. Alexy manifesta que pretende e espera que a concepção (ou linha) kantiana prevaleça na sua argumentação. Em modo similar, também se expressou no seguinte texto: ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 29. Compare: ALEXY, Robert. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 113. Em obra de cunho autobiográfico, acentua-se a tranquilidade de Alexy ao trabalhar, embora cautelosamente, temas de cunho metafísico. Cfr. ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has changed over the years*. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012.

⁴⁶⁰ Veja o próximo item.

⁴⁶¹ ALEXY, Robert. *Individuelle Rechte und kollektive Güter*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 253-255.

⁴⁶² ALEXY, Robert. *Individuelle Rechte und kollektive Güter*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 254. A estratégia segue dois passos, dos quais o primeiro consiste em análise de pressuposições necessárias no plano do discurso e o segundo, no plano da vida; para que o indivíduo seja realmente tomado a sério enquanto indivíduo (autônomo), faz-se imprescindível a possibilidade de uma fundamentação individual de direitos individuais, de modo que

A despeito da diferença de posições, no cerne – como revela a discussão crítica abaixo esmiuçada – não se verifica contradição ou divergência insuperável, porquanto, seja como transcendental, seja apenas como universal, o argumento quanto à fundamentação das regras se vale de uma concepção de racionalidade fraca (procedimental em sentido diferenciado) e de objetividade modesta.

3.2.4.4. Discussão crítica

Diversas críticas se erigiram em torno da posição acima explicitada quanto à argumentação e discurso.

Cite-se, por exemplo, Atienza, que censura Alexy por não se definir, no que tange à fundamentação das regras do discurso, entre dois modelos de justificação: o modelo do metadiscurso (discurso sobre discurso) e o modelo dos princípios. Além disso, em Alexy haveria uma ambiguidade quanto à justificação do caráter universal das regras da razão, ora pendendo para uma solução de cunho transcendental (e prescritiva), ora empírica (e descritiva).

De modo similar, Sieckmann⁴⁶³ objetou que a tentativa de Alexy de fundamentar direitos humanos parece falhar e soa paradoxal por começar como um argumento transcendental e findar com uma referência a interesses de longo prazo de ditadores.⁴⁶⁴ Sugere que tal decorre da tentativa de Alexy de estender indevidamente o argumento, partindo de um interesse objetivo em correção a serviço de interesses de longo prazo, para

reste impossível uma redução de direitos individuais a bens coletivos. (Idem, S. 255.) Na seqüência, Alexy sustenta que os direitos individuais possuem uma prioridade *prima facie* em relação aos bens coletivos, o que não exclui que, ao final do procedimento de ponderação, direitos fundamentais individuais sejam repelidos por bens coletivos. (Idem, S. 260-261.) Na “Teoria dos direitos fundamentais” essa possibilidade é expressamente assentada, quando Alexy aduz que conceito de conteúdo essencial pode ter sua função desempenhada pelo princípio da proporcionalidade, o que implica a possibilidade de que, em certos casos, após a ponderação, nada reste de um dos direitos fundamentais, no caso concreto (jamais genericamente). Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 267-272.

⁴⁶³ SIECKMANN, Jan-R. *Human rights and the claim to correctness in the theory of Robert Alexy*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 189-205.

⁴⁶⁴ Sieckmann considera insatisfatório e paradoxal o argumento de Alexy, porque “(...) seu argumento repousa, no fim, sobre interesses empíricos e, o que é mais do que isso, sobre interesses de ditadores e não daqueles cujos direitos humanos devam ser protegidos.” Cfr. SIECKMANN, Jan-R. *Human rights and the claim to correctness in the theory of Robert Alexy*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 201.

concluir que todo e qualquer ser racional aceitaria uma pretensão de correção e, conseqüentemente, alguns direitos humanos.⁴⁶⁵ Além disso, o argumento seria inadequado por desnecessário e por provar demais.⁴⁶⁶

Fusfield⁴⁶⁷ alegou, contra o argumento transcendental, que este, necessariamente, seria circular ou cairia no regresso ao infinito, ou então incorreria em dogmatismo, consoante o conhecido trilema de Münchhausen, descrito por Hans Albert. A tese principal de Fusfield consiste em que não se pode fundamentar regras do discurso por meio de contradições performativas.

Bäcker, após alinhar e endossar algumas críticas dirigidas contra a teoria de Alexy acerca do discurso prático geral e a fundamentação das respectivas regras, buscou reconstruí-la sem a postulação de uma forma de vida mais geral, de regras necessárias da linguagem independentes de contexto histórico, de uma necessidade absoluta de colocação da pretensão de correção e, em geral, do caráter transcendental do argumento.⁴⁶⁸

O problema central apontado no argumento não constitui uma novidade. Com efeito, os argumentos transcendentais apresentam caráter polêmico na filosofia desde longa data.⁴⁶⁹ Numa definição simplificadora, argumentos transcendentais, desde Kant, podem ser definidos como aqueles que partem de um dado e concluem sobre as condições de possibilidade – necessárias – desse dado.⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ SIECKMANN, Jan-R. *Human rights and the claim to correctness in the theory of Robert Alexy*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 202.

⁴⁶⁶ SIECKMANN, Jan-R. *Human rights and the claim to correctness in the theory of Robert Alexy*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 204-5. No original: *Alexy's conception of a claim to correctness, by focusing on assertions, is inadequate to a conception of discursive justification. His justification of human rights uses but does not elaborate on a different conception of the claim to correctness. And his attempt to show that every rational agent must at least pretend an interest in correctness aims to prove too much and is not necessary for a moral justification of human rights. An alternative to Alexy's account might be a model of principles that defines the structure of sound normative reasoning, including a structure for the justification of human rights.*

⁴⁶⁷ Citado conforme ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 20, Fn. 52.

⁴⁶⁸ Cfr. BÄCKER, Carsten. *Begründen und Entscheiden: Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2012, S. 44 ff.

⁴⁶⁹ Compare HECK, Luís Afonso. Posfácio. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 243 ss.

⁴⁷⁰ O próprio Alexy define o que seja um argumento transcendental da seguinte forma: *Cada argumento transcendental compõe-se de, pelo menos, duas premissas. A primeira premissa identifica o ponto de partida do argumento, que se compõe de percepções, ideias ou atuações práticas. Do objeto, eleito como ponto de*

Contrariamente a qualquer espécie de argumento transcendental pronunciou-se Rorty, que se notabilizou por divulgar a expressão “virada linguística” (*linguistic turn*)⁴⁷¹ e que entende ter havido, anteriormente àquela, também uma “virada transcendental”. Em ambas, apontou a atitude comum do recuo a um lugar neutro, exterior às controvérsias filosóficas, para mostrar que os adversários deixavam de ver os limites das faculdades mentais (virada transcendental de Kant) ou os limites da linguagem (virada linguística).⁴⁷²

Em seu balanço das discrepantes apropriações dessa última virada, Rorty mantém o repúdio à postura transcendental, própria de quem defende noções de validade universal, ou seja, descontextualizadas de realidades culturais e de práticas dadas⁴⁷³ e imunes à mudança.⁴⁷⁴

Taylor, por sua vez, admite argumentos transcendentais em tese, mas aponta o seu caráter paradoxal e a dificuldade de sua identificação e comprovação. Na sua opinião, argumentos transcendentais operam com cadeias de reivindicações apodíticas de indispensabilidade relativos à experiência como tal, ou seja, daquilo que é reclamado como indispensável para que a experiência possa ter sentido.⁴⁷⁵

partida, é afirmado, na primeira premissa, que ele, em algum sentido, é necessário. A segunda premissa diz, a seguir, que algumas categorias ou regras são necessárias, se o objeto, eleito como ponto de partida, deve ser possível. A conclusão diz, finalmente, que essas categorias ou regras valem necessariamente. Cfr. ALEXY, Robert. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

⁴⁷¹ Fenômeno cuja importância já foi anteriormente destacada (item3.2.4.2.4.). O próprio autor se encarregou, mais recentemente, de fazer um balanço dessa virada linguística, discutindo os seus sentidos e efeitos. Cfr. RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 263-287.

⁴⁷² Cfr. RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 281.

⁴⁷³ Coerentemente com sua inclinação pragmatista, prefere reconduzir as questões que a filosofia transcendental discute – seres infinitos ou imateriais, universalidade, etc. – para o campo da cultura, mais precisamente para a política cultural, onde possam ter sentido e utilidade, desde que contribuam para melhorar as práticas existentes. Ele afirma textualmente: “Minha própria posição é a de que não necessitamos, seja em epistemologia ou em filosofia moral, da noção de validade universal. Defendo isso em meu trabalho *Universality and truth* [Universalismo e verdade], incluída em *Rorty and his critics* [Rorty e seus críticos], Oxford, Blackwell, 2000. Habermas e Apel consideram minha posição paradoxal e de desempenho provavelmente contraditório.” Cfr. RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 94.

⁴⁷⁴ Cfr. RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 44. Sobre a concepção evolucionista presente nesse empreendimento e o conceito metateórico do ‘aprendizado’ necessário para sustentar o relativismo de Rorty, cfr. BERTEN, André. De uma justificação naturalista dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Nythamar de & SOUZA, Draiton Gonzaga de. **Justiça global e democracia: homenagem a John Rawls**. Porto Alegre: Edipucrs, 2009, p. 13-35.

⁴⁷⁵ Cfr. TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail U. Sobral. São Paulo: Loyola, 2000, p. 33-46.

Importa sublinhar que a questão acerca da possibilidade dessa espécie de argumentos está conectada à discussão da tese da incomensurabilidade de paradigmas oponentes, que está exposta na epistemologia contemporânea.⁴⁷⁶ Ela haure força da posição, esgrimida por Wittgenstein, da limitação de cada falante à perspectiva interna da discussão das regras de cada forma de vida e da visão de mundo correspondente, sendo confrontável com uma concepção – como a de Alexy, com base em Kant – de abertura à universalidade e a elementos ideais que estão presentes nos discursos da ética e do direito, impregnados pela pretensão de correção que lhes é inerente.

O problema, como facilmente se intui pela conexão com o conceito da universalidade, liga-se estreitamente ao da possibilidade de fundamentação dos direitos humanos para além, ou a despeito, da fixação em textos espaço-temporalmente datados e da pluralidade de culturas, bem como demarca um ponto crítico para o projeto da apropriação da filosofia da linguagem nesse campo.

Resta indagar, então, se e que tipo de argumento transcendental é possível sem prejuízo dos ganhos obtidos na filosofia da linguagem desenvolvida em bases pós-wittgensteineanas.

A resposta positiva à indagação terá como corolário – além de indicar ou reforçar a saída para o chamado trilema de Münschhausen, de Albert – apontar um caminho para a justificação da possibilidade de **fundamentar direitos humanos**. Também servirá para aclarar e sedimentar a chamada **pretensão de correção** ínsita em proposições normativas.

Uma resposta negativa compelirá a buscar alternativas para a fundamentação das regras do discurso e também para os direitos humanos, com reflexos para a estruturação da fundamentação de posições em matéria de direitos fundamentais não expressos diretamente em textos constitucionais, o que é o caso da NDFA, ora sob exame.

⁴⁷⁶ Por todos, KUHN, Thomas S. *Postscript*. In: _____. *The structure of scientific revolutions*. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012, p. 197 ss. Compare: KUHN, Thomas S. Posfácio. In: _____. *A estrutura das revoluções científicas*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987, p. 244 ss. Ver retro, item 3.2.1.

Alexy responde afirmativamente à indagação e busca justificá-la, extraindo proveito de uma ferramenta desenvolvida pela própria filosofia da linguagem, a **contradição performativa**, sem afastar a base kantiana.

A respeito da crítica, entabulada por Fusfield, de que todo argumento transcendental, especialmente ao tentar fundamentar regras de discurso por meio de contradições performativas, não resistiria ao trilema de Münchhausen, formulado por Albert, Alexy concorda em parte com a objeção de que não se pode efetivamente fundamentar regras apenas pela contradição performativa; contudo, através desta última se pode **mostrar** que existem e que valem regras, que fazem nascer a contradição performativa. Por isso, esclarece Alexy, no seu argumento apenas busca **mostrar** e **explicar** que existem e valem regras do discurso que estão pressupostas e que se presume estarem comumente pressupostas. A sua teoria, portanto, pretende fornecer uma explicação daquilo do qual se presume que seja comumente pressuposto.⁴⁷⁷

Por isso, em textos mais recentes, Alexy insiste em indicar o **caráter explicativo** de um dos passos centrais do argumento.⁴⁷⁸ Nesse sentido, ao **explicitar**⁴⁷⁹ o que vai necessariamente implícito na prática humana, segue a linha do conceito de transcendental da filosofia kantiana, à qual une uma abordagem que Alexy apresenta como **existencial**,

⁴⁷⁷ ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 20, Fn. 52. Alexy combate a pretensão da teoria sistêmica de Luhmann de dissolver em pura **explicação** de decisões e práticas existentes com base em parâmetros de complexidade do sistema jurídico aquilo que tradicionalmente se faz por **justificação** com base em critérios como a justiça, verdade e correção. Alexy apoia-se em Dreier para mostrar que não existe e dificilmente seria possível um modo de socialização que, como pressuposto pela teoria sistêmica, estivesse desacoplado de normas carentes de justificação, assim como duvida que a pretensão de correção ou fundamentabilidade não mais seja vinculada a normas. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 164-165. Sobre o escape ao trilema de Albert, ver acima, item n. 3.2.4.3.2.

⁴⁷⁸ Por exemplo, no texto intitulado “Teoria do discurso e direitos fundamentais” (Discourse theory and fundamental rights), Alexy analisa 6 (seis) diferentes modelos de fundamentação dos direitos humanos e, por extensão, dos direitos fundamentais: religioso, intuicionista, consensual, sócio-biológico, instrumentalístico e cultural. Após afastar os referidos modelos ou abordagens, sustenta que somente uma teoria do discurso, cujo centro consiste no argumentar racionalmente (reasoning), pode estabelecer uma validade universal dos direitos humanos, pois só ela pode tornar explícito o que vai implícito na prática humana. Cfr. ALEXY, Robert. *Discourse theory and fundamental rights*. In: MENÉNDEZ, Agustín J. & ERIKSEN, Erik O. (eds). *Fundamental rights through discourse: on Robert Alexy’s legal theory*. *European and theoretical perspectives*. Oslo: Arena Report, n. 9, 2004, p. 35-51.

⁴⁷⁹ Na sétima abordagem, oferece-se uma explicação em três passos: (1) as práticas de dar e pedir razões implicam regras do discurso; (2) necessidade da prática discursiva; (3) transição do discurso à ação, o que pressupõe a autonomia, consenso em discurso ideal e a união holística entre teoria do discurso, democracia e direitos humanos.

que concerne à necessidade da natureza discursiva dos seres humanos, que jamais pode ser abandonada integralmente.

Alexy reconhece que, uma vez fundamentadas as regras do discurso quanto à sua **necessidade e existência**, resta por estabelecer como se dá a **aplicação** das mesmas, ou seja, como se desenvolvem em atuação praticamente correta. É bem possível que quem reconheça a correção de uma norma, não a coloque, todavia, em prática, assim como pode ser que a aplique incorretamente.⁴⁸⁰ Para esse fim, Alexy recorre à distinção kantiana entre *principium diiudicationis e principium executionis* e resolve o problema da imposição com a **necessidade do direito**,⁴⁸¹ que extrai do fato de que, do discurso, resulta a necessidade de regras armadas de coerção, que o direito oferece.⁴⁸²

No enfrentamento do problema do **conteúdo das regras**, Alexy depara com a questão da possibilidade de diferentes soluções a que o procedimento de discurso pode conduzir. Para resolvê-lo, lança mão da distinção entre necessidade, possibilidade e impossibilidade discursivas. Ele defende que, sob condições de liberdade, igualdade e imparcialidade argumentativas, e sob o pressuposto do **interesse na correção**, algumas proposições se fazem discursivamente necessárias, e cuja negação se faz impossível, como ocorre com alguns direitos fundamentais. Quanto às demais, sendo discursivamente possíveis, tanto suas afirmações como negações são compatíveis com as regras de discurso. Faz-se necessário, então, que, para a solução de conflitos decorrentes daquilo que fica em aberto, haja procedimentos jurídicos que garantem um resultado definitivo.

⁴⁸⁰ Weinreb comenta que a falibilidade do juízo humano na prática jamais poderá ser eliminada, por maiores que sejam as exigências em relação à determinação das normas jurídicas. Diz o autor: “Não há nenhuma garantia de que uma norma jurídica será aplicada corretamente. (...) Reconhecendo a possibilidade de erro, podem-se adotar práticas que reduzam a sua probabilidade: propiciar ampla oportunidade para debates e discussões, evitar linguagem obscura, explicar detalhadamente as decisões e submeter a explicação à revisão do público ou simplesmente à consideração apurada de terceiros.” Cfr. WEINREB, Lloyd L. *Legal reason. The use of analogy in legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. No original. *There is no guarantee that a rule of law will be applied correctly. (...) Recognizing the possibility of error, one can adopt practices that reduce its likelihood: providing ample opportunity for debate and discussion, avoiding obscure language that conveys no clear meaning, explaining decisions fully and exposing the explanation to official review or simply the informed consideration of others*. Compare: WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 124.

⁴⁸¹ Cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 33.

⁴⁸² Habermas objeta à teoria moral kantiana ter negligenciado as questões de aplicação. Cfr. HABERMAS. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt am Mein: Suhrkamp, 1991, S. 25.

Instigante é que as chamadas normas **discursivamente impossíveis** descansam sobre a tese da necessidade da comunicação por um lado, e no interesse de correção, por outro.⁴⁸³ A propósito disso, Atienza tem razão em apontar que o argumento de Alexy inclui hipótese(s) empírica(s) e conceitos ideais. Porém, nisso está apenas repetindo o que o argumento desde o início assumiu, na medida em que, como argumento transcendental, parte de alguma premissa empírica. Alexy se favorece, aqui, das conquistas da filosofia da linguagem quanto à baixa fecundidade de argumentos puramente analíticos, especialmente para a fundamentação de regras de discurso e, sobretudo, de um discurso em matéria de questões práticas, como é o caso do direito.⁴⁸⁴

Como se justifica, no entanto, a relação – e eventual passagem de um para outro – entre um interesse em correção pressuposto (ou fictício) e uma pretensão de correção necessária?

A resposta a essa perquirição diz com a diferença de enfoque: um objetivo (pretensão), outro subjetivo (interesse). A pretensão não pode logicamente ser excluída por razões objetivas, enquanto que a pressuposição de interesse em correção depende de condições que o passo **existencial** do argumento provê.

⁴⁸³ Poderia ser invocado, ainda, que a comunicação entre pessoas de formas de vida diversas igualmente se faz necessária, por razões empíricas, porque, pelo menos para a definição de questões práticas intransponíveis e inadiáveis – como as preparadas, por exemplo, pelo comércio exterior, pelas migrações, pelos contatos interpessoais (viagens, comunicações pela mídia) etc –, decisões devem ser tomadas, regras devem ser estabelecidas, conflitos devem ser solucionados. Em contrapartida à posição de Alexy, Wolfgang Kersting não endossa uma fundamentação ético-discursiva dos direitos humanos (*Menschenrechte*), pois entende que estes são fundamentos de justificação e não objetos de fundamentação. Cfr. KERSTING, Wolfgang. *Politik und Recht: Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie*. Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000, S. 231. O mesmo autor reputa ilusória toda e qualquer tentativa de uma fundamentação da moralidade, pois esta só pode ser explicitada, não justificada. (Idem, S. 97.) Ele ainda faz uma importante distinção dentro da classe dos direitos humanos, mais precisamente, entre direitos humanos **transcendentais** ou existenciais, que compreendem os direitos à vida, inviolabilidade corporal e segurança básica contra a violência e o arbítrio, e direitos humanos **programáticos** (ou direitos de excelência), que dizem com as condições para os seres humanos levarem uma vida boa. Por isso, defende uma diferente epistemologia para cada um dos dois tipos tão diferentes de direitos humanos, como na regulação do dever de intervenção, assim como argumenta em favor de um minimalismo dos direitos humanos. (Idem, S. 261-265.) Porém, Alexy poderia opor a Kersting que a assertiva de que os direitos fundamentais não são objetos de fundamentação é, por seu turno, carente de fundamentação e passível de discussão racional. A distinção entre direitos humanos transcendentais e programáticos ainda merece melhor estudo; não corresponde à terminologia adotada por Alexy.

⁴⁸⁴ Demonstrou-o quando propôs as bases de sua teoria pluridimensional (não meramente analítico-lógica) do direito fundamental. Pode-se argumentar, em favor desta concepção, que não há óbice que teses empíricas sejam combinadas com analíticas, o que resulta aceitável numa ciência, que pode operar tanto na extração de consequências analíticas de axiomas, numa ponta, enquanto na outra labora com hipóteses empíricas mais concretas.

A pretensão de correção, ademais, não tem que se sujeitar ao teste empírico; pode ser explicada como uma ideia regulativa.

Nesse item, Alexy pode munir-se, em defesa de seu argumento, da concepção de ciência que vêm-se afirmando, na qual o recurso a modelos ideais também não está proibido e, ao contrário, se faz mesmo inevitável. Ideias – dentre estas, ideias regulativas – e modelos ideais estão em íntima conexão. Na ciência jurídica, cujo objeto inere ao universo do prático, o apelo a ideias regulativas se mostra aceitável, quando se podem estabelecer parâmetros de contraste com determinadas práticas reais e, assim, avaliá-las. A ideia de avaliação, tal como a de validade – inclusive a jurídica –, remete a elementos contrafatuais, de dever-ser, e não a fatos da ordem do ser, da realidade empírica. Portanto, ainda que o direito seja uma ciência, em Alexy ele tem adequadamente articulados elementos empíricos junto com analíticos e também ideais.⁴⁸⁵

É preciso frisar que o **conceito de correção** reporta a uma ideia regulativa e, em última instância, a um ideal, que não significa que se trata de um conceito de correção que pressuponha, por exemplo, um consenso efetivo sobre a correção de alguma proposição.⁴⁸⁶ Essa objeção é expressamente repelida; a correção é procedimental (deonticamente configurada) e não materialmente (onticamente) definida.⁴⁸⁷

Em resumo, Alexy recorre a conceitos ideais e argumentação de cunho transcendental para dar conta da racionalidade do direito. A tese contrária, a da irracionalidade, que aposta na incomensurabilidade das formas de vida e na relatividade das respectivas regras, não se apresenta como satisfatória.

⁴⁸⁵ Importante mencionar que Alexy descansa o caráter jurídico da sua teoria na sua qualificação como teoria dogmática, mas distingue na dogmática jurídica três dimensões, a saber, a analítica, a empírica e a normativa. É nesta última que se põe a questão das valorações que são feitas para responder com fundamentos racionais à pergunta sobre o que é a decisão correta de cada caso com base do direito positivo válido. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S.22-27. Alexy defende, ainda, a vinculação recíproca necessária entre as três dimensões para a racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática. Por isso, ela tem de ser uma disciplina pluridimensional integrativa. No original: *Sie muss eine integrativ mehrdimensionale Disziplin sein: Die Verbindung der drei Dimensionen ist notwendige Bedingung der Rationalität der Rechtswissenschaft als praktischer Disziplin*. (Idem, S. 27.) Deve ser observado que na “Teoria da argumentação jurídica” Alexy já assinalava a necessidade do caráter pluridimensional e as relações internas entre as três dimensões, que então dizia serem a empírico-descritiva, a analítico-lógica e a prático-normativa. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 308.

⁴⁸⁶ Ver também acima, item 3.2.4.2.5.1.

⁴⁸⁷ Cfr. ALEXY, Robert. *Nachwort: Antwort auf einige Kritiker*. In: _____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 414.

É preciso destacar, no entanto, que a superação da barreira pós-wittgensteineana da incomensurabilidade das formas de vida toma partido de uma postulação designada “**forma de vida mais geral do homem**”.⁴⁸⁸

À parte da relevância não-desprezível dos outros elementos ou passos do argumento básico, não há dúvida de que Alexy ancora grande parte do fundamento da universalidade – base da racionalidade – no conceito de **forma mais geral de vida dos homens**, o qual permite o diálogo entre integrantes de diferentes formas de vida e, pois, a instauração de discurso prático racional – e correspondentes regras – entre eles.

O conteúdo desse conceito é preenchido pelos **universais argumentativos** compartilhados entre diferentes formas de vida. A respeito desses universais, soa oportuna a seguinte transcrição:

Essas premissas são, por isso, conciliáveis com o existir de distintas formas de vida. Mas elas dizem que todas as formas de vida contêm necessariamente universais da teoria da argumentação que podem ser expressos através das regras do discurso. Tais universais podem ainda importar efetivamente pouco na realidade devido a tabus, tradições, terror ou manipulação. Só iriam então desaparecer de todo se os membros de uma forma de vida perdessem completamente e de maneira definitiva a capacidade de colocar seriamente a questão ‘por quê?’. As regras do discurso definem, por isso, não uma forma de vida particular, mas sim algo que é comum a todas as formas de vida, sem prejuízo de que venha a valer nelas em medida muito diferente. Isso implica que um discurso entre membros de distintas formas de vida é possível em princípio.⁴⁸⁹

A transcrição mostra que existe uma clara conexão entre a **forma de vida mais geral** e **as regras do discurso**, uma vez que estas **definem algo comum a todas as**

⁴⁸⁸ No original. Alexy utiliza a expressão *allgemeinste Lebensform des Menschen* entre aspas. Cfr. ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretisch Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 21.

⁴⁸⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 419. No original: *Diese Prämissen sind damit vereinbar, dass es unterschiedliche Lebensformen gibt. Sie sagen aber, dass alle Lebensformen argumentationstheoretische Universalien, die durch die Diskursregeln ausgedrückt werden können, notwendig enthalten. Diese Universalien mögen aufgrund von Tabus, Traditionen, Terror oder Manipulationen in der Wirklichkeit noch so wenig zum Tragen kommen. Ganz verschwinden würden sie erst, wenn die Mitglieder einer Lebensform vollständig und endgültig die Fähigkeit verlören, ernsthaft die Frage ‘Warum?’ zu stellen. Die Diskursregeln definieren deshalb nicht eine partikuläre Lebensform, sondern etwas, das 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.*

formas de vida,⁴⁹⁰ apoiando-se igualmente sobre a necessidade da comunicação, que, segundo versões mais recentes do argumento de Alexy, apresenta um viés antropológico⁴⁹¹ e se apóia numa **tese fraca** da necessidade de fazer afirmações e fundamentações.⁴⁹²

O fato da necessidade do encaixe de qualquer formação de juízo prática numa estrutura comunicativa, se é que deva ser realizada a medida de racionalidade possível,⁴⁹³ possibilita refutar a objeção de Tugendhat, baseada na fundamentação monológica e na suficiência do critério da imparcialidade.⁴⁹⁴

Além de mais fraca, a tese da necessidade da comunicação é modesta em relação ao conteúdo da forma de vida mais geral, ainda quando admita um viés antropológico. Alexy, de fato, não desce a conteúdos materiais dados para desenhar o que seria tal forma de vida mais geral e onde estaria instanciada, o que há de ser deixado para antropologias regionais.⁴⁹⁵

⁴⁹⁰ Em diferentes textos se aborda essa relação. Em “Uma concepção teórico-discursiva da razão prática”, Alexy atribui à premissa da existência de uma forma de vida mais geral o conteúdo acima transcrito. Cfr. ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 11-29. Em português: ALEXY, Robert. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95-113. Em outro texto, intitulado “Teoria do discurso e direitos humanos”, que integra o livro “Direito, razão, discurso”, publicado em 1995, a natureza, força e a função dessa premissa recebem detalhada atenção: ALEXY, Robert. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S.127-164.

⁴⁹¹ O raciocínio toma por base que, salvo casos excepcionais (como isolamento completo), cada um tem a capacidade para tanto e, assim, de integrar-se numa prática mínima. Por isso, esse argumento tem um viés antropológico, pois se funda numa premissa sobre a conformação especial da natureza humana ou, melhor, de pelo menos algumas pessoas. ALEXY, Robert. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 139.

⁴⁹² ALEXY, Robert. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 139.

⁴⁹³ Cfr. ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 17. No original: *Dem ist entgegenzuhalten, dass jedenfalls die praktische Urteilsbildung notwendig in eine kommunikative Struktur eingebettet sein muss, wenn das Mass an Rationalität realisiert werden soll, das möglich ist*. Compare ALEXY, Robert. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 102.

⁴⁹⁴ TUGENDHAT, Ernst. *Probleme der Ethik*. Stuttgart: Reclam, 1984, S. 115 ff., e também TUGENDHAT, Ernst. *Zur Entwicklung von moralische Begründungsstrukturen im modernen Recht*, in *ARSP, Beiheft N.F. 14 (1980)*, S. 6, citado conforme ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 17.

⁴⁹⁵ Isso pode parecer pouco, até decepcionante, mas é o que uma estruturação enxuta do conceito permite; tudo o mais ingressará em teorias materiais da natureza humana e da boa vida. Portanto, Alexy segue a modéstia kantiana quanto a afirmações de conteúdo substancial.

Ele prefere conformar o seu sentido de modo negativo, através da referência ao que seria o seu oposto.⁴⁹⁶ Conclui que ele não teria apenas um preço alto, como a destruição de importantes categorias e aspectos da nossa vida, mas o preço “incluiria nós mesmos, de algum modo”.⁴⁹⁷

Isso parece suficiente, sem implicar pressuposições materiais sobre essa forma de vida mais geral.

Especificamente em relação às objeções de Sieckmann à pretensão de correção,⁴⁹⁸ Alexy pondera que, embora seja possível asserir algo falso, não se pode asserir algo sem ao mesmo tempo pretender que seja verdadeiro. Essa pretensão aparece no início do procedimento, ainda que ao final resulte ser falsa, ou seja, a asserção acaba não sendo justificada.

Ainda com relação à pretensão de correção e à crítica de que o argumento prova demais, Alexy reconhece, por um lado, ser demasiado forte a expressão “garantia de justificabilidade” que estaria compreendida na pretensão de correção, na medida em que toda pretensão pode falhar; também acata a observação de Sieckmann de que verdade é diferente de aceitabilidade racional e de justificação; por outro lado, repele a tese da completa independência; insiste, ao contrário, em que para o conceito de verdade é uma condição necessária ter-se uma concepção de justificação, de modo que existe uma **relação interna entre verdade e justificação**; uma concepção procedimental de

⁴⁹⁶ Em “A institucionalização da razão”, ele foca o que seria o inverso da forma de vida mais geral, que representaria o comprometimento da linguagem e da nossa própria vida pela eliminação da possibilidade de estabelecer afirmações. Transcrevo: “A eliminação da possibilidade de afirmações iria alterar, fundamentalmente, nosso idioma e, com isso, nossa autoconsciência e vida. Em vez de sentenças e afirmações, existiriam, somente ainda, sentimentos e opiniões, fundamentações transformar-se-iam em persuasões, e no lugar de correção e verdade pôr-se-iam manipulações exitosas e convicções que estão bem fixas. Tudo seria subjetivo, nada objetivo.” Cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 24-25.

⁴⁹⁷ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 25.

⁴⁹⁸ ALEXY, Robert. *Thirteen replies*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 347-350. Pode-se acrescentar, também, na resposta às objeções, a distinção adotada por Alexy entre uma validade subjetiva (ligada à motivação) e outra objetiva (referida ao comportamento exterior) das regras do discurso, o que afasta objeções como a de quem sustenta que se pode argumentar mas apenas para manter aparência, guiado por fins estratégicos, tal como um soberano que, seguindo conselho de Maquiavel, finge ter qualidades e mascara sua natureza de raposa. ALEXY, Robert. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 143.

justificação é, dessarte, compatível com a ideia de correção absoluta; esta última é pressuposta na asserção, enquanto ideia regulativa.⁴⁹⁹

No tocante à implicação de uma expectativa de aceitação, Alexy pontifica que, sendo os discursos empreendimentos sérios (não meros jogos intelectuais) em que a solidez de pretensões de correção é examinada, a expectativa de aceitação inicialmente contida na afirmação de uma asserção pode ser ao final confirmada ou não, de modo que se pode reputar implicada inicialmente. Se, ainda, no discurso se opera com base em razões postas e contrapostas no procedimento, e, portanto, se a teoria do discurso é capaz de mostrar a possibilidade de argumentação prática racional, então é mais racional tomar a sério a pretensão de correção do que o oposto. Isso, para Alexy, significa que, ao contrário do alegado por Sieckmann, a pretensão de correção, além de necessariamente pressuposta, não deixa de ter implicações normativas.⁵⁰⁰ Não se trata, pois, de um excesso teórico inútil.

O balanço crítico em torno da relação feita por Alexy entre fundamentação das regras do discurso e pretensão de correção apresenta, assim, resultado positivo. Ele mostra, ademais, uma característica adicional acerca dos empreendimentos sérios de participação em comunicação e de busca da verdade.

Trata-se da relação entre **argumentação** e **correção**.

Aqui a teoria da argumentação poderia socorrer-se de uma descoberta da hermenêutica gadameriana.

Gadamer, com efeito, ilustrou a relação entre argumento e correção quando analisou a primazia hermenêutica da **pergunta** em relação ao saber. Nessa análise, encontrou que a colocação da pergunta séria e dotada de sentido constitui ponto de partida da busca da verdade, mas esta ainda depende de um trabalho com argumentos favoráveis e contrários às possibilidades de decisão daquilo que a pergunta colocou no aberto. A

⁴⁹⁹ ALEXY, Robert. *Thirteen replies*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 348.

⁵⁰⁰ ALEXY, Robert. *Thirteen replies*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 349.

correção e a exclusão do incorreto se implicam, pois, reciprocamente, mas o que as liga só pode ser decidido com base em argumentos.⁵⁰¹

A defesa da pretensão de correção como pressuposto de empreendimentos sérios de busca da verdade e da fundamentação de regras não implica, porém, a exclusão categórica de considerações empíricas e de utilidade. Ao contrário, a seriedade da busca de uma fundamentação racional implica atenção à realidade possível.

Por isso, não prospera a crítica formulada contra a agregação de uma premissa empírica e não-moral relativa à maximização de utilidade no argumento de Alexy de fundamentação das regras do discurso.

Como acima referido, a inclusão mencionada não implica a desfiguração do argumento transcendental nem exclui o nível de julgamento moral, porque a premissa tão somente foi adicionada para o fim de dar conta daquelas pessoas que não têm efetivo interesse na correção moral, mas, ainda, assim, podem ser motivadas – por uma razão não-moral – a uma ação moralmente correta. Explicita que se trata apenas de uma extensão do argumento nuclear, e que, a seu juízo, uma teoria compreensiva da justificação de direitos humanos pode muito bem incluir questões sobre motivação, não obstante conserve a distinção entre julgamento moral e motivação para agir.⁵⁰²

⁵⁰¹ Diz Gadamer: “Na medida em que a pergunta coloca no aberto, abarca sempre o que foi julgado, tanto no sim como no não. Nisso repousa a relação essencial entre perguntar e saber. Pois a essência do saber não consiste somente em julgar corretamente, mas em, ao mesmo tempo e pela mesma razão, excluir o incorreto. A decisão da pergunta é o caminho para o saber. O meio pelo qual uma pergunta se decide é a predominância das razões em favor de uma possibilidade e contra a outra. Mas o conhecimento completo ainda não é isso. Somente pela solução das instâncias contrárias e apenas quando os argumentos contrários estão elucidados quanto à sua incorreção é que se chega ao saber da coisa mesma.” Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Bd. I. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990, S. 370. No original: *Sofern die Frage ins Offene stellt, umfasst sie immer beides, sowohl das im Ja wie das im Nein Geurteilte. Darauf beruht die Wesensbeziehung zwischen Fragen und Wissen. Denn es macht das Wesen des Wissens aus, etwas nicht nur richtig zu beurteilen, sondern ineins damit und aus dem gleichen Grunde des Unrichtige auszuschliessen. Die Entscheidung der Frage ist der Weg zum Wissen. Wodurch eine Frage entschieden wird, ist das Überwiegen der Gründe für die eine und gegen die andere Möglichkeit. Aber die volle Erkenntnis ist das noch nicht. Erst durch die Auflösung der Gegeninstanzen, erst wenn die Gegenargumente in ihrer Unrichtigkeit durchsicht sind, ist Sache selbst gewusst.* Compare: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 537.

⁵⁰² ALEXY, Robert. *Thirteen replies*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 350.

Assim, o apontamento da diferença fática entre pessoas que têm interesse efetivo em correção moral e outras que não o têm desfaz o aparente paradoxo alegado, mantendo-se incólume o núcleo moral e transcendental do argumento.⁵⁰³

Com isso também se pode responder à crítica de incursão na falácia naturalista na defesa do argumento. Essa acusação pode ser repelida com a observação de que não se está deduzindo norma de fatos, mas reconstruindo, na perspectiva dos participantes, uma práxis na qual cada um toma parte pelo menos rudimentariamente.⁵⁰⁴

Todavia, participar em discursos racionais e utilizar os melhores argumentos é, sempre, uma decisão autônoma de cada pessoa, como destacado pelo acréscimo do passo **existencial** ao argumento geral, decisão cuja racionalidade se comprova como uma possibilidade necessária.⁵⁰⁵

Essa posição torna possível que a teoria da argumentação não se feche sobre si mesmo, como uma bela teoria alheia à realidade individual ou social das pessoas. O argumento transcendental moderado, ou débil, portanto, não põe a perder, antes reforça, a

⁵⁰³ Cfr. ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has changed over the years*. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012. Nesse recente, assim como em outros, revela-se no autor citado uma crescente ocupação com os temas que determinadas correntes filosóficas, como a que vingou por décadas na filosofia analítica, evitavam pelo “horror à metafísica”. Nessa guinada no rumo de uma filosofia do direito que se abre para questões acerca da natureza ou essência do direito, e para dimensões ideais, o autor findou por rever, pelo menos parcialmente, algumas posições que inicialmente sustentava, como se lê em “Reflexões sobre como meu pensamento sobre direito mudou ao longo dos anos”. Nesse opúsculo, admite não só que uma metafísica racional ou analítica seja possível, como também inevitável no campo do estudo do direito. Sobre a importância desse texto, compare HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 6 ss.

⁵⁰⁴ Alexy apresenta a refutação na seguinte nota: “Poder-se-ia tomar isso como pretexto para aduzir contra a teoria do discurso a clássica censura de uma conclusão falsa ser/dever-ser. Essa objeção, contudo, deixaria de ver que o argumento transcendental não consiste em que de fatos sejam deduzidas normas, mas, sim, em que uma práxis, na qual cada um toma parte pelo menos rudimentarmente, é reconstruída a partir da perspectiva dos participantes.” ALEXY, Robert. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 141, Fn. 36. No original: *Man könnte dies zum Anlass nehmen, gegenüber der Diskurstheorie den klassischen Vorwurf eines Sein/Sollen-Fehlschlusses vorzubringen. Dieser Einwand übersähe jedoch, dass das transzendente Argument nicht daraus besteht, dass aus Tatsachen Normen deduziert werden, sondern daraus, dass eine Praxis, an der jeder zumindest rudimentär teilnimmt, aus der Teilnehmerperspektive rekonstruiert wird.*

⁵⁰⁵ Essa percepção já se encontrava na “Teoria da argumentação jurídica”, mais precisamente no posfácio. A questão retornaria na obra de Alexy como a necessidade de um argumento existencial, como já explicitado acima. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 425-426. Manuel Atienza destaca o fato de a teoria de Alexy se caracterizar por ser procedimental e por que, no curso do procedimento, participantes podem mudar de posição e de valores como efeito da interação dos argumentos ali ocorrida. Cfr. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 241 e p. 266 ss.

credibilidade e a consistência da construção teórica e filosófica de Alexy, tomada como um todo.⁵⁰⁶

3.2.4.5. Frutos da argumentação: direitos naturais, humanos ou fundamentais?

Do acima exposto e do debate crítico colacionado, obtém-se, resumidamente, que a teoria da argumentação racional de Alexy, encimada pelo conceito de razão institucionalizada, procura dar conta, ao mesmo tempo, de um procedimento e de um mínimo de condições relativas a pessoas para que a racionalidade seja possível.

Quando Alexy afirma que as regras de discurso espelhem os universais teórico-discursivos existentes nas diversas formas de vida, ele abertamente admite que, ao assim fazer, a teoria do discurso busca descobrir na realidade humana potenciais de razão aí existentes, e nesse sentido, ela empreende esclarecimento sobre a natureza do ser humano; pela mesma razão, a teoria do discurso estaria, nessa medida – mas apenas nessa medida –, inserida na tradição do **direito natural**.⁵⁰⁷

Tanto a observação quanto a ressalva feita são deveras importantes na relação de Alexy com seus críticos e com tradições concorrentes. O legado kelseneano lhe recomenda extrema cautela na abordagem dos temas da tradição do direito natural.⁵⁰⁸ Por isso, compreende-se a ressalva, nesse texto de 1995, de que a única concessão à tradição do

⁵⁰⁶ Ver adiante, item 4.

⁵⁰⁷ ALEXY, Robert. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 141. Transcrevo a citação no original: *Die Diskurstheorie spürt auf diese Weise in der menschlichen Wirklichkeit vorhandene Vernunftpotentiale auf. Sie betreibt in diesem Sinne Aufklärung über die Natur des Menschen und steht insofern, aber nur insofern, in der Tradition des Naturrechts*.

⁵⁰⁸ Kelsen dedicou ao tema grande energia e espaço em sua obra, como, por exemplo, o extenso anexo à segunda edição da Teoria Pura do Direito, intitulado “O problema da justiça” (*Das Problem der Gerechtigkeit*), no qual consta um capítulo expressamente destinado ao exame da doutrina do direito natural (*Die Naturrechtslehre*), o que indica a sua imorredoura preocupação com o risco de que a validade do direito fosse tornada dependente de concepções discrepantes sobre justiça e, enfim, de concepções de mundo e ideologias conflitantes. Cfr. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 354-444 (*Anhang*). Veja-se também, o seguinte artigo: 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. 51-83, em que resenha a evolução da doutrina do direito natural. Cfr. também KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85-94, onde Kelsen inclui na tese da separação entre direito e moral também a separação do direito em relação ao direito natural, porquanto seria “(...) um componente da moral, que pode ser considerado como metafísica do direito e que não [é] fixado por atos de vontade humana (...)” (Idem, p. 92.)

direito natural se reduz a esse desempenho da teoria do discurso quanto ao esclarecimento da natureza humana enquanto auscultação dos potenciais de razão nela encontráveis.⁵⁰⁹

A concessão, porém, não é menos relevante, na proporção em que ela sinaliza o esforço de Alexy de ser coerente com as exigências que os elementos ideais de sua teoria fazem em relação às pessoas reais que se engajam em discursos e, portanto, se põem a si mesmas a tarefa da razão na prática, dentro de sua situação concreta e no âmbito de sua forma de vida.⁵¹⁰ Por isso, Alexy abre o flanco para críticas provenientes de posições irracionalistas – pós-modernas⁵¹¹ ou não –, mas guarda sua vinculação com a tradição que conserva e expande as conquistas da modernidade, na esteira da *Aufklärung*.

De forma conseqüente, Alexy confessa sua opção por uma teoria **liberal** (em termos que se passa a esclarecer), já que a ideia mesma de um discurso, que inclui a da universalidade (que pressupõe a ideia moderna da igualdade) e da autonomia (que pressupõe a ideia da liberdade) e uma concepção da imparcialidade nelas apoiada, é essencialmente liberal.

Não se trata de uma ideia neutra.⁵¹² Ainda assim, como demonstra o argumento transcendental débil acima exposto, Alexy entende que pode fundamentar tal posição

⁵⁰⁹ Os escritos posteriores de Alexy retomam essa conexão com a tradição do direito natural através dos estudos de justificação dos direitos humanos.

⁵¹⁰ Trata-se, de todo modo, de uma opção por uma tese de direito natural fraca, como a caracteriza Mark C. Murphy, em contraste com a tese forte de Finnis, por exemplo. Cfr. MURPHY, Mark C. *Defect and deviance in natural law jurisprudence*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 45-60. Murphy reconhece que a tese fraca de Alexy, que se baseia numa estratégia de ato ilocucionário, pode comprovar a defectividade do direito que fracasse em exibir racionalidade prática, enquanto que a tese forte não logra a mesma comprovação.

⁵¹¹ Sobre o pós-modernismo e outros finalismos, cfr. HEIDBRINK, Ludger. *Ambivalenzen des Finalismus: Grundzüge einer Hermeneutik des Aufhörens*. In: FIGAL, Günter (Hrsg.). *Internationales Jahrbuch für Hermeneutik*. Band 3, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, S. 153-174. Em síntese, a teoria do fim da modernidade é referida por Heidbrink, como aquela que professa o fim dos grandes relatos, das utopias e ideologias, assim como a despedida das visões unitárias e sobre a origem; no que interessa especificamente a este trabalho, o fim da modernidade é desenhado por muitos, de acordo com o autor, como a dissolução de formas de razão universalísticas, substituídas por pluralismo, ecletismo, relativismo e falibilismo. (Idem, S. 159-160.)

⁵¹² ALEXY, Robert. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 132. No original: *Die Idee des Diskurses ist keine neutrale Idee. Sie schliesst die Universalität und die Autonomie der Argumentation sowie eine hierauf beruhende Konzeption der Unparteilichkeit ein. Die Idee des Diskurses ist damit eine wesentlich liberale Idee. Deshalb beginnen die Probleme der Begründung einer liberalen Position schon auf der Ebene des Diskurses*. Tugendhat, a propósito, visualiza em Alexy dificuldade em reconhecer os direitos a prestações estatais e sugere que tal se deva à inserção na tradição liberal. Cfr. TUGENDHAT, Ernst. *Vorlesungen über Ethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, S. 352. Essa obra de Tugendhat está traduzida ao

racionalmente. Se o argumento não funcionasse, ter-se-ia, como quer a crítica ideológica, em Alexy um ideólogo do liberalismo ou, pelo menos, um pensamento conservador com relação às instituições estabelecidas por democracias liberais democráticas.

Dizer isso também não deixa de ter consequências problemáticas, porque, se a ideia do discurso é, essencialmente, uma ideia liberal, como é possível que ela não esteja a afirmar que a posição liberal seja, por derivação lógica, aquela que representa a melhor forma de vida, ou, como dirão outros, o melhor dos mundos possíveis? É, pois, aberto outro campo de estudo – relacionado aos efeitos na teoria política das posições básicas já assinaladas – e também de críticas, que será examinado adiante,⁵¹³ porque, para bem compreendê-la, é preciso conhecer previamente outro aspecto essencial da teoria da argumentação alexyana, que é a tese do caso especial.

3.2.4.6. Resultado parcial (item 3.2.4.)

Conquanto o tema ainda esteja aparentemente distante da norma de direito fundamental associada, não se pode negligenciar atenção ao argumento de base da teoria de Alexy. Trata-se do alicerce da sua filosofia de direito e que tem reflexos na possibilidade e nos limites de associação de normas de direito fundamental.

Com efeito, a teoria da racionalidade acima explicitada suporta o entendimento de que, se não se pudesse estabelecer uma fundamentação das regras do discurso prático, também haveria sérias dificuldades para sustentar um conceito de direitos humanos e, por extensão, de direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais, de modo que desapareceria a justificativa para qualquer interpretação do direito que pretenda ir além do material autoritativo dado concretamente, isto é, que não se resuma à mera aplicação mecânica de normas positivadas em codificações paroquiais. Conversamente, uma das vias de impugnação das NDFAs poderá ser a própria base filosófica de todo o argumentar jurídico que perpassa a possibilidade de edificação de normas de direito fundamental para além daquilo que está literalmente disposto no documento constitucional.

português sob o seguinte título: TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. Trad. Ernildo Stein et al. Petrópolis: Vozes, 1996. Porém, a essa manifestação deve-se opor a construção generosa que Alexy faz dos direitos sociais (ver item 5.4.).

⁵¹³ Veja-se a discussão crítica da teoria de Alexy em relação ao estado e à política no item 4.3.

Sem a abertura que a teoria do discurso oferece para a participação ativa do indivíduo na formulação e aplicação do direito fundamental que lhe diz respeito, haveria de ser buscado outro tipo de fundamento para os raciocínios jurídicos e para a interpretação.

Uma alternativa seria a dependência dos surrados bordões de uma interpretação resumida aos cânones interpretativos, o que implica, pelo menos, uma resistência à atividade de ponderação e, por extensão, à construção de normas de estatura do direito fundamental por essa via.

Outra alternativa poderia significar uma visão sistemática ingênua, que não pode perguntar das bases das tradições que a sustentam e das possíveis outras concepções que poderiam ser consideradas, caso os interesses de todos os implicados tivessem o espaço para a discussão racional; nem se cogita nessa alternativa de questionar o nível de participação do indivíduo na formulação e quiçá revisão das normas de direito fundamental que lhe interessam.

No extremo oposto, sem alguma fundamentação de caráter transcendental pode-se pensar que restaria, na melhor das hipóteses, uma pragmática universal que desconhece o limite entre o empírico e o normativo, ou então uma retórica meramente persuasiva, à falta de bases normativas que pudessem justificar o recurso a elementos racionais para além das forças de persuasão. Levada ao extremo, a prática jurídica se volveria apenas pragmático-estratégica, no sentido de que não se perguntaria de ideias regulativas ou qualquer elemento de uma racionalidade que não se confunda com um cálculo meio-fim e estratégico.⁵¹⁴

Pode-se imaginar se a teoria de Alexy poderia sobreviver sem um argumento de cunho pragmático-transcendental moderado como o acima destrinchado? A NDFA é a prova de que a resposta é negativa. A teoria dos direitos fundamentais, naquilo em que ela pretende ir além da letra dos textos escritos da constituição, sem perder, no entanto,

⁵¹⁴ Alexy mostra que existe uma distinção crucial para uma teoria da argumentação, a saber, entre justificar e explicar como duas pessoas chegam a um acordo durante uma discussão. A primeira consiste numa justificação (*Rechtfertigung*) de um convencimento moral; a segunda diz com uma explicação psicológica, ou seja, ela trata de explicar qual dos múltiplos meios levou alguém ao acordo sem que seja pelo convencimento racional (p. ex. propaganda, persuasão etc.). Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 54.

alavancagem em uma argumentação sólida, carece de uma investigação de filosofia prática sobre como tal se faz possível. E isso, como o prova toda a arquitetura do conceito de NDFA, conduz a uma teoria da argumentação jurídica; esta, por seu turno, não pode compreender-se sem a fundamentação – pragmática universal ou transcendental débil – das regras do discurso.

3.2.5. Da tese do caso especial

3.2.5.1. Traves da tese do caso especial

Estabelecidas as bases filosóficas da teoria do discurso e da razão prática de Robert Alexy, pode ser esclarecida a passagem entre o discurso prático geral – onde já se vislumbra o engate entre a institucionalização, por um lado, e o elemento ideal presente na pretensão de correção, por outro – para o discurso jurídico propriamente dito.

Destaque-se que, na análise da teoria do discurso, restou demonstrada a necessidade do direito, porquanto lhe incumbe decidir aquilo que, dentro do largo universo do discursivamente possível, é devido. Alexy o chama de **problema do conhecimento**, que somente pode ser resolvido por **procedimentos regulados juridicamente**, que garantem uma decisão.⁵¹⁵

Uma vez posta a necessidade do direito, surge a indagação sobre o seu desempenho possível, o que é explicado pela tese do caso especial.

Trata-se de uma tese central para a teoria sob exame.

⁵¹⁵ Ao apresentar o conjunto de textos sobre o constitucionalismo discursivo, Alexy identificou esse problema do conhecimento no segundo de quatro passos da demonstração de que o constitucionalismo discursivo é a melhor forma de institucionalização da razão. Ele argumenta que a teoria do discurso, como caminho intermediário, deixa aberto um vasto campo que se abre entre o discursivamente impossível e o necessário. Esse problema de conhecimento da teoria do discurso, então, conduz à necessidade do procedimento, para se saber o que é, de fato, devido. Daí a necessidade do próprio direito. Cfr. ALEXY, Robert. Apresentação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 09-10.

Não por acaso, é reputada pelo próprio autor como um dos dois únicos modos – ao lado do argumento de princípio – pelos quais se faz possível uma interpretação não-positivista do direito decorrente da pretensão de correção.⁵¹⁶

A tese opera com o conceito fundamental da **limitação**, na medida em que a transposição do discurso prático geral para o discurso jurídico ocorre mediante a detecção das **limitações do discurso prático geral**. Com efeito, neste último não se assegura o acordo⁵¹⁷ quanto a proposições normativas que tenham igual possibilidade discursiva, o que pode demandar a formulação de regras de decisão entre proposições conflitantes, como as regras da representação e da maioria parlamentar.

Essas regras se revelam de grande importância no que tange às **implicações** (a serem desenvolvidas adiante)⁵¹⁸ da concepção prática alexyana no campo teórico-político e, portanto, também da proposta de que haja normas de direito fundamental não-estatuídas e obteníveis por argumentação. Do emprego de tais regras, no procedimento parlamentar, nascem outras regras – jurídicas e, portanto, dotadas de vinculatividade, – enquanto que a possibilidade de alcançar soluções vinculantes no discurso prático em geral é limitada. Assim, Alexy demonstra que “(...) os limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade de regras jurídicas”.⁵¹⁹

No que tange ao critério de definição da **especificidade** do discurso prático jurídico em relação ao geral, suplanta-se a dificuldade decorrente da grande multiplicidade de espécies de discussões jurídicas e da amplitude das diferenças entre as espécies, identificando o seu ponto comum no fato de que nelas se argumenta **juridicamente**, o que

⁵¹⁶ Cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 19-40, p. 37.

⁵¹⁷ MacCormick observa que são necessárias instituições políticas com autoridade para estabelecer normas comuns cujo cumprimento possa ser garantido. Diz o autor: “Mas isso também mostra que a pura racionalidade no nível autônomo-individualista não tem como garantir o consenso e a coordenação de opinião ou de atividade adequados para uma coexistência social viável.” Cfr. MACCORMICK, Niel. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, with corrections 1994, p. xii. No original: *But it also shows that pure rationality at an individualistic-autonomous level cannot secure adequate consensus and co-ordination of opinion or activity for viable social coexistence*. Compare: MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. xiii.

⁵¹⁸ Veja adiante o item 4.2.2, onde se examinam possíveis fundamentos para o princípio da maioria, além da concepção de representação, antes de desenrolar a de representação argumentativa, de Alexy.

⁵¹⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 257. No original: *Die Grenzen des allgemeinen praktischen Diskurses begründen die Notwendigkeit rechtlicher Regeln*.

se caracteriza pela **vinculatividade** com o direito vigente e, com isso, pela **limitação** das suas condições.⁵²⁰

A tese do caso especial consiste exatamente em afirmar que as discussões jurídicas se referem a questões práticas, debatidas desde o ponto de vista da pretensão de correção mas sob condições limitadas.⁵²¹ Não se trata de uma limitação qualquer, mas da referência da **pretensão de correção**, que, no âmbito do discurso jurídico, não pretende que as proposições normativas sejam em si e simplesmente racionais, mas tão-só que possam ser racionalmente fundamentadas no quadro da ordem normativa vigente.⁵²²

A tese do caso especial não diz apenas do que ocorre dentro da argumentação jurídica, mas também de como ela se relaciona com argumentação prática em geral, porque a justificação de proposições normativas da espécie das decisões judiciais pode ocorrer mediante recurso ao discurso prático geral. Isso acontece quando, para além da **justificação dita interna**, realizada pela simples verificação da **relação lógica** entre as

⁵²⁰ MacCormick visualiza no raciocínio com base em **normas** a ideia essencial e central do raciocínio jurídico, embora reconheça – revisando aspectos humeanos da sua teoria inicial – que argumentos de princípio na justificação de normas são necessários e estão presentes na argumentação jurídica, como espécie de raciocínio prático. Por isso, MacCormick expressamente reconhece a necessidade de revisão da sua obra à luz da influência da teoria da argumentação jurídica de Alexy e da teoria de discurso compartilhada por este com Habermas, para entender que “(...) pode ser construída uma explanação do discurso racional prático que derive uma justificação para instituições legais e para a argumentação jurídica a partir de exigências da razão prática geral”. Cfr. MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978, with corrections 1994, p. xvi, tradução cotejada com a brasileira, em MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. xix.

⁵²¹ A tese do caso especial mostra que o processo judicial não é espaço para mera perseguição de interesses com ações estratégicas, nem um idílico ambiente em que as partes se comportassem como parceiros ideais de diálogo. A pretensão de racionalidade é apenas pressuposta, e objetivamente, por quem se põe a afirmar um argumento em defesa de seu interesse, o que é o bastante, na medida em que esses argumentos se pretendem racionais, ou seja, reportam-se, mediadamente pelo menos, a condições ideais de discurso. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 270-271. Cfr. também LIEBER, Tobias. *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, S. 248, onde Lieber repercute a resposta que Alexy formula à crítica de que haveria uma contradição entre as exigências ideais das regras do discurso e a conduta real dos afetados, ou então das condições externas de processos judiciais. Lieber também anota a posição de Habermas no sentido de que os participantes de um processo judicial, por motivos quaisquer, acabam contribuindo, na perspectiva do juiz, ao discurso que serve para o encontro da decisão imparcial. (Idem, Fn. 46.)

⁵²² ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 274. No original: *Der Kern der Sonderfallthesen besteht damit darin, dass auch in juristischen Diskussionen der Anspruch auf Richtigkeit erhoben wird, dass dieser Anspruch sich aber anders als der des allgemeinen praktischen Diskurses nicht darauf bezieht, dass die fragliche normative Aussage schlechthin vernünftig ist, sondern nur darauf, dass sie im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vernünftig begründet werden kann.*

premissas e a decisão tomada a modo de conclusão, também se examina a **correção das próprias premissas**, o que ocorre na chamada **justificação externa**.

Como caso especial, a argumentação jurídica se caracteriza por ter lugar sob uma série de condições limitadoras, as quais se deixam definir abreviadamente como vinculação à lei, ao precedente e à dogmática.⁵²³

Isso fica particularmente claro na abordagem dos direitos fundamentais: a argumentação jurídica é caso especial do discurso prático geral, porque o resultado da teoria da argumentação jurídica consiste em que, no fundamentar jurídico, ao fim e ao cabo, sempre se trata do que é ordenado, proibido e permitido.

3.2.5.2. Discussão da tese do caso especial

3.2.5.2.1. Das críticas à relação entre discurso geral e jurídico

Atienza, Habermas, Günther e Lieber, entre vários outros, externaram objeções à tese do caso especial.

Uma posição contrária bastante incisiva é a que vê o processo jurídico, na essência, como ação estratégica, ao invés de um espaço para argumentar racional segundo regras de discurso regido pela pretensão de correção e respectiva ideia regulativa.⁵²⁴

⁵²³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 498. *Ausgangspunkt der Theorie der juristischen Argumentation ist, dass es beim juristischen Begründen letztlich stets um praktische Fragen geht, also darum, was geboten, verboten und erlaubt ist. Der juristische Diskurs ist deshalb ein Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses. Als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses ist er dadurch gekennzeichnet, dass die juristische Argumentation unter einer Reihe von einschränkenden Bedingungen stattfindet, die sich kurz als Bindung an Gesetz, Präjudiz und Dogmatik kennzeichnen lassen.*

⁵²⁴ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 426 ff. Do ponto de vista filosófico, mais radical é a tese – que Alexy atribui a U. Neumann – de que a discussão dogmático-jurídica integra o discurso teórico, não o prático. Essa tese é repelida por Alexy mediante a explicitação da natureza prática do direito. (Idem, S. 427-428.) As outras teses de graves consequências (que, no entanto, Alexy não definiu como mais radicais) são duas: (1) a que nega absolutamente a pretensão de correção – como a que acima se descreveu como a visão meramente estratégica do processo –, e (2) a que controverte sobre as fronteiras entre discurso prático geral e o jurídico. (Idem, S. 428 ff.). A detalhada crítica de Neumann não se limita à tese do caso especial, abrangendo também ao aspecto procedural da teoria da argumentação de Alexy. Cfr. NEUMANN, Ulfried. *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, S. 78-92.

Segundo Atienza,⁵²⁵ o erro de insistir no caráter essencialmente discursivo/comunicativo da moral se refletiria no problema da tese do caso especial, ou melhor, na controversa relação entre o discurso geral e o discurso jurídico. Isso porque a fundamentação de normas jurídicas pode ser considerada como intrinsecamente discursiva, por envolver a necessidade de justificar o direito frente aos outros e, pois, interfere necessariamente na ética política ou filosofia política, mas tal não significa necessariamente que também toda norma moral (ou ética, como prefere Atienza) o faça.

A **tese do caso especial**, como abertamente admitido por Alexy,⁵²⁶ está longe de ser incontroversa. Mesmo Habermas registra oscilações a esse respeito, apesar dos aspectos que o unem a Alexy.

Com efeito, inicialmente Habermas se opunha à tese, na época mais impressionado com a concepção de Luhmann sobre o processo e o sistema jurídico.⁵²⁷ Como francamente admitiu, no entanto, veio a convencer-se do acerto da tese do caso especial em atenção às peculiaridades⁵²⁸ da argumentação jurídica, que podem ser resumidas nas limitações especiais do processo e na vinculatividade ao direito vigente.

⁵²⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 279-280.

⁵²⁶ Alexy qualifica a tese como altamente debatida (*höchst umstritten*) em extensa e rica nota de pé de página, em que dá conta de importantes críticas à tese, a começar por aquela endereçada por Habermas em livro publicado conjuntamente com Niklas Luhmann (Habermas, Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, 1971) e em texto mais recente de Habermas, “Facticidade e validade”, de 1992, além de vários outros autores. No mesmo espaço, Alexy colaciona também posicionamentos favoráveis. Cfr. ALEXY, Robert. *Die juristische Argumentation als rationale Diskurs*, in: ALEXY, Robert et alii. **Elemente einer juristischen Begründungslehre**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 121-122, Fn. 26. Ver também item 3.2.5.1.

⁵²⁷ Habermas expressamente o admite em nota, que também acusa a alteração de ponto de vista: “Esta circunstância me tinha demovido inicialmente a conceber processos judiciais como agir estratégico (Habermas, Luhmann, *Theorie der Gesellschaft*, Ffm. 1971, 200 f.). Entrementes, deixei-me convencer por R. Alexy (1978), 263 ss., de que argumentações jurídicas em todas as suas cunhagens institucionais têm de ser concebidas como caso especial do discurso prático.” HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns**. Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995 (1. ed. 1981), S. 62, Fn. 63. No original: *Dieser Umstand hatte mich zunächst dazu bewogen, Gerichtsverhandlungen als strategisches Handeln zu konzipieren (Habermas, Luhmann, Theorie der Gesellschaft, Ffm. 1971, 200 f.). Inzwischen habe ich mich von R. Alexy (1978), 263 ff., davon überzeugen lassen, dass juristische Argumentation in allen ihren institutionellen Ausprägungen als Sonderfall des praktischen Diskurses begriffen werden müssen.*

⁵²⁸ Habermas descreve a peculiaridade no seguinte trecho: “A argumentação perante o tribunal (como outras espécies de discussões jurídicas, e.g. deliberações judiciais, debates dogmáticos, comentários legais, etc), se diferencia do discurso prático geral pela vinculação ao direito vigente, bem como por limitações especiais de uma ordenação processual, que prestam contas à exigência de uma decisão autorizada e de uma orientação ao sucesso das partes litigantes.” Cfr. HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns**. Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995 (1. ed. 1981), S. 62. No original: *Die Argumentation vor Gericht unterscheidet sich (wie andere Arten der juristischen Diskussion, z. B. Richterliche Beratungen, dogmatische Erörterungen, Gesetzeskommentare usw.) von*

Todavia, após o embate entre seu discípulo Günther e Alexy acerca da cisão do discurso entre fundamentação e aplicação, tornou à carga para combater a tese,⁵²⁹ embora apoiasse Alexy no argumento de que, para alcançar uma teoria do discurso jurídico que englobe a racionalidade da legislação, haveria necessidade de expandir a teoria do discurso prático geral para uma teoria da legislação e esta para uma teoria normativa da sociedade.⁵³⁰

allgemein praktischen Diskursen durch die Bindung ans geltende Recht, auch durch spezielle Beschränkungen einer Prozessordnung, die dem Erfordernis einer autorisierten Entscheidung und der Erfolgsorientierung der streitenden Parteien Rechnung tragen. Convém, ainda, mencionar que Habermas, na obra “Consciência moral e agir comunicativo” (*Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*), de 1983, adota expressamente a redação alexyana de diversas regras e tenta seguir o esboço da divisão de tipos de regras, que trata como tipos de “planos” (lógico-semântico; pragmático; e o “plano” dos pressupostos do discurso como processo de que se participa). Habermas mencionou de modo expresso que aceitava as regras provisoriamente estabelecidas por Alexy, mas objetou que este estaria ensejando, pela circunstância de emprestar forma de regras a pressuposições do discurso, o equívoco de se pensar que todos discursos tivessem que seguir essas regras, as quais, portanto, seriam constitutivas como as regras do xadrez em relação a esse jogo, quando, na verdade, as regras do discurso são contrafatuais, podem ser efetivamente seguidas ou não, ou podem ser seguidas por aproximação. Habermas também faz reserva quanto à necessidade de dispositivos institucionais, obtemperando que, embora concorde com a necessidade de institucionalização de discursos, há de se estar precavido contra a falácia da concretude fora do lugar (*fallacy of misplaced concreteness*). Cfr. HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 110-115.

⁵²⁹ Vejam-se as observações que Habermas faz na obra “Facticidade e validade” (*Faktizität und Geltung*), em que estuda a tese do caso especial em Alexy e a coteja com a distinção introduzida por Klaus Günther entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação. Aí Habermas sustenta que, embora plausível sob pontos de vista heurísticos, a tese do caso especial sugeriria conotações de direito natural e não estaria totalmente livre de uma subordinação do direito à moral. Cfr. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 286. Por ocasião da quarta edição de *Faktizität und Geltung*, em 1994, revisada e acrescida de um posfácio, Habermas novamente citou Alexy, inclusive nesse último espaço, tanto para questionar o papel dos princípios e da ponderação, como para polemizar a chamada pretensão de correção e a justificação moral do direito, que se encontrariam em “Conceito e validade do direito” (*Begriff und Geltung des Rechts*), de Alexy. Sobre a análise que Alexy faz da teoria de Habermas e, assim, sobre a resposta de Alexy aos problemas levantados por Habermas em “*Faktizität und Geltung*”, veja-se ALEXY, Robert. *Jürgen Habermas’ Theorie des juristischen Diskurses*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 165-174. Nesse artigo, Alexy procurou desfazer o que entende ser uma apercepção equivocada da tese do caso especial por parte de Habermas em *Faktizität und Geltung*, publicada a partir de 1992.

⁵³⁰ Em 1996, Habermas publicou, em anexo à *Die Einbeziehung des Anderen*, traduzido ao português como “A inclusão do outro”, um adendo à obra anterior *Faktizität und Geltung*, onde torna à carga na crítica à ponderação, associando-a com axiologia, em prejuízo do caráter deontológico que devem ter os princípios. Cfr. também HABERMAS, Jürgen. **Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. Em *Grundrechte, Abwägung und Rationalität*, originariamente publicado como artigo em 2002 no periódico *Ars Interpretandi* e posteriormente traduzido para o português como “Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade”, Alexy se debruça sobre essa última crítica, especialmente sobre a natureza e o papel dos princípios, em suma, sobre a racionalidade da ponderação. Cfr. Cfr. ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 105-116. Sobre a inserção do procedimento legislativo e judiciário no modelo, veja-se adiante o chamado modelo de 4 (quatro) níveis desenvolvido por Alexy (item 3.2.9.).

Günther de fato fez objeção no sentido de que a tese mencionada ignora que no discurso jurídico não se trata de um discurso de fundamentação, mas de um discurso de aplicação.⁵³¹

Outro aluno de Habermas, Lieber,⁵³² asseverou que a referida tese não consegue responder satisfatoriamente à questão sobre o sentido normativo da vinculação material do discurso a um direito qualquer discursivamente inaceitável.⁵³³ Ele censura Alexy por não explicar a relação de tensão entre a vinculação institucional e a racionalidade própria do discurso. Para tanto, afirma: “A teoria da argumentação jurídica pressupõe a vinculação legal da justiça, mas sequer pergunta por seu fundamento nem sobre as consequências dessa vinculação.”⁵³⁴

Na ramificação desse debate, Alexy insistiu na tese do caso especial e na unidade do discurso prático,⁵³⁵ fazendo-o de dois modos : (1) assentou que a jurisprudência deve, na aplicação do direito, desenvolver um sistema de regras de precedentes, se ela quer satisfazer os postulados da igualdade e da certeza jurídica, mas essas regras são suscetíveis e carentes de fundamentação;⁵³⁶ e (2) refutou a redução do processo judicial a mero lugar e expediente de perseguição de interesses mediante ações estratégicas.⁵³⁷

⁵³¹ Cfr. K. Günther, *Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis"*, in: Ratio Juris 6 (1993), S. 143 ff., citado conforme ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 40, nota 80. Veja a discussão dessa crítica, em sua minúcia, no item 3.2.5.2.2.

⁵³² LIEBER, Tobias. *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, S. 239-259.

⁵³³ LIEBER, Tobias. *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, S. 36.

⁵³⁴ LIEBER, Tobias. *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, S. 238. No original: *Die Theorie der juristischen Argumentation setzt die Gesetzesbindung der Justiz voraus, fragt aber kaum nach dem Grund und den Konsequenzen dieser Bindung*.

⁵³⁵ Ver adiante, neste mesmo item, o argumento em detalhes.

⁵³⁶ Para mais detalhes dessa discussão, cfr. LUDWIG, Roberto José. Princípios na relação entre direito e moral: algumas notas sobre o debate Habermas-Alexy. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 101, p. 183-204, 2012.

⁵³⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 270-271. Tobias Lieber registra a posição de Alexy a apontar que, conquanto subjetivamente persigam estrategicamente seus próprios interesses, as partes são objetivamente compelidas a afirmar a racionalidade do seu ponto de vista a cada vez e a forrá-lo argumentativamente. Cfr. LIEBER, Tobias. *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, S. 248. O autor entende que é de se presumir que a complementação da pretensão de validade do direito com um aspecto da imparcialidade externa conduziria a uma explicação melhor da conformação institucional do processo judicial. (Idem, ibidem.)

Com relação ao segundo modo, há de se convir que ele não se confunde com a ilusão de que em cada processo seja efetivamente buscada a solução compatível com condições ideais, ou que as partes se comportem como parceiros ideais de diálogo ou que creiam estar implicadas num contexto de comunicação sem fronteiras.⁵³⁸ Significa, antes, que, ao propor asserções e lançar razões, as partes do processo defendem, sim, seus interesses, identificados concretamente, *hic et nunc*, mas explicitam argumentos que se pretendem racionais, ou seja, que se reportam, mediatemente pelo menos, a condições ideais de discurso.⁵³⁹

O cerne da especialidade do discurso jurídico radica, pois, nas condições limitadas em que se põe a **pretensão de correção**, presente tanto no discurso prático geral como no jurídico. Transcrevo:

O núcleo da tese do caso especial consiste, por isso, em que a pretensão de correção também é levantada em discussões jurídicas e que, porém, esta pretensão, à diferença do que ocorre no discurso prático geral, não se refere a que as proposições normativas em questão sejam absolutamente racionais, mas sim somente a que, no quadro da ordem jurídica vigente, podem ser fundamentadas racionalmente.⁵⁴⁰

Com isso, estabelecidos o alicerce e o cerne da tese do caso especial, Alexy determina o que seja tal fundamentação racional dentro do quadro da ordem vigente. Esta fundamentação não exclui a justificação externa,⁵⁴¹ cujas regras e formas mostram como a

⁵³⁸ Ver acima a discussão do caráter procedimental da teoria geral da argumentação alexyana, item 3.2.4.2.5.2.

⁵³⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 271. No original: *Hiermit wir deutlich, dass die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Argumentation nicht voraussetzt, dass alle juristischen Dispute als Diskurse im Sinne einer Zwangslosen und unbegrenzten Kommunikation anzusehen sind, sondern nur, dass in juristischen Disputen überhaupt unter dem Anspruch auf Richtigkeit und damit unter Bezugnahme auf ideale Bedingungen diskutiert wird.* (Idem, S. 271.) Além disso, poderia ser aduzido que pelo menos em alguns tribunais, como o tribunal constitucional, e em determinados processos (como os considerados “objetivos”, isto é, instaurados sem a perspectiva de uma parte em sentido subjetivo), esse interesse aproxima-se da busca de uma solução correta no sentido aproximado de um discurso racional. No caso específico do tribunal constitucional, embora tenha uma configuração extraída da base parlamentar, ainda assim há de orientar-se pela imparcialidade determinada pela Constituição a todos os tribunais. Nessa direção: MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 03-04. Isso, aliado à peculiaridade do processo constitucional, poderá contribuir para maior aproximação de um discurso racional em bases limitadas, como é o caso do discurso jurídico.

⁵⁴⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 274. No original: *Der Kern der Sonderfallthesen besteht damit darin, dass auch in juristischen Diskussionen der Anspruch auf Richtigkeit erhoben wird, dass dieser Anspruch sich aber anders als der des allgemeinen praktischen Diskurses nicht darauf bezieht, dass die fragliche normative Aussage schlechthin vernünftig ist, sondern nur darauf, dass sie im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vernünftig begründet werden kann.*

⁵⁴¹ Ver acima, item 3.2.5.1.

própria argumentação jurídica necessita do apelo ao discurso prático geral, o que perfaz o caminho inverso da tese.

A impressão de circularidade na tese do caso especial pode ser afastada quando se analisa a dualidade e a inclusão necessária de elementos ideais no próprio conceito de direito que subjaz ao de ordem jurídica.⁵⁴²

3.2.5.2.2. Das críticas quanto à unidade do discurso

Na crítica suscitada pela tese do caso especial, emergiu a hipótese de que o discurso prático comportaria uma cisão entre justificação e aplicação a partir de uma leitura específica quanto ao princípio “U” à luz da noção de **adequação**.

Klaus Günther, com efeito, sustentou ser necessário que, ao lado do discurso de fundamentação (e inconfundível com este), haja um discurso de aplicação, para possibilitar a contextualização – i.e. **adequação** – da norma para o caso concreto, a qual, de outro modo, estaria exposta ao perigo inerente à propensão dos discursos de validade para a idealização e a transcendência em relação aos espaços e tempos, decorrentes dos princípios “U” (universalizabilidade) e da imparcialidade.⁵⁴³

A preocupação de Günther, segundo o próprio, consiste em afirmar o que designa como a tese central de sua obra, **a imprescindibilidade da razão prática**,⁵⁴⁴ e

⁵⁴² Ver adiante 5.3.1. e 5.3.2.

⁵⁴³ Diz o autor que essa tendência dos discursos de fundamentação advém de operar em nível hipotético, para além da situação concreta e com pretensão de generalizar uma norma, olhando para todos os lados e todos os interesses afetados, bem como todas as consequências. Já o discurso de aplicação tem sua dinâmica centrada na **adequação** da norma ao caso concreto, aqui e agora: “Discursos de aplicação combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada. Eles ‘recontextualizam’ a norma, extraída do seu contexto, quanto à sua validade, à luz de um interesse comum, ligando a sua aplicação à consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de qualquer situação nova que surja no espaço e no tempo.” Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 63-64. No original: *Anwendungsdiskurse verknüpfen den Geltungsanspruch einer Norm mit dem bestimmten Kontext, innerhalb dessen eine Norm in einer Situation angewendet wird. Sie ‘rekontextualisieren’ die auf ihre Gültigkeit im Lichte eines gemeinsamen Interesses aus ihrem Kontext geschnittene Norm, indem sie ihre Anwendung an die angemessene Berücksichtigung aller besonderen Merkmale jeder in Raum und Zeit neu entstehenden Situation binden*. Compare: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 79-80.

⁵⁴⁴ Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 9. Compare: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no**

ao mesmo tempo, superar limitações dos conceitos de razão prática oferecidos pela tradição **aristotélica**, que apoiaria o exame da adequação da norma ao caso concreto na faculdade de julgar, e pela **kantiana**, que, pela sua tendência universalista negligenciaria aspectos da faculdade de julgar no caso concreto, incorrendo em rigorismo abstrato, cego para os fatos e obstinado.⁵⁴⁵

Por isso, sustenta a necessidade de um juízo sob o ponto de vista da contingência, o qual promova uma **adequação**⁵⁴⁶ que leve em consideração todas as características de uma situação dada e, de modo **coerente**, todas as normas que nela interfiram,⁵⁴⁷ observadas as condições limitadas da aplicação (sem disposição de tempo ilimitado e conhecimento infinito).⁵⁴⁸

Essa proposta apresenta interesse teórico enquanto via alternativa de composição de contributos da concepção aristotélica e da kantiana, com foco no direito. Ela concorre, nessa medida, com a proposta alexyana de conciliar argumentação de cunho universalístico num ambiente prático específico e diante de condições pessoais, procedimentais e fáticas limitadas, como ocorre no discurso jurídico. Todavia, as diferenças se revelam intransponíveis.

Günther, em verdade, reputa necessário, à vista das exigências postas pelo princípio da universalização e guiadas pela **imparcialidade**, prover para esta um

direito e na moral: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 20 (prefácio). Até esse momento, Alexy concordaria sem relutância com o argumento.

⁵⁴⁵ Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S.15 ff. Compare: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 24 ss.

⁵⁴⁶ Definida como predicado de uma norma em uma situação em relação a todos os sinais característicos da situação, segundo Robert Alexy a vê na tese de Günther. (Cfr. ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 52, Fn. 2.)

⁵⁴⁷ Essa adequação (*Angemessenheit*) somente poderia ser pensada em conexão com o conceito de coerência (*Kohärenz*), porquanto, segundo Günther, no grau de coerência de uma norma a ser aplicada com todos os sinais característicos relevantes é que se expressará a adequação da norma ou o grau de consideração de todas as circunstâncias especiais, entendendo-se por coerência, a ser avaliada contextualmente, a qualidade da norma de ser coadunável com todas as outras normas que pudessem ser aplicadas à mesma situação. Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 96. Compare: Cfr. GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 116.

⁵⁴⁸ Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 19 ff. Compare: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 29-32.

sentido aplicativo, definido como a “consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de uma situação”⁵⁴⁹ e referente à participação de pessoas e ao procedimento.⁵⁵⁰

Com base nisso, Günther faz reparos não somente à teoria alexyana das normas jurídicas – a ser esmiuçada adiante⁵⁵¹ – mas também ao seu núcleo filosófico concernente à concepção de discurso jurídico enquanto tal e na sua relação com o discurso prático em geral. A discórdia brota já na fundamentação das proposições normativas e vem a desembocar no conceito estrutural de norma jurídica, do qual se nutre a NDFA sob exame.

Günther, com efeito, defende a revisão do conceito de justificação de normas e o deslocamento do fenômeno da colisão para o seu campo próprio, que seria, a seu juízo, o da aplicação de normas e não da fundamentação.⁵⁵² Objeta “(...) que a distinção de regras e princípios tem a ver menos com a **estrutura** de normas do que com sua **aplicação em situações complexas**, nas quais a aplicação imparcial de normas demanda a consideração de todos as características da situação”.⁵⁵³

⁵⁴⁹ Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 25. Compare: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 301.

⁵⁵⁰ Essa separação seria inevitável devido ao desenvolvimento da consciência moral, na medida em que, na passagem da moralidade convencional para a pós-convencional, a validade e a adequação de normas – entrecruzadas em um contexto particular de perspectivas comuns – não conseguiriam mais obter sustentação, o que reclamaria um “sentido aplicativo da imparcialidade” (*ein applikativer Sinn von Unparteiligkeit*), ao lado do vigente no discurso de fundamentação. Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 257. Compare: Cfr. GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 301.

⁵⁵¹ Veja item 5.

⁵⁵² Günther lança mão de um exemplo didático – a colisão da regra de cumprir promessas com a de auxiliar amigo em dificuldade – para ilustrar a sua tese de que é no discurso de aplicação, não no de fundamentação, que se encontra o problema da colisão, diversamente do sustentado por Alexy. Günther socorre-se do caso da promessa que Smith fizera de comparecer a uma festa a que fora convidado, mas que não poderá cumprir sem, ao mesmo tempo, desatender a regra que lhe ordena ajudar seu amigo Jones, que entretantes adoeceu e necessita de seu auxílio. Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 261-276. Compare: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 305-322.

⁵⁵³ Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 269-270. No original: (...) *dass die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien weniger mit der Normstruktur als mit der Anwendung von Normen in komplexen Situationen zu tun hat, in denen die unparteiliche Anwendung von Normen die Berücksichtigung aller Situationsmerkmale verlangt*. Compare: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 315. Após separar os discursos de fundamentação e de aplicação, a teoria de Klaus Günther os reacopla, de modo que atuem lado a lado; através dos primeiros, obtêm-se apenas normas *prima facie*, marcadas pela cláusula *ceteris*

Mais adiante,⁵⁵⁴ censura-lhe a falta de critérios segundo os quais fosse possível avaliar a adequação de um enunciado de preferência na colisão entre princípios num caso concreto,⁵⁵⁵ assim como para distinguir entre normas de direito fundamental e regulamentações jurídicas simples.⁵⁵⁶

O enfrentamento dessa crítica por Alexy divide-se entre uma resposta sintética e uma analítica.

A resposta resumida e incisiva encontra-se numa nota de pé de página de um texto relativamente recente intitulado “A institucionalização da razão”,⁵⁵⁷ por ocasião da abordagem da tese do caso especial em relação com a distinção entre fundamentação e aplicação.

paribus (ou seja, que mantém a validade da norma somente se mantidas invariáveis as circunstâncias gerais e abstratas consideradas) e dependentes, ainda, de uma consideração a ser feita no discurso de aplicação, frente a todas as características da situação concreta e todas as outras normas passíveis de aplicação à mesma situação.

⁵⁵⁴ Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 271. Compare: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 317.

⁵⁵⁵ Não por acaso, Habermas desenvolve crítica semelhante no que tange à alegada ausência de critérios de racionalidade da atividade de ponderação. Além de o modelo de ponderação – segundo Habermas – ressentir-se da falta de critérios racionais para ponderar, ele retira força normativa dos direitos fundamentais, porquanto, na ponderação, os direitos seriam reduzidos ao plano dos objetivos, programas e valores. Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 315.

⁵⁵⁶ Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 272. Compare: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 318. Em nota Günther admite que essa objeção atinge apenas em parte a proposta de Alexy, mas enfatiza que, mesmo parcial, ela tem consequências relevantes. Transcrevo: “Por isso, essa objeção de Alexy acerta apenas em parte. Alexy se refere a normas de direito fundamental e a regras jurídicas ordinárias. Da mesma forma, a objeção teórico-moral aqui aduzida possui consequências morais, uma vez que na sua consequência a distinção entre princípios e regras tem de ser vinculada a pressupostos procedimentais.” Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 383, Fn. 33. No original: *Deshalb trifft dieser Einwand Alexys Vorschlag nur zum Teil. (Sic) Alexy bezieht sich auf Grundrechtsnormen und einfache rechtliche Regeln. Gleichwohl hat der hier vorgebrachte moraltheoretische Einwand rechtstheoretische Konsequenzen, da in seiner Folge die Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln an prozedurale Voraussetzungen zu binden ist.* Compare: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 328, nota de pé de página n. 34.

⁵⁵⁷ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 40, nota 80.

Em virtude do seu caráter altamente elucidativo, transcrevo literalmente:

Klaus Günther objetou que a tese do caso especial ignora que no discurso jurídico não se trata de um discurso de fundamentação, mas de um discurso de aplicação (K. Günther, *Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis"*, in: *Ratio Juris* 6 (1993), S. 143 ff.). A ele deve ser objetado que a jurisprudência deve, na aplicação do direito, desenvolver um sistema de regras de precedentes, se ela quer satisfazer os postulados da igualdade e da certeza jurídica. Mas essas regras são suscetíveis e carentes de fundamentação (R. Alexy, (nota 16), S. 52 ff.).⁵⁵⁸

Uma resposta mais detalhada à crítica pode ser encontrada na obra que publicou em 1995 sob o título “Direito, razão, discurso”, em que dedica uma seção inteira ao tema (“Fundamentação de normas e aplicação de normas”).⁵⁵⁹ Reconhece ali a existência da **distinção** entre fundamentação e aplicação, de uma parte, e, também, entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação, de outra.⁵⁶⁰ Porém, marca sua discordância no tocante ao alcance e à radicalidade que Günther atribui à distinção, bem como às suas consequências. Alexy não concorda em que haja uma **separação** entre fundamentação e aplicação, e nega que no discurso de fundamentação falte **necessariamente** a dimensão da aplicação.

Convém, para o escopo deste trabalho, acompanhar essa dissidência, porquanto crucial para o entendimento da base e dos limites da argumentação jurídica, especialmente no campo conflituado dos direitos fundamentais.

No arrostamento da crítica de Günther, Alexy se debruçou sobre o mesmo exemplo clássico analisado pelo primeiro de um aparente conflito de normas morais.⁵⁶¹ Porém, reformulou as respectivas proposições, de modo a atribuir-lhes um formato

⁵⁵⁸ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 40, nota 80.

⁵⁵⁹ ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 52-70. Não se trata de mera resposta a uma crítica, mas também a refutação da tese nuclear da divisão do discurso em fundamentação e aplicação.

⁵⁶⁰ Alexy concede, nesse mesmo texto, que, no discurso de fundamentação, cuida-se da validade de normas, ou da norma universalmente correta, enquanto que no discurso de aplicação se trata da decisão correta na situação. Admite, ainda, que em condições ideais de discurso, na presença de participação igual e livre ilimitada, tempo ilimitado e ainda conhecimento ilimitado, seria supérfluo um discurso de aplicação especial. Cfr. ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 66 ff.

⁵⁶¹ Trata-se da chamada situação S, correspondente ao caso do Sr. Smith, posto diante do dilema entre violar uma promessa e deixar desamparado seu amigo Jones, entrementes adoecido. Para tanto, estrutura primeiramente as normas que dizem com a situação desenhada (S): “N₁: promessas devem ser cumpridas”; e “N₂: amigo caído em dificuldade deve ser auxiliado.”

condicional, que entende adequado à finalidade da discussão do problema,⁵⁶² e explicitou premissas,⁵⁶³ de forma a estabelecer uma conexão entre aplicação e fundamentação no sentido de que “(...) **também a aplicação da norma deixa conceber-se como fundamentação da norma**”, embora seja uma **norma individual** e não **universal** como na fundamentação.⁵⁶⁴

Essa questão apresenta relevância indiscutível à possibilidade – pressuposta pela NDFA – de extração de normas que possam conciliar a aspiração à universalidade com a concretude necessária para a solução de casos de colisões de direitos fundamentais.

Alexy apercebe-se disso e passa a elucidar o próprio conceito de **colisão**, que Günther impugnara.

Por isso, na sequência da resposta, estende o resultado obtido quanto à conexão entre fundamentação e aplicação para o problema das **colisões**, que levava Günther a separá-las. Mostra, para tanto, que das três alternativas possíveis para o problema da colisão sugeridas pelo caso somente a preponderância da norma que manda ajudar o amigo doente é que se mostra justificada,⁵⁶⁵ sem que haja necessidade de dividir o discurso. Alexy deixar claro que não se trata de um problema de subsunção (semântica), como visto por Günther, mas de colisão (pragmática).⁵⁶⁶

⁵⁶² A saber: “N₁: quem prometeu alguma coisa é obrigado a fazer isso;” e “N₂: quem chega a saber que um amigo caiu em dificuldade e necessita de auxílio, é obrigado a auxiliá-lo.”

⁵⁶³ Trata-se, essencialmente, de premissas semânticas. Reconstruindo as proposições normativas em premissas sobre o que Smith prometeu e ficou sabendo, e acrescentando uma premissa atinente ao significado de palavras, Alexy obtém a forma de um argumento que contempla a aplicação das duas normas à situação S, concluindo pela norma individual seguinte: “Smith é obrigado a auxiliar Jones.”

⁵⁶⁴ ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 59. (Destaquei.) No original: *Die bisherigen Überlegungen führen zu zwei einfachen Einsichten. Die erste lautet, dass auch die Normanwendung sich als Normbegründung auffassen lässt. Sie unterscheidet sich in ihrer logischer Form von dem, was gemeinhin 'Normenbegründung' genannt wird, nur dadurch, dass der Gegenstand der Begründung nicht eine universelle, sondern eine individuelle Norm ist.*

⁵⁶⁵ Alexy demonstra que as outras duas alternativas seriam (1) a validade de ambas; (2) a validade de nenhuma; ambas se mostram inaceitáveis, porque (1) redundaria na trágica solução de que necessariamente uma delas estaria violada com o cumprimento da outra; e (2) implicaria a anulação recíproca das normas e, pois, a inexistência de obrigações. A terceira alternativa, que Alexy defende, reside em entender que somente uma delas vale, a saber, aquela que manda ajudar o amigo doente. Alexy indica que às vezes Günther parece preferir a solução segunda. Porém, ainda que ambos concordassem com a terceira solução, as consequências extraídas por Alexy e Günther divergem, notadamente quanto à cisão entre fundamentação e aplicação.

⁵⁶⁶ ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 58.

A resposta à crítica também se faz mediante o apontamento das **desvantagens** da postura adotada por Günther quanto ao discurso, como o **deslustre** da **universalidade** e da **igualdade** – princípios morais elementares para a razão prática – em decorrência da inviabilização de práticas de decisão universalistas, e a **contradição**, pois a coerência normativa almejada finda por ser excluída pela liberação da aplicação em face da fundamentação.⁵⁶⁷

Alexy reconhece que Günther tenta sair dessa contradição no exame da indeterminação semântica e da colisão, mas não consegue dar-se conta de que tanto em uma como em outra “(...) a decisão sobre a adequação em uma situação concreta abarca, no plano das normas, modificações suscetíveis e carentes de fundamentação”.⁵⁶⁸

Para uma teoria de justificação de NDFA, cujo nascedouro reúne indeterminação normativa e colisão de direitos fundamentais, a questão posta e os resultados obtidos assumem relevância central.

Não é, pois, um conceito aplicativo autônomo baseado na ideia de adequação e coerência que se mostra apto a explicar a possibilidade da extração de normas de

⁵⁶⁷ Alexy torna claro que a cisão se traduz na impossibilidade de aplicação de normas universais e na correspondente impossibilidade de uma prática de decisão universalista, na medida em que as relações entre normas e sua aplicação em decisões singulares adquirem um caráter *ad hoc*. Por sua vez, esse mesmo caráter *ad hoc* levará de roldão também o postulado fundamental – de natureza moral – da igualdade, pois não há garantia de que a cada situação não se chegue a resultado diverso, a despeito da igualdade geral entre indivíduos. Por isso, também a coerência se perde. Cfr. ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 61. No original: *Eine universalistische Entscheidungspraxis ist in dieser Konstruktion nicht möglich. Die Beziehung zwischen der Ebene der prima facie-Normen und der definitiven Entscheidungen haben ad hoc-Charakter. Das fundamentale moralische Postulat der Gleichbehandlung greift ins Leere, weil es im spärlich ausgestatteten normativen Universum dieser Konstruktion nichts geben kann, was Gleichbehandlung gewährleisten könnte. Es gibt nur definitive individuelle Normen, die ganz auf einzelne Situationen zugeschnitten sind, und einfache prima facie-Normen wie N_1 und N_2 , die in jeder Neuen Situation neu gewichtet werden müssen. Normative Kohärenz lässt sich in einem solchen System nicht herstellen.*

⁵⁶⁸ ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 62. No original: *Sowohl im Unbestimmtheits- als auch im Kollisionsfall schliesst die Entscheidung über die Angemessenheit in einer konkreten Situation auf der Ebene der Normen begründungsfähige und begründungsbedürftige Modifikationen ein.* Alexy deixa reproduzir no plano das normas as decisões concretas, inserindo cláusulas de exceção no caso de colisão com outra(s) norma(s), porém, sempre sob a necessidade de justificação dessa inserção num discurso de fundamentação. Klaus Günther, segundo Alexy, nega que essa nova norma, que resolve a colisão mediante a inserção de cláusula de exceção, reintroduza a fundamentação no plano da aplicação. Aquele prefere a solução de que, na interpretação, as normas são vistas como integrantes de um **sistema coerente ideal**, que dispensa a fundamentação da inclusão de uma cláusula de exceção. Então, se a norma serve a esse sistema coerente ideal, a sua aplicação se resolve com mera interpretação (desenvolvendo-se esta dentro dos limites de sentido e das normas válidas em comum) e dispensa um discurso de fundamentação.

direitos fundamentais não diretamente expressas em texto constitucional. A fundamentação e, no âmbito global desta, também a argumentação, mostram-se imprescindíveis em todas as etapas da construção de normas de solução de casos.

A solução de postular a **coerência num sistema ideal**, preconizada por Günther com relação à colisão, não colhe, porquanto a nova norma, resultante da solução da colisão mediante inserção de cláusula de exceção, não é idêntica à mera soma das normas anteriores; como ela é diferente delas e da mera soma delas, precisa de uma fundamentação que não se exaure num discurso de mera aplicação; ela pode ser contestada pelos participantes do discurso de fundamentação. Além disso, o conceito de “sistema coerente ideal”, advogado por Günther, não pode servir como cartola mágica, donde tudo se pode sacar; a coerência, ao contrário, exige fundamentação, não é dada onticamente.

É verdade que, também para Alexy a coerência apresenta grande relevância teórica, a ponto de designá-la como postulado⁵⁶⁹ correspondente a uma condição fundamental da racionalidade do decidir e fundamentar jurídico.⁵⁷⁰

Porém, como ele demonstra exaustivamente, a coerência em teorias ou sistemas normativos tem um desempenho limitado em decorrência de fragilidade imposta pela insuficiência dos critérios de coerência para a definição do sistema preferível (há necessidade de recorrer a uma avaliação para além daqueles critérios), ao seu caráter formal (conteúdos injustos ou irracionais podem não ser excluídos) e à incompletude, pela carência de premissas normativas e valorações adicionais. Disso deriva Alexy a necessidade de um complemento do plano do sistema por um plano procedimental, no

⁵⁶⁹ ALEXY, Robert. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 117. Na introdução do texto, Alexy menciona o postulado da coerência. Aqui a eleição do termo “postulado” se mostra coerente com a tradição kantiana de uso para algo que representa condição de possibilidade de outra coisa ou ideia.

⁵⁷⁰ Em texto mais recente, Alexy reconheceu à analogia o estatuto de esquema básico de aplicação do direito e lhe atribuiu a tarefa de buscar, através do raciocínio comparativo, a coerência do direito, mas não de forma livre em relação aos demais esquemas básicos, a saber, da subsunção e da ponderação. Cfr. ALEXY, Robert. *Two or Three?* In: BOROWSKI, Martin (Hg.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119 (2010), S. 9-18. Também acessível pelo seguinte documento eletrônico: http://www.steiner-verlag.de/uploads/tx_crondavtitel/datei-datei/9783515096089_p.pdf, acesso em 18.09.2012. Para mais detalhes sobre os esquemas básicos e suas relações recíprocas, ver adiante o item 8.5.2.

qual desempenham um papel decisivo pessoas e suas atuações argumentativas; a união desses planos é provida pela ideia de fundamentação.⁵⁷¹

De modo consentâneo com esse entendimento, Alexy, não obstante reconheça na coerência “um elemento essencial da racionalidade e, enquanto tal, imprescindível para a teoria do discurso jurídico racional”,⁵⁷² não a toma como ideia dominante, como o fizera Savigny, ou como o critério único ou superior para decisão da correção de uma interpretação.⁵⁷³

Mais, Alexy entende que a ascensão do discurso de aplicação, em Günther, a um discurso de coerência, finda por degenerá-lo na tópica, ou seja, em discurso de *topoi*, porque a exclusão das colisões do discurso de fundamentação reduziria o âmbito deste à discussão de normas que jamais se estabelecem (por permitirem a ilimitada maximização dos lucros individuais ou por violarem aos interesses dos participantes) e à “(...) mera produção de argumentos gerais para discursos de aplicação e de regras empíricas para casos-padrão”.⁵⁷⁴

Mas será que a teoria da argumentação jurídica de Alexy, ao não tomar a sistematicidade e a coerência num nível tão elevado, não recai no problema, identificado na tópica e na hermenêutica, de uma excessiva abertura?

Não incidiria numa espécie de “argumentar no sistema aberto”?

Merece registro, nesse ponto, a análise crítica que Kaufmann efetuou em relação à teoria da argumentação em geral, na qual insere a de Alexy, cuja “Teoria da

⁵⁷¹ ALEXY, Robert. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 130. Sobre o aspecto existencial no argumento básico da fundamentação das normas do discurso, ver acima item 3.2.4.4.

⁵⁷² ALEXY, Robert. *Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs*, in: ALEXY, Robert et al. **Elemente einer juristischen Begründungslehre**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S.116.

⁵⁷³ Sobre a relação entre **interpretação** e **argumentação**, cfr. também ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 77-92.

⁵⁷⁴ ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 66. No original: (...) *nur noch die Produktion von Allgemeinen Argumenten für Anwendungsdiskurse und Faustregeln für Standardfälle*.

argumentação jurídica” cita, entre outras obras.⁵⁷⁵ Kaufmann utiliza a expressão “argumentar no sistema aberto” para reunir tentativas – como a teoria da argumentação e a hermenêutica – de escapar do aprisionamento da ideia racionalista do sistema fechado, característico tanto do positivismo como do direito natural tradicional.⁵⁷⁶

Contudo, tanto ao estabelecer os pontos comuns como ao ocupar-se de fazer uma clivagem entre teoria da argumentação e hermenêutica, transparecem críticas mais agudas em relação à primeira. Kaufmann chega a afirmar que “(...) o pensar subsuntivo é estranho à teoria da argumentação”⁵⁷⁷ e que a teoria da argumentação coincidiria com a hermenêutica quanto à defesa de um “sistema aberto”, ou, ao invés de um sistema, de apenas “pensar o problema”.⁵⁷⁸

Aponta ainda que, apesar de comungarem da abertura do sistema e da crítica à teoria clássica dos cânones de interpretação, elas apresentam divergências relevantes. Segundo Kaufmann, a teoria da argumentação seria anti-ontológica e anti-hermenêutica, porque veria – equivocadamente – a hermenêutica como uma metafísica irracional, além de insistir numa objetividade e pretensão de completude de que a hermenêutica já abriu mão. Reprocha, ainda, os teóricos da argumentação por não darem conta do problema do relativismo e por se aferrarem a uma anacrônica posição de recusa ao pluralismo na ciência e na filosofia.⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ KAUFMANN, Arthur. *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2011, S. 102, Fn. 255. O acesso a esse texto, que é parte de obra coletiva, pode ser feito em português sob o seguinte título: KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 55-208.

⁵⁷⁶ KAUFMANN, Arthur. *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2011, S. 99. No original: *argumentieren im offenen System*.

⁵⁷⁷ KAUFMANN, Arthur. *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2011, S. 103. No original: *Auch das Subsumtionsdenken ist der Argumentationstheorie fremd*.

⁵⁷⁸ KAUFMANN, Arthur. *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2011, S. 104. No original: (...) “*offenes System*” oder überhaupt kein System stattdessen “*Problemdenken*”.

⁵⁷⁹ KAUFMANN, Arthur. *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2011, S. 102 ff. São citados no texto

A resposta a essa crítica pode, nesse particular, adotar duas posições.

A primeira consiste em demonstrar que a argumentação ferida no campo do direito possui, sim, especificidade ao conferir especial valor aos elementos que o sistema jurídico institucionalizado lhe oferece como ponto de partida da argumentação, como a lei, os precedentes e a dogmática.⁵⁸⁰

A segunda consiste em mostrar que, com relação a tais elementos institucionais, a importância da subsunção está assegurada para além da dúvida; além disso, ela tem lugar garantido ainda quando se conjugue com a argumentação por meio de ponderação e mesmo com a analogia.⁵⁸¹

Alexy, todavia, ainda deve responder ao segundo argumento de Günther para a autonomia do discurso de aplicação em relação ao de fundamentação. Trata-se do argumento de que, enquanto no discurso de fundamentação se trata da **validade** de uma norma, no de aplicação se trata da **correta decisão** em uma determinada situação.

O argumento merece consideração, não somente pela proximidade com a ideia da pretensão de correção sustentada pela teoria do discurso, mas também pela ênfase em se manter um conceito unitário de validade.

Alexy de fato aceita a distinção sugerida, mas não todas as consequências que dela Günther extrai. Primeiro, faz ver que, ao contrário do pressuposto por este último, num discurso de fundamentação as situações de aplicação não são consideradas apenas ilustrativamente. Mostra, antes, que é necessária a referência a situações de aplicação também em discursos de fundamentação, porque, “(...) sem referência a situações de aplicação, os participantes do discurso não podem comprovar quais consequências uma

autores que atribuem a Alexy a pretensão de completude dos argumentos e de exclusão dos acasos. (Idem, S. 262, Fn. 262.)

⁵⁸⁰ Sobre a especificidade da argumentação jurídica judicial, veja análise mais detalhada adiante, item 3.2.6.

⁵⁸¹ Veja-se adiante, análise específica da questão da subsunção, item 8.5.

norma provavelmente terá para os interesses dos afetados por ela”.⁵⁸² Depois, estabelece o alcance restrito da distinção, que não implica a separação de formas de discurso.⁵⁸³

Assim, pode objetar a Günther que este duplica desnecessariamente o mundo do discurso,⁵⁸⁴ postulando uma forma nova para algo que consiste apenas numa variante da mesma forma, correspondente a uma operação distinta.

A controvérsia reflete-se intensamente nas consequências para o conceito de interpretação. Não se trata somente de perceber que a teoria das normas se veria afetada pela proposta güntheriana de cindir o discurso; a própria noção de interpretação do direito fundamental posto em textos constitucionais seria amputada pela redução imposta ao conceito de fundamentação, porquanto a interpretação se perfaz por meio de argumentos.

Esse corte do alcance da interpretação é percebido por Alexy como consequência da concepção güntheriana de limitação da fundamentação à **situação hipotética**, que seria uma situação artificialmente simplificada, fundamentalmente distinguível das genuínas situações de aplicação. Mostra que Günther, ao restringir ao discurso de aplicação à possibilidade de considerar todas as características de uma situação, trabalha

⁵⁸² ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 66. No original: *Ohne Bezug auf Anwendungssituationen können die Diskursteilnehmer nicht feststellen, welche Konsequenzen eine Norm für die Interessen der von ihr Betroffenen voraussichtlich haben wird.*

⁵⁸³ Diz Alexy: “Para discursos de aplicação é constitutiva a questão de qual é a solução correta **em uma situação determinada**, para discursos de fundamentação, qual **norma universal** é correta. Porém, de que essas duas questões devem ser distinguidas ainda não resulta que existam duas formas de discurso essencialmente diferentes.” Cfr. ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 66-67. No original: *Für Anwendungsdiskurse ist die Frage konstitutiv, was die richtige Lösung in einer bestimmten Situation ist, für Begründungsdiskurse, welche universelle Norme richtig ist. Doch daraus, dass zwei Fragen zu unterscheiden sind, folgt noch nicht, dass zwei essentiell verschiedene Diskursformen existieren.* (Os destaques já constam do original.)

⁵⁸⁴ Alexy não o diz expressamente, mas pode-se vislumbrar aqui um objeto propício para a aplicação do princípio da parcimônia de Ockham, a justificar o corte na duplicação desnecessária de entes, feita por Günther. Se, como pretende Günther, a diferença consiste em que no discurso de fundamentação apenas se labora com situações hipotéticas e exemplares, incumbia-lhe o ônus de clarear tais conceitos, para distingui-las do trabalho diante de situações reais. Segundo a conhecida “navalha de Ockham”, não se deve admitir a pluralidade sem necessidade (*pluralitas non est ponenda sine neccesitate*) nem se deve fazer por muitas coisas o que se pode fazer por menos. Esse princípio da economia ou parcimônia está exposto na discussão de problemas epistemológicos sob o título *Ordinatio*, onde Ockham assenta que “(...) desde que bastam as causas existentes na parte intelectual, em vão se admitem outras causas.” Cfr. OCKHAM, William of. *Ordinatio*. In: DUNS SCOT/OCKHAM. **Escritos filosóficos/Seleção de obras**. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 117 (Os pensadores).

com a **interpretação do caso padrão**, que redundando no discurso de *topoi* e tem como consequência fatal que as novas normas, produzidas pela decisão de cada caso concreto, ou as normas modificadas a cada vez, não poderiam mais ser fundamentadas.

Uma segunda possibilidade de redução do alcance da interpretação pode ser chamada de **interpretação de aproximação**, que Alexy descreve como aquela na qual as situações hipotéticas de aplicação não somente **podem**, mas mesmo **devem** ser, num discurso de fundamentação, tão multiformes quanto possível, através da agregação da fantasia e da experiência dos participantes. Essa interpretação reduz a diferença entre fundamentação e aplicação, embora não a dirima.

Num balanço do debate com Günther, Alexy concede que a **situação de aplicação concreta** tenha genuíno significado teórico-discursivo, por dois motivos: ser uma espécie de **teste** de normas e uma **ligação com a historicidade**.

O primeiro motivo consiste em que a situação concreta representa um **teste** especial para a norma, porque é para ela uma instância falibilística. A consideração de todas as circunstâncias implica, ainda, a atenção para a riqueza da experiência e mesmo para a biografia de cada participante. Se a norma pretende estar adequada de acordo com o postulado fundamental da racionalidade consistente na consideração de todas as circunstâncias, e, no entanto, vem a falhar diante de uma situação concreta, isso tem consequências não apenas para a sua adequação à situação, mas também para a sua fundamentação racional. As consequências dizem com a refutação da que falhou e com a precisação ou criação de outras, mediante novas fundamentações.

Isto claramente não se limita a questões de aplicação,⁵⁸⁵ e, para o tema sob exame neste trabalho, liga-se diretamente à discussão da racionalidade das normas de direito

⁵⁸⁵ Alexy destaca que “(...) a norma precisada, modificada ou criada *ex novo* por motivo de um caso deve ser suscetível de justificação em um discurso de fundamentação, e a norma rejeitada deve poder ser mostrada como não-fundamentável.” Cfr. ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 69. No original, o trecho inteiro assim soa: *Jedes entwickelte Rechtssystem zeigt, wie die Berücksichtigung aller Umstände zu einem permanenten Prozess der Präzisierung, Änderung, Verwerfung und Neuschöpfung von Normen führt. Insofern ist die konkrete Anwendungssituation eine unverzichtbare fallibilistische Instanz. Das ist aber auch alles. Die anlässlich eines Falles präzisierter, geänderte oder neu geschaffene Norm muss in einem Begründungsdiskurs rechtfertigungsfähig sein, und die verworfene Norm muss als nicht begründbar erwiesen werden können.*

fundamental não imediatamente estatuídas e construídas em determinados casos, com vista à sua viabilidade de regular outros casos.

Um segundo motivo para a relevância teórico-discursiva da situação de aplicação se identifica em que, por meio da aplicação, o discurso entra em **conexão com o mundo social e a história**. Além de fornecer material falibilístico, a situação concreta de aplicação conecta o discurso com a historicidade, especialmente pela razão de que as normas, quando contrastadas com a experiência histórica e quando não for mais aceita a sua aplicação, rendem ensejo à reação dos participantes, seja para modificá-las, seja para instituir novas, sempre através de um discurso de fundamentação. Por fim, Alexy conclui:

A sobrevalorização do discurso de aplicação para um equivalente de mesma hierarquia do discurso de fundamentação seria, contudo, uma conceptualização errônea dessa relação. O fato de que cada discurso de aplicação necessariamente abarca um discurso de fundamentação, do qual depende o seu resultado, proíbe contrapor discursos de aplicação e de fundamentação como duas formas de discurso independentes.⁵⁸⁶

Esse segundo motivo relaciona-se, mais uma vez, com o caráter institucional da razão prática sustentado por Alexy e que, do ponto de vista da NDFA, repercute no campo da legitimidade da atividade do tribunal constitucional.⁵⁸⁷

A questão da vinculatividade da argumentação jurídica e dos seus reflexos encontra-se respondida por Alexy em vários momentos da obra em que sustenta o caráter multidimensional de sua teoria do direito, que abrange um elemento autoritativo ou institucional.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ ALEXY, Robert. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 70. No original: *Die Aufwertung des Anwendungsdiskurses zu einem gleichrangigen Gegenstück des Begründungsdiskurses wäre jedoch eine falsche Konzeptualisierung dieses Verhältnisses. Die Tatsache, dass jeder Anwendungsdiskurs notwendig einen Begründungsdiskurs einschliesst, von dem sein Ergebnis abhängt, verbietet es, Anwendungs- und Begründungsdiskurse als zwei selbständige Diskursformen gegenüberzustellen.*

⁵⁸⁷ Para mais detalhes veja adiante, item 4.

⁵⁸⁸ Dentre outros itens, o mais específico é o de n. 3.2.4.2.2.

3.2.5.3. Resultado parcial (item 3.2.5.)

Diante de tudo o que se divisa na análise acima (resposta à crítica), não é difícil compreender que a NDFA está no epicentro desse problema da cisão, ou não, do discurso entre fundamentação e aplicação, e, em geral, com a questão da tese do caso especial.

A manter-se a tese de Günther, a solução de problemas de colisão com a edificação de novas NDFA seria uma questão apenas de aplicação e, pois, dispensaria a inserção num discurso de fundamentação. A consequência seria que, ou se nega a possibilidade de produção de normas por associação, ou então se considera que as mesmas são meras questões de interpretação padrão, sem maior exigibilidade de fundamentação, o que carrega consigo algum grau de arbítrio judicial. Ao final, retomar-se-á o trabalho com conceitos essencialistas⁵⁸⁹ e tipos estreitos,⁵⁹⁰ que já contém todos os conteúdos possíveis de aplicação da norma e que são coerentes entre si, previamente, num sistema ideal; em síntese, a riqueza de conteúdo dos direitos fundamentais ficará reduzida à interpretação do caso padrão ou a *topoi*.

A NDFA assoma, portanto, como teste para que a argumentação jurídica possa ser feita racionalmente, com recursos e técnicas rastreáveis, de modo que os direitos fundamentais não percam, mas ganhem em resistência e eficácia, favorecidos pela edificação, ao término do procedimento de ponderação, de regra que permita a subsunção de casos concretos.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ Veja-se, por exemplo, quão problemático era o antigo conceito de igualdade, por conduzir a uma fórmula vazia como “essencialmente igual”, entrementes substituído na jurisprudência do TCF pela nova fórmula, que incorpora elementos argumentativos que permitem maior concretude. Segundo a nova fórmula, deve ser perguntado, no exame da proporcionalidade com respeito ao princípio da igualdade, se não existem diferenças de tal tipo e de tal peso que pudessem justificar o tratamento desigual. Cfr. MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 199. Cfr. também MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. **JuS**, 2001, Heft 7, S. 654-659; Heft 8, S. 764-767; Heft 9, S. 866-870.

⁵⁹⁰ Sobre o conceito de tipo, ver mais detalhes no item 6.2.2.3.4.

⁵⁹¹ Para os desdobramentos dessa possibilidade, ver itens 7., 8. e 9.

Há um outro motivo pelo qual não se pode negar a relevância da tese do caso especial em relação à obtenção de normas de direito fundamental não diretamente estatuídas no texto constitucional.

A referida tese ilumina a problemática relação que existe entre o direito e o restante do discurso prático. Se o direito fosse um compartimento estanque do discurso prático geral, não haveria nele qualquer espaço para a ponderação de bens e interesses, que nele ingressam a partir do discurso prático geral, enquanto justificação externa de norma associada. Dessa maneira, como pontifica Alexy, há entre ambas uma relação de implicação recíproca: “A ponderação de bens é a justificação externa dessa norma.”⁵⁹²

Se, ao contrário, o direito estivesse diluído em meio ao discurso prático geral, sem qualquer elemento de distinção, sem consistência interna nem especialidade, então o ir-e-vir na argumentação não teria limites. Não haveria por que falar em normas de direito fundamental associadas, porquanto não haveria por que buscar vinculação de normas a alguma determinação em texto constitucional. A fluidez teria um preço insuportável, arrastaria consigo a segurança jurídica e, quiçá, a própria possibilidade de um conceito de direito. Seria, enfim, a negação do caráter institucional do direito, ou seja, o temido governo dos homens ao invés do governo das leis.⁵⁹³

⁵⁹² ALEXY, Robert. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen in: ALEXY, Robert et al. Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 21. No original: *Das BVerfG begründet im Wege der Güterabwägung eine neue universelle Norm, unter die der Fall subsumiert werden kann. Zwar gibt es, wie noch zu zeigen sein wird, auch die Möglichkeit eines unmittelbaren Schrittes von der Güterabwägung auf das Ergebnis, diese Möglichkeit ist jedoch sekundär. Die Güterabwägung ist die externe Rechtfertigung dieser Norm.*

⁵⁹³ Essa expressão encontra-se referida no célebre caso *Marbury vs. Madison*; contudo, como refere Weinreb, a construção dicotômica acerca do governo de leis e de homens possui registros bem mais antigos e encontra-se na base do conceito de estado de direito e de *rule of law*. Cfr. WEINREB, Lloyd L. *Legal reason. The use of analogy in legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 147. Aristóteles já expressara a sua convicção quanto à superioridade da lei na descrição das formas de governo, embora a generalidade das leis torne indispensável o congresso de magistrados para aplicação aos casos particulares. Cfr. ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 152 ss. Posner igualmente associa o *rule of law* a essa distinção entre governo das leis e não dos homens, para justificar a necessidade de alguns limites (*constraints*) para a atividade judicial, a fim de que tenha algum grau de generalizabilidade, preditibilidade e publicidade, pois do contrário colapsaria e se tornaria poder político bruto; todavia, enfatiza que a independência judicial é um grande valor social; por seu turno, o termo aristotélico justiça corretiva (*corrective justice*), conquanto seja melhor para designar como elemento definidor do protocolo judicial a abstração das características pessoais dos litigantes, também apresenta desvantagem por sugerir que a função judicativa se restrinja a corrigir males e não inclua estabelecer algum benefício. Cfr. POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 89 s.

Sem dúvida, podem-se imaginar outras configurações em torno do direito, mas daí haveria necessidade de uma nova definição deste. Se ele não pode abrir mão de sua natureza prática e, ao mesmo tempo, de alguma conexão com elementos morais ideais, então a relação entre direito e o restante do universo em que se encontra (tomado como integrante do conceito de discurso prático geral) dificilmente pode ser mais bem explicada que pela tese do caso especial. E sem esta, há grande dificuldade de cogitar a abertura para a ponderação e, por meio desta, da associação de normas de direito fundamental a fixações já levadas a termo pelo constituinte.

3.2.6. Da especificidade da justificação das proposições normativas judiciais

Como acima explicitado, a justificação de proposições normativas, de acordo com o pensamento explicitado neste trabalho, faz-se por meio de dois tipos de justificação, a interna e a externa, que correspondem, com alguns ajustes, como Alexy esclarece, a distinções entre justificações de primeira e segunda ordem (*first-order and second-order justification*),⁵⁹⁴ ou entre “esquema principal” e “esquemas(s) secundário(s)”.⁵⁹⁵

Tanto Alexy quanto MacCormick destacam a relevância do caráter dedutivo e completo da argumentação que se processa nesse primeiro nível, que é o da justificação

⁵⁹⁴ Essa distinção é, segundo Alexy, encontrada em MACCORMICK, ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 80. De fato, MacCormick, ao estudar a argumentação jurídica, dedica espaço e importância a uma justificação realizada por meio de argumentos dedutivos (caps. II-IV, *deductive justification*), que é de primeira ordem, mas não deixa de relevar um segundo tipo de justificação, que designa “justificação de segunda ordem” (cap. V – *second-order justification*). A necessidade da distinção é assim explicada: “Às vezes é possível justificar decisões judiciais por argumentos dedutivos cujas premissas são regras jurídicas válidas e proposições de fato ‘provado’. Dadas certas pressuposições sobre a natureza do sistema jurídico e as obrigações das autoridades judiciais, tais justificações são conclusivas. Mas podemos esgotar regras sem esgotar a necessidade de decisões judiciais, porque regras são obscuras, ou porque a classificação apropriada dos fatos relevantes é discutível, ou mesmo porque há controvérsia sobre se existe ou se, no fundo, não existe mesmo fundamento jurídico para certa pretensão ou decisão no direito. A questão realmente interessante sobre argumentação jurídica é: como ela pode proceder quando, nesse sentido, nós ‘esgotamos regras?’” Cfr. MACCORMICK, Niel. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978, with corrections 1994, p. 100. No original: *It is sometimes possible to justify legal decisions by deductive arguments whose premises are valid rules of law and propositions of ‘proven’ fact. Given certain presuppositions about the nature of legal systems and the obligations of legal officials such justifications are conclusive. But we can run out of rules without running out of the need for legal decisions – because the rules are unclear, or because the proper classification of relevant facts is disputable, or even because there is dispute whether there is or not any legal ground at all for some claim or decision at law. The really interesting question about legal argumentation is: how can it proceed when in this sense we do ‘run out of rules’?*

⁵⁹⁵ Alexy cita a distinção entre *Hauptschema* (esquema principal) e *Nebenschemata* (esquemas secundários), referindo-a a Koch e Rüssmann. Cfr. ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 80.

interna. Nela se opera formalmente e com segurança, porque, desde que, observadas regras lógicas de inferência, a certeza e correção da conclusão decorre da verdade das premissas.

Todavia, essa justificação se revela incompleta, exatamente por não contemplar as premissas utilizadas na argumentação de primeira ordem. Portanto, para uma teoria da argumentação que não se limita ao estreito espaço da lógica jurídica dedutiva, são igualmente relevantes as regras (e indagações) relativas à denominada **justificação externa**.

Essa relevância se torna especial quando se trata das normas sob estudo neste trabalho, porquanto, a fundamentação das NDFAs se opera no âmbito da justificação externa.⁵⁹⁶ É nesse terreno, ademais, que são abordadas as regras da interpretação, da dogmática, do precedente e demais instrumentos de grande relevo para a extração de quaisquer normas.⁵⁹⁷

A justificação **externa** diz, assim, com as premissas que a justificação interna definiu como as carentes de justificação no discurso prático geral.

Numa simplificação posterior à explanação feita na “Teoria da argumentação jurídica”, no texto “Interpretação jurídica”,⁵⁹⁸ Alexy sustenta que na justificação externa têm lugar argumentos de dois tipos, segundo a sua natureza, a saber: (1) os **institucionais**, que se qualificam por serem possíveis somente no quadro institucional de um sistema jurídico e por haurirem o seu vigor na autoridade do direito positivo; de acordo com o

⁵⁹⁶ Ver adiante o item 9.2.1.

⁵⁹⁷ Um terceiro e importante motivo diz com o peculiar interesse despertado pela possibilidade da inserção e justificação de premissas não extraídas diretamente do direito positivo. Tais premissas, que uma argumentação precisa e minuciosa há de explicitar na justificação interna, caso empregadas, não são justificáveis nesta e, sim, na externa. Na **externa**, com efeito, são passíveis de justificação premissas que radicam no discurso prático geral. Todavia, não está liberado o recurso, sem mais, a tais espécies de premissas, porque, como ensina Alexy: “Na justificação interna fica claro que premissas tem de ser justificadas externamente.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 283. No original: *In der internen Rechtfertigung wird deutlich, welche Prämissen extern zu rechtfertigen sind*.

⁵⁹⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 70 ff. No prefácio, o autor esclarece que não está sendo revogado, com a nova classificação, o que foi explanado na “Teoria da argumentação jurídica”, apenas se buscou a vantagem da simplicidade. Naquela obra, Alexy distinguia, dentre as premissas de argumento, regras de direito positivo, enunciados empíricos ou premissas que não se enquandram nas duas categorias anteriores; enumerava seis grupos de instrumentos da justificação externa, a saber, regras e formas de: (1) interpretação; (2) argumentação dogmática; (3) uso dos precedentes; (4) argumentação prática geral; (5) argumentação empírica; (6) formas especiais de argumentos jurídicos.

critério que os preside, subdividem-se em linguísticos, genéticos e sistemáticos; e (2) os **práticos gerais**, ou **substanciais**, os quais retiram sua força e peso da correção do seu conteúdo, isto é, seguem exclusivamente um critério de correção material, podendo classificar-se em teleológicos e deontológicos.

Importante destacar que a argumentação com base em argumentos semânticos – subdivisão dos linguísticos, ao lado dos sintáticos – poderá conduzir a um resultado definitivo, seja para a subsunção de um fato à norma, seja ao seu contrário (exclusão), ou pode ocorrer que se limite à comprovação da ambiguidade, vagueza ou o caráter valorativo (*evaluativ*) do conceito, e o fato cai, então, num espaço semântico.⁵⁹⁹

Argumentos **sistemáticos**, por sua vez, repousam sobre a ideia de unidade e coerência do sistema jurídico, e podem ser divididos em 8 (oito) subgrupos: (1) asseguradores de consistência; (2) contextuais; (3) sistemático-conceituais; (4) de princípio (e.g. na ponderação); (5) jurídicos especiais (e.g.. analogia);⁶⁰⁰ (6) por precedentes; (7) históricos; e (8) comparativos.

Dentro dessas subespécies, merecem atenção especial, considerando os objetivos desta investigação, os **argumentos de princípio**, porquanto têm por função a aplicação de princípios contidos no sistema jurídico na interpretação de normas, o que, nos chamados casos difíceis normalmente implica a ponderação de princípios, e os **argumentos por precedentes**, porquanto, como Alexy acentua, uma das peculiaridades da argumentação jurídica no terreno dos direitos fundamentais reside em que a base desta última é feita pela lei (incluindo aí texto e vontade constitucionais), pelos precedentes e pela dogmática.⁶⁰¹

Ao invés das regras e formas da interpretação desenvolvidas na “Teoria da argumentação jurídica”, mais recentemente resumiu as regras da interpretação e, pois, da argumentação jurídica, a apenas dois tipos: (1) regras sobre quando e como argumentos

⁵⁹⁹ *Semantischer Spielraum*, cfr. ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 86.

⁶⁰⁰ Sobre a relevância e abrangência da analogia na argumentação jurídica, cfr. WEINREB, Lloyd L. *Legal reason. The use of analogy in legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

⁶⁰¹ Todavia, texto e vontade estão longe serem suficientes, sobretudo nos chamados casos difíceis. Nesse sentido é a resposta que Alexy fornece a Klement, quando este atacava a teoria dos princípios ao argumento de que solaparia o poder vinculante do texto constitucional. Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 7 to Jan Henrik Klement*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 337. No original: *Wording and intention, however, do not suffice to solve the problems that arise in hard cases of constitutional law*.

distintos devem ser empregados⁶⁰² e (2) regras de segundo grau, que dispõem sobre a ponderação de argumentos em conflito, ou seja, regras de primazia.⁶⁰³

Alexy sugere regras de segunda ordem, explicitando, porém, que se trata de uma **primazia *prima facie***, que pode ceder em função de argumentação bem sucedida em sentido contrário.⁶⁰⁴ Assim, com o nítido propósito de enfatizar a relevância da autoridade do legislador – apoiado nos princípios democrático, da repartição dos poderes e do estado de direito – e do postulado da coerência, assenta a primazia *prima facie* geral dos argumentos linguísticos sobre os demais e, em harmonia com a tese do caso especial e do modelo procedimental de quatro níveis, firma a primazia *prima facie* dos institucionais (linguísticos, genéticos e sistemáticos) sobre os práticos gerais.

A despeito da simplificação posteriormente levada a efeito no desenho alexyano da argumentação e da interpretação, permanecem válidas algumas teses centrais expostas na “Teoria da argumentação jurídica”, dentre as quais, além das já citadas, cabe arrolar: (1) o requisito da saturação das premissas, para que a argumentação possa gozar de logicidade e substancialidade;⁶⁰⁵ (2) a relevância relativa dos chamados “cânones de interpretação”, que recebem função central de fundamentação⁶⁰⁶ e estão sujeitos a conflitos com outros argumentos;⁶⁰⁷ (c) a relação interna entre interpretação, fundamentação e argumentação.

⁶⁰² Alexy exemplifica-o com a regra de que todos os argumentos incidentes devam ser considerados. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 306: *Alle Argumente der zu den canones der Auslegung zu rechnenden Form, die möglicherweise vorgebracht werden könnten, sind zu berücksichtigen*. Cfr. Também ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 89.

⁶⁰³ A ideia de ponderação de argumentos colidentes, inclusive no plano dos cânones de interpretação, já se encontrava na “Teoria da argumentação jurídica”. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 306. No original: *Die Bestimmung des Gewichtes von Argumenten verschiedener Formen hat nach Gewichtsregeln zu erfolgen*. Aqui assoma um ganho sobre a postura de Hart de apenas enunciar a insuficiência dos cânones interpretativos.

⁶⁰⁴ Cfr. ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 89-91.

⁶⁰⁵ Essa cautela impede o “palavreado vazio” (*leeres Gerede*), perigo que pode ser especialmente grave no âmbito da extração de normas de direito fundamental a partir dos textos muitas vezes vagos e dos conceitos em geral abertos em que estão vazadas. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 302.

⁶⁰⁶ Os chamados cânones de interpretação, cuja natureza e função frequentemente são desvirtuadas, ora pela supervalorização, ora pela subestimação, ingressam na teoria da argumentação como esquemas argumentativos e, pois, como formas de argumento, ao invés de regras. Vê-se com isso a confirmação do entrelaçamento entre interpretação e argumentação através da ideia de fundamentação.

⁶⁰⁷ Por exemplo, a semântica se refere à vinculação do órgão decisor à lei, enquanto a teleológica abre campo para a argumentação prática geral, embora isso não possa ser feito diretamente (por pressupor a caracterização de estados de coisas e uma argumentação comparativa com referência a fins jungidos a outras normas) e à revelia da exigência de saturação. Isso é essencial para que não se dê azo àquele tipo

Esse último aspecto merece detalhamento, porquanto representa a ponte entre a teoria da argumentação e as outras teorias que são necessárias para a NDFA, a saber, a teoria dos princípios e a teoria dos direitos fundamentais. Trata-se, em verdade, de aprofundar e ampliar os chamados **argumentos de princípio**, pela sua importância para uma **interpretação não-positivista**, como exigido pela pretensão de correção.⁶⁰⁸

A importância de argumentos de princípio diz com a exigência de ponderação, estabelecida pela pretensão de correção quando a ponderação seja possível. Eles demonstram a inclusão de elementos ideais – morais e/ou jurídicos – nas regras jurídicas, sejam as antigas, sejam as novas.

Essas regras novas referidas por Alexy incluem aquelas obtidas mediante associação a disposições textuais, onde se dá a ponderação necessariamente. Portanto, as NDFA se podem caracterizar como argumentos de princípio típicos, ou, mais precisamente, como resultantes de argumentos dessa espécie.⁶⁰⁹

São os argumentos de princípio que respondem pela inclusão de argumentos morais numa ponderação, na medida em que, por exigência da pretensão de correção, também princípios morais, além dos jurídicos específicos, podem participar de ponderação, de modo a incorporar elementos ideais para aquilo que se tornará efetivamente devido.⁶¹⁰

Porém, para ingressar na ponderação, princípios morais devem ser corretos, de modo que a correção jurídica abarca elementos de correção moral.⁶¹¹

de argumentação meramente retórica, que, por meio de referências abstratas a fins de normas, permita a justificação de proposições normativas quaisquer. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 302.

⁶⁰⁸ Ver item 3.2.5.1.

⁶⁰⁹ Sobre a novidade da NDFA, ver discussão no item 9.2.4.

⁶¹⁰ Cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 38.

⁶¹¹ Para Jansen, a justiça é o critério material da correção normativa, e seus princípios constituem as normas morais de mais alto grau. Cfr. JANSEN, Nils. *Die Struktur der Gerechtigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 1998, S. 46 ff. Sobre a estrutura principiológica dos princípios da justiça (*Gerechtigkeitsgrundsätzen*), cfr. idem, S. 75 ff.

Além disso, a validade dos princípios morais não implica automaticamente a validade jurídica; acerca dessa configuração, as ordens jurídicas acusam discrepâncias, num espectro de possibilidades de ênfase maior ou menor no direito como ordem racional ou como ordem de poder.

É o que Sieckmann esclarece:

Princípios moralmente válidos são, ao mesmo tempo, em princípio válidos juridicamente. Ordens jurídicas positivas podem operar somente com base em princípios moralmente válidos, mas não independentemente disso. Isso decorre do entendimento do direito como ordem racional e não primariamente como ordem de poder.⁶¹²

No plano constitucional, apresenta-se uma nova peculiaridade para a inclusão de princípios morais no direito, uma vez que se põem os problemas da vinculação e da primazia. Além disso, tratando-se de princípios morais, a controvérsia sobre o positivismo alcança vigor especial. Sieckmann expõe essa particularidade dos princípios morais em relação à constituição no seguinte trecho:

Princípios moralmente válidos podem, ao mesmo tempo, possuir validade jurídico-constitucional, mas, de qualquer modo, somente no modelo da constituição como direito pré-positivo, assim como no modelo da constituição como vinculação da criação do direito por meio de princípios, não no modelo da primazia da constituição. A vinculação também do legislador a tais princípios dá-se pela compreensão como assecuramento da liberdade dos cidadãos, não da liberdade do estado.⁶¹³

A inclusão de elementos morais no direito, portanto, ainda se acha longe de estar equacionada, justamente porque se faz necessário trabalhar os modelos pelos quais se pode legitimamente proceder com tais elementos numa ordem jurídica.

⁶¹² SIECKMANN, Jan-R. *Grundrechte als Prinzipien*. In: _____. (Hrsg.) *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 37. No original: *Moralisch gültige Prinzipien sind zugleich prinzipiell rechtlich gültig. Positive Rechtsordnungen können nur auf der Basis moralisch gültiger Prinzipien operieren, aber nicht unabhängig davon. Dies folgt aus dem Verständnis des Rechts als Vernunftordnung, nicht primär als Machtordnung.*

⁶¹³ SIECKMANN, Jan-R. *Grundrechte als Prinzipien*. In: _____. (Hrsg.) *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 37-38. No original: *Moralisch gültige Prinzipien können zugleich verfassungsrechtliche Geltung besitzen, allerdings nur im Modell der Verfassung als vorpositives Recht sowie im Modell der Verfassung als Bindung der Rechtserzeugung durch Prinzipien, nicht im Modell des Vorrangs der Verfassung. Die Bindung auch des Gesetzgebers an solche Prinzipien ergibt sich aus dem Verständnis als Sicherung der Freiheit der Bürger, nicht der Freiheit des Staates.*

Essa questão depende não apenas de concepções sobre razão prática e jurídica, mas essencialmente sobre como opera o procedimento judicial em casos concretos e com quais instrumentos se pode contar. Portanto, o esclarecimento da relação entre direito e moral dentro de um conceito de direito ainda carece de prévias definições acerca da argumentação jurídica e será retomado adiante.⁶¹⁴

3.2.7. Formas da argumentação e interpretação judiciais

3.2.7.1. Considerações gerais

Ao tempo da “Teoria da argumentação jurídica”, Alexy trabalhara com regras e formas de **interpretação**, mas a referência à ponderação se limitava ao sopesar de argumentos, porquanto a ênfase se dava nas regras e não nos princípios. Porém, o empenho na preservação da autoridade dos elementos institucionais já se continha e não se perdeu, como o demonstram a força e as funções atribuídas à dogmática e aos precedentes.

Para a “Teoria da argumentação jurídica”, a natureza e a função dos chamados cânones interpretativos já ultrapassavam a mera questão metodológica e tocavam o núcleo da teoria do direito enquanto razão prática. Eles caracterizavam, segundo Alexy, a própria estrutura do ordenamento jurídico a ponto de que uma análise completa de suas formas de argumento possíveis no discurso jurídico forneceria algo como uma gramática da argumentação jurídica.⁶¹⁵ Todavia, pelas suas próprias características, já **não podiam assegurar certeza da correção do resultado** nem garantir seja encontrado **o único resultado correto**; a despeito dessa limitação, eram considerados imprescindíveis para a pretensão de correção.⁶¹⁶

⁶¹⁴ Ver adiante, item 5.3.3.

⁶¹⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 301.

⁶¹⁶ Diz Alexy: “Pode-se dizer, em síntese, que os cânones não oferecem a garantia de que seja ‘encontrado o único resultado correto ... com uma certeza relativamente grande’, mas, sem embargo, são mais do que simples instrumentos de legitimação secundária de uma decisão que se pudesse encontrar e fundamentar de distinta maneira. São formas das quais há de servir-se a argumentação jurídica se quiser cumprir a pretensão de correção que nela se coloca e que, à diferença do que ocorre no discurso prático geral, refere-se também de maneira especial à vinculação à lei.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 306 f. No original: *Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die canones zwar nicht die Gewähr dafür bieten, dass ‘das einzig richtige Ergebnis ... mit einer verhältnismässig grossen Sicherheit gefunden’ wird, dass sie aber mehr sind als blosse Instrumente der sekundären Legitimation einer auf andere Weise gefundenen und begründbaren Entscheidung. Sie sind Formen, denen sich die juristische Argumentation zu bedienen hat,*

O ingresso dos **argumentos principiológicos** e a assunção de um papel central destes para a interpretação e aplicação de direitos fundamentais não deixaria de alterar esse quadro. Agora, a pretensão de correção exige, também, considerações de outra ordem, que assegurem a racionalidade na atividade e no procedimento de ponderação. Para tanto, Alexy desenvolveria a dogmática dos espaços, as leis da ponderação e a fórmula do peso, a serem ainda melhor explicitados adiante.⁶¹⁷

Esses desenvolvimentos ulteriores, no entanto, instrumentalizam a mesma atitude de respeito à institucionalidade que a argumentação jurídica deve ter, também, no plano dos direitos fundamentais. Por conseguinte, a teoria dos princípios não pode ser concebida como uma libertação do intérprete em relação à lei, aos precedentes e à dogmática.

3.2.7.2. Da dogmática

Quanto à **dogmática**, persiste a importância reconhecida pela “Teoria da argumentação jurídica”,⁶¹⁸ que assinava àquela (3) três importantes tarefas, de acordo com suas (3) três dimensões: empírico-descritiva, analítico-lógica e prático-normativa.⁶¹⁹ Quanto às proposições dogmáticas, importante destacar que nela se inclui a definição dos conceitos jurídicos propriamente ditos, mas também de outros conceitos de relevo para o

wenn sie den ihr erhobenen Anspruch auf Richtigkeit, der anders als der des allgemeinen praktischen Diskurses insbesondere auch auf die Bindung an das Gesetz bezogen ist, erfüllen will. Sobre a relação dessa posição com a tese da única resposta correta, não endossada por Alexy, ver item 5.3.3.2.

⁶¹⁷ Veja os desdobramentos dos temas nos itens indicados: as leis da ponderação (7.3.), dogmática dos espaços (9.3.2.) e a fórmula do peso (9.3.3.).

⁶¹⁸ Sobre a definição de dogmática, Alexy leciona o seguinte: “Uma dogmática do direito é (1) uma série de proposições que (2) se referem a normas estatuídas e à jurisdição, mas que não são idênticas com a sua descrição, (3) estão numa relação de conexão recíproca, (4) são estabelecidas e discutidas no quadro de uma ciência jurídica que é exercida institucionalmente, e (5) têm conteúdo normativo.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 314. No original: *Fasst man die in diesen fünf Bedingungen aufgeführten Anforderungen zusammen, so ergibt sich folgende Definition: 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.* Atienza destaca como uma das características da teoria de Alexy a relevância emprestada à dogmática. Cfr. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 260.

⁶¹⁹ Diz Alexy: “A dogmática tem, de acordo com isso, três tarefas: (1) a análise lógica dos conceitos jurídicos, (2) a recondução dessa análise a um sistema e (3) a aplicação dos resultados da análise à fundamentação de decisões jurídicas.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 311. No original: *Die Dogmatik hat danach drei Aufgaben: (1) die logische Analyse der juristischen Begriffe, (2) die Zusammenfassung dieser Analyse zu einem System und (3) die Verwendung der Ergebnisse dieser Analyse zur Begründung juristischer Entscheidungen.*

direito e, o que é decisivo para a evolução posterior da obra de Alexy, também as formulações de **princípios**.⁶²⁰

A dogmática dos direitos fundamentais, de fato, viria a mostrar-se inviável sem os princípios. Do ponto de vista estrutural, essa percepção resultaria numa teoria das normas de direito fundamental em que, como no caso da NDFA, os princípios assumem a função indispensável de sustentar normas de decisão de casos onde o texto constitucional não preparou uma disposição.

Isso, no entanto, não garante qualquer consistência se a dogmática dos direitos fundamentais não ordenar e sedimentar o labor com princípios, para poder apresentar-se como uma teoria que preencha as três dimensões da dogmática, a saber, a analítica, a empírica e a normativa.

Com efeito, se a dogmática dos direitos fundamentais não pretende limitar-se a analisar logicamente conteúdos dados ou a fazer descrição de características de certo sistema em particular, sem, ao mesmo tempo, incidir em mera tópica ou no palavreado vazio, necessitará de uma teoria mais geral e essencialmente argumentativa, que possa ir além da autoridade do dado. Um projeto desse alcance, entretanto, necessitará de uma teoria substancial de direito fundamental, o que, porém, sem princípios não se faz possível, segundo Alexy: “Uma teoria material dos direitos fundamentais como teoria normativa geral dos direitos fundamentais é possível apenas na forma de uma teoria dos princípios.”⁶²¹

⁶²⁰ Como o autor desenvolve em outra obra, os princípios – ao invés de serem uma espécie de padrões ou a melhor interpretação possível de certas práticas – devem (diferentemente das regras) ser caracterizados como mandamentos de otimização, ou seja, caracterizam-se por poderem ser cumpridos em diferentes graus e por que a medida de seu cumprimento que é ordenada depende não somente das possibilidades fáticas como também das jurídicas. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 77, Fn. 27. O autor utiliza, no original, o substantivo composto *Optimierungsgebote*. Sobre o tema, vide também o texto *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in: ALEXY, Robert et alii. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 217-233, e também DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977. Sobre isso, veja também 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**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.

⁶²¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 509. No original: *Eine materiale Grundrechtstheorie als allgemeine normative Theorie der Grundrechte ist nur in Form einer Prinzipientheorie möglich*.

Esse é um argumento forte, que necessita de passos intermediários.

O primeiro consiste na conversibilidade material de princípios e valores, formulada por Alexy, que desloca a diferença para o campo da forma de apresentação (axiológica ou deontológica).⁶²² O segundo passo coincide com a aproximação dos argumentos teleológicos dessa mesma base, através da abertura do conceito de finalidade. O terceiro se dá pela afirmação de que teorias materiais podem apresentar-se, ora como teorias principiológicas, ou axiológicas, ora ainda como teleológicas gerais. O quarto é representado pelo resultado da análise das candidatas elencadas para a condição de teoria normativa material dos direitos fundamentais, segundo o qual todas pressupõem alguma teoria axiológica, principiológica ou teleológica geral, de modo que, em face das equiparações anteriormente feitas, pode-se concluir que qualquer teoria normativa geral material de direitos fundamentais há de ser alguma teoria de princípios, seja para se fixar nalgum princípio em detrimento dos demais (e.g. o princípio da liberdade, pela teoria liberal), seja numa conjunção ou ainda numa ordem de princípios.

Assim, não há possibilidade de se trabalhar com o direito fundamental sem uma teoria de princípios, seja originária ou por conversão de uma teoria axiológica ou teleológica, na medida em que é sua função oferecer uma definição para a teoria material do direito fundamental. A razão disso está no que Alexy aduz: “Toda teoria normativa dos direitos fundamentais pressupõe alguma teoria axiológica, principiológica ou teleológica.”⁶²³

⁶²² Alexy não confunde princípios com valores, nem admite que se opere diretamente sobre os últimos, desvinculado dos limites impostos pelo dever-ser instituído, uma vez que o direito segue sendo essencialmente deontológico. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 125 ff. A relação estreita entre princípios e valores, no entanto, é crucial para a teoria da argumentação e para a teoria dos direitos fundamentais, na medida em que possibilita a reformulação de enunciados sobre valores em enunciados de dever-ser, como ocorre nas ponderações, onde se verificam colisões assim como gradualizações de realização tanto de princípios como de valores. Essa proximidade entre um modelo de princípios e um modelo de valores pode ser, então, caracterizada através da descrição da sua distinção: “A diferença entre princípios e valores se reduz, com isso, a um ponto. O que no modelo de valores é o melhor *prima facie*, é devido *prima facie* no modelo de princípios; e o que é o melhor definitivamente no modelo de valores, é no modelo dos princípios definitivamente devido. Princípios e valores, portanto, se diferenciam somente por causa do seu caráter deontológico e axiológico, respectivamente.” (Idem, S. 133.) No original: *Der Unterschied zwischen Prinzipien und Werten reduziert sich damit auf einen Punkt. Was im Wertemodell prima facie das beste ist, ist im Prinzipienmodell prima facie gesollt, und was im Wertemodell definitiv das beste ist, ist im Prinzipienmodell definitiv gesollt. Prinzipien und Werte unterscheiden sich also nur wegen ihres einseitigen deontologischen und andererseits axiologischen Charakters.*

⁶²³ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 512. No original: *Jede normative Theorie der Grundrechte setzt irgendeine Wert-, Prinzipien-, oder Zwecktheorie voraus.*

A dogmática dos direitos fundamentais, assim delineada, depende da teoria dos princípios. Isso implica uma releitura das funções da dogmática, assentadas na teoria da argumentação jurídica. Alexy a levou a termo, indiretamente, quando apresentou a sua própria teoria dos direitos fundamentais como uma teoria jurídica dogmática,⁶²⁴ dentro da qual identificou as mesmas 3 (três) dimensões que a “Teoria da argumentação jurídica” apontara, a saber, a empírica, a analítica e a normativa.⁶²⁵ Diretamente, a releitura se operou quando Alexy estudou as teorias materiais de direitos fundamentais, as quais inseriu na dimensão normativa.⁶²⁶

Dessa releitura, no entanto, persistem as teses vitais, a despeito da conexão feita, como acima mostrado, entre teorias materiais e teorias de princípios.⁶²⁷

A primeira é a de que, para que uma proposição possa reputar-se dogmática, é desnecessário que esteja correta, bastando ser **considerada** dogmática pela maioria dos juristas,⁶²⁸ o que corresponde à possibilidade de se operar com diferentes teorias materiais. É esta a abertura essencial para que os enunciados sobre as NDFAs, obtidos com recurso à ponderação de princípios, possam ser reconhecidos como integrantes da dogmática jurídica e, dessarte, possam depois ser reaproveitados para a reprodução de outras normas de direito fundamental.

A segunda, permanece a tese sobre as **funções da dogmática**.⁶²⁹ Dentre as seis que Alexy logrou especificar, destaca-se a **função estabilizadora**, que se liga indissolavelmente com a institucionalidade. O fato de a dogmática operar institucionalmente é que permite que, através de argumentos dogmáticos, se fixem e se possam depois reproduzir soluções para questões práticas, assegurando-se-lhe estabilidade,

⁶²⁴ Algo distinto, porém, é saber se e em que medida a teoria dos princípios, em si mesma, constitui uma teoria dogmática. Sobre isso, veja a discussão levada a termo no item 6.2.2.4.3.6.

⁶²⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 22 ff.

⁶²⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 508 ff.

⁶²⁷ Alexy se dá conta do risco de que a vinculação entre dogmática e princípios possa levar à confusão com a tópica, como sugerido por Böckenförde. Ele afasta expressamente essa alegação em ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 516. Para mais detalhes, veja adiante a discussão específica dessa questão (item 7.5.1.3.2.1.2.1.1.).

⁶²⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 317-318.

⁶²⁹ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 326 ff.

pelo menos até que se alterem condições fáticas de peso. Isso reduz o espectro da discussão, mas favorece a justiça, pois diminui o risco de soluções divergentes a cada rediscussão. Coerentemente, prevê também as funções de **atribuição de carga de argumentação** para quem invista contra uma solução já assentada no orbe dogmático e, ao inverso, de **descarga** para quem tem a seu favor um argumento dogmático.⁶³⁰

3.2.7.3. Do precedente

Além da dogmática, os precedentes integram a base da argumentação sobre os direitos fundamentais, ocupando a segunda posição hierárquica, somente inferior à lei, de forma tal que se põe a regra de que, havendo precedente, deva ser observado, ressalvada fundamentação bastante em contrário.⁶³¹

A “Teoria da argumentação jurídica” já dedicava relevância ao argumentar com base em **precedentes**, destacando nele a centralidade da ideia de que o precedente desloca para a proposição em contrário de sua invocação – como ocorre no emprego das técnicas de *distinguishing* e de *overruling* – um ônus argumentativo.⁶³² Mas não somente isso importa.

Embora o precedente não possua nos ordenamentos continentais a mesma relevância que tem assegurada no domínio do *common law*, merece especial atenção por diversos motivos: (1) porque não é irrelevante a tendência de aproximação entre os dois

⁶³⁰ As demais funções são progresso, heurística, técnica e controle. As funções de progresso e heurística da dogmática resultam da ampliação da discussão jurídica nas dimensões temporal, objetual e pessoal, o que permite a comprovação, a confrontação, a diferenciação e, também, a descoberta de novas proposições dogmáticas. Outras duas importantes funções, que possuem interligação entre si, são a técnica e a de controle. Quanto à primeira, consiste em que, para atender as tarefas da dogmática, elaborasse um instrumental técnico (conceitos, definições, sistemas etc.) que permite um uso racional, além da comunicação e a aprendizagem; a função de controle lhe é próxima, porque diz com o controle da consistência, ou seja, da compatibilidade lógica das proposições dogmáticas. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 326 ff.

⁶³¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 504 ff.

⁶³² Consoante Alexy, *distinguishing* se define como a técnica pela qual, embora se mantenha o precedente, deixa este de ser aplicado ao caso por força da identificação de uma nota característica típica presente no caso por decidir e que não se encontra no precedente. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 340. Ver também KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1976, S. 270 ff. Já o *overruling* é a técnica pela qual o precedente é abandonado. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 340. Para mais detalhes, ver KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1976, S. 286 ff.

tipos de sistemas jurídicos;⁶³³ (2) porque justamente uma teoria que labora com fixações levadas a efeito por tribunal por meio da ponderação, com caráter de regra, aproxima-se da técnica de estabilização e de aprimoramento das decisões judiciais que são oferecidas pelas práticas desenvolvidas em torno do precedente;⁶³⁴ (3) porque a ideia de concretização que inere à ponderação apresenta para o precedente o desafio da determinação da relevância das diferenças de um caso para outro; (4) porque o problema da relação entre fixidez e mobilidade igualmente afeta a edificação de NDFAs, a ser ainda melhor explicitado;⁶³⁵ (5) porque a vinculatividade ou não de um precedente levanta uma questão de justiça, por ser a força do precedente uma exigência do princípio da universalizabilidade, que implica o princípio da igualdade (tratamento igual a todos os iguais).⁶³⁶

3.2.7.4. Da vinculação à lei

Considerando que a teoria da argumentação jurídica geral já foi analisada, em sua essência, e que a teoria da argumentação específica dos direitos fundamentais já foi iluminada com relação aos argumentos por precedentes e da dogmática, resta estudar com maior detalhe a argumentação que se desenvolve sobre a base mais importante na teoria dos direitos fundamentais, que é, segundo Alexy, a **lei**, o que compreende as mais importantes questões acerca da interpretação das determinações constantes da constituição.⁶³⁷

⁶³³ René David, com base nos seus conhecidos estudos de direito comparado, assevera que as duas grandes famílias do direito ocidental, a romano-germânica e a do *common law*, tendo contatos e sofrendo influências filosóficas comuns, acusam uma tendência de aproximação dos métodos; anota, por exemplo, o aumento do desempenho da lei no *common law* e, em geral, uma proximidade substancial de soluções dadas a várias questões. Cfr. DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 10e. édition. Paris: Dalloz, 1992, p. 19. A tradução portuguesa da obra pode ser encontrada em DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶³⁴ Klement externou a tese de que a teoria dos princípios de Alexy, por enfraquecer o poder vinculante do teor da constituição sobre o intérprete e por reforçar a importância dos fatos do caso, estaria pavimentando o caminho em direção a um *common law* alemão. Cfr. 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 Press, 2012, p. 173-200. Parece haver um exagero nessa assertiva, porquanto, a despeito da efetiva aproximação entre os sistemas, a teoria dos princípios, devidamente compreendida, conserva em medida suficiente o vigor dos elementos institucionais na interpretação dos casos e, assim, preserva as características essenciais de um sistema centrado na norma legislada. Alexy responde que os princípios formais embasam um efeito de vinculação adequado, ou seja, racional. Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 7 to Jan Henrik Klement*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 337.

⁶³⁵ Para mais detalhes, veja-se o item 8.

⁶³⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 335-336.

⁶³⁷ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 501 ff.

Como já se anteviu no exame da dogmática e do precedente, esse estudo carece de um aprofundamento da teoria dos princípios, cuja necessidade na teoria da argumentação jurídica, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais, já restou assentada, e, por seu turno, pressupõe uma investigação acerca da teoria da norma e do direito.

Essa jornada, que engloba uma passagem da teoria da argumentação (desenvolvida na parte inicial deste item 3.) para a teoria da norma jurídica (objeto da aproximação inicial e a ser retomada a partir do item 5.), no entanto, não prescinde de uma consideração intercalar, ainda que breve, da sutil relação entre a teoria do discurso jurídico e a teoria do discurso prático geral, mais precisamente quanto aos aspectos que representam consequências ou contrapartidas da tese do caso especial. Trata-se, pois, de iluminar as relações recíprocas entre tais discursos, que a duplicidade de face da tese do caso especial expõe. Isso implicará, como se verá ao final deste item, a exigência do trato de questões de teoria do estado e da política (item 4.).

3.2.8. Reflexos da dupla face da tese do caso especial

Se a passagem do discurso prático geral para o discurso jurídico, regida pela tese do caso especial, havia sido demonstrada pela **limitação** do primeiro, também o regresso dá-se com base nas carências e especificidades do discurso jurídico. Assim, para explicitá-las, diz-se que o discurso jurídico **necessita** recorrer à argumentação prática geral pelas seguintes razões:

A argumentação prática geral pode tornar-se necessária (1) na fundamentação das premissas normativas necessárias à saturação das distintas formas de argumentos, (2) na fundamentação da escolha entre distintas formas de argumentos que levam a diferentes resultados, (3) na fundamentação e comprovação de proposições dogmáticas, (4) na fundamentação de um *distinguish* ou *overruling* e (5) imediatamente na fundamentação das proposições empregadas na justificação interna.⁶³⁸

⁶³⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, 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 eines distinguishing oder overruling und (5) unmittelbar bei der Begründung von in der internen Rechtfertigung verwendeten Sätzen.*

No que tange às relações entre discurso prático geral e jurídico, Alexy põe em evidência a **relação de fundamentação**: “A argumentação prática geral constitui por isso o fundamento da argumentação jurídica.”⁶³⁹

Isso tem por efeito, dentre outros, que a incerteza não pode ser eliminada também no discurso jurídico. A relação, contudo, também inclui a coincidência parcial quanto à **pretensão de correção**, na medida em que esta última também tem caráter de pressuposto necessário para as argumentações jurídicas⁶⁴⁰ e integra, como elemento essencial, o núcleo do próprio conceito de direito.⁶⁴¹

Na relação entre discurso geral e jurídico, portanto, há uma dependência mútua que não significa identificação ou possibilidade de redução de um a outro, mas sim, de ratificação recíproca parcial e, ao mesmo tempo, de diferenciação. Alexy o sintetiza assim:

A argumentação jurídica pode, por isso, ser vista como uma forma especial da argumentação prática geral, que vem exigida por razões práticas de tipo geral; que é, em sua estrutura, dependente de princípios práticos gerais; que não pode prescindir da argumentação prática geral; que tem lugar segundo formas especiais, de acordo com regras especiais e sob condições especiais (e por isso especialmente eficaz); e que não se pode reduzir à argumentação prática geral.⁶⁴²

Pode-se, assim, concluir que o **conteúdo mínimo** da teoria da argumentação se resume na exigência de consistência, de racionalidade dos fins e da verdade dos enunciados empíricos empregados.⁶⁴³

⁶³⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 348. No original: *Damit bildet die allgemeine praktische Argumentation die Grundlage der juristischen Argumentation*.

⁶⁴⁰ Não se vai ao ponto de dizer que a pretensão de correção assuma caráter constitutivo, porquanto esse conceito evoca a distinção entre constitutivo e regulativo (item 3.2.4.4.). Todavia, ela não pode ser excluída, sob pena de contradição performativa.

⁶⁴¹ Ver adiante, itens (5.3.1. e 5.3.3.).

⁶⁴² ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 355. No original: *Die juristische Argumentation kann damit als eine aus allgemeinen praktischen Gründen geforderte, in ihrer Struktur von allgemeinen praktischen Prinzipien abhängige, auf allgemeine praktische Argumentation angewiesene, in besonderen Formen, nach besonderen Regeln und unter besonderen Bedingungen stattfindende und deshalb besonders leistungsfähige, nicht auf allgemeine praktische Argumentation reduzierbare, besondere Form der allgemeinen praktischen Argumentations angesehen werden*.

⁶⁴³ Interessante notar que essas três exigências que são tradicionalmente ligadas à racionalidade, não raro têm sido eleitas como critérios únicos de racionalidade de certas teorias da razão prática. Ora esta é reduzida à lógica formal (cujo primeiro princípio é o da não-contradição, o que leva ao recurso ao infinito de qualquer tentativa de fundamentação das proposições práticas como se fossem proposições teóricas),

Mas as formas e regras conferem algo mais do que esse mínimo, na proporção em que asseguram que o resultado seja **correto**, ainda que provisoriamente apenas, **no quadro das condições limitadas em que o discurso jurídico se realizou**. Porém, ao mesmo tempo apontam para um ideal de correção, pois dão maior oportunidade,⁶⁴⁴ aqui e agora, para que se alcance um resultado que também se poderia alcançar sob condições ideais.⁶⁴⁵

Todavia, como já se antevia no exame do argumento básico de justificação das regras do discurso,⁶⁴⁶ para que essas condições se realizem na forma de uma **ordem racional e justa**, pressupõe-se a existência de um número mínimo de pessoas racionais capazes e dispostas a aceitar argumentos racionais pelo fato de serem válidos ou corretos, ainda que não necessariamente aqui e agora, mas dentro de uma perspectiva mais prolongada.⁶⁴⁷

Para o equacionamento das sutis e tensas relações entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral, além do estudo dos argumentos de princípio e da tese do caso especial, há necessidade de um modelo dinâmico que explique e harmonize o jogo de atuações recíprocas.

ora à empiria (com o predomínio da verdade correspondencial da semântica, o que pode levar à falácia naturalista, ou à arbitrariedade do decisionismo), ora ainda à ideologia (em que os fins são determinantes da racionalidade, recaindo-se em circularidade quanto à racionalidade dos meios e procedimentos).

⁶⁴⁴ Alexy não desenvolve esse ponto em termos de teoria do processo, mas pode-se vislumbrar conexão com os princípios tradicionais da dialética do processo, como por exemplo o da bilateralidade de audiência (*audiatur et altera pars*). Veja-se, a esse propósito, a lição de Kriele sobre a transferência de princípios jurídicos, especialmente os processuais, para o âmbito do processo político legislativo na afirmação da democracia parlamentar inglesa. (Cfr. KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 6. überarb. Aufl. – Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 205.)

⁶⁴⁵ Sobre essa relação com o ideal, reproduzo a seguinte assertiva de Alexy: “Finalmente, não se deve subestimar a função da teoria do discurso jurídico racional como definição de um ideal. Como tal ideal, aponta mais além do campo da jurisprudência. Os juristas podem certamente compreender a realização da razão e da justiça, porém, isto, no setor que eles ocupam, não pode ser realizado por eles isoladamente. Isso pressupõe uma ordem social racional e justa.” ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 358. No original: *Nicht zu unterschätzen ist schliesslich die Funktion der Theorie des rationalen juristischen Diskurses als Definition eines Ideals. Als solche weist sie über den Bereich der Jurisprudenz hinaus. Die Juristen können zwar zur Realisierung von Vernunft und Gerechtigkeit beitragen, in dem von ihnen besetzten Teilgebiet vermögen sie jedoch nicht isoliert zu verwirklichen. Dies setzt eine vernünftige und gerechte Ordnung der Gesellschaft voraus.*

⁶⁴⁶ Ver acima, item 3.2.4.3.3.

⁶⁴⁷ Sobre os detalhes dessa parte do argumento e das críticas que ensejou quanto à dilação temporal sugerida, ver acima item 3.2.4.3.3.

3.2.9. Do modelo procedimental de quatro níveis

Alexy sustenta que, a despeito de todas as vantagens asseguradas pela teoria do discurso, há um preço alto a se pagar pela sua adoção na justificação de regras de argumentação racional, porquanto, sendo procedimental o modelo, nele não há garantia quanto ao resultado. Por isso, sustenta que a teoria moral necessita da teoria do direito,⁶⁴⁸ o que, no âmbito específico dos direitos fundamentais, demanda atenção especial. Assim, sugere um escalonamento do modelo procedimental em 4 (quatro) níveis: (1) o discurso prático geral; (2) o processo legislativo; (3) o discurso jurídico; e (4) o processo judicial.⁶⁴⁹

A inserção de dois novos níveis no modelo procedimental – ao lado daqueles que a tese do caso especial já contemplava –, apenas explícita, numa perspectiva privilegiada como a dos direitos fundamentais, o que já se continha na “Teoria da argumentação jurídica” sobre as complexas relações iluminadas pela tese do caso especial, embora confira maior ênfase ao elemento institucional, subdividido em fases ou instâncias, no quadro de uma teoria procedimental.

Por outra perspectiva, o modelo de 4 (quatro) níveis confere maior poder explicativo para os resultados finais do ponto de vista de sua racionalidade, por diversificadas que sejam as possibilidades inicialmente postas. Além de indicar o caminho de concretização crescente das proposições normativas, acentua a necessidade da teoria do direito, e, particularmente quanto às decisões de casos de direito fundamental, de uma teoria estrutural das normas como a teoria dos princípios.

O modelo – em sintonia com a justificação das regras – tem a vantagem adicional de enfatizar as pressuposições que o discurso faz quanto às pessoas que estão dispostas a ingressar em procedimentos de discussão racional e participar ativa e autonomamente, seja na sedimentação de normas morais, seja na elaboração de normas jurídicas gerais de caráter abstrato – daí a inclusão expressa do processo legislativo no modelo, como segundo nível, entre o discurso prático geral e o jurídico – ou, ainda, quanto a essas

⁶⁴⁸ Essa necessidade, como acima apontado (item 3.2.5.) já fora diagnosticada para a justificação da tese do caso especial, na “Teoria da argumentação jurídica”. Porém, na “Teoria dos direitos fundamentais”, Alexy agrega novas diferenciações, por força da matéria em exame (direitos fundamentais).

⁶⁴⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 498 ff.

últimas, na sua aplicação, seja ainda na estatuição e execução de normas individuais de decisão de casos.

Todas essas pressuposições feitas pela razão institucionalizada em relação às pessoas e, conseqüentemente, às estruturas organizações em que a razão se vê ramificada e sofisticada, estão a exigir estudo do ponto de vista da filosofia política.

É o que se passa a fazer.

4. Base filosófico-política da NDFA: a teoria do estado e da política

4.1. Considerações gerais

O esboço de filosofia prática acima traçado, se por um lado serviu para iluminar traços essenciais da teoria da razão que subjaz à argumentação necessária para fins de obtenção de NDFA, por outro lado também levou ao resultado de que a argumentação prática desenvolvida num ambiente peculiar como o processo judicial e sob condições limitadas próprias a um sistema jurídico concreto, como determinado pela tese do caso especial, exige o desdobramento do modelo geral procedimental explicativo em diferentes níveis, em atendimento às especificidades em que se desenvolve esse tipo de discurso prático.

Por seu turno, a análise dos tipos de argumentos empregados nos contextos judiciais, e com maior agudeza a argumentação na órbita da interpretação de direitos fundamentais, frisou a **institucionalidade** do conceito de razão que os justifica. A institucionalidade, como acima retratada, não se ganha de forma espontânea, nem livre de consequências. Ela faz exigências e estabelece pressuposições quanto à participação de pessoas nos procedimentos racionais e introduz na argumentação um elemento de contextualização social e histórica.

Isso implica que uma teoria da norma de direito fundamental que se nutra da teoria da argumentação há de ser inspecionada, também, na perspectiva do direito constitucional, da teoria do estado e, na base destes, da filosofia política.

A par disso, para que o reconhecimento de tal laço de contextualização não derive para um realismo jurídico acrítico, ou para uma hermenêutica vincada por determinismos sócio-históricos ou ainda para uma retórica descomprometida e, no campo da moral, para uma ética da situação, é preciso estabelecer alguns marcos filosófico-políticos para a teoria da argumentação em apreço, assim como enfrentar as críticas que, nesse prisma, emergem da afirmação das bases daquela teoria, notadamente quanto ao arrojado conceito de representação argumentativa.

Sem a adequada compreensão do impacto dessas implicações teórico-políticas da razão institucionalizada que suporta a NDFA, dificilmente se poderá visualizar o alcance desta em estados de direito democrático.

Ainda que Alexy não tenha obra específica sobre teoria do estado e/ou da política, não há dúvida de que, principalmente os textos sobre constitucionalismo discursivo⁶⁵⁰ apontam a clara compreensão de que a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da argumentação jurídica projetam altas indagações dessa ordem.

Dito de outro modo, antes que seja possível estabelecer o engate entre razão e direito, por um viés, e de argumentação e norma (e então da NDFA), por outro, algumas considerações fundamentais de teoria política são indeclináveis.

4.2. Razão prática discursiva e implicações na teoria política

4.2.1. Considerações gerais

A atividade jurídica que, no âmbito de uma teoria do discurso, opera com regras de razão prática e, especificamente, na justificação externa, por meio de associação argumentativa, finda por assentar normas de direito fundamental não estatuídas diretamente no texto constitucional, faz levantar questionamentos, no âmbito da teoria política ou do estado, sobre a **legitimidade** dessa própria atuação. Também os reflexos dessa atividade não podem ser desprezados, ante o impacto sobre a estrutura jurídico-política estatal.

Aqui não se podem enfrentar de modo profundo nem completo os problemas complexos de teoria política que dizem com a legitimidade em geral dos órgãos do poder judiciário e do tribunal constitucional, e muito menos as questões gerais da legitimidade.⁶⁵¹ Porém, é necessário jorrar luz sobre alguns reflexos que a introdução do conceito de NDFA acarreta para os problemas que ela se propõe resolver, sob pena de

⁶⁵⁰ Cfr. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

⁶⁵¹ Um esboço sobre o tema, pela ótica da representação, pode ser visto adiante, no item 4.2.5.

frustração da promessa teórica inicial de não levantar mais problemas que os que pode resolver.

Não faltam advertências nessa linha. Kelsen, por exemplo, sempre esteve muito alerta aos perigos de uma atividade judicial livre que manipule conceitos vagos ou abertos dando ensejo ao ingresso da ideologia no lugar destinado à ciência do direito.⁶⁵² Isso não é coincidência, considerando-se que a ele se deve a originalidade da ideia de uma jurisdição constitucional concentrada⁶⁵³ na luta pela eficácia da constituição e contra a usurpação do espaço do direito pelas forças ideológicas.⁶⁵⁴

Hart também não esteve insensível ao que referiu como **efeitos** da textura aberta e do conseqüente poder discricionário ou criador dos juízes, embora os entendesse indesviáveis.⁶⁵⁵

Dworkin igualmente se dera conta dessa dificuldade, na medida em que vislumbrara o fato de que, pela conexão inequívoca entre direitos fundamentais e a moral, a determinação de conteúdos normativos de direito fundamental para além do texto evoca considerações sobre a moralidade de quem os determina, que muitas vezes

⁶⁵² Veja-se a renovada advertência no prefácio à segunda edição da Teoria Pura do Direito, de 1960, quando o autor, após as convulsões da Segunda Grande Guerra, se reporta ao que chamou de “renascida metafísica do direito natural”. Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl., Wien: 1960, S. viii.

⁶⁵³ Sérgio Sérulo da Cunha informa que, embora haja notícia de que, já em 1885 tenha sido publicado por terceiro o opúsculo “Uma alta corte constitucional para a Áustria”, foi Kelsen quem, ao colaborar com a redação da Constituição da Áustria de 1920, fez com que se criasse, sem outro precedente conhecido, um órgão judicial – a Corte Constitucional – o único competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo, segundo um modelo exclusivo de ‘controle concentrado’ que depois se estendeu a várias constituições europeias. A atribuição dessa competência deu-se através da conversão do antigo Tribunal Imperial (*Reichsgericht*) em tribunal constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), no qual Kelsen pessoalmente chegou a trabalhar como juiz constitucional na década de 20, dela retirando-se posteriormente. A inovação de Kelsen não sobrevivera, inicialmente, às vicissitudes do período crítico do entreguerras, em que houve fortalecimento do Poder Executivo (1925) e profunda reforma constitucional (1929). Porém, no pós-guerra, ressurgiu com vigor e se difundiu na Europa. Cfr. CUNHA, Sérgio Sérulo da. Introdução à edição brasileira. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. vii-xviii. No tocante à legislação que rege o TCF, tanto na Áustria como na Alemanha, assim como no que diz com os dispositivos constitucionais referentes à jurisdição constitucional, veja-se. **Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

⁶⁵⁴ Sua biografia o ilustra, e.g., o afastamento do agnóstico Kelsen do tribunal constitucional após adoção de posicionamento sobre casamento e, posteriormente, as perseguições sofridas por conta da sua origem judaica. Para mais informações, cfr. <http://www.univie.ac.at/staatsrecht-kelsen/index.htm>.

⁶⁵⁵ Cfr. HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon University Press, 1994, p. 272-276.

pode estar em conflito com a moralidade comum, ou a popular, ou a moral média na sociedade em que se move determinado juiz ou tribunal.

Entre os remédios propalados contra esse tipo de risco decorrente da atividade discricionária de juízes e de ideologização, no entanto, conta-se o enrijecimento do sistema normativo, a repulsa à ponderação e a resistência contra argumentações de caráter principiológico. Nesse sentido, Comella, no universo europeu continental, levantou críticas ao ativismo dos tribunais constitucionais no exercício de seus poderes e registrou riscos à democracia em decorrência de suas práticas.⁶⁵⁶

No ambiente anglo-saxão, Schauer, por exemplo, sustentou que a flexibilidade na aplicação de normas produz mais injustiça que a rigidez.⁶⁵⁷

Outro autor de renome a tocar o tema é Waldron, que pretende resgatar a dignidade da atividade legislativa, da legislação e da lei, enquanto modo de governança importante e dignificado, que reputa prejudicado pela ênfase e o louvor que a filosofia do direito e a filosofia política vêm outorgando à atividade julgadora, aos tribunais e à decisão judicial (como “fórum do princípio”), especialmente ao *judicial review*.⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ Cfr. COMELLA, Vitor Ferreres. *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial* Acessível em [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/The consequences of centralizing constitutional review.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/The_consequences_of_centralizing_constitutional_review.pdf), acesso em 20.09.2012.

⁶⁵⁷ Cfr. SCHAUER, Frederik. **Regras e justiça num mundo não-ideal**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito. Conferência de abertura do ano letivo de 2007 (13-04-2007). Em outro texto, o autor destacou as chamadas “virtudes silenciosas” da tomada de decisão baseada em regras. Estas, além da função de simplificação e descarga da consideração caso a caso do que é devido em relação a cada agente moral, são instrumentalidades tanto do poder como da sua contenção, especialmente da jurisdição, na medida em que estreitam o conjunto de fatores a serem considerados por decisores individuais. São frequentemente, também, aparelhos desejáveis para alocação de responsabilidades num mundo complexo. Cfr. SCHAUER, Frederik. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon, 1991, p. 228 ss.

⁶⁵⁸ Cfr. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 01 ss. A justificação liberal da neutralidade da legislação dá uma pista da razão para o temor em face de decisões judiciais baseadas em princípio e da revisão judicial de atos legislativos. A expansão da atividade estatal através do judiciário pode, de fato, representar risco de incursão nas avaliações que os indivíduos devem poder fazer livremente (sem intervenção da legislação) sobre as concepções de vida que pretendem seguir. Todavia, a justificação liberal da neutralidade da legislação não significa que endosse a neutralidade em relação a qualquer questão, como Waldron admite. E a melhor razão para explicá-lo passa pela força vinculante dos direitos fundamentais, o que o autor não destaca. Cfr. WALDRON, Jeremy. *Legislation and moral neutrality*. In: _____. *Liberal rights: collected papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 143-167.

As críticas ao sistema do controle de constitucionalidade ou a deficiências de algum dos seus modelos não podem aqui ser colacionadas, muito menos discutidas. O que importa estabelecer, para que a teoria da NDFA seja aceitável também do ponto de vista de seus reflexos políticos, é essencialmente que a atividade de juízes e tribunais com relação aos direitos fundamentais seja compossível com as exigências básicas de um sistema político minimamente racional.

Dito de outro modo, é preciso encontrar, então, um sistema político tido por suficientemente racional e, ao mesmo tempo, pensar a NDFA de um modo que não inviabilize aquele. Partindo-se da premissa da racionalidade dos direitos fundamentais, é preciso assegurar uma harmonização das práticas de associação de normas que garanta alguma vinculabilidade e possibilidade de concreção para os direitos fundamentais sem prejuízo à estabilidade e ao funcionamento das instituições estatais.

Nesse sentido, as teses que recusam absolutamente a *judicial review* e qualquer sistema de controle de constitucionalidade devem ser repelidas, por superadas. O argumento de Schauer, por exemplo, só impressiona à primeira vista; analisado com mais detalhe, o conceito de justiça que lhe subjaz é de matiz hobbesiano, no sentido de que praticamente se reduz à pacificação dos conflitos; e o cálculo da maior ou menor injustiça decorrente dos diferentes modos de aplicar regras é influenciado por uma teoria do direito liberal marcada pelo viés econômico. Nela não sobra espaço para uma razão prática de cunho kantiano, que faça exigências de uma moralidade universalista.

É verdade que Alexy também se filia, em linhas gerais, à tradição liberal⁶⁵⁹ e, na fundamentação das regras do discurso, recorre, em parte, a um argumento de sabor

⁶⁵⁹ Ver acima, item 3.2.4.5. Sobre a controvérsia liberalismo *versus* comunitarismo cfr. KERSTING, Wolfgang. *Politik und Recht: Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie*. Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000, S. 34-59. O mencionado autor defende que o comunitarismo, em termos teóricos, faz-se parasitário do liberalismo, na medida em que não tem bases teóricas próprias, nutrindo-se tão somente daquilo que critica naquele; o comunitarismo seria, assim, um movimento somatório filosófico-político do antiliberalismo, em parte orientado pelo aristotelismo político, em outra parte pelo rico fundo do hegelianismo, da hermenêutica e da tradição antiliberal do pensamento político contemporâneo. (Idem, S. 35.) Kersting faz um contraste entre, por um lado, um liberalismo de arraigada tradição, com sólida fundamentação teórica e de grandes feitos, pronto para pensar os grandes desafios da globalização, da defesa do estado social e do desenvolvimento dos direitos humanos, bem como da edificação da filosofia política das relações internacionais, e, por outro, um comunitarismo a quem resta somente o “(...) lamento de uma crítica cultural comum, que o impele a alianças questionáveis com todos os inimigos autocráticos e pré-civilizatórios dos direitos humanos.” (Idem, p. 39.)

hobbesiano quando elabora uma complementação da fundamentação transcendental⁶⁶⁰ (fraca) das regras do discurso. Todavia, a concepção de justiça de Alexy tem um alcance universalista, que a impele a reconhecer como limites de qualquer cálculo estratégico (econômico ou de poder) os direitos humanos e a democracia. O tom hobbesiano limita-se ao aspecto motivacional sugerido como complemento do argumento predominantemente kantiano da fundamentação das regras do discurso.⁶⁶¹

Da mesma forma, soa anacrônico o empenho de Waldron.

Embora seja atual e importante o esforço de reabilitar a dignidade do legislador e do parlamento como local de debate das grandes questões sociais e de configuração das decisões políticas, escapou a Waldron que para fazer isso não é necessário desmerecer a atividade judicial e o poder de revisão dos atos legislativos. Ao contrário, como se colhe da teoria de Alexy, o poder de revisão reforça a importância do legislativo.⁶⁶²

Na verdade, o argumento de Waldron, ao retomar autores clássicos como Aristóteles, Locke e Hobbes, olvida a perspectiva do direito fundamental – ausente ou rudimentar naqueles e hoje imprescindível –,⁶⁶³ cuja proteção em face da maioria legislativa é, justamente, o papel central do *judicial review*. Por isso, a sua postura acusa um déficit de teoria do estado que lhe prejudica em alguma medida o seu valor científico.⁶⁶⁴

⁶⁶⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 127; 142-164. Ver acima, item 3.2.4.3.3.

⁶⁶¹ Ver acima, item 3.2.4.4.

⁶⁶² De modo frequente, o poder judiciário é chamado não somente a assegurar o cumprimento das normas da atividade parlamentar e do processo legislativo, como para servir de guardião da minoria contra o abuso da maioria ocasional, por vezes em detrimento da integridade da constituição democrática. O sentido e alcance dessa proteção da minoria tem sido objeto de debates no STF, como se pode ver no julgamento da ADI 4029 (4. ementa no anexo).

⁶⁶³ Merece registro que também a Inglaterra, onde até então vingava o entendimento de que os direitos dos seus cidadãos estavam mais bem protegidos pela *common law* do que por catálogos de direitos humanos importados, findou por aderir à convenção europeia de direitos humanos (*European Convention on Human Rights*) e editou o *Human right act*, de 1998, acessível por <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/crossheading/legislation?view=plain>, acessado em 20.09.2012.

⁶⁶⁴ Mencione-se, também, a observação de Kelsen sobre a relação entre parlamento e justiça, quando debatia com Carl Schmitt sobre a quem deveria caber a guarda da constituição no jogo de interesses e disputa pelo exercício do poder: “A opinião já está errada apenas por pressupor que o processo de exercício de poder esteja encerrado no processo legislativo. Não vê ou não quer ver que na jurisdição ele, não menos que no outro ramo do executivo, o da administração, tem seu prosseguimento realmente essencial, em certas circunstâncias até mesmo o seu verdadeiro início.” Cfr. KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Die Justiz*. Berlin: Walter Rotschild, Bd.VI, S. 586. No original: *Allein*

Além do já discutido anteriormente sob o conceito geral de razão institucionalizada, Alexy enfrenta especificamente esses temas através da **dogmática dos espaços** (*Spielräume*)⁶⁶⁵ e dos princípios formais.⁶⁶⁶ Todavia, a compreensão da profundidade dessas questões, que afetam de modo vigoroso a própria legitimidade da construção de NDFA, exige uma breve digressão sobre os conceitos de **representação, democracia e poder** na perspectiva do direito fundamental.

4.2.2. Representação e democracia

Sobre o conceito de **representação** no desenvolvimento e afirmação da democracia, muito já se disse, de modo que sequer um resumo se faz possível.⁶⁶⁷

Dentre muitas, merece exame a lição de Martin Kriele, na medida em que se ocupa do tema a partir de uma teoria do estado que confere a devida atenção aos direitos fundamentais, e nisso se revela propício à investigação ora empreendida. Com efeito, o autor mencionado, sem descurar da centralidade destes, reconhece a dignidade da legislação, a ponto de sustentar que a democracia parlamentar é de se conceber histórica e teoricamente a partir da transposição do pensamento do processo jurídico para o processo político da legiferação,⁶⁶⁸ como busca da decisão mais racional possível; para esse fim, adotou-se a inclusão de todos no processo de criação do direito.⁶⁶⁹

diese Vorstellung ist darum falsch, weil sie voraussetzt, dass der Prozess der Machtausübung im Verfahren der Legislative abgeschlossen ist. Man sieht oder will nicht sehen, dass er in der Gerichtsbarkeit nicht minder als in dem anderen Zweige der Exekutive, der Verwaltung, seine sehr wesentliche Fortsetzung, unter Umständen sogar erst seinen realen Anfang nimmt.

⁶⁶⁵ A dogmática dos espaços concerne mais propriamente ao aspecto dinâmico e operacional da NDFA, e será analisada adiante (item 9.3.2.).

⁶⁶⁶ Ver item 9.3.1.

⁶⁶⁷ Já foram referidas manifestações de Alexy, ainda que apenas mediatamente, pela menção ao conceito de representação argumentativa, cfe. acima, itens 3.2.2.2. e 3.2.2.3.

⁶⁶⁸ Cfr. KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 6. überarb. Aufl. – Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 205. No original: *Parlamentarische Demokratie ist geschichtlich und theoretisch zu begreifen aus der Übertragung des Gedankens des gerichtlichen Prozesses auf den politischen Prozess der Gesetzgebung*. Nesse estudo da afirmação do parlamento britânico com base na tradição do *common law*, Kriele aduz ter descoberto que o progresso jurídico é um processo infundável de discussão e de decisão, disciplinado por regras e tendo por objetivo um resultado o mais racional possível.

⁶⁶⁹ Kriele qualifica esse processo como dialético. O caráter dialético, porém, deve ser bem entendido. Não significa que se move *moto proprio* de polo em polo, entre positividades e negatividades à busca de uma síntese perfeita já dada; também não significa um processo em que o singular sucumba ao universal. Nesse sentido, sobre a relação universal/singular no âmbito das ciências do espírito em face da temática da subsunção das ciências empíricas, assim como sobre a tomada de posição em relação à dialética hegeliana, cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Bd. 2. Ergänzungen, Register. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr, 1993, S. 328; cfr. também LITT, Theodor. *Das Allgemeine im Aufbau der geisteswissenschaftlichen Erkenntnis*. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1980. A abertura e a contingência

Kriele concluiu que para esse resultado contribuiu a evolução do conceito de **representação**, que tradicionalmente estava vinculado ao de mandato – privado, à semelhança do relação que liga o advogado a cada uma das partes –, para o de uma **representação racional**, em que o parlamentar passa a exercer a dupla função de advogado e juiz dos interesses em conflito. Assim, nessa migração do pensamento processual do âmbito jurídico para o político, a legitimação tradicional, segundo Kriele, cedeu lugar a uma **legitimação racional**. Disso resultaria a concepção seguinte: “O círculo de legitimação democrático é, portanto, um processo de **justificação** contínuo.”⁶⁷⁰ Ambos os espaços pressuporiam que se possa chegar à verdade por meio de uma discussão aberta e pública.

Sem desconhecer que o parlamento constitui a arena dos embates das ideologias dos partidos e coalisões, em reflexo da guerra dos interesses de classes e/ou corporações, Kriele insiste na vocação do espaço político-democrático à realização do sentido e da finalidade da democracia parlamentar⁶⁷¹ e, conseqüentemente, encontra uma justificativa da **regra da maioria** na elevação da probabilidade de racionalidade pelo processo.⁶⁷²

da história não podem ser suprimidas pela ideia de um processo dialético que tenha o condão de antecipar o exercício da liberdade, suprimindo-lhe a espontaneidade inerente. Diz Marcuse: *La realidad humana es un sistema 'abierto': ninguna teoría, marxista o no, puede imponer la solución*. Cfr. MARCUSE, Herbert. *La sociedad oprimida*. Versión castellana de Ítalo Manzi. Caracas: Tiempo Nuevo, 1970, p. 62.

⁶⁷⁰ KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 6. überarb. Aufl. – Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 206. No original: *Der demokratische Legitimationszirkel ist also ein ständiger Rechtfertigungsprozess*. (Destacado pelo próprio autor.)

⁶⁷¹ Quanto ao sentido da democracia parlamentar, Kriele entende consistir em “(...) amarrar, em certa medida, a dialética histórica a regras processuais que lhe dão liberdade e, ao mesmo tempo, asseguram-lhe sua pacificidade.” Cfr. KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 6. überarb. Aufl. – Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 229. No original: *Der Sinn der parlamentarischen Demokratie ist, die geschichtliche Dialektik gewissermassen an prozessuale Regeln zu binden, die ihr Freiheit geben und zugleich ihre Friedlichkeit gewährleisten*. Kriele especifica que por dialética se deve entender a “realização do direito natural no processo da experiência histórica”. (Idem, ibidem.) No original: *Verwirklichung des Naturrechts im Prozess geschichtlicher Erfahrung*. A propósito, deve aqui ser distinguido, ainda que sumariamente, entre a concepção de direito natural do *common law*, como resultado da sedimentação da experiência e reflexão jurídicas, e a concepção do direito natural do universo continental, em que predomina a característica de conceito abstrato, donde se poderiam deduzir soluções jurídicas concretas com pretensão de suplantarem o direito posto. Outra observação se faz importante: A remissão ao conceito de dialética histórica não pode aqui ser entendida como adoção do seu sentido na tradição hegeliana ou marxista, que pressuponha um espírito absoluto ou um movimento mecânico a guiar/conduzir a história. Traz-se esta observação de Kriele com o principal escopo de ilustrar o sentido do desenvolvimento da representação no âmbito parlamentar e sua relação com a dialética enquanto diálogo das partes e destas com o juiz no processo judicial. Sobre a posição de Alexy com relação ao direito natural, veja item 3.2.4.5.

⁶⁷² Cfr. KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 6. überarb. Aufl. – Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 232 ff. É discutível essa releitura da mudança do conceito de representação e do processo democrático no que tange ao sentido da regra da **maioria**. A tese de Kriele é de que não procede a concepção de que o fundamento precípua da regra da maioria seja a sua função de substituto do

Nesse movimento de legitimação racional da democracia, que historicamente passou pelo constitucionalismo⁶⁷³ e assumiu formas diferentes em cada país,⁶⁷⁴ pode-se vislumbrar um tênue fio entre as tradições vetustas de representação e o novo regime de representação política, agora regido por uma carta constitucional provida de uma declaração de direitos. Essa nova configuração põe à vista a díade capital da teoria política dos tempos modernos e, também, a sede principal de um conflito cuja solução se vê confiada, mais recentemente, à jurisdição constitucional: **direitos fundamentais e democracia.**

Para esclarecimento dessa relação, recorre-se ao magistério de Hesse,⁶⁷⁵ na medida em que sua teoria constitucional demonstrou, de um modo particularmente sólido e aqui aproveitável, a compatibilidade entre direitos fundamentais e democracia.

Para Hesse pode-se provar a falsidade do dilema que os oponentes. Para tanto, ele pensa a democracia como forma de racionalização do processo político – basicamente pela visibilidade e publicidade do procedimento de direção das vontades, e por permitir a participação ativa na formação da vontade do estado – bem como de limitação do poder estatal. Um dos principais motivos para essa limitação consiste em proteger

princípio da identidade entre dominantes e dominados. Em seu lugar, o autor sustenta que o fundamento da regra da maioria sempre foi, na tradição, que a decisão pela maioria oferece a maior probabilidade relativa para a razão e a justiça. Tal se baseia na convicção de que o argumento verdadeiro goza de superioridade de força de convencimento, de modo que, do ponto de vista do todo, é maior a chance de que a maioria alcance a verdade ao invés da minoria. Ainda que isso inclua a possibilidade de decisões erradas, a alternativa que se oferece – a consciência da verdade fulcrada numa arrogância elitista – traria o problema de saber quem definiria os critérios da escolha da elite que teria competência para decidir, o que arruinaria a paz. Uma solução que envolve menos pressuposições controversas pode ser encontrada no fundamento funcional do princípio da maioria, que se encontra em Hesse (ver seqüência deste mesmo item).

⁶⁷³ Esse movimento constitucionalista traria duas grandes ideias que estão ligadas entre si: garantia de alguns direitos básicos – hoje categorizados como fundamentais – e limitação do poder (sobretudo através da técnica dos *checks and balances*). Ele viria a refundar os conceitos de democracia e representação. Com isso, tanto a tradição do direito anglo-saxão como a continental – capitaneada pelos revolucionários franceses – encontram um ponto em comum na ideia de constituição que assegure que o exercício do poder seja legitimamente havido e exercido – o que se dá pela representação e pela separação de poderes – e que ao mesmo tempo ela proteja aqueles direitos mais relevantes.

⁶⁷⁴ Fábio Konder Comparato, apoiando-se em relatos dos debates entre revolucionários (Mirabeau e Siyués), exarou o entendimento de que foi a revolução francesa a promotora da mudança mais importante do conceito de representação e, por extensão, do processo político, na medida em que nela se migraria de uma concepção de representação do povo subdividido em estamentos para uma representação da nação: “Na representação antiga, representados eram os estamentos ou grupos sociais, concretamente identificados. Na representação moderna, diferentemente, representada é sempre uma coletividade global, seja ela a nação ou o povo, considerada como um todo homogêneo, sem divisões internas.” Cfr. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141.

⁶⁷⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, ns. de margem 127 ss., p. 115 ss.

aquelas decisões que a constituição tomou como sendo aquilo que não pode ficar em aberto⁶⁷⁶ e, portanto, não pode ficar exposto às oscilações do jogo político e às vicissitudes da formação da maioria democrática;⁶⁷⁷ nisso consiste a **função estabilizadora da constituição**.⁶⁷⁸

A mesma constituição, no entanto, não se confunde com um código e, diversamente deste, apenas regula os traços fundamentais das matérias que não podem ser deixadas para determinação posterior, como Kelsen já antecipara com a ideia de **quadro** e Alexy aperfeiçoará com a teoria dos **espaços**; ela deixa abertas

⁶⁷⁶ A constituição, para poder reger a vida da coletividade para o futuro, tem que abrir certas questões para o tempo, pois os seres humanos são marcados pela finitude e pela historicidade. Nesse sentido, Hesse sustenta que certa parte do conteúdo da constituição necessariamente tem de ficar “aberta para dentro do tempo”. Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 23, S. 12. No original: (...) *so muss ihr Inhalt notwendig ‘in die Zeit hinein offen’ bleiben*. Compare: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 23, p. 40. Pela função estabilizadora e pela concernente tarefa da constituição de proteger aquelas decisões fundamentais que não podem ficar abertas ao tempo, ainda que ela esteja voltada para o futuro, a constituição “(...) não deixa só no aberto, senão ela também determina com obrigatoriedade o que não deve ficar aberto”. (Idem, Rn. 24, S. 12.) Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 24, S. 12. No original: *Die Verfassung lässt nicht nur offen, sondern sie legt auch verbindlich fest, was nicht offen bleiben soll*. (Compare: Idem, n. de margem 24, p. 40.) Ao assim fazer, Hesse se mostra atualizado com a reflexões da filosofia contemporânea acerca da finitude e historicidade humanas, como a heideggeriana: “A análise da historicidade do ser-aí tenta mostrar que esse ente não é ‘temporal’ por que ‘está na história’, senão que, inversamente, só existe e pode existir historicamente porque no fundamento de seu ser é temporal.” Cfr. HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 17. Aufl. Tübingen: Niemeyer, 1993, S. 376. No original: *Die Analyse der Geschichtlichkeit des Daseins versucht zu zeigen, dass dieses Seiende nicht ‘zeitlich’ ist, weil es ‘in der Geschichte steht’, sondern dass es umgekehrt geschichtlich nur existiert und existieren kann, weil es im Grunde seines Seins zeitlich ist*. A versão espanhola pode ser encontrada em HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. Compare a abordagem da historicidade pela hermenêutica gadameriana em GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr, 1990, Band 1, S. 270 ff.

⁶⁷⁷ Ineludível a semelhança disso com a **concepção formal** dos direitos fundamentais sustentada por Alexy (ver item 6.2.2.1.).

⁶⁷⁸ Hesse define a peculiaridade da constituição, ligando essa função estabilizadora a outras: “Pela ordem do procedimento da formação da unidade política, pela fundamentação, sempre limitada, das faculdades de poder estatais, pela regulação procedimental vinculativa do exercício dessas faculdades e pelo controle dos poderes estatais, procura ela limitar poder estatal e preservar de um abuso desse poder; em sua função, que possibilita e garante um processo político livre, constitutivo, estabilizador, racionalizador, limitador do poder e, em tudo isso, que assegura a liberdade individual, consiste a **peculiaridade da Constituição**.” Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 31, S. 13-14. No original: *Durch die Ordnung des Verfahrens politischer Einheitsbildung, durch die stets limitierte Begründung staatlicher Machtbefugnisse, durch bindende verfahrensmässige Regelung der Wahrnehmung dieser Befugnisse und durch die Kontrolle der staatlichen Gewalten sucht sie staatliche Macht zu begrenzen und vor einem Missbrauch dieser Macht zu bewahren: in ihrer einen politischen Prozess ermöglichenden und gewährleistenden, konstituierenden, stabilisierenden, rationalisierenden, machtbegrenzenden und in alledem individuelle Freiheit sichernden Funktion besteht die **Eigenart der Verfassung***. (Destaques já constantes do original.) Compare: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 31, p. 42-43.

conscientemente certas questões, para discussão, decisão e configuração. E abre espaço ao legislador para fazer, com primazia, tal configuração.

No coração da democracia, porém, persiste o desafio de explicar o problema da **legitimidade**, que se agudiza na atividade legislativa. Hesse encontra, então, a resposta no **princípio da maioria**,⁶⁷⁹ que se apresenta como um meio de legitimação dos governantes em face dos governados. Porém, em sua base está a questão de como se justifica o próprio princípio da maioria. Hesse aponta para uma **justificativa funcional**,⁶⁸⁰ segundo a qual, a necessidade do princípio da maioria decorre de que, quando o princípio da conciliação não consegue resolver todas as questões, é necessário um modo que possibilite **decidir**.⁶⁸¹

Isso não significa que o princípio da maioria justifique qualquer decisão, assim como a sua defesa não implica adesão de Hesse ao **decisionismo**. E a sua repulsa a essa postura, também perfilhada por Alexy, introduz o tema das variantes possíveis do conceito de democracia, entre as quais, algumas se podem reputar mais racionais que outras, e outras podem simplesmente ser incompatíveis com os pressupostos já assentados de uma teoria que confira um lugar relevante para os direitos fundamentais e, mais especificamente, para a possibilidade de normas de direito fundamental associadas mediante argumentação.

⁶⁷⁹ Ao invés de “regra da maioria” (como o faz Kriele, cfe. nota 668), Hesse optou pela expressão “princípio da maioria”. Cfr. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, ns. de margem 140 ss., p. 123 ss. A ideia básica é, no entanto, a mesma, e a razão da distinção não cabe aqui ser investigada. No original, as palavras empregadas são *Mehrheitsprinzip* (princípio da maioria) e *Mehrheitswille* (vontade da maioria). Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Fn. 140 ff, S. 63 ff.

⁶⁸⁰ A proposta de Kriele enveredava pela justificação material ou axiológica do princípio, o que pode soar bem para resgatar a dignidade da legislação, mas também se sujeita a objeções de mesma natureza.

⁶⁸¹ A invocação de legitimidade superior para socavar a legalidade sempre foi, como ensina Hesse, linha de conduta de aspirações totalitárias. Cfr. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n.º de margem 197, p. 164-165. A mesma observação fez Kelsen em relação a Carl Schmitt no sentido de que este, para fazer valer sua concepção material de estado – ou seja, de razões superiores de legitimidade – lançou mão de um método que Kelsen caracterizou como “dialética mística”; esse método peculiar descreve o sistema parlamentar e o parlamento como algo que está em expansão e necessita de um contraforte (o *Reichspräsident*, moderador e neutro), mas ao mesmo tempo cai em ruína, consumido pelo pluralismo. Cfr. KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Die Justiz*. Berlin: Walter Rotschild, Bd.VI, S. 626, Fn. 1. Por isso, o que uma representação argumentativa pressupõe é, justamente, que a unidade do estado não esteja alicerçada em, ou se confunda com, uma concepção material, nem esteja, por fim, diluída numa totalidade não funcional mas material. Do contrário, como (e onde) poderia o indivíduo ou algum grupo minoritário sustentar algum argumento divergente dessa concepção?

Hesse, com efeito, tomou claro posicionamento contra o decisionismo quando examinou o conceito de democracia e, especialmente, da **democracia da identidade**. Hesse diz, pois, que “(...) a Lei Fundamental não se decide por domínio do povo no sentido de democracia da identidade”.⁶⁸² Não se trata de uma opção entre alternativas substancialmente indiferentes, porque, segundo o mesmo autor, “(...) a tentativa de transformar em realidade **identidade de governantes com governados** sem mediação não pode dar certo; ela leva em si o perigo de converter-se em domínio total”.⁶⁸³ Nesse ponto, Hesse se alia a Kriele⁶⁸⁴ no distanciamento em face da posição de Carl Schmitt. A sua posição é demarcada de um modo que não poderia ser mais enfático, embora elegante.⁶⁸⁵

De fato, o decisionismo e, em geral, a posição de Carl Schmitt quanto ao tema não se apresentam como soluções adequadas para a problemática dos direitos fundamentais, porque repousam sobre uma concepção material dos mesmos e, sobretudo, porque o conceito de democracia e de poder que defende os aniquila.⁶⁸⁶ Tomando como linha condutora do pensamento as ideias da necessidade da **decisão** política e de **neutralidade** num estado de partidos pluralista, Schmitt buscava a unidade por meio do recurso à doutrina, desenvolvida inicialmente por Benjamin Constant, do **poder neutro**,⁶⁸⁷ identificando-o no Presidente do Reich (*Reichspräsident*). Somente

⁶⁸² Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 131, S. 60. No original: *Damit entscheidet das Grundgesetz sich nicht für eine Herrschaft des Volkes im Sinne identitärer Demokratie*. Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 131, p. 118.

⁶⁸³ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 131, p. 118. No original, a afirmativa tem o seguinte teor: *Aber der Versuch, Identität von Regierenden und Regierten ohne Vermittlung in die Wirklichkeit umzusetzen, kann nicht gelingen; er trägt die Gefahr in sich, in totale Herrschaft umzuschlagen*. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 131, S. 60. (Destaques já constantes no original.)

⁶⁸⁴ Kriele associa a democracia da identidade ao pensamento de Carl Schmitt, para quem, democracia significaria “identidade de dominantes e dominados”. Cfr. KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 6., überarbeitete u. erweiterte Auflage. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 242.

⁶⁸⁵ Hesse cita, para comparar, os textos seguintes: SCHMITT, C. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923) S. 30 ff.; ders., *Verfassungslehre* (1928) S. 234 ff.

⁶⁸⁶ A concepção de Schmitt sobre direitos fundamentais os vincula ao princípio distributivo do estado de direito burguês; por isso, ele os restringe aos chamados direitos de liberdade da pessoa individual, o que exclui os direitos prestacionais, que ele denomina direitos socialistas. Cfr. SCHMITT, Carl. *Die Grundrechte*. In: AUGSBERG, Ino & UNGER, Sebastian (Hrsg.). *Basistexte: Grundrechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2012, S. 139-156.

⁶⁸⁷ Schmitt utiliza a expressão *Neutrale Gewalt*, remetendo-se diretamente à doutrina do *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur*, desenvolvida por Benjamin Constant, tendo citado as seguintes obras deste: CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions et les garanties*, 1814; e CONSTANT,

um conceito de **democracia da identidade** poderia mesmo explicar que Schmitt sustente que o Presidente do *Reich* (*Reichspräsident*), com base no princípio democrático – por ser eleito pelo povo e constituir o ponto central de instituições e competências plebiscitárias, bem como político-partidárias neutras – devesse exercer a guarda da constituição e da unidade do povo num todo político.⁶⁸⁸

A doutrina do *pouvoir neutre*, assim como todos os argumentos esgrimidos por Schmitt para defender que a guarda da constituição coubesse ao Presidente do *Reich* e não a um tribunal, encontraria, já em 1931, de parte de Kelsen, uma refutação que dificilmente se pode imaginar mais veemente e precisa em *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*⁶⁸⁹ Kelsen atacou, nesse texto, o que chama de uso ideológico, por

Benjamin. *Cours de politique constitutionnelle*. Paris: Laboulaye, 1818. Schmitt refere que a doutrina de Constant não somente teve influência sobre todas as constituições liberais do Séc. XIX que estabeleceram a figura do chefe de estado (monarca ou presidente de estado), mas até mesmo chegou a ser copiada quase literalmente em duas constituições, a saber, a Constituição Brasileira de 1824 e a Portuguesa de 1926. Schmitt o mostra, transcrevendo, em francês, a previsão do poder moderador contida na Constituição Brasileira de 1824, art. 98: *Le pouvoir modérateur est la clé de toute l'organisation politique, il est délégué exclusivement à l'empereur comme chef suprême de la nation et de son premier représentant, pour qu'il veille incessamment sur la conservation de l'indépendance, de l'équilibre et de l'harmonie des autres pouvoirs politiques*. Faz o mesmo quanto à Constituição Portuguesa de 1926 e menciona ainda outros exemplos de influência da doutrina. Cfr. SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl., Berlin: Dunker & Humblot, 1996, S. 132-133.

⁶⁸⁸ Schmitt afirma o seguinte: “Que o Presidente do *Reich* seja o guardião da constituição, porém, também resulta isoladamente do princípio democrático, sobre o qual repousa a Constituição de Weimar. O Presidente do *Reich* é eleito por todo o povo alemão, e suas competências políticas em face das instâncias legislativas (especialmente a dissolução do *Reichstag* e a convocação de plebiscito) são, de acordo com a coisa mesma, somente um ‘apelo ao povo’. Ao tornar o Presidente do *Reich* o centro de um sistema plebiscitário e também de instituições e competências político-partidariamente neutras, procura a Constituição do *Reich* em vigor justamente assegurar, por meio de princípios democráticos, a formação de um contrapeso ao pluralismo de grupos de poder sociais e econômicos e a unidade do povo como uma totalidade política.” Cfr. SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl., Berlin: Dunker & Humblot, 1996, S. 159. Disse o autor: *Dass der Reichspräsident der Hüter der Verfassung ist, entspringt aber auch allein dem demokratischen Prinzip, auf welchem die Weimarer Verfassung beruht. Der Reichspräsident wird vom ganzen deutschen Volk gewählt, und seine politischen Befugnisse gegenüber den gesetzgebenden Instanzen (insbesondere Auflösung des Reichstags und Herbeiführung eines Volksentscheids) sind der Sache nach nur ein ‘Appell an das Volk’. Dadurch, dass sie den Reichspräsident zum Mittelpunkt eines Systems plebiszitärer wie auch parteipolitisch neutraler Einrichtungen und Befugnisse macht, sucht die geltende Reichsverfassung gerade aus demokratischen Prinzipien heraus ein Gegengewicht gegen den Pluralismus sozialer und wirtschaftlicher Machtgruppen zu bilden und die Einheit des Volkes als eines politischen Ganzen zu wahren.*

⁶⁸⁹ Cfr. KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Die Justiz*. Berlin: Walter Rotschild, Bd.VI, S. 576-628, 1930/3. Esse opúsculo encontra-se traduzido ao português em KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298. A motivação erística do texto é bastante visível e compreensível, haja vista o contexto autoritário e os prenúncios de tempos totalitários da época em que foi escrito; Kelsen nele ironizou a doutrina de Benjamin Constant, à qual referiu como a mais velha peça do quarto de despejo do teatro da monarquia constitucional, onde já era empregada ideologicamente como escudo contra a responsabilização do monarca e do seu gabinete por violações da constituição. Tachou-a de contraditória no conceito de “totalidade parcelada” que Schmitt utilizou como mediação entre um estado do pluralismo – como o vislumbra no estado fragmentário dos partidos de então – e um estado da totalidade, superador do antagonismo entre governo e parlamento. O opúsculo foi originariamente publicado na revista *Die Justiz*

parte de Carl Schmitt, desse resquício do princípio monárquico para transferir ao Presidente do *Reich*, sob o regime de Weimar, o papel de contrapeso das instituições político-democráticas; o caráter ideológico⁶⁹⁰ ressaltaria da circunstância de que o maior perigo à constituição consistia justamente no abuso da prerrogativa do *Reichspräsident* de editar decretos de necessidade (*Notverordnungen*) previstos no art. 48 da Constituição de Weimar, que autorizava a **suspensão de direitos fundamentais** e o uso de força.⁶⁹¹

(A Justiça), em 1930-31, Cadernos 11-12, volume VI, páginas 576-628. A revista se intitulava: “Revista mensal para renovação do direito (ordenamento jurídico) alemão, órgão da união/associação **republicana** dos juízes”. Note-se que Gustav Radbruch aparece sob o título como cooperador (*In Verbindung mit*).

⁶⁹⁰ O caráter ideológico pode ser visto, também, pela própria circunstância de Schmitt derivar do princípio democrático (e não do princípio monárquico) a outorga da guarda da constituição a quem tenha a suposta função de servir de contrapeso ao parlamento. Além de combater essa ideologia da neutralidade do poder do Presidente do Reich, Kelsen demonstrou que a própria ideia de neutralidade falaria a favor de uma jurisdição constitucional, ou seja, que a guarda da constituição fosse, na verdade, exercida por uma instituição que atuasse como controle constitucional sem participar do jogo político-partidário e do antagonismo parlamento/governo, uma vez que exercida por magistrados dotados de prerrogativas funcionais que lhes assegurem independência e favorecida pelos mecanismos do processo judicial. Cfr. KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Die Justiz*. Berlin: Walter Rotschild, Bd.VI, S. 582 ff.

⁶⁹¹ A redação do art. 48 da Constituição de Weimer era a seguinte:

“Artigo 48

(1) Se um estado não cumpre os deveres que lhe incumbem por força da Constituição ou das leis do *Reich*, o Presidente do *Reich* pode obrigá-lo com ajuda de força armada.

(2) Achando-se a segurança e a ordem públicas gravemente perturbadas ou comprometidas, o Presidente do *Reich* pode tomar as medidas para seu restabelecimento, e, havendo necessidade, pode valer-se da força armada. Para isso, pode, temporariamente, suspender parcial ou totalmente o exercício dos direitos fundamentais garantidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

(3) O Presidente do Reich deve dar imediato conhecimento ao *Reichstag* de qualquer medida adotada com base nas cláusulas (1) e (2) deste artigo. Essas medidas devem ser abrogadas em caso de requerimento do *Reichstag*.

(4) Havendo perigo na demora, pode o governo de um estado, com relação ao seu território, adotar medidas provisórias tal como indicado na cláusula segunda. Essas medidas devem ser abrogadas por exigência do Presidente do *Reich* ou do *Reichstag*.

(5) Lei do *Reich* determinará os detalhamentos necessários.”

Fonte: http://www.documentarchiv.de/da/fs-notverordnungen_reichspraesident.html, acesso em 21.09.2012. Compare KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 97, nota do revisor. No original:

Artikel 48

(1) *Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten.*

(2) *Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.*

(3) *Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen.*

(4) *Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstags außer Kraft zu setzen.*

(5) *Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz.*

Kelsen também ocupou-se em rebater argumentos de Schmitt contrários à jurisdição constitucional que podem, ainda, ter interesse quando se trata de estabelecer a possibilidade de uma representação argumentativa em tribunal, porque, como Kelsen fez ver, o exercício da jurisdição constitucional não importa desfiguração da jurisdição ou sobrecarga de trabalho para esta, nem fortalecerá uma “aristocracia de toga”.⁶⁹²

O risco genuíno aparece, porém, quando se unem uma livre ponderação de valores e uma concepção material de constituição no seio de uma democracia da identidade (como ocorre em Schmitt). Contra isso toda cautela é pouca, como advertido desde longa data por Kelsen. Nenhuma ênfase é demasiada quando se trata de mostrar, como ele o fez, que uma doutrina da democracia da identidade,⁶⁹³ calçada numa ideologia política vetusta (reelaborada) resistente à jurisdição constitucional, elabore uma teoria material da constituição cujo resultado será o enfraquecimento de uma das principais funções – se não a maior – de qualquer constituição, consistente na proteção dos direitos fundamentais.⁶⁹⁴

Embora já para a “Declaração dos direitos humanos”, de 1789, não se considerasse como constituição o documento que não contivesse a previsão da separação de poderes e um catálogo de direitos,⁶⁹⁵ agora, após as duas grandes guerras e

⁶⁹² KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Die Justiz*. Berlin: Walter Rotschild, Bd. VI, 1930/3, S. 622. A expressão utilizada por Schmitt e rebatida por Kelsen é *Aristokratie der Robe*. Os argumentos esgrimidos na resposta de Kelsen podem, mediante uma releitura focada nas exigências postas pela teoria da norma associada de Alexy, servir para tranquilizar quanto ao perigo de sobrecarga e desvio da tarefa primordial da jurisdição. Pode-se dizer, em analogia ao que Kelsen argumentou na defesa de um controle de constitucionalidade exercido por tribunal, que a representação argumentativa de Alexy já vem acontecendo desde que tribunais se têm ocupado em prestar jurisdição de defesa e proteção de direitos fundamentais. Assumir que se trata de uma representação argumentativa apenas agrega mais clareza e mais segurança a uma prática, pois lhe impõe consciência mais aguda de suas exigências e da sua responsabilidade. É claro que a ponderação faz exigências maiores à jurisdição constitucional, mas como Alexy demonstrou quanto à tese do conteúdo essencial, a metodologia tradicional também utiliza de ponderações, ainda que não o reconheça e, assim, age com menor controle técnico e responsabilidade.

⁶⁹³ Numa concepção como a de Schmitt, aduziu Kelsen, a constituição passaria a ser um **estado de coisas**, o estado da unidade do povo alemão, ou seja, teria **caráter material**, identificando-se com um estado de coisas desejado por apenas um determinado ponto de vista político. Essa concepção, conclui, só poderia culminar na apoteose do art. 48, de modo que a sua condição estaria permanentemente atendida. KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Die Justiz*. Berlin: Walter Rotschild, Bd. VI, 1930/3, S. 625.

⁶⁹⁴ Nisso, Kelsen mais uma vez antecipou-se à concepção do constitucionalismo que viria a se tornar preponderante após 1945, a saber, que as constituições viriam a ser pensadas prioritariamente como proteção dos direitos fundamentais.

⁶⁹⁵ *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Art. 16. - Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* Cfr. “Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789. Art. 16. Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes é

as terríveis experiências totalitárias do fascismo, nazismo e estalinismo,⁶⁹⁶ aquelas exigências são vistas como mutuamente implicadas e fortemente unidas, de modo que a ordenação fundamental da comunidade tem de necessariamente passar pela proteção dos direitos fundamentais (e não mera declaração de direitos de liberdade) e, por causa dela, estruturar a organização do poder de tal forma que aquela não fique prejudicada mas, ao contrário, potencializada.

Isso não quer dizer que não se possa dar um sentido para a unidade do poder político e buscar que a democracia se aproxime do ideal de governo pelo povo, e que dentro do estado reine paz. Esta não significa o desaparecimento da cisão que o poder provoca entre governantes e governados; não é engendrada pela imposição de uma ideia unificadora, nem por um consenso popular de bases precárias e de riscos elevados.⁶⁹⁷

Esse novo sentido – restrito e meramente regulativo – da ideia de unidade na democracia reclama uma rearticulação do conceito de **poder soberano**. Para Kriele, pode-se pensar o governo do povo sem recair na democracia da identidade; soberano seria, assim, o povo, presente e capaz de agir e que se governa a si mesmo; adverte, porém, que se trata de um princípio que expressa apenas um ideal, um caso-limite teórico, impossível de ser concretizado na prática; seu sucedâneo prático consiste nas instituições do estado constitucional democrático, ou seja, nas instituições que

determinada, não tem constituição.” Fonte: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.html>, acesso em 28.02.2012; ver também <http://ldhlr.free.fr/DDHC.pdf>, acesso na mesma data.

⁶⁹⁶ Cfr. ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Orlando: Harcourt Books, 1985, p. 389 ss. A obra pode ser encontrada em português sob o título: ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Pode-se compreender que no totalitarismo a ideia de representação se vê sufocada ou substituída pela da identidade da massa com o líder. O simulacro de partido, que envolve os demais órgãos estatais, é apenas expressão de um movimento; seu oposto não é outro partido que expresse interesses divergentes e racionalmente discutíveis, mas é a ficção do “inimigo objetivo”, a ser eliminado. Segundo Arendt, o totalitarismo no poder se caracteriza pelo amorfismo estrutural, com a diluição das estruturas e instituições que garantem a proteção do indivíduo e a racionalidade; dissolve-se a distinção entre lei e ética; a ligação de cada um com o líder é feita diretamente, mas como parte indefinida de uma massa identificada com o líder, não como indivíduo; não há camadas intermediárias a deter ou suavizar o poder, que é total; a sede do poder se faz misteriosa, e tudo o que se pede é obediência cega, cuja contrapartida não é a autoridade, mas o terror.

⁶⁹⁷ Sobre a relação entre consenso e poder estatal, assim como sobre os tipos de consenso, veja-se BURDEAU, Georges. **O estado**. Trad. M.E.A.P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 127-129. Burdeau identifica no consenso uma ambiguidade intrínseca, na medida em que ele inclui tanto a aceitação do que existe como daquilo que (apenas) se promete. Também se aparta da ideia de consenso como univocidade, que vigeu em Platão e até os modernos, como Rousseau.

concretizam o princípio da democracia representativa, sob pena de incursão numa justificação da ditadura.⁶⁹⁸

O risco da ditadura – autoritária ou totalitária – nunca pode ser menosprezado por quem almeje a salvaguarda dos direitos fundamentais.

É também por essa perspectiva que se mostra perigoso todo conceito de democracia que não consiga trabalhar com o **conflito**, o qual está pressuposto por uma teoria, como a aqui examinada, que abriga a discussão racional dos interesses pelos próprios implicados. Por isso, Hesse preocupa-se em mostrar que uma deficiência séria – insuprível – da democracia da identidade, consiste em, por apenas conhecer a unidade, ter de negar a existência de conflitos, o que a leva à tendência de reprimi-los.⁶⁹⁹

Porém, numa sociedade dinâmica, que não condiz com um estado anti-historicamente estático, os conflitos afloram, sendo inescapável a **mediação** através de órgãos especiais de direção e formação da vontade política,⁷⁰⁰ já que o povo não pode decidir sobre todos os assuntos da vida estatal.⁷⁰¹

⁶⁹⁸ KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 6. überarbeitete u. erweiterte Auflage. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 242. Kriele alertou para o perigo inerente à democracia da identidade: “A autodissolução da democracia da identidade não é, de modo algum, mera teoria, mas, sim, na história se fez por diversas vezes realidade política. A teoria da democracia da identidade se faz apta para a justificação da ditadura exatamente por que essa a teoria em lugar nenhum do mundo corresponde uma realidade.” Cfr. KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 6., überarbeitete u. erweiterte Auflage. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 246-247. No original: *Die Selbstaufhebung der Identitätsdemokratie ist keineswegs nur Theorie, sondern in der Geschichte mehrfach politische Wirklichkeit geworden. Die Theorie der Identitätsdemokratie eignet sich zur Rechtfertigung der Diktatur gerade deshalb, weil dieser Theorie nirgendwo auf der Welt eine Wirklichkeit entspricht*. Acrescente-se que não é por mero acaso que Carl Schmitt, defensor da democracia da identidade, seja também conhecido como ideólogo do totalitarismo do III Reich.

⁶⁹⁹ Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 131, S. 60. Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 131, p. 119.

⁷⁰⁰ Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 131, S. 60. Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 131, p. 118. Diz Hesse que na relação tensa entre povo e parlamento, a LF constitui o parlamento em órgão especial, isto é, formalmente competente e organizado instucionalmente, sem identificação material com o povo, para a decisão das questões fundamentais à coletividade.

⁷⁰¹ Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 131, S. 60; Rn. 153, S. 69. Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 131, p. 118; e n. de margem 153, p. 133. Para o autor, o povo não participa diretamente da formação da vontade política, por isso a necessidade de “órgãos especiais”. A necessidade da representação é defendida também por Monstesquieu: “A grande

Isso leva a que se conceba a democracia de forma dinâmica e concreta, num processo que se dá em conexão com a realidade de um povo com seus conflitos e suas instituições.⁷⁰²

Não por acaso, um dos riscos da compulsão de ignorar ou reprimir divergências, inerente à democracia da identidade, consiste exatamente em **não** conseguir ver (e *a fortiori* não respeitar) a **relação especial** que existe entre **democracia e direitos fundamentais**. Como Hesse sublinhou, há entre a democracia e os direitos fundamentais uma **unidade estreita**.⁷⁰³

vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disso, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia.” Cfr. MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 171. Aristóteles já antevira o perigo, inerente às democracias, de que a força do número da maioria imperaria sobre as pessoas de bem. Por isso, recomendou, tal como fizera Sólon, que não se entreguem os cargos mais importantes à maioria dos cidadãos livres, por causa da sua corrupção e ignorância, mas que, ao invés disso, pudessem participar através da eleição e censura dos magistrados, bem como de julgar em assembleia; pela mesma razão, percebeu a necessidade de repartição e alternância no poder. Cfr. ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 171-183. Essa mesma corrupção e ignorância estariam no pano de fundo da principal causa de subversões das democracias, que é o atrevimento dos demagogos. (Idem, p. 211-213.) Especificamente em relação aos governos modernos, McBain sustentou a imprescindibilidade de algum tipo de sistema de representação, com as seguintes razões: “Governos modernos têm de, forçosamente, legislar sobre uma extensa e sempre mais extensa variedade de matérias. (...) Fazer todas as leis por ação direta do povo seria desesperadamente impraticável.” Cfr. MCBAIN, Howard Lee. *The living constitution: a consideration of the realities and legends of our fundamental law*. Nova Iorque: The MacMillan Company, 1939, p. 202. Por tudo isso, parecem estar fadados ao insucesso em tempos modernos todos os modelos que excluem a representação formal, como o assembleísmo à la Rousseau ou o modelo de diretórios, tal como temporariamente vigoraram durante a Revolução Francesa e a Bolchevique. Nesse sentido, não estava equivocado inteiramente Edmund Burke quando, reprovando o entusiasmo e os atrevimentos dos revolucionários continentais, afirmava ser o sistema representativo um pilar do estado (citado conforme McBain, op. cit., p. 203). Também Kant, embora sua vizinhança teórica com Rousseau em alguns aspectos, enfatiza sua opção pela necessidade da representação até mesmo para a caracterização de uma forma de governo. Essa manifestação foi feita no texto “À paz perpétua”, publicado em 1795, após a Europa ser varrida pelo furor revolucionário. Quando do estudo das proposições para a organização dos estados e governos com o fim de assegurar a paz, Kant sentenciou: “Toda forma de governo que não é **representativa** é propriamente uma **não-forma** (...)” Cfr. KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*. Werkausgabe, Bd. xi. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 20. No original: *Alle Regierungsform nämlich, die nicht repräsentativ ist, ist eigentlich eine Unform* (...). Compare: KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Trad. Marco Antonio Zingano. Porto Alegre: L&PM Editores S.A., 1989, p. 36.

⁷⁰² Diz Hesse: “Daqui a norma, que todo poder estatal emana do povo, não simula uma unidade de vontade do povo, senão ela pressupõe aquela multiplicidade e divergência, que torna necessária sempre de novo a produção da unidade política como condição do nascimento e da atividade do poder estatal.” Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 133, S. 61. No original: *Von hier aus fingiert der Satz, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, nicht eine Willenseinheit des Volkes, sondern er setzt jene Vielfalt und Gegensätzlichkeit voraus, die stets erneut die Herstellung politischer Einheit als Bedingung der Entstehung und des Wirken staatlicher Gewalt notwendig macht*. Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 133, p. 120.

⁷⁰³ Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 161, S. 72. Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito**

Ela aparece quando a constituição assegura que os conflitos possam ter sua expressão e que as minorias que se formam – como força centrífuga em relação ao princípio da unidade – possam ter suas posições asseguradas contra a maioria. Nesse asseguramento da liberdade do processo político e dos participantes deste, ingressa a função democrática dos direitos fundamentais: “Garantir essa liberdade e abertura do processo político é uma das mais importantes **funções democráticas dos direitos fundamentais**.”⁷⁰⁴

Assim, por um lado, o princípio da maioria é parcialmente capaz de formar uma unidade, pois reúne em si a vontade da maioria, mas precisa, por outro lado, de justificação adicional quanto aos dissidentes. Esta repousa sobre os pressupostos de que haja concórdia fundamental sobre a necessidade de que a maioria tem que decidir, que no interior da coletividade haja oposições relativas que possam ser superadas e que haja possibilidade de alternância na formação da maioria. Em consequência, para que a constituição não abandone as minorias à ditadura da maioria, deve prover mecanismos de oportunidade igual e de proteção das minorias, como a previsão de eleições regulares (periódicas e regradas) livres e iguais, sistema pluripartidário e a divisão dos poderes.⁷⁰⁵

Neste momento, impõe-se a observação de que esses mecanismos não podem ser considerados apenas na perspectiva do direito constitucional expreso. Com efeito, na medida em que se cogite de direitos fundamentais, ainda que não diretamente estatuídos pelo texto constitucional, mas passíveis de associação a determinações de direito fundamental, também possuem o condão de impedir atuação estatal que as viole ou negligencie. Portanto, embora ainda sejam necessários desenvolvimentos ulteriores quanto à estruturação da NDFA, desde logo se pode inferir que ela joga papel de relevância para a teoria do estado.⁷⁰⁶

constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 161, p. 139.

⁷⁰⁴ Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 161, S. 72. Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 161, p. 138. Destaque constante do original.

⁷⁰⁵ Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 140 ff., S. 63ff. Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, ns. de margem 140 ss., p. 123 ss.

⁷⁰⁶ Vejam-se adiante as questões atinentes ao direito fundamental como um todo, que prevê não somente posições correspondentes a direitos de defesa como também de proteção (item 6.2.2.2.), e ao domínio de aplicação da NDFA, o que inclui a revisão constitucional (item 10.1.2.).

Por outro lado – e aqui se fecha o círculo da relação estreita entre democracia e direitos fundamentais – além da proteção da minoria,⁷⁰⁷ é incumbência da constituição prover a proteção dos direitos fundamentais, restringindo o espectro de liberdade do legislador e, pois, o alcance do poder decisório da maioria.⁷⁰⁸ Aqui avulta a determinação de competências negativas aos poderes estatais (a começar do poder legislativo), para evitar qualquer violação dos direitos fundamentais.⁷⁰⁹

Mas além desse aspecto negativo, a relação entre legislação e direitos fundamentais tem outro, de natureza **positiva**, que Hesse frisou com muita propriedade: “Para poder tornar-se eficazes, a maioria dos direitos fundamentais carecem de organização jurídica das condições de vida e âmbitos de vida que eles devem garantir. Essa organização é, em primeiro lugar, **tarefa da legislação**.”⁷¹⁰

⁷⁰⁷ Kelsen o declara da seguinte forma, ao referir-se à jurisdição constitucional: “Ao assegurar a elaboração das leis em conformidade à constituição e, em particular, a conformidade à constituição dos conteúdos das leis, ela desempenha a função de uma proteção eficaz da minoria contra os abusos da maioria, cuja dominação somente se torna suportável pelo fato de ser exercida em conformidade ao direito.” Cfr. KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1929, S. 80-81. No original: *Indem diese das verfassungsmässige Zustandekommen und insbesondere auch die Verfassungsmässigkeit des Inhalts der Gesetze sichert, leistet sie die Funktion eines wirksamen Schutzes der Minorität gegen Übergriffe der Majorität, deren Herrschaft nur dadurch erträglich wird, dass sie rechtmässig ausgeübt wird*. Compare: Cfr. KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 121-186.

⁷⁰⁸ A neutralidade que tão intensamente fora decantada por Constant e Schmitt tem seu lugar, como se colhe em Hesse, não num órgão específico do estado, nem numa redoma de indiferença, mas, sim, em todo o estado constituído pela ordem fundamental e empenhado na proteção dos direitos fundamentais: “Por essa razão, o Estado constituído pela Lei Fundamental garante e protege a confissão religiosa e ideológica; mas ele próprio é **religiosa e ideologicamente neutro**, não religiosa e ideologicamente indiferente.” Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 159, S. 71. No original: *Aus diesem Grund gewährleistet und schützt der durch das Grundgesetz konstituierte Staat das religiöse und weltanschauliche Bekenntnis; aber er ist selbst religiös und weltanschaulich neutral, nicht religiös und weltanschaulich indifferent*. (Destaque constante do original.) Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 159, p. 136-137.

⁷⁰⁹ Neste momento, já se torna claro que essas competências negativas não estão apenas expressas através de NDFAs, mas devem poder ser também extraídas por associação, que possuem o mesmo estatuto de direito fundamental.

⁷¹⁰ Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 303, S. 137. Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 303, p. 247 (destaque constante do original). Isso não exclui, antes reforça a necessidade de que normas de direito fundamental que confirmam direitos de organização e procedimento, sejam obtidas por associação a determinações constitucionais, até mesmo para contraste no exame de constitucionalidade das normas legislativas criadas no propósito de cumprir a tarefa legislativa mencionada.

Alexy está de acordo com isso quando harmoniza a força vinculante dos direitos fundamentais com a dignidade e vinculatividade da lei. Essa compatibilização se dá por diversos meios.

Um dos mais importantes consiste no arranjo estrutural peculiar da sua teoria das normas, que compagina a teoria da argumentação com a teoria dos princípios. Um exemplo de engate preciso entre essas teorias está no caráter duplo das normas de direitos fundamentais. Transcrevo:

A medida e a força da vinculação da argumentação jurídico-fundamental “por lei” são, com isso, limitadas, mas ela existe. Isto não contradiz a teoria dos princípios. Como exposto acima, as normas fundamentais têm um duplo caráter como regras e princípios. Na medida em que, com a normação das normas jurídico-fundamentais, o constituinte tenha estabelecido fixações sob a forma de regras, essas são vinculantes, a menos que se possam aduzir razões jurídico-constitucionais suficientes contra a sua vinculatividade.⁷¹¹

Destaque-se, aqui, a relevância do conceito de fixações (*Festsetzungen*) levadas a efeito pelo legislador, em atendimento ao que se encontra determinado em caráter vinculante pela constituição e dentro dos limites do respectivo espaço.⁷¹² Observá-las constitui uma obrigação *prima facie* a ser cumprida pelo tribunal, em virtude do que determinam os princípios formais.⁷¹³

Outro importante meio de ajuste entre força vinculante dos direitos fundamentais e legislação consiste no arranjo que Alexy arquitetou entre a teoria da norma e a teoria dos status, que preside a idéia de direito fundamental como um feixe de posições, o que adensa e sofisticada a relação entre direitos fundamentais e legislação, por meio de diferenciações das várias posições que se podem identificar na aplicação de direitos fundamentais.⁷¹⁴

⁷¹¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 503-504. No original: *Das Mass und die Kraft der Bindung der grundrechtlichen Argumentation ‘durch Gesetz’ ist damit zwar begrenzt, aber es gibt sie. Dies widerspricht nicht die Prinzipientheorie. Wie oben ausgeführt, haben die Grundrechtstnormen einen Doppelcharakter als Regeln und Prinzipien. Soweit der Verfassungsgeber mit der Normierung der Grundrechtstnormen Festsetzungen in Regelform getroffen hat, sind diese verbindlich, es sei denn, es lassen sich hinreichende verfassungsrechtliche Gründe gegen deren Verbindlichkeit anführen.*

⁷¹² Para mais elementos sobre isso, ver adiante item 6.2.2.3.3.

⁷¹³ Esse tema é aprofundado mais à frente, item 9.3.1.

⁷¹⁴ Esse aspecto é desenvolvido com maior profundidade no item 6.2.2.2.

Com tais arranjos, a teoria dos direitos fundamentais não amesquinha o legislador. Ao contrário, o apuramento dos conceitos definitórios de sua esfera de atuação, com a determinação do conteúdo e da extensão da sua vinculação à constituição e ao controle pelo tribunal constitucional, é que traz a lume a verdadeira dignidade da legislação – que Waldron não consegue apanhar em toda a sua amplitude por carecer de maior familiaridade com a tradição dos direitos fundamentais –, a qual supre a necessidade que os direitos fundamentais têm de organização jurídica:

Ela torna clara, em medida especial, que o legislador, a quem essa organização incumbe de preferência, não só pode ser considerado como inimigo dos direitos fundamentais, mas que, no âmbito dos direitos fundamentais, cabe a ele uma **tarefa positiva**. Ela, finalmente, deixa transparecer a conexão estreita da Constituição, como ordem fundamental jurídica da coletividade, com as partes restantes da ordem jurídica.⁷¹⁵

Um resultado importante se pode antecipar aqui. Além de estabelecer a possibilidade de convivência de direitos fundamentais e democracia, a posição de Hesse presta-se como esclarecedora para a própria racionalidade da atividade que leva à edificação de NDFAs. Essa posição mostra que a relação entre direitos fundamentais e democracia não é simples, mas próxima e profunda, sendo mediada pela interpolação de constituição e pela salvaguarda desta pela jurisdição constitucional. Ao mesmo tempo, ela mostra limites a esta última, o que escoima o risco do açambarcamento da ordem jurídica por uma constitucionalização expansiva, tal como Forsthoff descreveu quando representou tal constituição como sendo o “ovo do mundo jurídico”.⁷¹⁶

O perigo da sobreconstitucionalização não deve ser desprezado.

Trata-se do mesmo risco, visualizado por diversos autores, do deslocamento do eixo estatal da lei para o juiz, ou, dito de outro modo, de transformação do **estado de**

⁷¹⁵ Cfr. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 304, p. 248 (destaque meu). HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999.

⁷¹⁶ A expressão figura uma constituição da qual tudo emana. Cfr. FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschaft: Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. München: Verlag C. H. Beck, 1971, S. 144. No original: *Die Verfassung als juristisches Weltenei, aus dem alles hervorgeht (...)*. As críticas mordazes de Schmitt (“tirania dos valores”) e de Forsthoff (“ovo do mundo jurídico”) são referidas por Alexy mais de uma vez e são discutidas mais detalhadamente em ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 75-76.

direito em estado de justiça. Segundo Heyde, o aludido caminho rumo ao estado do juiz (*Richterstaat*) se expressa no elevado número de juízes e na frequência dos recursos aos tribunais, os quais, no entanto, remontam ao abrangente sistema de jurisdição, especialmente à garantia constitucional da proteção jurídica, à edificação da jurisdição administrativa e, mais recentemente, à instauração da jurisdição constitucional.⁷¹⁷

Entre as causas desse fenômeno, Heyde aponta o crescente adensamento do controle da discricionariedade, o que se agrava com o uso de cláusulas gerais na legiferação, tornando a aplicação de norma (*Normanwendung*) pelos tribunais em estatuição de norma (*Normsetzung*) e acentuando a dependência da administração em relação aos tribunais; nessa interconexão de legiferação e jurisdição para a realização do direito, quanto menos o legislador dispõe no direito, tanto mais a jurisdição tem de criar direito na efetivação deste.

O mesmo autor também refere a constatação, na doutrina, da justicialização (*Justizialisierung*) da vida pública e a crescente jurisdicização do ser do estado (*Verrechtlichung des Staatswesens*), o que estaria a exigir a conscientização dos legisladores e tribunais da inalcançabilidade da perfeita justiça (*perfekte Gerechtigkeit*).⁷¹⁸

Hesse compartilha a apreensão diante do perigo de que uma interpretação inflacionária dos direitos fundamentais ponha a perder o foco sobre o seu sentido originário e permanente, bem como sua tarefa central – como direitos humanos que são – de assegurar condições fundamentais da vida individual e comum em liberdade e dignidade.⁷¹⁹

⁷¹⁷ Cfr. HEYDE, Wolfgang. *Rechtsprechung*. In: BENDA, Ernst (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994, Bd. 2, S. 1634-1635.

⁷¹⁸ Cfr. HEYDE, Wolfgang. *Rechtsprechung*. In: BENDA, Ernst (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994, B. 2, S. 1635.

⁷¹⁹ Sobre a busca da harmonização entre historicidade e núcleo dos direitos fundamentais, Hesse assim se pronunciou: “Direitos fundamentais são, historicamente e de acordo com o seu significado atual, antes de tudo direitos humanos: neles se trata de condições fundamentais para o viver, individualmente e socialmente, em liberdade e com dignidade humana, tarefa que, sob os pressupostos da atualidade, nada perdeu em seu significado atual. Se os direitos fundamentais devem assegurar eficazmente essas condições fundamentais, então não devem impedir a mudança histórica; ao mesmo tempo, nisso eles têm de ser conservados, sem ‘se’ e ‘porém’, em sua essência própria e protegidos. Isso pressupõe que não

Contra isso, porém, a teoria da NDFA possui remédio.

A determinação dos limites de atuação da jurisdição constitucional se dá com a harmonização da constituição como ordem fundamental e ordem quadro, o que se perfectibiliza pela definição e observância dos chamados espaços estruturais e epistêmicos.⁷²⁰

Como se explanará adiante, a NDFA conta a favor da sua indenidade no âmbito da teoria do estado e da política, de instrumentos oferecidos pela própria teoria que a sustenta, como a correta observância dos passos procedimentais do princípio da proporcionalidade, a atenção à dogmática dos espaços, a adequada atribuição dos pesos na ponderação – guiada pela fórmula peso – e, ainda, a inserção de princípios formais na ponderação. Do ponto de vista material, também se fazem imprescindíveis alguns conceitos quanto à natureza e conteúdo do direito fundamental.⁷²¹

No entanto, tais fatores seriam incompreendidos ou inúteis, se não antecedidos de clareza na visão de alguns aspectos vitais à teoria no plano filosófico-político, como a concepção de democracia e constitucionalismo. Sem ela, os chamados princípios formais e a própria teoria dos princípios no plano do direito fundamental sequer podem ser dimensionados adequadamente.

O pensamento de Hesse acerca da relação entre direitos fundamentais e legislação e também a teoria da NDFA – desde que se observem os limites já indicados à atividade de ponderação –, não incidem no risco acima analisado, pois, mesmo sendo

sejam estendidos inflacionariamente e transformados em troco miúdo.” HESSE, Konrad. *Bedeutung der Grundrechte*. In: BENDA, Ernst (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994, S. 160. No original: *Grundrechte sind geschichtlich und ihrer heutigen Bedeutung nach in erster Linie Menschenrechte: Es geht in ihnen um Grundbedingungen individuellen und gemeinschaftlichen Lebens in Freiheit und menschlicher Würde, eine Aufgabe, die unter den Voraussetzungen der Gegenwart nichts von ihrer aktuellen Bedeutung eingebüsst hat. Sollen die Grundrechte diese Grundbedingungen wirksam sichern, so dürfen sie geschichtlichen Wandel nicht unterbinden; zugleich müssen sie indessen ohne Wenn und Aber in ihrer eigentlichen Substanz festgehalten und geschützt werden. Dies setzt voraus, dass sie nicht inflationär aufgedehnt und in allzu kleine Münze umgesetzt werden.*

⁷²⁰ Essa temática não convém que seja examinada neste momento, pois demanda considerações de teoria da norma de direito fundamental e da sua dinâmica, ainda por serem desenroladas. Assim, ver adiante, item 9.3.2.

⁷²¹ Ver adiante, item 6.2.2.1.

a constituição a ordem fundamental da coletividade, ainda assim não se confunde com a ordem total, nem lhe saca toda a virtualidade de regular a vida da coletividade.⁷²²

4.2.3. Democracia e poder

Para não fracassar na compreensão dos direitos fundamentais, uma concepção de direito constitucional não pode obnubilar os conflitos ideológicos com que se depara inexoravelmente, como já demonstrado no tocante ao conceito de democracia da identidade. Porém, ainda resta por desvendar outro aspecto que se avizinha da conflituosidade, consistente na questão do poder que está inerente a toda a dinâmica estatal.

Isso explica a técnica da separação do poder sempre ter sido tão encarecida no constitucionalismo. Contudo, assim como deve frustrar-se quem pretenda ignorar a questão do poder, também se equivocará quem conceber a complexidade dos direitos fundamentais a partir da acanhada fórmula da vetusta teoria da separação dos três poderes.

Loewenstein, por exemplo, adverte que os constitucionalistas liberais clássicos, obcecados pela mística da lei como expressão da vontade geral, tomada como instrumento da racionalização do poder, ao estudar as formas de governo,⁷²³ olvidaram o fato da **liderança** ou **comando político**,⁷²⁴ ou seja, que as **funções estatais**⁷²⁵ são, também, instrumentos de exercício de mando para um grupo social reduzido e

⁷²² Isso não impede que diversas críticas sigam essa linha, na abordagem do desempenho da teoria dos princípios e, de modo particular, do princípio da proporcionalidade. Isso demanda consideração à parte, a ser feita no momento oportuno (itens 6.2.2.4. e 7.5.).

⁷²³ Cfr. LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2. ed. Chicago/London: The University of Chicado Press, 1965, p. 20 ss.

⁷²⁴ Cfr. LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2. ed. Chicago/London: The University of Chicado Press, 1965, p. 41-42. No original: *political leadership*.

⁷²⁵ Registre-se aqui uma posição contrária, como a de Burdeau, o qual questiona a concepção funcional hoje dominante na teoria do estado. Para o autor nominado, o que caracteriza o estado funcional consiste justamente em que o poder é justificado não mais pela sua fonte mas pela função que ele cumpre, ou, dito de outro modo, o poder no estado funcional é um poder legitimado pelos seus fins. Cfr. BURDEAU, Georges. **O estado**. Trad. M.E.A.P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 167. Essa concepção, segundo o autor, seria indicativa de uma sociedade ao mesmo tempo inquieta e acomodada, que deseja que o estado gerencie todas as questões relevantes para a sobrevivência, de um modo racional e técnico (especialmente pelo planejamento), em detrimento da noção tradicional de política como luta pelo poder; assim, agora não é tão importante chegar ao poder, mas como exercê-lo. (Idem, p. 137-176.)

articulado. Por isso, a separação de poderes, tomada como dogma na teoria tradicional, já não encontra eco na atual sociedade massificada e prenhe de ideologias.

Ao invés da teoria tradicional da separação em três poderes, que remonta a Montesquieu, Loewenstein propõe uma **classificação de funções**: (1) decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); (2) execução da decisão (*policy execution*); e (3) controle político (*policy control*).⁷²⁶

Destaca-se, nesse rearranjo, que o **controle judicial da constitucionalidade** é incluído no controle político, por entender que possui tal natureza. Também merece ênfase o conceito de **decisões políticas fundamentais**, que, segundo o constitucionalista, são raras e ocorrem em **diferentes níveis**, dos quais o mais importante seria a **constitucional**, consistente na adoção de uma constituição⁷²⁷ e, particularmente, na eleição do sistema político e da forma de governo; mais abaixo, haveria decisões conformadoras quanto a interesses e ideologias em confronto. Em geral, a importância das massas populares diria mais com a confirmação dessas decisões, tomadas via de regra por elites.⁷²⁸ As decisões devem realizar-se, ensina, por **diferentes meios**, dos quais o primeiro é a legislação.

Embora controversas as posições de Loewenstein quanto ao papel das elites, ao caráter do controle da constitucionalidade e ao conceito de decisões fundamentais, é importante a sua contribuição para a releitura do princípio tradicional da separação dos poderes. A ênfase funcional do poder e da técnica da separação agrega racionalidade à estrutura do estado, na exata medida em que se compreende o lugar, na teoria do poder,

⁷²⁶ Cfr. LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2. ed. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1965, p. 45 ss. A **execução** da decisão política fundamental, segundo Loewenstein, pode dar-se em qualquer campo das atividades estatais e o mais comum é operar-se como execução de legislação. A administração seria a atividade que mais realiza essa função, mas dela compartilha também a função judicial, excluída a função de controle judicial de constitucionalidade, à qual o autor atribui natureza política. E a função de controle político, núcleo da nova concepção, seria o meio mais eficaz de moderar e limitar o poder, para que a sociedade possa alcançar seu fim mais importante, ou seja, aquele estado que permita o máximo de desenvolvimento da personalidade de cada membro.

⁷²⁷ Note-se que a ideia de decisão política fundamental carece de maiores esclarecimentos, que podem ser encontrados na obra de Hesse, por demarcar ao mesmo tempo aquilo que deve ficar a salvo das vicissitudes do jogo político e aquilo que necessariamente deve ficar imerso nesse jogo e ser decidido ali, exposto ao tempo e às mudanças. Cfr. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 23, p. 40.

⁷²⁸ As teorias que conferem grande importância às elites e ao protagonismo não serão desenvolvidas nem analisadas aqui, haja vista a exiguidade do espaço e falta de maior relevância para este trabalho.

para os direitos fundamentais. Esse enfoque funcional possibilita colorir aquela separação de funções com as finalidades defensivas, protetivas e promocionais dos direitos fundamentais.

Coerente com tal releitura, Loewenstein veio a reconhecer, de modo similar a Montesquieu, que **o mais eficaz** mecanismo de controle político consiste no sistema de *checks and balances*, ou seja, na atribuição de diferentes **funções** estatais a distintos detentores de poder ou órgãos estatais, de modo a permitir a cooperação de todos para a formação de vontade estatal válida. À diferença do “Espírito das leis”, no entanto, a função de controle agora é distribuída entre **todos** os detetores do poder, a saber, o governo, o parlamento e o eleitorado; Loewenstein foi inovador quando frisou que, a par da distribuição, há outras **técnicas de controle autônomas**, como por exemplo, o veto presidencial, o plebiscito e o **controle judicial de constitucionalidade**.⁷²⁹

A ideia de **supremacia da constituição**, no entanto, que legitima o controle de constitucionalidade, encontra na proteção dos direitos fundamentais sua justificação central.⁷³⁰

As técnicas de controle do exercício do poder encontram sua mais expressiva finalidade na proteção dos direitos fundamentais dos membros da sociedade, ainda que nem sempre de modo imediato. De acordo com isso, a distribuição constitucional de tarefas e funções entre os detentores do poder tem de estar harmonizada com a ideia da vinculação de todos com os direitos fundamentais.⁷³¹

⁷²⁹ Todavia, segundo Loewenstein, o ponto crítico da função de controle reside na exigência de responsabilidade política, ou seja, no voto de desconfiança, no poder de dissolução do parlamento e na convocação de novas eleições; trata-se da técnica mais eficaz e que justifica a compreensão de que o constitucionalismo significa governo responsável, o que ocorre quando o exercício de fato do poder está distribuído e controlado entre seus diversos detentores. Essas técnicas, conclui, estão ancoradas na constituição, cuja supremacia vem a ser o ápice de todo um sistema integral de controles políticos. Cfr. LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2. ed. Chicago/London: The University of Chicado Press, 1965, p. 48 ss.

⁷³⁰ Comparato sustenta que, contra o princípio da supremacia do parlamento, a supremacia da constituição – e com isso dos direitos humanos que nela se incorporaram como direitos fundamentais – seria firmada definitivamente pela Suprema Corte americana no conhecido caso Marbury v. Madison, de 1803. Disso extrai Comparato o caráter judicial da garantia dos primeiros direitos fundamentais. Cfr. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110-111.

⁷³¹ Veja-se que Alexy, na introdução da “Teoria dos direitos fundamentais”, distingue entre a questão dos direitos como objeto da filosofia prática e da política, e aquela outra questão propriamente jurídica que nasce com o estabelecimento da vinculação dos órgãos e poderes de estado aos direitos fundamentais e da submissão do seu controle a um tribunal. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt:

Os espaços de configuração, aplicação e revisão de direitos fundamentais não podem estar distribuídos em desarmonia com os campos legítimos de atuação de cada detentor de poder, sob pena de perda de organicidade ou de efetividade dos direitos fundamentais.

Porém, uma teoria dos direitos fundamentais que vindique a associação de normas não diretamente estatuídas aporta uma exigência adicional em relação à forma de organização da estrutura estatal. Como ela exige certa organização da estrutura do estado para que seja possível um procedimento de discussão compatível com a ponderação de princípios em nível institucional, requer que aquela estrutura abra espaço para que vingue uma **concepção formal**⁷³² dos direitos fundamentais e **procedimental** da moralidade.⁷³³

Com efeito, uma concepção deste último naipe necessita de uma estrutura democrática de estado de direito que opere com direitos fundamentais em espaços e formas que contemplem a participação do indivíduo e dos grupos sociais, onde possam avaliar e ponderar seus próprios interesses, decidir sobre suas necessidades e estabelecer prioridades.⁷³⁴

A estrutura estatal, portanto, não pode deixar de prever ambientes de participação e procedimentos de canalização desse movimento que parte dos titulares

Suhrkamp, 1994, S. 15. Todavia, essa mesma distinção permite ver a proximidade (a íntima relação, na verdade) entre a determinação político-constitucional do caráter vinculante dos direitos fundamentais, somada à instituição de um órgão de controle, e a definição do caráter jurídico do problema dos direitos fundamentais. Nesse ponto de aglutinação entre filosofia política e teoria do estado, por um lado, e de teoria do direito e filosofia do direito, por outro, é que aflora o problema da juridicidade e, mais ainda, o da própria justiciabilidade dos direitos fundamentais. Essa depende de decisões filosófico-políticas, ao mesmo tempo em que as justifica, assim como depende de vias processuais à disposição. Para mais detalhes, ver o estudo da questão da justiciabilidade da NDFA no item 10.2.1.1.

⁷³² Para mais detalhes, veja-se adiante o item 6.2.2.1.

⁷³³ Alexy compartilha a defesa de uma teoria procedimental da moralidade, definida como aquela que possa formular regras ou condições para uma argumentar prático racional, da qual a teoria do discurso prático racional constitui, na visão do autor, uma versão especialmente promissora. Essa teoria moral, portanto, não deixa de ser cognitivista e longe está do irracionalismo, embora o seu traço procedimental. Essa postura advém do reconhecimento da impossibilidade de uma teoria moral material que pretendesse oferecer uma resposta dotada de certeza intersubjetivamente cogente para cada questão moral. Cfr. ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 230. No original: *Zwar sind materiale Moraltheorien, denen für jede moralische Frage mit intersubjektiv zwingender Gewissheit genau eine Antwort entnommen werden kann, nicht möglich, möglich sind aber prozedurale Moraltheorien, die Regeln oder Bedingungen rationale praktischen Argumentierens formulieren.* (Destques presentes no original.)

⁷³⁴ O tema da participação de indivíduos e grupos no processo da jurisdição constitucional não comporta espaço neste trabalho.

dos direitos fundamentais. Essa estrutura não pode fechar-se numa concepção material e considerar dispensável a discussão. Esse é o viés mais atualizado da democracia, ou seja, o respeito à autodeterminação mediante a abertura para a participação na formação da vontade estatal e do direito que o rege, ou seja, muito além de eleições.⁷³⁵

Nessa linha, Zippelius liga à proteção dos direitos fundamentais a própria teoria da separação dos poderes, assim como a superação desta última por uma teoria das funções e de regulamentação do poder do estado.⁷³⁶ Sugere que o programa de controle do poder ultrapasse o tema clássico do equilíbrio dos poderes na organização do estado e alcance os múltiplos domínios, com suas novas formas, de apresentação do poder. Aduz que, ao lado da descentralização propiciada pela federação ou por mera concessão de espaços administrativos autônomos, pode a competência jurídica ser também confiada a entes privados ou transferida para os próprios cidadãos, de modo a que “(...) as regulações de interesses jurídico-vinculativas podem, assim, ser reservadas em larga medida à conformação autônoma dos interessados afetados.”⁷³⁷

Essa concepção, de raiz marcadamente kantiana, valoriza a autonomia do indivíduo, a sua autodeterminação e a interpretação dos próprios interesses. Tal autodeterminação projeta-se não apenas sobre o plano da participação democrática em processos de regulação estatal – onde a teoria tradicional da separação de poderes fornecera subsídios à preservação do espaço de participação –, mas também por meio da **autonomia privada**.

⁷³⁵ Compare com o seguinte excerto da obra de Zagrebelsky: (...) *porque la democracia pluralista, para conducir a una vida común a sus numerosos componentes sin hacer uso de la violencia, debe fundarse en valores abstractos, no concretos; formales o procedimentales, no materiales. La tolerancia, por ejemplo, nos dice que debemos reconocer e respetar nuestras diferencias; no dice nada, por el contrario, sobre el contenido de estas diferencias ni sobre el modo concreto de hacerlas convivir. La democracia promete procedimientos amistosos para dar solución a los conflictos políticos, pero es un método, no el contenido de una decisión.* Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Madrid: Ed. Trotta, 2010, p. 13. Disso não segue que os direitos fundamentais deixem de representar os valores ou conteúdos materiais básicos na democracia. Porém, a concepção formal é que dita como os diferentes conteúdos podem conviver.

⁷³⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre: (Politikwissenschaft)*. 13. neubearb. Aufl. München: Beck, 1999, S. 295 ff. A obra encontra-se traduzida ao português (ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997).

⁷³⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre: (Politikwissenschaft)*. 13. neubearb. Aufl. München: Beck, 1999, S. 311. No original: *So können die rechtsverbindlichen Interessenregelungen in weitem Umfang der Selbstgestaltung durch die beteiligten Interessenten vorbehalten werden.*

É ali, no espaço de autonomia individual que justamente a liberdade é muitas vezes mais ameaçada por uma regulação estatal excessiva ou abusivamente interveniente, ou prejudicada por insuficiência de proteção ou então de fomento. É aqui que os direitos fundamentais são chamados a interferir para resguardar os espaços que o indivíduo e grupos, dentro da (e mesmo contra a) comunidade maior, têm de fazer valer para preservar sua possibilidade de autodeterminação e de desenvolvimento de sua personalidade em todos os quadrantes.⁷³⁸

Para Zippelius, o liame entre direito fundamental e autodeterminação traz à tona a ideia de distribuição do poder e competências em níveis, ordenada pelo **princípio da subsidiariedade**. Este recebe e cumpre a tarefa de conciliar as necessidades de regulamentação e de liberdade; trata-se, ademais, de uma tarefa de **otimização**, para encontrar a relação adequada entre os diferentes níveis.⁷³⁹

Em outros termos, é preciso que os espaços definidos pela distribuição do poder e pela participação possam ser compatibilizados com os espaços definidos pela distribuição das competências de configuração, aplicação e revisão da aplicação dos direitos fundamentais. A política e o direito devem, de certo modo, falar a mesma língua, para que as soluções de conflitos no âmbito de uma e de outra não anulem aqueles espaços.

⁷³⁸ Diz Zippelius: “ – Aqui, o princípio da repartição e limitação das funções interno-estatal toca-se com a ideia dos direitos fundamentais: Segundo a compreensão institucional dos direitos fundamentais, certos domínios da ação individual e social devem ser garantidos segundo o programa dos direitos fundamentais (§ 30 II).” Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre: (Politikwissenschaft)*. 13. neubearb. Aufl. München: Beck, 1999, S. 312. No original: – *Hier berührt sich das Prinzip innerstaatlicher Funktionenteilung und –begrenzung mit dem Grundrechtsgedanken: Nach institutionellem Grundrechtsverständnis sollen bestimmte individuelle und soziale Wirkungsbereiche nach dem Programm der Grundrechte gewährleistet werden (§ 30 II)*.

⁷³⁹ Zippelius pontifica: “Às instâncias estatais supra-ordenadas incumbe, em termos globais, somente determinar as condições de base que são de comum acordo, em cujas margens esta autonomia corporativa e privada – esta sob as condições de uma economia de mercado – poderá desenvolver-se (§§ 3 I 2; 29 II 1). Encontrar a relação correta entre os diversos níveis de regulação é uma tarefa de otimização. Ela deve, por princípio, ser solucionada de acordo com o princípio da subsidiariedade (§ 17 I 2): regulações e também ofertas de prestações do estado devem ser reservadas para os casos em que a auto-regulação e a auto-sustentação, corporativas ou privadas, não funcionam tão bem ou melhor.” Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre: (Politikwissenschaft)*. 13. neubearb. Aufl. München: Beck, 1999, S. 312. No original: *Den übergeordneten staatlichen Instanzen obliegt es weitgehend nur, gemeinverträgliche Rahmenbedingungen festzulegen, innerhalb deren sich körperschaftliche und private Autonomie – diese unter marktwirtschaftlichen Bedingungen – entfalten kann (§§ 3 I 2; 29 II 1). Das richtige Verhältnis zwischen den verschiedenen Regelungsebenen zu finden, ist eine Optimierungsaufgabe. Sie ist grundsätzlich nach dem Subsidiaritätsprinzip (§ 17 I 3) zu lösen: Staatliche Regelungen oder auch Leistungsangebote sind für solche Fälle vorzubehalten, in denen körperschaftliche oder private Selbstregulierung und –versorgung nicht ebenso gut oder besser funktionieren.*

4.2.4. Poder, direitos fundamentais e representação

Alexy jamais desconheceu os problemas de natureza política e institucional, mesmo quando sua atenção estava mais focada nas questões de filosofia do direito e teoria do direito. Sempre destacou que uma teoria do direito, enquanto discurso, deveria relacionar-se com o entorno, abarcado pelo discurso prático geral, onde fala a moral, mas também a política.

O elemento autoritativo, que tão caro lhe é na dogmática e no precedente, também transparece no respeito com as decisões que a tradição (jurídica e política) já adotou. Porém, a teoria não professa a inelutabilidade das determinações já sedimentadas, nem a sujeição aos consensos historicamente dados. Ao contrário, a percepção da conflitividade – que não é apenas concebida do ponto de vista de um direito limitado a questões civis, nem a temas morais – é inerente à teoria de Alexy. A colisão de interesses e a participação dos indivíduos na interpretação de suas/seus necessidades/interesses estão na base da teoria do discurso que molda, também, a teoria do discurso jurídico.

Todavia, importante consignar que no campo jurídico – e isso possui relevância direta para a extração de NDFA – o trato com necessidades e interesses, que integram a classe dos conceitos antropológicos, há de ser realizado com a mediação de conceitos deontológicos, da mesma forma que acontece com a terceira classe de conceitos práticos (axiológicos).⁷⁴⁰

Essa distinção entre conceitos de grande relevância para a política e aqueles operáveis no direito revela, mais uma vez, a centralidade da institucionalização da razão na obra de Alexy.

O apuro no trato dessa temática não pressupõe uma teoria expressa da política e particularmente do poder. E de fato, o autor não a formulou de modo orgânico. Porém, na sua obra há soluções para os principais problemas de teoria política suscitados pela

⁷⁴⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 126 f.

NDA, ⁷⁴¹ dentre os quais a **legitimidade** da decisão judicial, para a qual ele arregimenta a segurança e a racionalidade proporcionadas por sua teoria da argumentação jurídica, que se beneficia dos ganhos da lógica deôntica e da filosofia analítica. ⁷⁴²

No livro “Teoria dos direitos fundamentais”, essa questão representa o fecho da obra. E de fato diz com questão decisiva para a própria subsistência dos direitos fundamentais numa sociedade organizada politicamente. Um estado constitucional democrático tem que não apenas assegurar o reconhecimento aos direitos fundamentais, mas também garantir que sejam eficazes através da aplicação em espaços institucionais próprios ao regime democrático. E isso somente é possível quando se puder fazê-lo de forma que a interpretação e a aplicação sejam rastreáveis racionalmente.

A argumentação jurídica em geral e, especialmente, a que diz com a aplicação dos direitos fundamentais – em cujo âmbito a norma associada, como visto acima, joga um papel especial – deve ter o atributo da controlabilidade racional. Isso é tão mais importante por se saber que a legitimidade da atuação do tribunal constitucional se dá, essencialmente, pela racionalidade dos julgamentos e, portanto, da argumentação que emprega.

Contudo, a questão não se resume na legitimidade da atuação com direitos fundamentais. É preciso também ver as exigências que os direitos fundamentais legitimamente fazem ao estado. Neste outro ponto de abordagem do tema, Alexy tira proveito da teoria dos status, mas agora para frisar que os direitos a organização e procedimento são justificados enquanto caminhos que o próprio direito fundamental,

⁷⁴¹ Alexy dedica grande atenção ao tema dos espaços, pois não olvida a advertência de Kelsen, acima referida, especialmente quando os riscos dizem respeito à aplicação, pelo juiz, de conceitos abertos da espécie que frequentemente aparece no campo dos princípios como igualdade, liberdade e outros. Cfr. ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71-92. Cfr. também ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Separata de la **Revista Española de derecho constitucional**, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002. Especificamente em relação à NDA e a dogmática dos espaços, veja-se adiante o item 9.3.2.

⁷⁴² Tanto é que, no prefácio da sua obra “Teoria da argumentação jurídica”, assim se pronunciou: “Da possibilidade do argumentar jurídico racional depende não só o caráter científico da ciência do direito, mas também a legitimidade do decidir judicial.” Cfr. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 15. No original: *Von der Möglichkeit rationalen juristischen Argumentierens hängt nicht nur der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz, sondern auch die Legitimität richterlichen Entscheidens ab*.

através de posições jurídicas determinadas diretamente ou por associação, abre para que se realize a participação dos indivíduos e grupos sociais na auto-regulação da sua vida e, também, na formação da vontade estatal e, com isso, se integre à conformação da ordenação global do convívio numa comunidade estatal.

Estão presentes, portanto, elementos suficientes para se falar numa relação recíproca e dialógica entre direitos fundamentais e teoria política, no seio da qual se faz possível a controlabilidade da atuação judicial que desemboca em associação de normas de direito fundamental e, em contrapartida, torna-se viável a vigilância do tribunal constitucional para que os espaços políticos pressupostos pelos direitos fundamentais sejam preservados.

Não se pode, no entanto, postular um jogo de soma zero, de resultados absolutamente previsíveis e corretos; requer-se a abertura do procedimento à participação e à discussão, embora não ao ponto de se propor uma noção tão ampla como a de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, como o faz Häberle.⁷⁴³ Para tanto, acentua-se na teoria sob exame a importância do elemento autoritativo e institucional protagonizado pelo tribunal constitucional.

Com efeito, se a inclusão no discurso prático geral igualmente acusa certa insegurança, isso conduz à necessidade de uma decisão de alcance fundamental dotada de autoridade, a qual é exercida pelo tribunal constitucional. A abertura do sistema jurídico que disso decorre, no entanto, não implica vazão para arbitrariedade, porque, por meio das regras e formas de argumentação prática em geral e da jurídica em particular, a argumentação jurídico-fundamental se faz estruturada racionalmente. A autoridade exercida pelo tribunal constitucional, portanto, é qualificada pela sua possibilidade de justificação e crítica num universo de discurso racional.

Nesse intuito, Alexy labora o conceito de **constitucionalismo discursivo**, que contempla não apenas a ideia da **representação argumentativa**, mas também a de **institucionalização da razão**,⁷⁴⁴ ambas sob o pálio da **correção**.

⁷⁴³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

⁷⁴⁴ Já examinadas de modo geral, na teoria da argumentação, no item n. 3.2.4.2.2., acima.

Transcrevo a seguinte passagem, que bem ilustra esse liame:

Se essas condições estão cumpridas, a resposta à questão acima formulada, por que uma representação puramente argumentativa deve ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições e reeleições, não mais é difícil. O constitucionalismo discursivo, como um todo, é a tentativa da institucionalização de razão e correção. Se existem argumentos válidos ou corretos, do mesmo modo como pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com jurisdição constitucional que sem ela.⁷⁴⁵

Tal projeto de institucionalização da razão, que resolve antinomias da filosofia do direito⁷⁴⁶ e projeta racionalidade as instituições envolvidas com a prática dos direitos fundamentais, demanda agora o esmiuçamento do conceito de representação argumentativa.

4.2.5. Da representação argumentativa e suas condições

A ideia de **representação** é tudo menos incontroversa, como já se colhe do estudo acima. O conceito de representação política já não é isento de problemas, mas muito mais problemática é a assunção da existência de algum tipo de representação a ser exercido por tribunais ou dentro de tribunais.⁷⁴⁷

Todavia, a ideia de Alexy não se apresenta isolada,⁷⁴⁸ e a noção mesma de que os tribunais ou o tribunal constitucional possam exercer algum tipo de representação paralelamente à representação política não é de todo nova.

Kriele, por exemplo, adverte que o conceito adequado de democracia não se satisfaz com o conceito de **decisão**, pois deve também abarcar o de **argumento**. Só

⁷⁴⁵ Cfr. ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 165.

⁷⁴⁶ Analisada acima sob o item 3.2.4.2.2.

⁷⁴⁷ Aleinikoff, ainda na década de 1980, externou a sua crítica contra o que chamou de “representação virtual” (*virtual representation*) pelo tribunal constitucional. Cfr. ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 5 (apr., 1987), p. 993.

⁷⁴⁸ Marinoni a acolheu ao assim se expressar: “Ou seja, a conformação da lei aos direitos fundamentais somente é viável quando a representação argumentativa em prol desses direitos suplanta a representação política identificada na lei. Por isso, a representação argumentativa está muito longe de significar uma mera sobreposição do juiz sobre o legislador, pois essa representação, antes de controlar a lei, deverá ser capaz de convencer os cidadãos da sua racionalidade.” Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. p. 76. Cuida-se publicação em meio eletrônico acessível pelo endereço: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/2174/1/A_Jurisd%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf. Acesso em 12.09.2012.

assim a democracia pode carregar o qualificativo de democracia **deliberativa** e, pois, **racional**.⁷⁴⁹

Também para Sieckmann a argumentação constitui elemento da legitimação democrática, porque a democracia pressupõe a correção material ou aceitabilidade racional das decisões políticas; todavia, os deficits estruturais de racionalidade verificados na argumentação desenvolvida no âmbito dos parlamentos afetam a legitimidade das leis do ponto de vista da contemplação e da adequada compensação de todos os interesses dos cidadãos, o que determina a necessidade de que, em prol da democracia material, outras instituições, não políticas, tenham espaço para atuar, inclusive a jurisdição constitucional.⁷⁵⁰

Friedrich,⁷⁵¹ por sua vez, estudou o caráter representativo dos tribunais em correlação com a sua vocação para a função de guarda da constituição (*Guardianship of the Constitution*), desde a defesa do *rule of law*⁷⁵² até a afirmação de tribunais constitucionais. Acentuou que a afirmação da Suprema Corte – tal como também se mostraria na evolução posterior do TCF – somente foi possível pela sedimentação de

⁷⁴⁹ KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 6. überarb. Aufl. – Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 229.

⁷⁵⁰ Cfr. SIECKMANN, Jan-R. *Argumentation und demokratische Legitimation*. In: _____ (Hrsg.). *Argumentation und politische Legitimation*. Baden-Baden: Nomos, 2006, S. 57-68.

⁷⁵¹ Cfr. FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional government and democracy: theory and practice in Europe and America*. 4. ed. Massachusetts: Blaisdell Publishing Company, 1968, p. 249 ss. Compare: FRIEDRICH, Carl J. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*. Versão espanhola de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 218 ss.

⁷⁵² Friedrich historiou a evolução do conceito de revisão judicial, começando com os esforços de Coke para assentar a ideia da supremacia do direito (enquanto *rule of law*) e, com isso, assegurar aos tribunais a interpretação, de acordo com um *common law* de raízes costumeiras e de forte conotação jusnaturalista, das leis aprovadas pelo parlamento sob o absolutista Jaime I (*King James I*). O estudo prosseguiu com o estabelecimento da supremacia do parlamento e, já no direito americano, a instalação e afirmação da Suprema Corte; apontou, nesse sentido, para a contribuição dada pelo movimento e pela ideia do federalismo, a exigir um órgão de alta estatura para resolver controvérsias federativas. Friedrich mostrou como evoluíram diferentemente a Suprema Corte norte americana – que era também tribunal de apelação – em comparação com o vetusto Tribunal do Estado alemão. A fusão de funções (federalista e judicial), sustenta, veio a ocorrer no sentido da difusão do controle de constitucionalidade. Cfr. FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional government and democracy: theory and practice in Europe and America*. 4. ed. Massachusetts: Blaisdell Publishing Company, 1968, p. 249-265. Uma elucidativa análise do período de Coke pode também ser encontrada em KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 6. überarb. Aufl. – Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 76-101. Kriele cita a famosa frase de Coke, que bem exprime o sentido da sua luta, ao mesmo tempo pela razão contra o poder de um monarca absoluto, bem como pelo direito de seu povo, e pela supremacia do direito em geral: “Ninguém deve ser mais sábio que a lei.” Idem, S. 95. No original: *Neminem oportet esse sapientiores legibus*. Nesse mesmo esforço contra o despotismo é que deita raízes a afirmação de uma tradição de direito natural no universo do *common law*, ou seja, como resultado de sedimentação de princípios edificados a partir de casos concretos, à diferença da noção abstrata de *reta ratio* do direito natural continental.

uma fé (*faith*) da comunidade na imparcialidade dos juízes e na moderação de suas interpretações.

Essas atitudes teriam propiciado a superação de uma das principais objeções que, desde Jefferson, se faziam à outorga da *judicial review* aos juízes, consistente na sua aventada tendência ao conservadorismo e resistência a inovações. Dessa análise Friedrich extraiu a ligação entre **imparcialidade** enquanto ausência de interesse (*disinterestedness*) e **caráter representativo dos tribunais** (*representative quality*), o que confere a **confiança** necessária para a **aceitação** do exercício da guarda da constituição.⁷⁵³

Maurer, no mesmo sentido, pontua que o significado político-fático – e conseqüentemente o “poder” – do TCF dependem de dois pressupostos, a saber, que ele é **provocado** e que as suas decisões são **aceitas** pelos afetados. O referido autor afirma expressamente: “Seu ‘poder’ baseia-se na autoridade da constituição e na força de convicção de suas decisões.”⁷⁵⁴

Tal vigor de convencimento das decisões do tribunal constitucional não significa que todas tenham de ser aprovadas e que não haja críticas ou mesmo desaprovação. Ao contrário, a discutibilidade dos argumentos empregados naquelas decisões é relevante para uma teoria discursiva da jurisdição constitucional e da política.

Entretanto, como destacado por Maurer, o mais importante é mesmo o fato da **aceitação**, porque ele pressupõe justamente que o tribunal **fundamenta** suas decisões

⁷⁵³ Friedrich conecta a qualidade representativa com a imparcialidade, ou seja, aquela condição – ou mais propriamente o esforço – de ser desinteressado (*disinterestedness*), que é partilhada tanto pelo cientista como pelo juiz. A aceitação da revisão judicial decorre disso, como afirma: “A aceitação, de bom grado, da revisão judicial nos Estados Unidos tem sido devida ao fato de que a comunidade tem tido fé na imparcialidade dos juízes que a compõem. A fé outorgou à Suprema Corte um caráter verdadeiramente representativo, ainda quando, ou talvez mais por causa disso, ela não fosse eletiva e, portanto, não tão obviamente partidária. Em países onde os tribunais não possuem essa qualidade representativa, não podem facilmente assumir a guarda que é baseada na função arbitral de interpretar a constituição.” Cfr. FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional government and democracy: theory and practice in Europe and America*. 4. ed. Massachusetts: Blaisdell Publishing Company, 1968, p. 260. *The willing acceptance of judicial review in the United States has been due to the fact that the community has had faith in the comparativeness of the judges composing it. The faith gave the Supreme Court a truly representative character, even though, or perhaps rather because, it was not elective and therefore not so obviously partisan. In countries where the courts do not possess that representative quality, they cannot readily assume the guardianship which is based upon arbitral function of interpreting the constitution.*

⁷⁵⁴ Cfr. MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 221.

racional e convincentemente a partir da constituição.⁷⁵⁵ Este alicerce constitucional da fundamentação é imprescindível, porque, como enfatizado pelo autor, o TCF é, antes de tudo, um **tribunal**, o que implica que para ele valem também os princípios determinantes para a jurisdição;⁷⁵⁶ por isso mesmo, jamais poderá decidir segundo “considerações de conformidade com a finalidade políticas”, mas, sim, sempre deverá seguir “critérios jurídico-constitucionais”.⁷⁵⁷

Maurer mostrou que essa conjugação de autoridade e força de convencimento tornou possível ao TCF espelhar, na sua jurisprudência, a quase totalidade das grandes questões que envolveram a história política recente da respectiva república, ao mesmo tempo em que, pelo desenvolvimento dos direitos fundamentais, determinou (e ainda determina) essencialmente diversos tipos de relações entre os cidadãos e destes para com o estado.⁷⁵⁸

Hesse igualmente pôs em evidência tal peculiaridade da base do poder do tribunal constitucional, que não conta com uma regulação constitucional expressa que confira uma garantia de coercitividade para suas decisões em relação aos órgãos superiores do estado, de modo que contra a recusa do governo ou do parlamento ao cumprimento de uma decisão emanada pelo tribunal constitucional não há remédio coativo. Hesse

⁷⁵⁵ Cfr. MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 221. Maurer não expressa verbalmente seu endosso à teoria da representação argumentativa, mas é visível a proximidade da sua concepção com aquela.

⁷⁵⁶ A posição especial do TCF em relação a outros tribunais não pode ser aqui explicitada na profundidade desejável. Convém, no entanto, apontar duas observações que Hesse faz a respeito. A primeira, quanto ao caráter jurisdicional (e não político) das decisões do tribunal constitucional: “Apesar das peculiaridades de sua tarefa, jurisdição constitucional permanece, por conseguinte, jurisdição. Suas decisões não são decisões políticas disfarçadas que estão em contradição com a essência da jurisdição verdadeira e, por isso, devem conduzir para a politização da justiça (...)” Cfr. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 565, p. 421. Outra observação se reporta às competências desse tribunal: “Em sua totalidade essas competências ultrapassam essencialmente o quadro tradicional da competência judicial-constitucional. É essa amplitude que fundamenta o significado aumentado da jurisdição constitucional na ordem constitucional da Lei Fundamental que, naturalmente, ao mesmo tempo, também deixa aparecer com nitidez aumentada a problemática da jurisdição constitucional, especialmente as questões de seus limites.” (Idem, n. de margem 673, p. 490.)

⁷⁵⁷ Cfr. MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 219-220.

⁷⁵⁸ Cfr. MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 221. Diz o autor: “Iria mostrar-se que quase todas as manobras de agulha politicamente importantes encontraram uma repercussão na jurisprudência do tribunal constitucional federal.”

arremata: “(...) o poder do tribunal assenta somente sobre sua consideração e sobre a força persuasiva de seus argumentos.”⁷⁵⁹

Não escapou a Friedrich o caráter inseguro dessa representatividade argumentativa, na medida em que o suporte da comunidade pode variar sob o efeito de clivagens, como a determinada por conflitos de classe; para que não cesse, há necessidade de uma união em torno da constituição e do respeito a esta, mas também de cautelas do tribunal constitucional no tocante a interpretações extremadas em temas mais polêmicos, o que nem sempre é possível de se evitar.⁷⁶⁰

Segundo o autor, é imprescindível, de toda maneira, uma confiança básica quanto à **integridade** dos tribunais, seja em seu aspecto **profissional**, seja no **científico**,⁷⁶¹ para que exerçam adequadamente o papel de arbitragem equilibrada que a representação pressupõe. Apesar dessas exigências, nem sempre atendíveis, ainda é melhor que seja realizada pelo poder judiciário.⁷⁶²

A advertência quanto aos requisitos de um tribunal constitucional para o exercício da representatividade evoca novamente, agora em relação à própria legitimidade do órgão estatal em que se exerça a representação argumentativa, o conceito gadameriano

⁷⁵⁹ Cfr. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 567, p. 422.

⁷⁶⁰ Interpretação moderada não significa soluções de compromisso ou decisões salomônicas. Maurer observa que algumas decisões do TCF são “problemáticas” e menos convincentes justamente por terem um “caráter de compromisso” e deixarem transparecer uma aspiração por obter uma satisfação universal. Cfr. MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 221.

⁷⁶¹ Friedrich assim se externou: “Contudo, a técnica política da revisão judicial pode ser empregada somente onde uma confiança considerável na integridade dos tribunais é geralmente mantida pelo conjunto das pessoas. Por outro lado, nenhum “júri constitucional” diverso do judiciário será suficientemente neutro e imparcial para poder exercer com eficácia as funções de guardião da constituição. (...) Somente mediante a influência neutralizadora e racionalizadora de tal interpretação judicial se manterão suficientemente equilibrados os diversos interesses, grupos e classes na comunidade.” Cfr. FRIEDRICH, Carl J. **Constitutional government and democracy: theory and practice in Europe and America**. 4. ed. Massachusetts: Blaisdell Publishing Company, 1968, p. 265. No original: *However, the political technique of judicial review can be employed only where considerable confidence in the integrity of the courts is generally entertained by the people at large. On the other hand, no “constitutional jury” other than such a judiciary will be sufficiently neutral and detached to exercise effectively the functions of a guardian of the constitution.(...) Only through the neutralizing and rationalizing influence of such judicial interpretation will the various interests, groups, and classes in the community be kept sufficiently balanced.*

⁷⁶² Cfr. FRIEDRICH, Carl J. **Constitutional government and democracy: theory and practice in Europe and America**. 4. ed. Massachusetts: Blaisdell Publishing Company, 1968, p. 263-265.

de **autoridade conquistada**:⁷⁶³ 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. Em contrapartida, somente numa tradição de respeito aos direitos fundamentais de uma comunidade é que pode, em escala mais larga, enraizar-se o labor de sedimentação de novas normas de direito fundamental a partir de textos já dados.⁷⁶⁴

Aqui se resolvem as maiores dificuldades postas pela norma associada no âmbito da teoria do direito e do estado. É preciso que o tribunal tenha sempre presente que a representação argumentativa, no âmbito dos direitos fundamentais, implica alta responsabilidade no exercício de uma autoridade especial; ela sofre limitações, como acima esclarecido, em especial, não pode desconhecer a autoridade do material jurídico dado (institucionalizado).⁷⁶⁵ Tem todos os limites do discurso prático em geral e mais os peculiares ao discurso jurídico.⁷⁶⁶

Não é, pois, uma simples trivialidade que a representação argumentativa, na seara dos direitos fundamentais, há de se desenrolar dentro do direito, o que implica que está sempre condicionada ao universo dos três grandes elementos do direito, que são, no entender de Alexy, (1) a legalidade em conformidade com o ordenamento; (2) a eficácia social; e (3) a correção quanto ao conteúdo.⁷⁶⁷

Isso tem grave importância para o estudo da NDFA, porque, enquanto o direito for visto nessa tridimensionalidade de seus elementos, serão também observados os espaços adequados para cada ente estatal que joga algum papel na concretização dos direitos fundamentais. O tribunal constitucional, por exemplo, não poderá a todo tempo, por interpretação, sem mais destilar normas por remissão direta à moralidade (a pretexto de

⁷⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990, S. 243 ff.

⁷⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990, S. 243 ff.

⁷⁶⁵ Veja retro (item 3.2.5.) a análise da tese do caso especial.

⁷⁶⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 264 ff.

⁷⁶⁷ Cfr. Robert Alexy. Entrevista a Robert Alexy. Alicante: *Revista Doxa*, n. 24, 2001, Cuadernos de Filosofía del Derecho, p. 684. Para mais detalhes dos reflexos na teoria do direito, veja adiante, item 5.3.

corrigir o direito), ou fazer a derivação direta e intuitiva de regras concretas a partir de conceitos constitucionais abstratos pelo recurso direto a uma ordem de valores objetiva. Também não poderá simplesmente curvar-se à facticidade ou à mera autoridade do material dado em detrimento da moralidade,⁷⁶⁸ dentro da qual, como lembra Alexy, deitam raízes os direitos fundamentais.

Por isso, pode-se dizer que a pretensão de correção, que é imprescindível ao direito, tem de incidir também sobre o próprio agir de quem pondera e apura a norma de direito fundamental associada. A pretensão de correção implica que, ao ser realizada a ponderação, sejam não apenas seguidos os passos recomendados quanto ao procedimento de ponderação, como especialmente os espaços estruturais deixados pela constituição. E o tribunal constitucional, ao colocar-se no âmbito de um universo de discurso racional quando opera a ponderação de princípios e extrai a NDFA, deve também observar a regra de discurso prático quanto à certeza e transparência das premissas empíricas e normativas que interessam à ponderação, bem como a precisão quanto aos pesos a considerar no procedimento de associação.⁷⁶⁹

De qualquer modo, a ideia de uma representação argumentativa não somente é possível de ser pensada racionalmente, como também viável.

4.2.6. Da ideia regulativa pressuposta

A representação argumentativa não faz apenas exigências neste ou naquele aspecto da jurisdição constitucional na teoria política. Ela também traz implicações mais abrangentes e que tocam os fundamentos últimos da teoria de Robert Alexy, para além da própria filosofia do direito e da política. De algum modo, ela diz algo sobre

⁷⁶⁸ Questão complexa é a referente à possibilidade de ponderação quanto à **dignidade humana** e, especificamente, se a norma respectiva na LF configura uma regra e/ou um princípio. A esse propósito, cfr. TEIFKE, Nils. *Flexibilität der Menschenwürde? Zur Struktur des Art. 1 Abs. 1 GG*, in: BÄCKER, Carsten; BAUFELD, Stefan. *Objektivität und Flexibilität im Recht. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie IVR*, im September 2004 in Kiel und im April 2005 in Hagen. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005, ARSP, Beiheft 103. A tradução ao português se acha disponível em TEIFE, Niels. *Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental*. Trad. Roberto José Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 171-188.

⁷⁶⁹ Para agregar a maior cristalinidade possível à sua operação de associação, valer-se-á do recurso da fórmula peso, tanto quanto seja possível em cada caso a determinação das suas variáveis. Ver, sobre isso, o item n. 9.3.3.

pressupostos de uma concepção básica sobre a natureza do ser humano enquanto ser moral e racional,⁷⁷⁰ como anteriormente aduzido quando da fundamentação das regras do discurso.

Destaque-se, nesse ponto, a correlação entre representação argumentativa e pretensão de correção: o direito **promove, necessariamente**, uma pretensão de correção, entendendo-se por **promover** não apenas **afirmar** junto com cada ato institucional tal pretensão, como também de lhe **garantir** fundamentalidade e, ainda, **esperar** o reconhecimento da correção de qualquer um que, sendo **racional**, se ponha no ponto de vista do sistema jurídico.⁷⁷¹

Por isso, impõe-se que se olhe mais de perto o argumento da necessidade da pretensão de correção para o direito a partir da perspectiva da institucionalidade da razão. Ele é desenvolvido com auxílio de dois exemplos e de uma conjectura sobre o que seria a alternativa à afirmação de correção em **atos jurídicos** como constituição e sentença. Trata-se de argumentos *per absurdum*⁷⁷² que demonstram que o preço do abandono da pretensão de correção seria praticamente uma renúncia “a nós mesmos”, e não apenas o ridículo que tais atos representam.⁷⁷³

No plano filosófico-político põe-se com agudeza especial a questão que fora suscitada por ocasião da justificação das regras do discurso. Trata-se da objeção da incomensurabilidade das formas de vida.⁷⁷⁴

⁷⁷⁰ Veja-se no item 3.2.4.5. a discussão acerca de assunções que Alexy faz quanto a premissas antropológicas na fundamentação das regras do discurso e a concessão quanto à limitada e específica inserção de sua teoria numa tradição do direito natural.

⁷⁷¹ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 20-21.

⁷⁷² Sobre a validade dessa espécie de argumento, veja-se a análise feita em torno da *reductio ad absurdum* e da sua relação com a regra da negação do conseqüente em SALMON, Wesley C. **Logik**. Stuttgart: Reklam, 1983, S. 63 ff.

⁷⁷³ Ver acima item 3.2.4.4.

⁷⁷⁴ Na “Teoria da argumentação jurídica”, Alexy pôs-se a discutir o argumento de Wittgenstein. Alexy debateu-se sobre observações feitas por aquele nas “Investigações filosóficas” (*Philosophische Untersuchungen*) e em “Sobre certeza” (*Über Gewissheit*), co-relacionando jogos de linguagem, forma de vida, sistema e visão de mundo. Alexy recusa a tese da impossibilidade de justificação e de crítica de formas de vida, porque contraditória com a ideia da universalidade do discurso moral; defende a distinção entre a impossibilidade de discussão de todos os pressupostos ao mesmo tempo e a possibilidade de discussão de alguns pressupostos e, pois, de discutir alguma afirmação. Cfr. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 71-76. Cfr. também WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische Untersuchungen**. 5. Aufl. Werkausgabe, Bd. 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, S. 250 (§ 23); S. 277-278 (§§ 66, 67). Cfr. ainda WITTGENSTEIN, Ludwig. **Über Gewissheit**. 3. Aufl. Werkausgabe, Bd. 8. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, S. 141 (§ 105); S.

Se o problema pôde ser equacionado em nível de filosofia prática mediante um argumento transcendental fraco,⁷⁷⁵ aqui o argumento aproveita à afirmação da possibilidade de diálogo não só entre integrantes de diferentes formas de vida e, pois, a instauração de discurso prático racional, como internamente ao estado, entre concepções diferentes que, por meio de partidos ou paralelamente a estes, venham a ingressar na arena política e findam por conformar a vontade estatal através da edição de normas.

Com efeito, por vezes, a conflitividade dessas concepções e a profundidade das dissidências morais dentro do mesmo estado desborda da capacidade operacional do sistema partidário, ou mesmo quando se contém nos seus limites, torna a edição de normas gerais quase impossível ou a reduz à criação de fórmulas de compromisso que apenas transferem o litígio para outras esferas, como o judiciário.⁷⁷⁶

Tal possibilidade se reveste de grande importância, porquanto, mesmo onde não se está diante de situações claramente pré-caóticas, as dissidências acerca das diferentes concepções de vida boa, que inspiram movimentos e tendências no campo político, podem replicar-se no âmbito interno do tribunal constitucional que é provocado a deliberar sobre problemas para os quais o parlamento não obteve uma solução eficaz.

Esse tensionamento especial repercute obrigatoriamente e de uma forma especial na NDFA, uma vez que as determinações de direito fundamental da constituição que mais se notabilizam pela abertura, coincidentemente, tendem a abrigar maior litigiosidade acerca de moralidade e concepções de vida boa, como o instancia a dignidade humana.

191 (§§ 358, 359). Sobre o tema, também é de se mencionar a discussão acerca da incomensurabilidade de paradigmas oponentes. Cfr. KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987, p. 244 ss. Essa última tese soa similar àquela, esgrimida por Wittgenstein, da limitação à perspectiva interna da discussão das regras de cada forma de vida e da visão de mundo correspondente, sendo confrontável com uma concepção – como a de Alexy, com base em Kant – de abertura à universalidade e a elementos ideais (ou universais) que estão presentes nos discursos da ética e do direito, impregnados pela pretensão de correção que lhes é inerente.

⁷⁷⁵ Uma exposição mais detalhada do argumento e sua caracterização são tema do seguinte texto: ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). **Rechtssystem und praktische Vernunft**. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993.

⁷⁷⁶ Vejam-se por exemplo as altas indagações emergentes do pluralismo cultural. No Brasil, a irresolução legislativa tem sido constatada com alguma frequência pelo STF, como ocorreu no julgamento da ADI 4277, que será analisada no item 10.3.1. Não escapou a Kelsen a percepção de que a indeterminação normativa seja, em muitos casos, proposital, e que os motivos para tal possam ser diferentes. Cfr. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 347.

O equacionamento do problema parece estar bem encaminhado quando, a par das considerações acerca da correta obtenção de NDFA,⁷⁷⁷ o intérprete tem em mente a procedimentalidade do modelo discursivo de fundo⁷⁷⁸ e a abertura para uma moral que centra foco naquilo que é universalizável, sem prejuízo das concepções locais de vida boa, observando-se rigor argumentativo próprio da pretensão de correção sem esquecer os seus limites no direito. Abre-se assim, o sistema para uma dimensão ideal do conceito de direito.⁷⁷⁹

Essa moral de inspiração universalista é que confere ao direito e notadamente à interpretação, ponderação e argumentação jurídicas uma ideia regulativa de viés kantiano, a qual, porém, sempre se coloca no horizonte de um discurso prático em que também encontra seu espaço a positividade do direito inserido na realidade de uma sociedade pluralista de um estado democrático.

Compreender a tensão entre correção e limitação é o que possibilita demarcar a ideia de **razão institucionalizada** e que, do ponto de vista do direito fundamental, reclama o que Alexy designa por **constitucionalismo discursivo**.

Com tais bases, a representação argumentativa no seio do tribunal constitucional, deixa de ser uma idealização,⁷⁸⁰ embora não abra mão de algo que lhe é inafastável, a ideia regulativa da correção;⁷⁸¹ não se confunde, porém, com a

⁷⁷⁷ Ver adiante as sugestões de profilaxia da NDFA (item 9.3.).

⁷⁷⁸ O tema foi abordado no item 3.2.4.2.5.2.

⁷⁷⁹ Veja-se o seguinte excerto sobre o tema: *Así, mi argumento a favor de una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral está cerrado. La base está formada por la pretensión de corrección. Esta sólo tiene carácter definitorio para el sistema jurídico en su conjunto, aparte de que su carácter calificativo se vuelve obvio si el sistema jurídico se ve como un sistema de procedimientos, desde el punto de vista de un participante. La explicación de esta pretensión dentro del marco de la teoría del discurso deja claro que el derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al derecho con una moral procedimental universalista.* ALEXY, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral.** In: VÁZQUEZ, Rodolfo (org.). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo.* Barcelona: Gedisa Editorial, mar 1998, p. 137.

⁷⁸⁰ Para a crítica de uma possível idealização descabida, ideológica ou ingênua, assim como quanto à utilidade da teoria, veja o item subsequente.

⁷⁸¹ Sobre a relação interna entre verdade e justificação como inerente a uma concepção procedimental de justificação e a pressuposição da ideia de correção absoluta enquanto ideia regulativa, cfr. ALEXY, Robert. *Thirteen replies.* In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy.* Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 348.

pressuposição de consensos efetivos e materialmente (onticamente) definidos, nem numa identidade entre o pensamento do tribunal e as opiniões do povo.⁷⁸²

Posta nesses termos, a representação argumentativa não se rende ao dado, mas também não absolutiza o meramente possível. Ela se dá, ao mesmo tempo, como algo da razão e algo da história; entre ambas, ela se apresenta vestida como direito.

Por isso, tal razão só pode ser reflexiva como a kantiana, que se põe com perspectiva de universalidade, mas também tematiza seus limites, numa abertura para o novo e para o outro, em revolução permanente.⁷⁸³

4.3. Da discussão da teoria política

4.3.1. Da crítica político-ideológica

4.3.1.1. Da exposição da crítica

Apoiando-se em Tugendhat, Atienza dirige contra Alexy crítica que intitula “ideológica”, em que lhe censura a idealização de instituições democráticas atuais – em particular do tribunal constitucional⁷⁸⁴ – como se fossem “o melhor dos mundos possíveis”.⁷⁸⁵

Atienza alicerça tal crítica em quatro bases: (1) a mudança da perspectiva normativa para a descritiva que Alexy adotaria na passagem para o discurso jurídico; (2) a idealização, por Alexy, de algumas instituições centrais do direito moderno, como a dogmática e o processo; (3) o esquecimento de Alexy, ao distinguir entre casos difíceis e fáceis, dos *trágicos*, em que não há nenhuma resposta correta e que não podem ser

⁷⁸² ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 414.

⁷⁸³ Cfr. ROHDEN, Valério. Introdução à edição brasileira. IN: KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. xxiv.

⁷⁸⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 302-305.

⁷⁸⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 303. Atienza reporta-se ao texto seguinte: TUGENDHAT, Ernst. *Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht*. ARSP, 1980, Heft 14, S. 1-20. Essa observação é repercutida em MUGUERZA, Javier. *El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal*. In: VASQUES, Rodolfo (org.). *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa, 1998, p. 201.

decididos sem ferir o ordenamento jurídico;⁷⁸⁶ e (4) a tese da conexão necessária entre direito e moral seria passível de utilização ideológica, por permitir uma justificação do direito positivo, mesmo quando injusto.⁷⁸⁷

Trata-se da perspectiva inversa da crítica de teoria do direito, a ser analisada no momento próprio, quanto ao significado e à legitimidade de que os tribunais possuam o poder de afastar leis grosseiramente injustas, ainda que, como ironicamente apontado por Raz, optem por não fazê-lo.⁷⁸⁸

4.3.1.2. Da resposta

Uma análise imparcial da obra de Alexy torna claro que ele não incidiu, ao tratar as instituições atuais da democracia, em otimismo metafísico similar àquele que Voltaire ridicularizara em Leibniz.⁷⁸⁹

Ele tampouco pode ser tomado por um ingênuo, nem como cínico defensor da realidade dada. Basta ver que tem, sempre, bastante presente o risco que deriva do discurso

⁷⁸⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 303-304.

⁷⁸⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 304-305.

⁷⁸⁸ Sobre esse aspecto, Raz, embora não esteja diretamente interessado em discutir teoria política e, sim, precipuamente a teoria do direito, não refreia a ironia no sentido de que os decantados tribunais compactuaram com a escravidão, ainda que pudessem supostamente – à luz da concepção alexyana – optar pela correção com base no argumento da injustiça. Cfr. RAZ, Joseph. *The argument from justice, or how not to reply to legal positivism*. In: PAVLAKOS, George (ed.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 31. Para mais detalhes, ver adiante, item 5.3.3.

⁷⁸⁹ VOLTAIRE. **O filósofo ignorante**. Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Nova Cultural, p. 105-106 (Os pensadores). De forma sarcástica, Voltaire refere a tese de Gottfried Wilhelm Leibniz de que, dentre uma infinidade de mundos possíveis, Deus teria escolhido o melhor, a saber, justamente o nosso. Voltaire voltava-se contra o otimismo metafísico e a teoria da harmonia pré-estabelecida, ambas defendidas por Leibniz, e contra outras doutrinas – na maioria cristãs – dominantes na época, o que se refletiria também nas obras “Poema sobre o desastre de Lisboa”, “Cândido ou do otimismo” e, em geral, nas famosas “Cartas”. Em “Cândido ou do otimismo”, Voltaire utiliza o personagem Pangloss, filósofo e mestre do jovem Cândido, para ridicularizar a tese do melhor dos mundos possíveis: “Pangloss ensinava a metafísico-teológico-cosmolonigologia; ele provava admiravelmente que não há, de modo algum, efeito sem causa, e que, neste melhor dos mundos possíveis (...)” Cfr. VOLTAIRE. **Candide ou l’optimisme**. Paris: Librio, 2010, p. 10. No original: *Pangloss enseignait la métaphisico-théologo-cosmolonigologie. Il prouvait admirablement qu’il n’y a point d’effet sans cause, et que, dans ce meilleur des mondes possibles (...)*. Voltaire encerra a obra assim: “(...) e Pangloss disse algumas vezes a Cândido: ‘Todos os eventos são encadeados dentro do melhor dos mundos possíveis (...)’” (Idem, p. 95.) No original: (...) *et Pangloss disait quelquefois à Candide: ‘Tous les événements sont enchaînés dans le meilleur des mondes possibles (...)*’.

descomprometido, que tira proveito do palavreado de sentido ambíguo e fórmulas vazias.⁷⁹⁰

Quanto à suposta ingenuidade, Alexy a repudiou em texto mais recente, em que discorreu sobre os três modelos acerca da questão da relação entre direitos fundamentais e democracia. O primeiro modelo descrito, que ele prontamente descarta, consiste no **modo de ver ingênuo**, que não consegue imaginar – e também não logra ver – a possibilidade de conflitos entre os direitos fundamentais e a democracia, apenas pela razão de que, sendo ambas as coisas boas e não podendo haver conflito no interior do bem, aquele não seria sequer possível. Por esse modo de ver, poder-se-ia ter, ao mesmo tempo e ilimitadamente, direitos fundamentais e democracia. Alexy é categórico: “Essa perspectiva é muito bonita para ser verdadeira.”⁷⁹¹

Também faz reparos ao **modelo ou modo de ver idealista**, caracterizado como aquele que concede a possibilidade de haver finitude e escassez a determinar a ocorrência de conflito entre os bens da democracia e direitos fundamentais, mas que, no entanto, considera, à moda rousseauiana, que os cidadãos não têm a temer que leis ditadas pelo povo, numa democracia, venham a violar os seus direitos.⁷⁹²

⁷⁹⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 15-16. Alexy abre a sua obra fundamental justamente com a tomada de postura e com a colocação da sua grande meta, consistente em trabalhar de forma racional os direitos fundamentais. Ele refere que vem responder a quem critica os direitos fundamentais por utilizarem linguagem aberta, por isso designada pejorativamente com os termos *Plastilinbegriffe*, ou seja, conceitos moldáveis (como massa de modelar), e *Leerformeln* (fórmulas vazias), entre outros.

⁷⁹¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 52.

⁷⁹² Na defesa do caráter geral e abstrato da lei, enquanto representação da vontade geral que movimentará o corpo político constituído por meio do pacto social, Rousseau assim se expressou: “Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os sujeitos em corpos e as ações como abstratas, jamais um homem como indivíduo nem uma ação particular. Assim, a lei pode muito bem estatuir que haverá privilégios, mas ela não poderá dar nomeação a ninguém; a lei pode criar várias classes de cidadãos, assinar até mesmo as qualidades que darão direito a essas classes, mas ela não pode nomear tais e quais nelas são admitidas; ela pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas ela não pode eleger um rei nem nomear uma família real; numa palavra, toda função que se refira a um objeto individual não pertence de modo algum ao poder legislativo. Com base nessa idéia, vê-se imediatamente que não se deve mais perguntar a quem corresponde fazer as leis, porque elas são atos da vontade geral; nem se o príncipe está sob a lei, porque ele é membro do estado; nem se a lei pode ser injusta, porque ninguém é injusto contra si mesmo; nem como se é livre e submisso às leis, porque elas não são outra coisa senão os registros de nossas vontades.” Cfr. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*. Saint-Amand: Gallimard, 2010, p. 201. No original: *Quando je dis que l’objet des loix est toujours général, j’entends que la loi considere les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu’il y aura des privileges, mais elle n’en peut donner nommément à personne; la loi peut faire plusieurs Classes de Citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et*

Por isso, defende outro modelo, que chama **realista**, o qual está preocupado com a institucionalização dos direitos do homem no mundo como ele é, porque está consciente de que a relação entre democracia e direitos fundamentais se caracteriza pela conflitividade e contraditoriedade, sendo um jogo em que direitos fundamentais e democracia ora se aliam, ora se combatem. Nesse jogo, Alexy introduz a representação argumentativa perante o tribunal constitucional, que atua para além da representação tradicional do cidadão.⁷⁹³

Seria isso o “melhor dos mundos possíveis”?

A resposta a essa indagação há de ser negativa.

É verdade que Alexy reconhece no constitucionalismo discursivo a melhor forma de institucionalização da razão e sustenta que o estado constitucional democrático se deixa fundamentar com o auxílio da teoria do discurso e, mais, é dependente desta.⁷⁹⁴

Todavia, está ciente dos perigos de uma superidealização,⁷⁹⁵ ou seja, de uma idealização excessiva, ou descabida. A teoria não comporta exclusão de toda e qualquer idealização, porquanto não lograria manter partes essenciais que dependem de conceitos ideais ou referências a dever-ser ideal. Porém, o que Alexy precisa afastar é a repulsa à teoria ao fundamento de que a representação puramente argumentativa seria uma quimera e que, com isso, contribuiria para a derrocada da jurisdição constitucional, ao invés da sua justificação.

tels pour y être admis; elle peut établir un Gouvernement royal et une succession héréditaire, mais elle ne peut élire un roi ni nommer une famille royale; en un mot toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative. Sur cette idée on voit à l'instant qu'il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisque'elles sont des actes de la volonté générale; ni si le Prince est au dessus des lois, puisqu'il est membre de l'Etat; ni si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même; ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des régistres de nos volontés.

⁷⁹³ Cfr. ALEXY, Robert. Apresentação. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 11. Diz o autor: “A representação do povo por um tribunal constitucional, porém, somente pode ser uma representação argumentativa.” Ver também ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 163-165.

⁷⁹⁴ Cfr. ALEXY, Robert. Apresentação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 9.

⁷⁹⁵ Cfr. ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 164.

Por isso, destaca que a representação argumentativa carece de condições reais, porquanto não funciona sem pessoas racionais interessadas, por um lado, e, por outro, sem que o tribunal constitucional seja aceito como instância de reflexão do processo político.⁷⁹⁶

A defesa de Alexy às críticas passa pela relação que ele estabelece entre o estado constitucional democrático e a teoria do discurso, bem como entre discurso e direito, aspectos que os mencionados críticos não aprofundam. Em diversas passagens se demonstra que a relação entre o discurso e o direito é de necessidade recíproca.⁷⁹⁷

A par disso, ele faz ver que a inclusão de exigências ideais para a racionalidade do discurso, como aquelas presentes nos 4 (quatro) postulados procedimentais – máximas medidas de clareza conceitual-linguística; de informacionalidade empírica; de publicidade; e de isenção de preconceitos⁷⁹⁸ – para um sistema de direito racional, não implica que se está postulando uma racionalidade acabada.

O excerto que segue ilustra o que se pode esperar da razão prática:

A razão prática não pertence àquelas coisas que, ou somente podem ser realizadas perfeitamente, ou então nem podem mesmo ser realizadas. Ela é realizável aproximativamente, e sua realização suficiente não abriga deveras uma correção definitiva, mas sim uma relativa.⁷⁹⁹

Essa realizabilidade por aproximação tem a mesma função da ideia regulativa, que serve como horizonte e meta, não como contraste real, tal como em Kant.⁸⁰⁰

⁷⁹⁶ Cfr. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 54.

⁷⁹⁷ Ver acima, itens 3.2.5., 3.2.8 e 3.2.9.

⁷⁹⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 230.

⁷⁹⁹ ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 230. No original: *Die praktische Vernunft gehört nicht zu den Dingen, die entweder nur perfekt oder überhaupt nicht verwirklicht werden können. Sie ist approximativ realisierbar, und ihre hinreichende Verwirklichung verbürgt zwar keine endgültige, wohl aber eine relative Richtigkeit.*

⁸⁰⁰ Cfe. explicitado neste trabalho anteriormente, item 3.2.4.2.1.

A relação entre realidade e exigências ideais postas pelo discurso pode ser esclarecida com a seguinte citação:

O discurso precisa do direito para obter realidade e o direito do discurso para obter legitimidade. Se se desenvolve isso, então se produz, após a limitação, criada pela fórmula de Radbruch, do institucional pelo ideal, uma união de ambos esses lados, cuja expressão, até agora mais completa, é o estado constitucional democrático. A teoria do discurso leva ao estado constitucional democrático, porque ela coloca duas exigências fundamentais ao conteúdo e à estrutura do sistema jurídico: direitos fundamentais e democracia.⁸⁰¹

Não se verifica, portanto, uma defesa ideológica de uma determinada posição política ou de um interesse particular e, sim, uma sustentação de uma teoria abrangente que possui bases filosóficas sólidas.

Com relação aos “casos trágicos”, trata-se de categoria aduzida por Atienza para referir, aparentemente, a situações que se podem equiparar às contempladas pela fórmula Radbruch, o que será objeto de apreciação adiante.⁸⁰²

4.3.2. Resultado parcial (item 4.)

Se a teoria da argumentação e do discurso conduz ao estado constitucional democrático, alguns pressupostos argumentativos para a NDFA, inclusive aqueles que remontam a ideias regulativas ou dimensões ideais, podem considerar-se encaminhados, mas por certo nem tudo está resolvido.

Com efeito, embora já se tenha estabelecido a compossibilidade de direitos fundamentais e democracia dentro de um estado constitucional democrático, ainda resta irrespondida a questão nuclear sobre **se e como** é possível desenvolver consistentemente, já dentro daquele tipo de estado, uma teoria da norma de direito fundamental que comporte decisões de caso com base em NDFA, isto é, não imediatamente estatuídas em textos constitucionais.

⁸⁰¹ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 33. Sobre a fórmula Radbruch, ver mais detalhes na discussão da teoria do direito, item 5.3.3.

⁸⁰² Item 5.3.3.

A ideia de uma representação concorrente à político-partidária estabeleceu um ponto de tensão particularmente forte para a teoria alexyana da razão institucionalizada. Ainda que se possa desviar em parte do problema com o aceno a ideias regulativas, a solução não se mostra plenamente satisfatória. Não está em causa, na verdade, apenas uma teoria, mas a prática de tribunais e a atividade cotidiana da prática jurídica e também da política.

A grande questão diz com a racionalidade e a legitimidade dessa atuação jurídica em paralelo ou, em vários casos, em aberto conflito com a política.⁸⁰³

Como isso pode ser garantido? Que estruturas normativas e técnicas se fazem necessárias para aparelhar esse jogo tenso e complexo entre razão e realidade no plano de um estado concreto?

A resposta a essas questões comporta duas atitudes.

A primeira, diz com a modéstia quanto à pretensão de projetar a efetiva de aproximação do ideal posto pela ideia regulativa da correção. Diz também com a atitude de moderação quanto ao limite de tensão a que pode ser submetida a realidade para atendimento de ideias regulativas.

Nesse sentido, em réplica ao questionamento que lhe fora feito por Lafont,⁸⁰⁴ Alexy reputou muito altas as apostas feitas quanto à possibilidade de se exigir, para a legitimidade da democracia, que o processo deliberativo de fato concretize condições discursivas ideais, como a inclusão de todos os pontos de vista e argumentos, igualdade de oportunidades de participação, ausência de coerção ou engano; receptividade à força do melhor argumento etc.

⁸⁰³ Sobre a questão específica da racionalidade e da legitimidade do emprego do princípio da proporcionalidade na atuação do tribunal constitucional, veja item 7.5.1.3.

⁸⁰⁴ Cfr. LAFONT, Cristina. *Correctness and legitimacy in the discourse theory of law*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 291-306.

O trecho merece transcrição pela clareza e síntese:

Discursos ideais, isto é, discursos que são perfeitos em todos os aspectos, não podem, contudo, ser realizados no mundo real por pessoas reais. Insistir na realização de exigências ideais como uma condição para a legitimidade democrática tornaria inalcançável a legitimidade democrática.⁸⁰⁵

A segunda linha de ação em resposta à provocação feita diz com o esforço de **estruturar** teorias que possam dar conta de como realizar as altas exigências formuladas.

Essas questões são o ponto de partida de uma **teoria estrutural da norma**, base da teoria dos princípios, e o ensejo para o desenvolvimento de uma teoria do direito fundamental que permita a rastreabilidade quanto à sua racionalidade, para além do que a teoria da argumentação já assentara.

Esse é objetivo do próximo item.

⁸⁰⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 12 to Cristina Lafont*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, (351-353), p. 353. No original: *Ideal discourses, that is discourses that are perfect in all respects, cannot, however, be realized in the real world by real persons. Insisting on the realization of ideal requirements as a condition for democratic legitimacy would render democratic legitimacy unattainable.*

5. Base filosófico-jurídica da NDFA: a teoria da norma

5.1. Considerações iniciais

Postas as bases da teoria alexyana da argumentação e da filosofia política que se faz necessária para a extração de normas de direito fundamental não diretamente estatuídas no texto constitucional, as atenções se voltam, agora, para a teoria da norma necessária a esse propósito.

Evidentemente, essa teoria da norma haverá de incorporar as conquistas já feitas no campo da argumentação e observar os horizontes delineados pela filosofia política para a atividade jurídica em tema de direitos fundamentais.

Não se poderá, portanto, simplesmente retornar às concepções metodológicas e teórico-normativas antes apreciadas e que, pela sua deficiência em termos de justificação, não puderam responder ao problema que a NDFA veio resolver.

Com efeito, uma vez estabelecido, ainda que provisoriamente,⁸⁰⁶ que a NDFA se define, primeiramente, como uma norma, há de se perguntar de que conceito de normatividade se há de partir para se entendê-la. Trata-se do aspecto epistemológico-normativo. Posteriormente, será analisado o aspecto estrutural, em que pontifica a teoria dos princípios, à qual se acopla uma teoria do direito fundamental. Por fim, terá lugar o aspecto da dinâmica normativa, que é estudo da NDFA nos seus elementos dinâmicos de interpretação e aplicação.

A teoria da argumentação de fato forneceu algumas pistas importantes sobre o que tal espécie de ente normativo pressupõe no campo filosófico e, mais especialmente, no filosófico-jurídico e teórico-político. Porém, mostra-se insuficiente para precisar o conceito, determinar-lhe a natureza lógica e lhe emprestar operabilidade.

Passa-se, então, ao conceito de normatividade que lhe subjaz.

⁸⁰⁶ Ver itens 1.3.1.2. e 9.5.

5.2. Da normatividade

5.2.1. Da deonticidade

Como objeto lógico-analítico, a NDFA tem como primeira característica o seu pertencimento ao universo lógico da deontologia.

O caráter normativo da NDFA, segundo a teoria de Alexy, é definitório. Isso não constitui, entretanto, uma simples trivialidade. Que a NDFA seja efetivamente uma norma jurídica depende de ela conter especificações deonticas, ou seja, determinações de dever-ser.⁸⁰⁷

E isso, na definição de Alexy, é verdadeiro, porque a NDFA consiste justamente na determinação de pelo menos um dos possíveis sentidos deonticos que estão incrustados em determinações de direito fundamental. Sem as NDFA, não se saberia o que, no texto constitucional, está ordenado, proibido ou permitido, ou melhor, não se saberia o que está ordenado, proibido ou permitido para além do que consta da determinação normativa diretamente estatuída.

Em esclarecimento dessa normatividade, Pulido aponta nas NDFA quatro características que comumente integram o conceito de **norma** jurídica em geral, a saber: (1) caráter deontico; (2) relação semântica ou interpretativa com determinações de direito fundamental; (3) conteúdo constitucional *prima facie* (participação no conteúdo normativo das determinações de direito fundamental e, portanto, validade *prima facie* como conteúdo constitucional); e (4) vinculatividade a partir da concreção pelo tribunal constitucional (vinculação dos destinatários e formação de precedente).⁸⁰⁸

Todas essas características, que são compatíveis com o desenho que Alexy faz da NDFA (ainda que este último não fale diretamente em validade *prima facie*) nada mais

⁸⁰⁷ Compare-se Engisch, que já atribuíra o significado prático do direito para vida à determinação de proposições concretas de dever-ser (*konkrete Sollenssätze*). ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 11. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, S. 84.

⁸⁰⁸ Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 122 ss.

expressam que as NDFAs estão em relação de precisação e de fundamentação com determinações normativas constantes do texto constitucional.⁸⁰⁹

Trata-se, com efeito, antes de tudo, de um nome que designa uma norma, isto é, de um termo cujo referente consiste num dever-ser, acerca de cuja proposição se pode predicar a validade (ou a invalidade), e não um fato, integrante do universo ôntico (ser), acerca de cuja proposição se pode predicar a verdade (ou falsidade).

Não é, porém, qualquer conceito de verdade e de dever-ser que está à base do conceito de NDFA. Como já analisado acima, o universo onde a NDFA se coloca é o prático jurídico, iluminado pela teoria da argumentação prática, regida pela deontologia e por uma concepção de verdade que não se limite à semântica, mas inclua a dimensão **pragmática**.⁸¹⁰

A própria filosofia do direito, que está na base da teoria da argumentação jurídica, de acordo com Alexy, tem na normatividade um aspecto central. Para isso apontam não somente a tese do caso especial e o modelo procedimental de 4 (quatro) níveis, desenvolvidos por Alexy. Até mesmo no próprio conceito de **filosofia em geral** se podem identificar duas características: a **reflexividade** e a **normatividade**, ambas interconectadas.⁸¹¹

⁸⁰⁹ Do ponto de vista classificatório, Pulido distingue três tipos de normas de direito fundamental: 1) a diretamente estatuída, uma das quais existe em toda determinação (*disposición*, segundo o autor) de direito fundamental; 2) a norma associada; e 3) a norma individual de direito fundamental. Essa classificação discrepa um pouco da proposta por Alexy, na medida em que este não aborda expressamente a terceira classe, embora seja coadunável, de algum modo, com sua teoria a admissão da existência de normas individuais de direito fundamental. Isso não se confunde com a definição de direito fundamental também como direito subjetivo ou com a definição de posições subjetivas de direito fundamental dentro do feixe de posições reunidas sob um determinado direito fundamental. De qualquer modo, essas diferenciações classificatórias atraem um interesse marcadamente heurístico, que não interfere no cerne desta investigação. Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 131.

⁸¹⁰ Ver, acima, o item 3., em especial o subitem 3.2.4.2.4.

⁸¹¹ Diz Alexy: “Refletir sobre aquilo que há, que deve ser feito e é bom, e sobre como nós o podemos conhecer significa perguntar por, e aduzir razões para, aquilo que existe objetivamente, o que é verdade ou correto e o que é justificado. Quando se define normatividade como a capacidade de diferenciar aquilo que é certo do que é errado, então estas questões são questões normativas. Filosofia enquanto empreendimento reflexivo tem, por isso, necessariamente uma dimensão normativa.” Cfr. ALEXY, Robert. *Die Natur der Rechtsphilosophie*. In: BRUGGER, W. et alii (Hrsg.). *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, S. 11-25, S. 13. No original: *Über das, was es gibt, was getan werden soll und gut ist, und darüber, wie wir dies erkennen können, zu reflektieren heißt, danach zu fragen und Gründe dafür anzuführen, was objektiv existiert, was wahr oder richtig und was gerechtfertigt ist. Wenn man Normativität als die Fähigkeit definiert, das, was richtig ist, von dem, was falsch ist, zu unterscheiden, dann sind diese Fragen normative Fragen. Philosophie als ein notwendigig*

Assim, para uma filosofia do direito que se pretenda prática num campo específico como os direitos fundamentais, essa ideia repousa, também, sobre um conceito determinado de **normatividade** que floresceu no âmbito da teoria do direito, numa evolução que se faz visível em diferentes momentos do século XX, tendo como expoentes a teoria pura, o positivismo e a superação deste.⁸¹² A esse desenvolvimento da teoria do direito junta-se, no rumo da teoria da argumentação, a superação da lógica jurídica puramente dedutiva, como exemplificado por Toulmin.⁸¹³

Com isso, obtém-se a compreensão do direito enquanto ciência de um campo do dever-ser compreendido *lato sensu*, envolvendo as três “funções normativas” ou deônticas;⁸¹⁴ ao mesmo tempo, o juízo normativo⁸¹⁵ se desacopla do juízo sociológico ou da mera análise da linguagem, possibilitando distinguir-se entre constituição e justificação de normas;⁸¹⁶ passa-se a entender que a norma jurídica, como **esquema de interpretação**,⁸¹⁷ e integrante de um sistema jurídico resultante do encadeamento de atos jurídicos,⁸¹⁸ segue lógica que inclui a dimensão pragmática, de modo que a justificação de juízos normativos desborda dos estreitos limites do silogismo puramente dedutivo e se opera através de argumentação que inclui argumentos substanciais.

A normatividade jurídica, ao laborar com direitos fundamentais, terá nos princípios uma fonte para tais argumentos substanciais, mas, para que não recaia nos mesmos vícios ou nas já descritas insuficiências das abordagens tradicionais,⁸¹⁹ terá de ser desenvolvida pela teoria do direito fundamental com o auxílio da filosofia,⁸²⁰ que experimentara

reflexives Unternehmen hat deshalb notwendig eine normative Dimension. Evidentemente, a normatividade enquanto dimensão necessária da filosofia não se confunde com a normatividade que se pode predicar de um ato jurídico. Todavia, a conexão interna entre a dimensão normativa da filosofia do direito e a normatividade que se predica de um de seus objetos possíveis, que é o direito, justifica que se pense em como ela pode apresentar-se nos distintos conceitos de direito e na evolução experimentada por este.

⁸¹² Essa evolução foi acompanhada quando se estudou a ambiência teórica onde aflora o problema da indeterminação normativa, que a NDFA está vocacionada a buscar resolver. Ver acima item 2.3.

⁸¹³ Ver acima item 3.2.4.2.4.

⁸¹⁴ Ver acima item 2.3.6.

⁸¹⁵ Ver acima, item 2.3.8.

⁸¹⁶ Ver acima, item 2.3.8.

⁸¹⁷ Ver acima item 2.3.6.

⁸¹⁸ Ver acima item 2.3.6.

⁸¹⁹ Ver item 2.3.

⁸²⁰ Veja-se o conceito de filosofia, em Alexy, no seguinte artigo, dedicado à filosofia do direito: ALEXY, Robert. *Die Natur der Rechtsphilosophie*. In: BRUGGER, W. et alii (Hrsg.). **Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, S. 11-25, S. 20-21. Primeiramente, Alexy estabelece que constitui a tarefa da filosofia do direito argumentar sobre a natureza do direito. Idem, S. 14: No original: *Das führt wie von selbst zur Definition der Rechtsphilosophie als Argumentation über die Natur*

importantes avanços quanto à compreensão e ao funcionamento da linguagem, como anteriormente explicitado,⁸²¹ com o escopo de refinar os instrumentos lógicos para operar no campo prático.

Alexy se favoreceu da conjugação dessas linhas de desenvolvimento do pensamento jurídico do Séc. XX, como fica imediatamente claro à leitura não só da sua teoria da argumentação, mas também da sua teoria do direito. Sua **teoria da norma** pode ser reputada uma confluência feliz de correntes que se desenvolviam paralelamente.

Exemplifica-o a adoção expressa de um elemento vital para a apreensão do conceito de NDFA enquanto objeto lógico: o **conceito semântico de norma**,⁸²² segundo o qual “(...) **uma norma é o significado de uma proposição normativa (...)**”,⁸²³ o que possibilita distinguir entre a norma propriamente dita (*Norm*) e a proposição normativa (*Normsatz*).⁸²⁴

A distinção entre **proposição e norma**, ordenada pelo conceito semântico referido, resulta da consideração de como se apresenta o texto que contém o direito fundamental.

des Rechts. Mas isso envolve uma circularidade, que o autor entende construtiva e que se traduz numa outra versão do círculo hermenêutico da compreensão. (Idem, S. 15.) Prosseguindo na investigação, Alexy encontra 3 (três) grandes questões a serem objeto da filosofia em geral e que se instanciam também na filosofia do direito: 1) a ontológica: o que existe?; 2) a ética ou prática: o que deve ser feito ou o que é bom?; e 3) a epistemológica: o que podemos saber? (Idem, S. 25.) Note-se, a propósito dessa tripartição, a sua semelhança, embora também a diferença, com o objeto das três críticas de Kant (a crítica da razão pura, a da razão prática e a do juízo) e com as grandes indagações da filosofia para o referido filósofo de Königsberg : o que posso saber (metafísica), como devo agir (moral), o que posso esperar (religião) e o que é o homem (antropologia)? Cfr. KANT, Immanuel. *Logik. Werkausgabe*, Bd. 6. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982, S. 447-448. No original: *Das Feld der Philosophie in dieser weltbürgerlichen Bedeutung lässt sich auf folgende Fragen bringen: 1) Was kann ich wissen? 2) Was soll ich tun? 3) Was darf ich hoffen? 4) Was ist der Mensch? Die erste Frage beantwortet die Metaphysik, die zweite die Moral, die dritte die Religion, und die viert die Anthropologie. Im Grunde könnte man aber alles dieses zur Anthropologie rechnen, weil sie sich die drei ersten Fragen auf die letzte beziehen*. A reordenação parece decorrer, em grande parte, do resultado da apreensão do pensamento de Kant pela perspectiva da filosofia contemporânea, aproveitada por Alexy, que deslocou a outro plano as questões próprias à religião e à antropologia, bem como redesenhou os campos da metafísica, nela separando questões sobre ontologia de questões sobre teoria do conhecimento, teoria da ciência e epistemologia.

⁸²¹ Veja itens 3.2.4.2.1. e 3.2.4.2.4.

⁸²² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 43 ff.

⁸²³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 43. No original: *Eine Norm ist damit die Bedeutung eines Normsatzes*.

⁸²⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 43. Frequentemente se traduz *Satz* por enunciado, de modo que *Normsatz* equivaleria a enunciado normativo, o que ocorre tanto no português como no espanhol.

Borowski o esclarece, de forma sintética:

*La disposición de derecho fundamental es un caso especial de un enunciado, específicamente, el enunciado de un derecho fundamental. Se trata de la serie de signos escritos que se encuentran en el texto constitucional original o en sus reproducciones. El enunciado como conjunto de signos lingüísticos debe diferenciarse estrictamente de la norma como significado del enunciado.*⁸²⁵

De acordo com o conceito semântico de norma, esta pode ser expressa por meio de uma **proposição normativa**, que, por seu turno, consistirá numa **proposição deôntica**. Considerando as modalidades deônticas possíveis, as normas utilizarão expressões deônticas ou convertíveis em deônticas, como os verbos “poder” (no sentido de estar permitido), “dever” (no sentido de estar ordenado) e de “não poder” (no sentido de estar proibido).⁸²⁶

A principal vantagem dessa construção consiste em propiciar o tratamento independente de questões de conteúdo das normas e questões de validade, já que uma norma pode ser considerada válida independentemente do seu conteúdo, e vice-versa; com isso, permite separar o tratamento de controvérsias dirigidas ao conteúdo específico de determinada norma e sobre sua própria existência específica, ou seja, sua validade; pela mesma razão, pode acolher diferentes teorias sobre a validade,⁸²⁷ aproveitar-lhes as contribuições e ainda apurar três conceitos de validade (sociológico, ético e jurídico), correspondentes aos elementos do direito (eficácia social, correção material e legalidade).⁸²⁸

Nele, enfim, não se pressupõe uma colagem entre ser e dever-ser, entre norma e sua própria validade.

⁸²⁵ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 27.

⁸²⁶ Disso decorre que, para se saber se uma proposição qualquer contém uma norma, é preciso verificar o contexto e identificar uma entidade semântica, ou seja, um conteúdo de significado que inclua uma modalidade deôntica que, assim, a estruture como uma norma. Atendidas tais condições, toda proposição normativa pode ser convertida em uma proposição deôntica.

⁸²⁷ O autor trata do tema na seguinte obra: ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. No âmbito específico da norma de direito fundamental e dos conceitos de validade, cfr. . ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 49 ff.

⁸²⁸ ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005, S. 139 ff. Com isso incorporam-se, sem prejuízo da especificidade do juízo normativo, as considerações que a teoria do direito vinha desenvolvendo sobre a construção e justificação daquele.

Assim, vence-se uma barreira que a ciência e a lógica do direito tradicionais não logravam superar, que consiste em trabalhar o conceito de verdade num âmbito especial da atividade prática do ser humano, o que somente viria a ser possível com a distinção (e a conciliação) entre a facticidade (ou historicidade) do direito e a sua validade (ou cogência).⁸²⁹

Esse triunfo se explica pelo postulado da proposicionalidade.

5.2.2. Da proposicionalidade

Segundo Alexy, pode-se dizer que no direito vige o postulado da **proposicionalidade**, decorrente da sua própria natureza argumentativa⁸³⁰ e que se evidencia de modo especial nas regras jurídicas presentes nas decisões judiciais.

Com efeito, no campo da teoria da argumentação, o problema da justificação das decisões judiciais conduziu à determinação da natureza proposicional do direito, por força da categorização das decisões judiciais como classe de proposições normativas.⁸³¹ Se, no entanto, a descoberta da dimensão pragmática da linguagem, inclusive das proposições normativas e, dentre estas, das jurídicas, findara por identificar no discurso prático,⁸³² e como caso particular deste, no discurso jurídico, o campo em que se trata da **correção das proposições normativas**,⁸³³ agora se faz necessário assegurar o caminho

⁸²⁹ Para a discussão em torno do conceito de verdade, vejam-se os aspectos já desenvolvidos sob os itens 3.2.1.1. (retórica e caráter coercitivo), 3.2.4.2.5.1. (viragem pragmática), 3.2.4.2.5.2. (procedimentalidade) e 3.2.4.4. (discussão crítica da teoria do discurso e da argumentação).

⁸³⁰ ALEXY, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 21-38. No original: *Der Grund hierfür liegt in der argumentativen Natur des Rechts, die ihren Ausdruck im Postulat der Propositionalität findet*. (S. 37.)

⁸³¹ Diz Alexy: “Nos discursos jurídicos se trata de uma justificação de um caso especial de proposições normativas, as decisões judiciais.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 273. No original: *In juristischen Diskursen geht es um die Rechtfertigung eines Sonderfalles der normativen Aussage, des juristischen Urteils*.

⁸³² Esse longo e interessante percurso pode ser acompanhado de modo mais próximo pela exaustiva análise promovida no cap. II da seguinte obra: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 53 ss.

⁸³³ Diz Alexy: “Os discursos são conjuntos de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições. Os discursos nos quais se trata da correção das proposições normativas são discursos práticos. O discurso jurídico, como se mostrará, pode conceber-se como um caso especial do discurso prático geral, que tem lugar sob condições limitadoras como a lei, a dogmática e o precedente.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 224. No original: *Diskurse sind Handlungszusammenhänge, in denen Aussagen auf ihre Wahrheit oder Richtigkeit hin überprüft werden. Diskurse, in denen es um die Richtigkeit normativer Aussagen geht,*

inverso, ou seja, percorrer o arcabouço normativo do direito, e mais particularmente do direito fundamental, sem perder a justificabilidade da cada proposição de cunho normativo extraída no seio daquele.

Nessa percurso, por conseguinte, é preciso verificar se o aparato normativo e o que dele se extrai – a exemplo da NDFA – atendem à ideia regulativa da pretensão de correção. Seria um atalho interessante agarrar-se imediatamente a um conceito de correção material definido, não fosse necessário abrir mão do conceito semântico de norma; isso porém, poria a perder justamente o seu principal ganho, a saber, compatibilizar diferentes critérios de validez de normas, o que é necessário pela imersão da própria norma num discurso aberto para a participação dos interessados, ainda que em condições limitadas.

No que tange à verdade, parte essencial do conceito semântico de norma consiste em distinguir entre o que se predica da proposição normativa, ou seja, se é verdade que existe ou não a norma, e aquilo que se predica quanto ao seu conteúdo de dever-ser, ou seja, se é verdadeiro que possui validade (ou existência específica enquanto norma, no dizer de Kelsen).⁸³⁴

sind praktische Diskurse. Der juristische Diskurs kann, wie noch zu zeigen wird, als ein unter einschränkenden Bedingungen wie Gesetz, Dogmatik und Präjudiz stattfindender Sonderfall des allgemeinen Praktischen Diskurses aufgefasst werden. Note-se que a palavra alemã *Aussage* recebe diferentes traduções, ora como declaração, ora como enunciado, ora como proposição, ou ainda como afirmação. Essa multivocidade advém de sua origem (ligada ao verbo *sagen*, comumente traduzido por dizer) e se mantém no âmbito da língua alemã, inclusive no campo do direito, no qual *Aussage* aparece relacionado a depoimento de testemunha, ou uma declaração oficial, ou, negativamente, na recusa de falar e juízo, para citar apenas alguns exemplos. Para o presente contexto, no entanto, como o faz a tradução espanhola da obra de Alexy, parece mais acertado o emprego de ‘proposição’, por ser, dentre as opções técnicas viáveis, a mais familiar no âmbito latino no contexto da filosofia do direito que trabalhou as questões da linguagem e por preservar o aspecto pragmático essencial à concepção do tema. Uma proposição (assim como se pode pensar de enunciados e declarações) é ação em relação ao conteúdo proposto (ou enunciado ou declarado), em todos os casos dentro de contextos discursivos dados. Especificamente, considerando a manifestação de Alexy quanto ao postulado da proposicionalidade do direito, o sentido que mais se aproxima da explicação desse postulado é o de que no direito se opera com proposições normativas, que expressam dever-ser. Observe-se, também, que, na “Teoria da argumentação jurídica”, Alexy definiu proposição (*Aussage*) como significado (*Bedeutung*) de uma frase (*Satz*), sendo esta última descrita como uma série determinada de sinais sonoros ou gráficos, enquanto que manifestação (*Äusserung*) é definida como o uso de uma frase numa situação dada. Todavia, Alexy propõe sinonímica entre *Satz* e *Aussage*, salvo onde entenda necessária diferenciação. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 53, Fn. 1. No presente trabalho, também se utiliza o termo “asserção” alternativamente à “afirmação” de uma proposição, como quando no sentido de *Behauptung*.

⁸³⁴ Isso não significa que Alexy endosse a tese da completa separação entre conteúdo moral e direito. A sua tomada de posição em face do positivismo será mais detalhada no item 5.3.1.; a discussão crítica do tema pode ser compulsada no item 5.3.3.

Essa distinção, fruto dos esforços da teoria pura, faculta conciliar diferentes teorias sobre a validade e associá-las ou dissociá-las de distintos elementos do direito, e oferece respostas que sofrivelmente estavam sendo oferecidas pela chamada jurisprudência de valores e também pela teoria integrativa de Dworkin.⁸³⁵

Trasladando essa conquista da teoria do direito para o âmbito do objeto em estudo neste trabalho, obtém-se que, segundo conceito alexyano de norma, não se pode confundir a NDFA propriamente dita (que é uma norma) com a asseveração de sua existência específica, objeto da **pragmática**, que consistirá numa **asserção de validade normativa**, através de ato de fala; já o conteúdo da proposição asserida, vazado em uma “proposição de asserção de norma”, observará a lógica comum (do ser, ôntica), enquanto que o plano da norma se manterá na lógica deôntica.

Uma complicação especial trazida pela NDFA consiste em acoplar validade e fundamentação, na medida em que a verificação da validade da associação está na dependência da correta fundamentação da sua relação com o direito fundamental imediato expresso na constituição.

Essa acoplagem repetiria a fragilidade teórica apontada na construção de Dworkin?

A resposta há de ser negativa, porque acoplar se diferencia de confundir. Os planos de existência e validade permanecem distintos. A consistência dessa distinção não se resume a jogo de palavras, pois se reflete na estruturação de mecanismos de operação distintos.

Por derradeiro, ainda no campo da lógica, se a NDFA pode ser identificada como o resultado da operação de associação de normas a uma determinação de direito fundamental contida no texto constitucional, então o conjunto de normas associadas de um dado sistema jurídico equivale ao resultado da subtração realizada entre o conjunto

⁸³⁵ A despeito do relevante avanço na distinção entre universo do ser e do dever-ser, há limitações na teoria de Dworkin, já expostas acima, no item 2.3.8.

universo de normas de direito fundamental e o subconjunto de normas de direito fundamental diretamente estatuídas.⁸³⁶

Isso pode resultar em problemas de qualificação de direito constitucional, mas principalmente de consistência, os quais demandam uma aproximação **estrutural** e mais específica da teoria normativa que aqui interessa, a teoria da norma do direito fundamental.

Todavia, essa abordagem – relevante para a teoria dos princípios enquanto teoria normativa – aguarda a definição de conceitos teórico-jurídicos subjacentes, a serem agora expostos.

5.3. Da juridicidade ou da teoria da norma jurídica em geral

5.3.1. Da norma de direito e sua relação com a moralidade

Segundo a definição proposta, dentro do universo de termos caracterizados como tendo como objeto um dever-ser, uma NDFA não é uma norma qualquer, e, sim, uma **norma de direito**. Sua diferença específica, portanto, reside na sua **juridicidade**. Essa definição se mostra crucial, porquanto separa a NDFA das outras espécies de normas, como as morais e as sociais.

Duas consequências fatais decorrem dessa determinação: (1) para que se possa admitir a discussão da existência de uma NDFA é preciso identificar nela os elementos necessários e suficientes para o preenchimento do conceito de direito, o que levanta a indagação sobre qual conceito de direito se faz compatível com as pressuposições desse tipo de norma; e (2) para discutir a validade da NDFA que se apresenta, uma vez identificada a sua natureza jurídica, há de ser aplicado critério de validez próprio das normas jurídicas, que é diverso das outras espécies de normas, como explicado pela tese do caso especial.⁸³⁷

⁸³⁶ Não se examinam aqui eventuais normas de direito fundamental que pudessem ser associadas a disposições de direito internacional ou a qualquer outra fonte de direito fundamental. Igualmente não se incluem os eventuais direitos fundamentais não-escritos que possam vir a ser vindicados por meio de argumentação com base em fundamento diverso da associação a determinações do texto constitucional.

⁸³⁷ Ver acima, item 3.2.5.

Quanto à primeira consequência, a identificação do caráter jurídico de uma norma advém do reconhecimento dos elementos essenciais ao conceito de direito, os quais dependem da concepção que dele se tenha. Considerando, entretanto, a limitação deste trabalho, as múltiplas concepções de direito não podem ser sequer sumariadas. Parte-se, então, da concepção alexyana e se procede à comparação crítica com outras, para exame de sua consistência.⁸³⁸ Essa medida se revelará suficiente, também, para estabelecer a conexão entre a NDFA e o conceito de direito referido, bem como encurta o trajeto com relação à segunda consequência, que diz com os critérios de validade compatíveis com o mesmo conceito de direito.

Quanto à segunda consequência, serão analisados adiante os limites de associação válida de normas de direito fundamental e, correlatamente, as críticas que são dirigidas a esse aspecto da matéria, assim como será sugerida uma profilaxia.⁸³⁹

Assim, convém desde logo destacar que, em relação ao **conceito de direito** defendido por Alexy, podem visualizar-se os contornos de uma espécie de teoria não-unidimensional, que inclui expressa, mas não exclusivamente, uma dimensão para a moral.⁸⁴⁰ Essa concepção demarca a posição em relação tanto às teorias de Kelsen quanto de Hart,⁸⁴¹ e ao positivismo em geral, na medida em que, contrariamente a essa corrente, insiste na relação conceitual interna e necessária entre **direito e moralidade**, o que implica

⁸³⁸ Ver adiante, itens 5.3.2 e 5.3.3.

⁸³⁹ Ver adiante os itens 6.2.2.4., 7.4., 7.5 e 9.3.

⁸⁴⁰ Cfr. Robert Alexy. Entrevista a Robert Alexy. Alicante: **Revista Doxa**, n. 24, 2001, Cuadernos de Filosofía del Derecho, p. 684. Entrevista concedida a Manuel Atienza. Alexy assim se expressou: [...] *el Derecho consiste en tres elementos: (1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento, (2) la eficacia social y (3) la corrección en cuanto al contenido. El primer elemento representa la institucionalidad del Derecho, el segundo su facticidad y el tercero su moralidad. La gracia de este concepto trilateral de Derecho está en que los tres elementos no están relacionados simplemente de cualquier manera. Entre ellos existen muchas relaciones necesarias. La eficacia sin legalidad supone inmutabilidad, la legalidad sin eficacia carece de fuerza, y ambas conjuntamente no es todavía Derecho si no se plantea al menos una pretensión de corrección. El contenido de la pretensión de corrección del Derecho es en sí complejo. Aquí depende sólo de que el Derecho incluya necesariamente una pretensión de justicia. Por ello, la pretensión de corrección establece una conexión necesaria entre el Derecho y la moral.*

⁸⁴¹ Não há dúvida de que Alexy procura apartar-se do positivismo de Hart e discípulos. Uma prova circunstancial dessa atitude pode ser encontrada na edição inglesa da obra alexyana específica sobre teoria do direito. Como admite Stanley Paulson, coautor da versão para o inglês de *Begriff und Geltung des Rechts*, a opção pelo título *The argument from injustice: a reply to legal positivism* ao invés de uma tradução literal e direta como *The concept and the validity of law* deve-se, em parte, ao propósito de evitar confusão da obra capital de Hart, *The concept of law*. Cfr. ALEXY, Robert. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Translated by Stanley L. Paulson et al. Oxford: Clarendon Press, 2002 (*Translators' Preface*).

adesão a uma tese oposta à da separação (*Trennungsthese*) entre os referidos campos da razão prática.⁸⁴²

Essa postura guarda coerência com a atitude jurídico-filosófica de manter os conceitos de verdade e fundamentabilidade tradicionalmente ligados ao conceito de **justiça**⁸⁴³ e que têm como efeito a inclusão, no próprio conceito de direito, da moralidade enquanto **pretensão de correção**, ao lado dos elementos da facticidade e validade. Também demonstra a coerência com o **conceito de razão** exigido pela sua teoria da argumentação, mais precisamente, com uma **razão institucionalizada**, acima explicitada.⁸⁴⁴

Alexy distingue, assim, no direito a seguinte tríade: (1) **institucionalidade**, que significa a legalidade em conformidade ao direito, ou seja, aquilo que é decretado de acordo com a ordem posta; (2) **facticidade**, ou seja, eficácia social, que pode ser efetiva ou pelo menos potencial; e (3) **moralidade**, ou seja, correção quanto ao conteúdo.⁸⁴⁵ Tais elementos perfazem, reunidos, a definição do **conceito de direito**:

*O direito é um sistema de normas que (1) levanta uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que pertencem a uma constituição eficaz como um todo e que não são extremamente injustas, como também na totalidade das normas postas de acordo com essa constituição e que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e que não são extremamente injustas, e ao qual (3) pertencem os princípios e outros argumentos normativos nos quais se apoia o procedimento da aplicação do direito e/ou tem que apoiar-se a fim de cumprir a pretensão de correção.*⁸⁴⁶

⁸⁴² A esse respeito, cfr. ALEXY, Robert. *Recht und Moral*, in: HÄRLE, Wilfried; PREUL, Reiner (Hg.). *Ethik und Recht*, Marburger Jahrbuch Theologie, XIV, N.G. Elwert, 2002, S. 83-91; também do mesmo autor *La separación entre el derecho e la moral*, en ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (eds.). *Derecho y justicia em uma sociedade global*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39, Granada, Espanha, p. 729-793, 2005; neste último, encontra-se o debate travado entre Alexy e Andrei Marmor; e ainda de ALEXY: *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, en VÁZQUEZ, Rodolfo (org.). *Derecho y moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa Editorial, mar 1998, p. 115-137.

⁸⁴³ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 162-164. Mais recentemente, o autor tem focado a dimensão ideal ou crítica como essencial ao próprio direito. Cfr. ALEXY, Robert. *The dual nature of law*. In: *Ratio Juris*, v. 23, n. 2, Jun 2010, p. 167-182.

⁸⁴⁴ Ver acima, item 3.2.4.2.2.

⁸⁴⁵ Cfr. ALEXY, Robert. Entrevista a Robert Alexy. Alicante: *Revista Doxa*, n. 24, 2001, Cuadernos de Filosofía del Derecho, p. 684. Entrevista concedida a Manuel Atienza.

⁸⁴⁶ Cfr. 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 ganzem sozial wirksamen Verfassung gehören und 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*

Assim, além da já mencionada despedida do positivismo, não se verifica o retrocesso às concepções temidas por Kelsen, ou seja, ao jusnaturalismo ôntico e às ideologias com pretensões de ocupar o espaço da ciência do direito.

Todavia, os questionamentos que essa tomada de posição suscita não são poucos nem desprezíveis.

Há, com efeito, necessidade de precisão quanto a quais são as conexões entre direito e moral, e em que medida são necessárias. Além disso, o fato de se mencionar conexão ao invés de separação completa ou incorporação, ou alguma outra forma de relação conceitual entre direito e moral, implica que se deve buscar definir, ainda, como se dá, material e formalmente, essa conexão necessária, e, inversamente, o que os distingue.

Há soluções a tais questionamentos.

A conexão entre direito e moral que possui o caráter de necessária e que, por isso mesmo, interessa aqui, é aquela que se estabelece por meio da pretensão de correção.⁸⁴⁷ Esta apresenta caráter necessário na medida em que se aceita, no próprio conceito de direito, um critério de validade que incorpore um elemento ideal ou uma dimensão moral calçada na ideia de correção.

A pretensão de correção também mostra que a relação entre moral e direito é mediada pela **justiça**, que representa elo de conexão necessária. A relação entre justiça, correção e moralidade se esclarece com a seguinte afirmação: “Justiça é correção em referência à distribuição e compensação, e questões de justiça são questões morais.”⁸⁴⁸ Consequentemente, não se pode adjudicar o status de norma jurídica àquela proposição

Anspruch auf Richtigkeit zu erfüllen. Cfr. tradução espanhola em ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 123.

⁸⁴⁷ A pretensão de correção aparece justamente no momento em que se trata do problema da inclusão (ou abarcamento) de conteúdos morais no direito. Cfr. ALEXY, Robert. *Recht und Moral*, in: HÄRLE, Wilfried; PREUL, Reiner (Hg.). *Ethik und Recht*, Marburger Jahrbuch Theologie, XIV, N.G. Elwert, 2002, S. 83-91.

⁸⁴⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Recht und Moral*, in: HÄRLE, Wilfried; PREUL, Reiner (Hg.). *Ethik und Recht*, Marburger Jahrbuch Theologie, XIV, N.G. Elwert, 2002, S. 87. No original: *Gerechtigkeit ist Richtigkeit in bezug auf Verteilung und Ausgleich, und Fragen der Gerechtigkeit sind moralische Fragen*. Compare: JANSEN, Nils. *Die Struktur der Gerechtigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 1998, S. 44 ff.

que, conquanto integrante do universo prático, contradiga essa pretensão de correção, o que será evidenciado nos casos de extrema injustiça.⁸⁴⁹

A NDFA, como qualquer norma, portanto, tem de passar pelo teste da sua correção, sob pena de não se ter sequer por válida, porquanto, por definição, “[c]orretas e, com isso, válidas são precisamente as normas que, num discurso ideal, seriam julgadas corretas por cada um.”⁸⁵⁰

A medida da conexão que, a despeito de ser necessária, não se confunde com a incorporação do direito pela moralidade, consiste em que a pretensão de correção tem um sentido determinado ligado ao fato de ser objeto de uma **formulação**. Ela se insere, pois, na dimensão pragmática, onde encontra o seu fundamento, à luz da teoria dos atos de fala. A pretensão de correção interessa ao direito acima de tudo por ser formulável, juntamente com qualquer ato jurídico. Ela não é compulsoriamente formulada, nem subjetivamente contrastável com cada ato em particular. No entanto, enseja contradição performativa quando, objetivamente, se faz ausente,⁸⁵¹ o que confirma o prognóstico geral estabelecido através da teoria da argumentação.⁸⁵²

O afastamento da tese positivista da separação entre direito e moral mediante a afirmação da conexão necessária, portanto, é o outro lado da moeda da compreensão da racionalidade prática pelo viés da razão institucionalizada, segundo a qual a introdução desse nexos necessário com a moral há de ser levada a efeito sem a perda do respeito devido ao direito já institucionalizado e ainda por institucionalizar.

Essa difícil conjunção realiza-se pelo devido entendimento da pretensão de correção em relação aos conteúdos possíveis do direito, que são demarcados pelo conceito de discursivamente necessário – leia-se pelo menos alguns direitos humanos⁸⁵³

⁸⁴⁹ Para mais detalhes sobre o argumento da injustiça e da fórmula de Radbruch, veja a discussão crítica adiante (item 5.3.3.).

⁸⁵⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Rechtssicherheit und Richtigkeit*. In: GERLOCH/TRYZNA/WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeňek, 2012, S. 381. No original: *Richtig und damit gültig sind genau die Normen, die in einem idealen Diskurs von jedem als richtig beurteilt werden würden*.

⁸⁵¹ Cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 20 ss.

⁸⁵² Ver acima, a tese do caso especial, que procura explicar a necessidade e os limites dessa pretensão no universo do discurso prático jurídico em relação ao que ocorre no discurso prático geral (item n. 3.2.5.).

⁸⁵³ Ver a discussão da ligação entre direito e moral através dos direitos humanos, item 5.3.3.

– e pelo discursivamente impossível. Aqui a tese do caso especial informa limites em que esse campo do possível se circunscreve.⁸⁵⁴

Essa conjugação de elementos teóricos possibilita a Alexy suplantar a principal crítica feita ao positivismo kelseneano, ou seja, de que todo e qualquer conteúdo normativo possa apresentar-se legitimamente como direito e que não poderia ser corrigido com recurso a conceitos morais.⁸⁵⁵

A superação do positivismo kelseneano se faz possível pela compreensão da tensa e complexa relação entre correção e limitação, ou entre idealidade e realidade, que demarca a ideia de **razão institucionalizada** e que, do ponto de vista do direito fundamental, reclama o que Alexy designa por **constitucionalismo discursivo**.⁸⁵⁶

Aqui se mostra o engate entre o conceito de direito e a teoria da argumentação jurídica que desemboca no constitucionalismo discursivo: a pretensão de correção, a ser pensada como logicamente objetiva e não empiricamente subjetiva, encontra a sua contrapartida na **regra geral de fundamentação**, vigente em todo o discurso, inclusive no âmbito específico das normas jurídicas. Por isso, a asserção de uma norma de direito, e em particular, de uma norma obtida por meio de associação a determinações de direito fundamental constante do texto constitucional, carrega consigo a pressuposição – de conteúdo moral intrínseco – de que se trata de uma norma correta. Pressupor o inverso representa uma **contradição performativa**.

⁸⁵⁴ Ver acima, item 3.2.5.

⁸⁵⁵ Kelsen afirma o seguinte: “Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.” Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl., Wien: 1960, S. 201: No original: *Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein*. Compare: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 221.

Alexy não concorda com isso, porque pode haver – e há para Alexy – conexões necessárias que impedem que certos conteúdos sejam aplicados sem ofensa a elementos morais necessariamente presentes no conceito de direito e sem que se incida em contradição performativa ante a pretensão de correção necessariamente pressuposta em cada aplicação do direito. A sentença de Kelsen é rechaçada expressamente por Alexy quando sustenta que, ao contrário de um conceito de direito positivista como nela expressado, todo conceito de direito incluiu um elemento que designa como correção quanto ao conteúdo, ao lado da decretação de acordo com a ordem e da eficácia social. Cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.19.

⁸⁵⁶ A preocupação de Kelsen em aparelhar a defesa do direito constitucional, onde os direitos fundamentais, dotados de elevado valor moral, têm sua raiz, justifica que se trate o positivismo de Kelsen como peculiar.

As teses alexyanas referentes ao conceito do direito, bem como quanto à sua conexão necessária com a moralidade não poderiam ter deixado de gerar controvérsia, especialmente a pretensão de correção.⁸⁵⁷ Em jogo, estava a questão central da postura em face do positivismo, do qual Alexy buscou apartar-se, sem, no entanto, incidir em um jusnaturalismo pré-moderno ou numa volatilização do direito.

Em atenção às críticas e com o escopo de apurar o seu entendimento sobre a natureza mesma do direito, em escritos posteriores Alexy se ocupou de discutir propriedades essenciais e, também, aprofundar as suas dimensões, o que merece uma atenção à parte, como segue.

5.3.2. Do conceito de direito: essência e dualidade

Os estudos mais recentes de Alexy se debruçam sobre o que designou como essência ou natureza do próprio direito, examinado no âmbito da filosofia do direito. Nesse tema, ao investigar natureza mesma do direito, encontrou duas **propriedades** que lhe são essenciais porquanto necessárias, a saber, a **coerção** e a **correção**. Transcrevo:

Duas propriedades são essenciais para o direito: coerção, de um lado, e correção, de outro. A primeira propriedade é um elemento central da eficácia social do direito, a segunda expressa a sua dimensão ideal ou crítica. Pertence ao problema capital da filosofia do direito perguntar como os conceitos da coerção e da correção se relacionam com o conceito de direito e, por meio deste, entre si. Todas – ou, pelo menos, quase todas – as demais questões da filosofia do direito dependem da resposta a essa pergunta.⁸⁵⁸

Os elementos do conceito do direito, acima explicitados, vêm a agregar-se, segundo Alexy, em uma **natureza bidimensional ou dual do direito**. De acordo com ela, o direito inclui ao mesmo tempo e necessariamente uma dimensão real

⁸⁵⁷ Se no campo da teoria da argumentação já suscitava polêmica (item n. 3.2.4.4.), mais ainda o faz no direito, onde entra em rota de colisão com o fator coercional que lhe é tão caro e com a autoridade do decretado. Ver abaixo (item n. 5.3.3.), a discussão geral do conceito de direito e como nele se põe a pretensão de correção.

⁸⁵⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Die Natur der Rechtsphilosophie*. In: BRUGGER, W. et alii (Hrsg.). *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, S. 11-25, S. 20-21. No original: *Zwei Eigenschaften sind für das Recht essentiell: Zwang auf der einen und Richtigkeit auf der anderen Seite. Die erste Eigenschaft ist ein zentrales Element der sozialen Wirksamkeit des Rechts, die zweite drückt seine ideale oder kritische Dimension aus. Es gehört zum Hauptproblem der Rechtsphilosophie zu fragen, wie die Begriffe des Zwangs und der Richtigkeit sich zum Begriff des Rechts, und dadurch zueinander, verhalten. Alle – oder zumindest fast alle – weiteren Fragen der Rechtsphilosophie hängen von der Antwort auf diese Frage ab.*

ou fática e outra ideal ou crítica. Trata-se de uma tese que o próprio autor aquilata como central:

No centro de minhas reflexões está a tese de que o direito tem uma natureza dúplici. Ele inclui necessariamente tanto uma dimensão real ou fática, como também uma ideal ou crítica. O lado fático se reflete nos elementos definicionais da decretação em conformidade com a ordem e da eficácia social; a ideal, na correção moral.⁸⁵⁹

Essa questão não é indiferente à NDFA. Ao contrário, está no cerne da própria afirmação da possibilidade de uma norma que tenha por objeto direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, não esteja diretamente posta no texto constitucional.

Essa característica da NDFA é desvendada através do exame dos direitos fundamentais sociais, enquanto espécie de direito a prestação.⁸⁶⁰ Com efeito, nos direitos fundamentais de cunho prestacional, evidencia-se como a NDFA faz transparecer o conteúdo moral de direitos fundamentais e possibilita a conexão entre direitos subjetivos a prestações e direitos constitucionais. Dentre os primeiros podem vislumbrar-se aqueles

⁸⁵⁹ Cfr. ROBERT ALEXY. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*. In: Franz Steiner Verlag, **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, v. 95, 2009, Heft 2, S. 151-166, S. 151. No original: *Im Zentrum meiner Überlegungen steht die These, dass das Recht eine Doppelnatur hat. Es schliesst notwendig sowohl eine reale oder faktische als auch eine ideale oder kritische Dimension ein. Die faktische Seite spiegelt sich in den Definitionselementen der ordnungsgemässen Gesetztheit und der sozialen Wirksamkeit, die ideale in dem der moralischen Richtigkeit*. Na mesma linha: ALEXY, Robert. *The dual nature of law*. In: **Ratio Juris**, v. 23, n. 2, Jun 2010, p. 167-182. No abstract, Alexy assim resume a tese: “O argumento deste artigo é o de que a tese da natureza dual é não somente capaz de resolver o problema do positivismo jurídico, como também de enfrentar todas as questões fundamentais do direito. Exemplos são a relação entre democracia deliberativa e democracia qua procedimento de tomada de decisão de acordo com o princípio majoritário; a conexão entre direitos humanos como direitos morais e direitos fundamentais como direitos positivos; a relação entre revisão constitucional qua representação ideal do povo e legislação parlamentar; o compromisso da argumentação jurídica tanto para com razões autoritativas como para não-autoritativas; e a distinção entre regras enquanto expressão de um dever-ser real e princípios enquanto expressão de sua contrapartida ideal. Tudo isso frisa o ponto de que a natureza dual do direito é o traço mais essencial do direito.” (Idem, p. 167.) No original: *The argument of this article is that the dual-nature thesis is not only capable of solving the problem of legal positivism, but also addresses all fundamental questions of law. Examples are the relation between deliberative democracy and democracy qua decision-making procedure along the lines of the majority principle, the connection between human rights as moral rights and constitutional rights as positive rights, the relation between constitutional review qua ideal representation of the people and parliamentary legislation, the commitment of legal argumentation to both authoritative and non-authoritative reasons, and the distinction between rules as expressing a real “ought” and principles as expressing its ideal counterpart. All of this underscores the point that the dual nature of law is the single most essential feature of law.*

⁸⁶⁰ Veja-se, a propósito, a tentativa concreta de reconstrução de decisão emanada do Poder Judiciário da Argentina, formulada com base no conceito de proibição de insuficiência em tema de direito à saúde: CLÉRICO, Laura. *Das Untermassverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 151-164.

direitos subjetivos outorgados pelo direito infraconstitucional ou mesmo direitos morais, que se embasam em normas morais:

As conexões existem, sobretudo, no fato de que, devido ao conteúdo moral das normas de direito fundamental comprovável em geral, não fica excluída a possibilidade de associar interpretativamente às determinações jurídico-fundamentais direitos morais que até agora não haviam sido reconhecidos como constitucionais, como também no fato de que toda norma objetiva vantajosa para um sujeito jurídico é, em princípio, um candidato para uma subjetivação.⁸⁶¹

A NDFA, é importante observar, não tem o condão (nem a tarefa) de justificar uma moralização material⁸⁶² e acabada do direito, nem a arbitrária fixação de quaisquer normas subjetivas de direitos fundamentais, o que será mostrado quando do esclarecimento das regras do processo de associação, da concepção formal-procedimental de direito fundamental,⁸⁶³ em harmonia com a ideia de institucionalização que a governa.⁸⁶⁴

⁸⁶¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 405. No original: *Die Zusammenhänge bestehen vor allem darin, dass es angesichts des generell festzustellenden moralischen Gehalts der Grundrechtsnormen jedenfalls nicht ausgeschlossen ist, bislang nicht als verfassungsmässig anerkannte moralische Rechte den Grundrechtsbestimmungen interpretativ zuzuordnen, sowie darin, dass jede für ein Rechtssubjekt vorteilhafte objektive Norm grundsätzlich ein Kandidat für eine Subjektivierung ist.*

⁸⁶² Sobre a distinção proposta por Fuller entre dois tipos de moralidade, moral de dever, de sentido mais formal, e moral de aspiração, com cunhagem material, ver item 3.2.4.2.1.

⁸⁶³ A ideia reitora formal dos direitos fundamentais – que considera fundamentais todos os direitos que não possam ficar à mercê do jogo de forças e às vicissitudes da maioria política no sistema democrático –, deve preservar uma dinâmica institucional dada, para não invadir a seara do legislador e do administrador e, então, violar o princípio democrático. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 410. Agrega-se aqui o qualificativo “procedimental”, utilizado por Alexy em outro texto para qualificar o conceito de direito fundamental, com vista a distingui-lo de um conceito formal que restringisse os direitos fundamentais a um aspecto estritamente formal, como o pertencimento a um catálogo. Cfr. ALEXY, Robert. *Grundrechte*. In: SANDKÜHLER, J. R. (Hrsg.) *Enzyklopädie Philosophie*. Bd. 1, Hamburg: Felix Meiner, 1999, S. 525-529.

⁸⁶⁴ O exemplo da NDFA no campo dos direitos sociais ilustra perfeitamente a gravidade do problema também pelo motivo de que esse terreno é deveras conflituoso. Alexy lhe atribui a qualidade da “explosividade política” (*politische Brisanz*) pelas inevitáveis implicações político-ideológicas que acarreta, especialmente por envolver problemas de natureza distributiva. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 401-402. Os efeitos redistributivos dos direitos fundamentais sociais, segundo o mesmo autor, enquadram-se em duas formas. A primeira, através da imposição de tributos aos contribuintes (mediante intervenção nos direitos fundamentais destes) para que o tesouro público possa custear prestações relativas ao mínimo existencial de carentes; a segunda, quando o custo de direitos sociais é imposto diretamente a terceiros (e.g., ao empregador). A questão também foi apreciada em palestra de Alexy no Brasil, em 1998, publicada em ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social*. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 55-69. Vale aqui também o alerta feito por Zippelius quanto aos efeitos da atuação jurisdicional em relação ao desenho da política social em geral: “Em suma, uma política social condicionada à situação não se deixa programar plenamente por meio de um esquema rígido de enunciados de direito constitucional nem se deixa traduzir em cada detalhe num sistema de pretensões de direito fundamental.” ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre: (Politikwissenschaft)*. 13. neubearb. Aufl. München: Beck, 1999, S. 356. No original: *Kurz, eine situationsbedingte Sozialpolitik*

A solução geral do problema passa, sobretudo, pela denominada **dogmática dos espaços** e comporta exame à parte.⁸⁶⁵

Contudo, não são somente os direitos fundamentais sociais que carregam valor moral intrínseco, porque, como Alexy aponta – secundado por Sieckmann – há uma moralidade intrínseca e mesmo uma validade específica – moral – nos direitos humanos e, pois, aos direitos humanos institucionalizados, como são todos os direitos fundamentais.

Os direitos humanos, que afloraram como frutos preciosos da reflexão da teoria da argumentação formulada em bases discursivas,⁸⁶⁶ apresentam-se, na teoria do direito, como **direitos de validade especial**. Essa especialidade, que conjuga uma validade como direito e uma intrínseca natureza moral, pode ser expressa da seguinte forma concisa:

A validade moral dos direitos do homem, sem dúvida, exclui que eles sejam anulados pelo direito positivo. Ela, porém, não exclui que seja acrescentada uma validade positiva jurídica. Ao contrário, a validade moral dos direitos do homem exige, como um dos meios eficazes de sua imposição, sua positivação. Essa é a conexão fundamental entre direitos do homem e fundamentais. Direitos fundamentais são, portanto, direitos do homem transformados em direito constitucional positivo.⁸⁶⁷

Essa relação explica, também, a preocupação alexyana centrada nos direitos humanos e na possibilidade de sua justificação, o que retoma, outra vez, o fio das discussões em torno de instrumentos teóricos engendrados pelo autor na sua tomada de posição quanto ao positivismo jurídico, como a pretensão de correção e a fórmula Radbruch.

lässt sich nicht durch ein starres Schema von Verfassungsrechtssätzen vollständig programmieren und nicht bis ins einzelne in ein System grundrechtlicher Ansprüche übersetzen.

⁸⁶⁵ Alexy dedica uma seção no último capítulo ao problema da competência de controle do tribunal constitucional. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 495-498. Cfr. também ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário - Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71-92.

⁸⁶⁶ Ver acima o item n. 3.2.4.5.

⁸⁶⁷ ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 96. Com relação à fundamentação dos direitos humanos, compare LUDWIG, Roberto José. Algumas observações sobre a possibilidade de fundamentação dos direitos humanos. Porto Alegre: **Revista Ajuris**, v. 117, p. 343-366, 2010.

5.3.3. Discussão do conceito de direito de Alexy

5.3.3.1. Da exposição das críticas

As ressalvas teórico-jurídicas à pretensão de correção ora dizem com seu fundamento filosófico – supostamente por ser idealista ou quiçá racionalista –, ora quanto à sua natureza, consistência, relevância, alcance e efetividade no discurso jurídico.

Raz, por exemplo, aduz que a tese de Alexy de que o direito levanta necessariamente uma pretensão de correção, embora seja em parte verdadeira, é apenas formal, por ser geral e aplicar-se a qualquer conduta proposital; e por não determinar quais padrões aplica e não trazer qualquer resultado substancial, não aporta auxílio específico na elucidação da natureza do direito.⁸⁶⁸

Esta última imprecisão evoca outra linha de crítica e recomenda um desdobramento, porque focaliza a posição da fórmula de Radbruch na teoria de Alexy, bem como a sua construção e interpretação. É conhecida também como a questão do **argumento da injustiça**. A respeito deste último, Raz afirma, primeiramente, que Alexy incide em ambiguidade na defesa da fórmula de Radbruch e, depois, que, mesmo admitindo-se a solidez do argumento exposto por Alexy, não prova que o direito inclua elementos morais, ainda quando preveja que um tribunal possa afastar leis grosseiramente injustas.⁸⁶⁹

Raz não considera como prova da necessária conexão entre direito e moral e, pois, de refutação do positivismo, o poder de tribunais de efetuar o reconhecimento de extrema

⁸⁶⁸ RAZ, Joseph. *The argument from justice, or how not to reply to legal positivism*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 17-35.

⁸⁶⁹ Raz sustenta, ao contrário, o seguinte: “Se nós assumimos que uma norma a dar poder aos tribunais para afastar leis grosseiramente injustas pode existir em alguns sistemas legais e não existir em outros, então a sua existência pode somente ser uma questão de fato social, pois, por assunção não há diferença moral entre estes sistemas que justificariam sua existência num mas não no outro.” Cfr. RAZ, Joseph. *The argument from justice, or how not to reply to legal positivism*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 31. No original: *If we assume that the rule giving the courts power to set aside grossly unjust laws can exist in some legal systems and not exist in others then its existence can only be a matter of social fact, for by assumption there is no moral difference between these systems which would justify its existence in one, but not in the other.*

injustiça e de tomá-la como causa de afastamento da lei; o que ocorre, alega Raz, é que a norma autorizadora do afastamento é que recebe aplicação.

Raz ainda questiona a distinção, quanto à vinculatividade do direito, entre aquele injusto (que é vinculante) e o extremamente injusto (que não o seria); diz não haver razões no argumento de Alexy no sentido de que os aplicadores de direito pensem sentir-se moralmente obrigados a, no último caso, afastar o direito injusto. Ao invés disso, Alexy somente teria oferecido confusões conceituais e assunções de premissas altamente especulativas, como as referentes ao grau de certeza em relação à extremidade da injustiça. Para tanto, Raz cita o exemplo da escravidão, que muitos tacham como uma das maiores injustiças, mas que não era das mais óbvias injustiças para as pessoas que nela se engajaram.

MacCormick, por seu turno, duvida em geral de que o direito levante alguma pretensão e, caso haja tal pretensão de correção, é apenas do produtor do direito, não deste último. Sustenta que atribuí-la ao direito, que não é entidade que possa ter intenções e que possa realizar atos de fala, só pode ser um equívoco ou um falar metafórico, que em nada ajuda.⁸⁷⁰

Bulygin, por sua vez, alega que os conceitos de pretensão de correção e de contradição performativa, empregados por Alexy, são obscuros. Nega, primeiro, que o direito formule necessariamente uma pretensão de correção;⁸⁷¹ depois, afirma que, caso houvesse tal formulação da pretensão, dela não se seguiria uma conexão necessária entre direito e moral; por fim, sustenta que o argumento antipositivista com base na

⁸⁷⁰ MACCORMICK, Neil. *Why law makes no claims*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 59-67.

⁸⁷¹ Para tanto, Bulygin reduz a extensão da pretensão de correção, num primeiro momento pelo menos, a um fenômeno subjetivo, ligado à intencionalidade da pessoa A ou B que exerce determinada autoridade jurídica. Tanto é assim que, além de se referir expressamente a autoridades jurídicas – ao invés de normas ou conjuntos de normas ou ainda sistema jurídico – oferece exemplos de ditadores ou imperadores de má reputação histórica. Portanto, o ataque à pretensão de correção é feito mediante uma redução empírica. O conceito de autoridades jurídicas é deveras problemático e mereceria uma clarificação por parte de Bulygin, o qual se cinge a colocar entre parênteses o que parecem ser tais **autoridades jurídicas**, a saber: *reyes, emperadores, dictadores, presidentes, legisladores, jueces, etc.* Cfr. BULYGIN, Eugenio. *La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral*. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho*: la polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 88.

pretensão de correção incide em contradição.⁸⁷² Critica Alexy também quando este remete a uma dimensão ideal do direito; arremata dizendo que a necessidade da conexão entre moral e direito, se não é definitiva, então é meramente empírica, ou seja, nem lógica, nem normativa.

Mais recentemente,⁸⁷³ Bulygin criticou a necessidade normativa da tese da vinculação, que Alexy defenderia, ao lado da tese da necessidade analítica, já que não esclarece que tipo de autoridade (positiva ou suprapositiva) suporta essa normatividade. Também critica a omissão de Alexy quanto à alegação de algum argumento para aplicabilidade da fórmula Radbruch a sistemas inteiros. Aduz que, na perspectiva do observador, a fórmula de Radbruch jamais seria aplicável e que, na perspectiva do participante, quando o juiz, após uma análise do seu sistema jurídico feita ao mesmo modo de um cientista do direito, deixa de aplicar alguma norma que levaria à extrema injustiça, ele não está mudando o conceito de direito que ele teria em comum com o cientista do direito, mas sim apenas mudando normas de seu sistema de direito, disfarçando-o com o véu da retórica.⁸⁷⁴

Com relação à pretensão de correção, Bulygin reputa circular o argumento de Alexy, por conter tanto no fundamento como na conclusão a necessidade da pretensão

⁸⁷² BULYGIN, Eugenio. *La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral*. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 85-93. Diz Bulygin: *Esta explicación sugiere que satisfacer la pretensión de corrección no es una característica definitoria de 'sistema jurídico', y que formular la pretensión no es, igualmente, una característica definitoria de 'norma jurídica'. Si no es una característica definitoria, entonces no es necesaria sino contingente. (...) En esta interpretación, Alexy incurre en una contradicción cuando dice que las normas jurídicas necesariamente formulan una pretensión de corrección, pues si tal pretensión no es definitoria de 'norma jurídica', entonces no es necesaria*. Bulygin vê contradição, também, na posição alexyana de sustentar que o conceito de direito contém necessariamente elementos morais, ao mesmo tempo em que assume que, do ponto de vista de um observador, um sistema extremamente injusto como um de dominação ainda seria um sistema jurídico. Critica o recurso de Alexy à pretensão de correção, pois esta, quando levantada apenas por hipocrisia, não pode ser fundamento para agregar o caráter de sistema de direito a algo que seja mero sistema de dominação.

⁸⁷³ BULYGIN, Eugenio. *Robert Alexy und der Begriff des Rechts*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 225-236.

⁸⁷⁴ Bulygin ainda contesta os exemplos dados por Alexy de aplicação da fórmula de Radbruch por juízes diante da extrema injustiça. Afirma que o conceito de positivismo que a teoria de Alexy leva em conta – apego estreito à lei posta – não mais subsiste e que, na verdade, a solução não consiste em postular uma pretensão de correção ou aplicar fórmula de Radbruch, mas, sim, em perceber que os juízes, quando não querem aplicar o direito posto, de fato criam direito novo, embora o disfarcem sob o véu da retórica. Cfr. BULYGIN, Eugenio. *Robert Alexy und der Begriff des Rechts*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 225-236

de correção. Sobre o conteúdo dessa pretensão, também questiona a ambiguidade, porquanto, das duas versões admitidas por Alexy, a mais fraca é inócua, e a mais forte é improvável, por não se saber o que seja uma moral correta e verdadeira, e, mais, se todos teriam a mesma ideia dessa moral correta e verdadeira.

Bulygin conclui que a diferença de Alexy para com os positivistas é, no fundo, mera questão de palavras (verbal).⁸⁷⁵

Ainda sobre o conceito de pretensão de correção, em Freitas se logra auscultar uma crítica quando sustenta que a pretensão da única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação e indica, em nota de pé de página,⁸⁷⁶ a teoria de Alexy dentre as tributárias da tese da única resposta correta.

Registre-se, ainda, o risco de que a atuação da moralidade sobre o direito possa acarretar à validade dos direitos fundamentais. Essa objeção, que advém de Habermas, liga-se à compreensão principiológica do direito fundamental e à equipotenciação que teria sido feita por Alexy entre princípios e valores.

Segundo Habermas, foi Alexy quem o encorajou a também estender ao direito e ao estado constitucional a teoria do discurso que ele, Habermas, desenvolvera para a moral,⁸⁷⁷ no pressuposto de que, desde a origem, o direito partilha com esta última a

⁸⁷⁵ BULYGIN, Eugenio. *Robert Alexy und der Begriff des Rechts*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 224.

⁸⁷⁶ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 317-356. A nota tem o seguinte teor: “2. (...) Sobre o tema, v. a crítica de Aulis Aarnio à noção de única resposta correta, assim como sustentada por Dworkin e Alexy, preconizando uma melhor interpretação, embora lançando mão do próprio princípio regulativo da maioria, in “La tesis de la única respuesta correcta y del principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa* 8/23-38.” O texto referido diz com uma observação que Aarnio efetivamente faz em relação a Alexy, na p. 32 do artigo publicado na revista *Doxa*. Cfr. AARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Trad. Josep Aguiló Regla. *Doxa* n. 8, 1990, p. 32 ss. Nessa observação, Aarnio menciona que em Alexy há uma versão débil da pretensão a uma única resposta correta, debaixo da pretensão de correção, permanecendo como uma ideia subjacente, não explicitada. Em termos mais diretos, Aarnio assevera que Alexy, embora não defenda diretamente que em cada situação singular seja possível chegar a uma única resposta correta, não vê problema em mantê-la como uma ideia; mais, em Alexy (...) *esta respuesta es como una meta oculta de nuestra toma de decisiones, un presupuesto ideológico*. Compare AARNIO, Aulis. **Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics**. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 217 ss. Cfr. também AARNIO, Aulis. *¿Una única respuesta correcta?* In: AARNIO, A. et al. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 9-45.

⁸⁷⁷ Habermas, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e outros. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 366-370.

tarefa de resolver conflitos interpessoais, mas sem servir em primeira linha à efetivação de fins coletivos, como é o caso das políticas.⁸⁷⁸ Porém, acentua a diferença entre questões morais e jurídicas,⁸⁷⁹ acusando o receio de uma hipermoralização do direito, em detrimento de sua validade, bem como de que, através da ponderação de princípios, haja o enfraquecimento dos direitos fundamentais, frutos de conquista sócio-cultural, institucionalizados no plano político-jurídico.⁸⁸⁰

Habermas reputa, ainda, inútil a tarefa de pretender justificar moralmente o direito positivo, o qual, como produto de um processo de aprendizagem social e como meio por excelência de estabilização de expectativas de comportamento, não encontra equivalente nas sociedades complexas.⁸⁸¹

5.3.3.2. Da resposta

Preliminarmente, é preciso distinguir a questão da pretensão de correção e da postulação da única resposta correta, e ambas da questão do argumento da injustiça, embora a grande proximidade existente. Trata-se de conceitos distinguíveis, como abaixo se mostra.

O argumento da injustiça ocupa lugar central na teoria do direito de Alexy e na sua tomada de posição em face do positivismo.⁸⁸²

⁸⁷⁸ Habermas, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e outros. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 367. Aqui Habermas visivelmente se refere ao conceito de *policy*, segundo desenvolvido por Dworkin.

⁸⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 311 ff. Habermas sustenta que normas jurídicas e normas morais não se podem confundir e estão em níveis de abstração diversas, já que as normas jurídicas não dizem em geral o que é igualmente bom para todos, mas regulam a conexão de vida dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta.

⁸⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 315. Habermas teme que, se na ponderação todos os fundamentos considerados na solução de uma colisão possuírem o caráter de argumentos de estabelecimento de finalidades, ruiria aquela parede corta-fogo que fora introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica das normas jurídicas e preceitos de direito fundamental.

⁸⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Nachwort*. In: _____. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 677.

⁸⁸² Cfr. ALEXY, Robert. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Translated by Stanley L. Paulson et al. Oxford: Clarendon Press, 2002. O livro começa com a apresentação de casos em que o TCF afastara normas legais válidas ao fundamento de sua injustiça, sendo uma delas referente ao regime nazista (idem, p. 05-07) e outro corrigiu decisão de tribunal que aplicara legislação ordinária válida. (Idem, p. 08-10.)

Essa percepção levou a um debate com positivistas respeitados, como Raz, entre outros.⁸⁸³

A resposta às objeções suscitadas por Raz quanto ao **argumento da injustiça** está coligida em texto específico.⁸⁸⁴ Alexy contrapõe que as boas razões jurídicas que um juiz aduz para deixar de aplicar direito extremamente injusto são, exatamente no caso do argumento da extrema injustiça, da classe das razões não-autoritativas, que remetem à dimensão ideal que, ao lado da institucional (autoritativa), integra o direito. Nessa hipótese, as razões em favor da certeza jurídica são suplantadas pelas da justiça, o que mostra os dois lados da vinculatividade ao direito.

Quanto às noções sobre racionalidade e de justiça, Alexy admite que em discursos reais pode haver erros, mas isso não significa que está excluído o argumentar racionalmente, possibilidade que está desenvolvida a partir da pretensão de correção das proposições normativas, que a filosofia prática justifica.⁸⁸⁵

Alexy admite, em atenção à crítica de MacCormick, que num sentido literal pretensões somente podem ser adjudicadas a sujeitos capazes de falar; todavia, a pretensão subjetivamente formulada não se confunde com aquela que é objetivamente – querendo ou não – levantada por qualquer um que realize uma ação jurídica ou coloque um argumento jurídico. Isso permite falar num caráter oficial ou institucional da pretensão de correção, pois os agentes do direito, que o produzem, aplicam ou executam, não agem ou argumentam senão por meio de um projeto institucionalizado comum e uma ideia.⁸⁸⁶

Na resposta à crítica de Bulygin, são efetuadas duas distinções esclarecedoras: (1) entre a dimensão subjetiva (frisada pelo crítico e caricaturizada com a referência a Nero

⁸⁸³ Cfr. RAZ, Joseph. *The argument from justice, or how not to reply to legal positivism*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 17-35.

⁸⁸⁴ Cfr. ALEXY, Robert. *An answer to Joseph Raz*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 37-55.

⁸⁸⁵ Veja acima, item 5.3.1.

⁸⁸⁶ ALEXY, Robert. *Thirteen replies*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 333.

e Calígula)⁸⁸⁷ e a objetiva da pretensão de correção; e (2) entre atos jurídicos ou normas jurídicas isoladas, por um lado, e o sistema jurídico como um todo.⁸⁸⁸

Alexy aduz que o conceito de abuso de direito, comprovado por usos parasitários, pressupõe o conceito de uso correto e, pois, reforça a tese da pretensão de correção. Outra distinção é alinhada, agora entre a pretensão de correção que existe na moral e a que se levanta no direito, que é mais complexa, porquanto engastada com o conteúdo institucional do sistema jurídico.

O caráter institucional do direito proporciona a possibilidade de uma divergência entre a dimensão objetiva/oficial e a subjetiva/pessoal, o que significa um rechaço parasitário da pretensão de correção e que se traduz numa deficiência. As conexões, nesse caso, entre direito e moral são qualificatórias de um sistema jurídico (ou de uma norma jurídica isolada), porque o qualificam como deficiente e, nesse caso, ainda válido, mas são definitórias e necessárias com respeito a um sistema jurídico qualquer, tomado por inteiro.⁸⁸⁹

Alexy sugere que a dificuldade apontada por Bulygin quanto à obscuridade do conceito de pretensão de correção se desfaz quando se vai para algo mais concreto, que se dá na ideias de **justiça**, distribuição e compensação. Com efeito, a conexão entre moral e direito se esclarece pela mediação da ideia da **justiça** e de seu extremo oposto.⁸⁹⁰

⁸⁸⁷ Alexy os chama de **parasitas** de sistemas jurídicos. Cfr. ALEXY, Robert. *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre el derecho y la moral: la crítica de Bulygin*. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 95-115.

⁸⁸⁸ Sobre essa distinção, ver abaixo, neste mesmo item, quando discutida a fórmula de Radbruch.

⁸⁸⁹ ALEXY, Robert. *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre el derecho y la moral: la crítica de Bulygin*. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 112-113. A hipótese em mente é a de um sistema inteiro edificado sobre a violência.

⁸⁹⁰ Ver acima, item 5.3.1. Merece transcrição, especificamente em relação à crítica de Bulygin, a seguinte manifestação de Alexy: *La pretensión de corrección formulada por el derecho comprende una pretensión de justicia. La justicia es la corrección con respecto a la distribución y al equilibrio, y el derecho, en todas sus ramificaciones, no puede prescindir de la distribución y el equilibrio. Las preguntas sobre la justicia son preguntas morales. Si el derecho realiza distribuciones o equilibrios incorrectos, comete por ello una falla moral. Esta falla es, al mismo tiempo, una no ejecución de la pretensión de corrección, necesariamente formulada por el derecho. La no ejecución de una pretensión necesariamente formulada por el derecho es, sin embargo, una falla jurídica.(...) La pretensión de corrección transforma a la deficiencia moral en la deficiencia jurídica.* Cfr. ALEXY, Robert. *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre el derecho y la moral: la crítica de Bulygin*. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio.

A possibilidade de uma resposta à crítica de Raz torna-se agora bem clara, inclusive para vincar o distanciamento do positivismo. Para tanto, Alexy enfatiza que o argumento da correção é a base de sua réplica ao positivismo e que ele não se resume a ser um argumento meramente formal e sem proveito para a elucidação do conceito de direito. Aduz que, diversamente do sustentado por Raz, a pretensão de correção no direito reclama uma conexão necessária com a moral que não é suportada pelo positivismo, especialmente nos casos em que o material autoritativo permite mais de uma alternativa de decisão; como esta não pode ser arbitrária, deve buscar material normativo para além dos standards do direito positivo. Isso é comum em questões distributivas e de ponderação; mas estas levantam questões morais, como são as questões sobre justiça enquanto correção em matéria de distribuição e compensação.⁸⁹¹

No que tange à afirmação de uma **única resposta correta**, ainda que apenas como ideia oculta, a crítica de Freitas, na esteira de certa manifestação de Aarnio,⁸⁹² não contempla a exatidão das manifestações que Alexy faz sobre o tema.

Deveras, em diversas oportunidades, ele afasta essa modalidade de pretensão, distinguindo-a claramente da pretensão de correção.

Isso já ficava bem claro ao tempo da “Teoria da argumentação jurídica”, ao delinear a função das regras da argumentação jurídica e, especialmente, na definição da natureza e função dos chamados cânones interpretativos, os quais, ainda que pudessem indicar algo como uma gramática da argumentação jurídica,⁸⁹³ não podem assegurar certeza da correção do resultado, como acontece com toda a teoria da racionalidade proposta.⁸⁹⁴ Portanto, pretensão de correção e única resposta correta jamais se confundem.

La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 114-115.

⁸⁹¹ ALEXY, Robert. *An answer to Joseph Raz*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 50.

⁸⁹² Cfr. AARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Trad. Josep Aguiló Regla. *Doxa* n. 8, 1990, p. 32 ss.

⁸⁹³ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 301.

⁸⁹⁴ Ver item 3.

Em textos posteriores,⁸⁹⁵ Alexy reitera e apura o caráter procedimental da sua teoria discursiva,⁸⁹⁶ de modo a afastar expressamente um conceito absoluto, não-procedimental de correção, segundo o qual haveria sempre uma única resposta correta para cada questão jurídica, independentemente de haver ou não um procedimento para encontrá-la ou comprová-la,⁸⁹⁷ o que olvida o fato de que respostas a questões práticas repousam essencialmente, embora não apenas, sobre a interpretação de interesses e o ponderação de interesses.⁸⁹⁸

A pretensão de única resposta correta, portanto, é implausível no plano prático por buscar exatidão em um grau incompatível com a natureza do objeto, como já apontado por Aristóteles,⁸⁹⁹ a quem Alexy remete quando defende a adoção de uma escala possível – não minuciosamente precisada – de graus de intensidade de intervenção em direito fundamental.⁹⁰⁰

⁸⁹⁵ ALEXY, Robert. *Probleme der Diskurstheorie*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 121-126. Nele, estuda-se em profundidade o problema da possibilidade de contradição entre as normas resultantes do discurso e, por necessária conexão, a questão do caráter – absoluto ou relativo – do conceito de correção.

⁸⁹⁶ Ver acima o caráter procedimental geral e suas especificidades (item n. 3.2.4.2.5.2.). O cotejo mostra a clara conexão entre a posição procedimental diferenciada relativa à teoria do discurso (discutida anteriormente) e a concepção desenvolvida no âmbito da teoria do direito quanto aos limites da pretensão de correção.

⁸⁹⁷ Trata-se de um conceito que separa o conceito de correção dos conceitos de fundamentabilidade e de demonstrabilidade; esse conceito tem por base suposições que dizem com uma tese ontológica difícil de sustentar e mesmo pouco plausível em face da natureza das questões práticas.

⁸⁹⁸ ALEXY, Robert. *Probleme der Diskurstheorie*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 122. O autor utiliza as palavras *Interesseninterpretationen* e *Interessengewichtungen*.

⁸⁹⁹ ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71-92.

⁹⁰⁰ Alexy sustenta, aí, que o refinamento da escalação tem limites impostos pelo próprio objeto, que é do âmbito prático. Transcrevo: “Aqui fala, como, bem genericamente, no âmbito do prático, tudo em favor disto, de manter-se na alusão de Aristóteles, que nós ‘não (devemos) aspirar à exatidão de modo igual em todos os objetos, mas em cada caso somente assim como a matéria dada o permite’.” ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 88. Como se informa na nota de pé de página n. 106, o texto transcrito é extraído da *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, que Alexy cita assim: *Aristóteles, Nikomachische Ethik 1098a*. A tradução da Coleção Pensadores feita a partir da versão inglesa de W. D. Ross do trecho correspondente (1098a) é a seguinte: “Devemos igualmente recordar o que se disse antes e não buscar a precisão em todas as coisas por igual, mas, em cada classe de coisas, apenas a precisão que o assunto comportar e que for apropriada à investigação”. No texto, Aristóteles segue comparando a precisão de um carpinteiro com a de um geômetra quando investigam de diferentes modos o ângulo reto; o primeiro indaga pelo que é útil ao seu trabalho, enquanto o segundo, como espectador da verdade, busca ver que espécie de coisa é o ângulo reto. Cfr. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 16 (Os pensadores). A tradução alemã de Franz Dirlmeier do mesmo excerto registra o seguinte: *Doch wollen wir uns auch der früher ausgesprochenen Warnung erinnern und Genauigkeit nicht in gleicher Weise bei allen Gegenständen erstreben, sondern in jedem Fall nur so, wie der gegebene Stoff es gestattet, und bis an die Grenze hin, die dem Gang der wissenschaftlichen*

Todavia, Alexy defende que o caráter absoluto do conceito de correção não é jogado fora, persistindo como **ideia regulativa**, ou seja, não pressupõe que esteja dada, de antemão, uma única resposta correta para cada pergunta, mas que o conceito desta tem o caráter de um objetivo a ser aspirado.⁹⁰¹

Contudo, diversamente do assestado por Aarnio, é certo que não se cuida de uma meta oculta, nem absoluta, já que nada se esconde, e indubitavelmente Alexy defende uma relativização do conceito de correção, que joga importante papel em discursos práticos reais. Essa relativização ocorre em relação a 4 (quatro) aspectos, a saber: (1) regras do discurso; (2) medida de seu cumprimento; (3) participantes; e (4) tempo.

A tese da única resposta correta findaria por restringir o âmbito do discursivamente possível àquele campo do discursivamente necessário, o que se poderia traduzir, em termos das questões práticas mais comuns, nas soluções universalmente aceitas como definitivas e certas. Essa tese eliminaria, por certo, o conceito de proposições normativas discursivamente possíveis mas conflitantes e, com isso, afastaria o próprio conceito de *hard cases* que se tornou corrente na epistemologia do direito contemporânea e que possui um relevância peculiar para a NDFA.⁹⁰²

Não se pode deixar de registrar que Alexy reconhece que o resultado permanece insatisfatório, ainda que numerosas objeções possam ser repelidas. A insatisfação reside em que o conceito de correção se volatiliza, por um lado, numa ideia regulativa, e por outro lado, é em grande medida relativizado e ligado a incertezas. Contudo, o valor prático da teoria do discurso se mostra em seu pleno alcance quando tomada como teoria básica das instituições de um estado constitucional democrático estabelecidas sobre discussão.⁹⁰³

Essa postura de Alexy basta para superar as críticas que investem contra supostas ambições absolutistas da correção e que não encontram reflexo na sua teoria. Ela evoca a

Untersuchung gemäss ist. Cfr. ARISTOTELES. *Nikomachischi Ethik. Übersetzt, eingeleitet und kommentiert von Franz Dirlmeier.* Frankfurt am Main/Hamburg: Fischer Bücherei, 1957, S. 32.

⁹⁰¹ ALEXY, Robert. *Probleme der Diskurstheorie.* In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 122. O autor utiliza a expressão *Charakter eines anzustrebenden Ziels.*

⁹⁰² Ver acima, item 2.3.9.

⁹⁰³ ALEXY, Robert. *Probleme der Diskurstheorie.* In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 126.

herança do pensamento kelseneano sobre o direito e sobre a relação deste com a moral. A evocação, no entanto, requer esclarecimento e diferenciação, porquanto acima se apontou um ponto de discordância em relação aos possíveis conteúdos do direito.⁹⁰⁴

Aqui se põe, então, a pergunta sobre a real diferença de Alexy e Kelsen quanto à relação entre si dos conceitos de direito, moral e correção.

Kelsen reconhece e assevera a inevitabilidade da indeterminação normativa, como já explicitado anteriormente,⁹⁰⁵ o que ele associa tanto à importância normativa da interpretação como à exclusão da ideia da única resposta correta. Contudo, permanece inconclusa em sua obra a definição dos critérios diretivos e limitantes da interpretação e da argumentação jurídica.

Trata-se de uma deficiência da teoria pura do direito, porque do fato de que não é possível *a priori*, à luz apenas da própria norma a interpretar, estabelecer a única solução correta dentre as possíveis, não se segue necessariamente que todas tenham igual valor. Aqui se poderia compreender que houvesse um espaço para o debate sobre a possibilidade de, com base em princípios e na moralidade, estabelecer gradações entre as diversas possibilidades interpretativas, porém, Kelsen não o encoraja.

Pode-se compreender que a teoria pura do direito se resigne com a proposição da igualdade de valor de todas as possibilidades interpretativas inseríveis na mencionada moldura e com a expectativa de que a observância da técnica jurídica contribua para a obtenção do maior grau possível de segurança jurídica; mas pode-se objetar que esse mesmo valor não é favorecido pela inexistência de um procedimento ou critério que oriente a escolha entre as múltiplas possibilidades, que se reputam iguais em valor,⁹⁰⁶

⁹⁰⁴ Ver item 5.3.1.

⁹⁰⁵ Veja acima item 2.3.6.

⁹⁰⁶ Uma razão para isso consiste no conceito restrito de ciência do direito de Kelsen, como indica Heck no seguinte comentário: “Segundo Kelsen, a ciência do direito tem de limitar-se ao conhecimento e descrição das normas jurídicas positivas. Assim, a opção por uma de várias possíveis decisões deve ficar reservada à ‘interpretação autêntica’ dos tribunais, porque aqui se trata de um juízo de valor e não de uma questão de verdade científica. Alexy, ao contrário, utiliza um conceito de ciência do direito mais amplo que abarca a argumentação, que está relacionada com a solução de questões práticas. Na base da concepção de Kelsen está a convicção que juízos de valor e de obrigação não são suscetíveis de verdade ou fundamentáveis racionalmente e, por conseguinte, não podem ser objeto de tratamento científico. Para Alexy, o último não é exato e é essa a tese de investigação realizada no trabalho Teoria da argumentação jurídica (...)” Cfr. HECK, Luís Afonso. Posfácio. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 273, n. 101. Sobre o

nem pela carência de estruturação e gradação de razões em favor desta ou daquela alternativa de interpretação.⁹⁰⁷

Para uma teoria da NDFA, tal falta se faz prejudicial. A carência de um guia ou de um elemento estruturador da interpretação pode explicar-se pela ausência de uma teoria da argumentação jurídica. É certo que nos escritos sobre jurisdição constitucional é oferecida uma resposta mais clara sobre a importância e a tarefa de um tribunal constitucional como corretor dos excessos cometidos por quem, sendo legislador (ou mesmo o juiz), edita ato que exorbita do quadro que lhe é posto pela norma que lhe confere fundamento de validade. Mas o que se encontra é recomendação de contenção do tribunal quanto aos limites de sua competência, especialmente quanto ao emprego de conceitos que chama de “suprapositivos”.⁹⁰⁸

A preocupação de Kelsen na “Teoria pura do direito” pode ser aproveitada em outros moldes. Ela parece ter sido mais direcionada para assegurar um espaço de movimentação livre do legislador, do juiz e do administrador, ao mesmo tempo em que lhe fixa um limite exterior de atuação, para evitar o arbítrio, e, em todos os casos, sempre de olhos postos no risco de uma ideologização do lugar da ciência do direito. Para essa teoria *in nuce* dos espaços, que se mostrará de valia e receberá desdobramentos em Alexy, entendeu-se relevante e de certo modo suficiente a ênfase na negação da pretensão da única resposta correta:

A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença correta ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, no quadro da constituição, criar as únicas leis corretas. Assim como da constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.⁹⁰⁹

conceito de ciência do direito em Alexy e Kelsen, veja também ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 264, Fn. 6.

⁹⁰⁷ Kelsen sustenta que a atividade de conhecimento que se realiza para além da determinação do quadro na qual se faz a interpretação constitui algo diferente de um conhecimento jurídico, na medida em que recorre a normas da moral ou da justiça ou juízos de valor sociais, cuja validade não pode ser julgada a partir do direito positivo. A escolha que se fizer entre as opções disponíveis, portanto, representa para o direito um produto da vontade. Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 351.

⁹⁰⁸ Cfr. KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1929, S. 30 ff. Kelsen emprega a expressão *überpositiver Normen*. Idem, S. 68.

⁹⁰⁹ No original: *Die Aufgabe, aus dem Gesetz das allein richtige Urteil oder den allein richtigen Verwaltungsakt zu gewinnen, ist im wesentlichen dieselbe wie die: im Rahmen der Verfassung die allein richtigen Gesetze zu schaffen. So wenig wie man aus der Verfassung durch Interpretation die allein richtigen Gesetze, kann man aus dem Gesetz durch Interpretation die allein richtigen Urteile gewinnen.*

Resta pendente, porém, como diferencial entre Alexy e Kelsen, a questão de como possa ser realizada a correção do próprio quadro do direito em situações de extrema injustiça, ou seja, não se encontra em Kelsen uma solução para os problemas que Radbruch⁹¹⁰ e, com base na conhecida fórmula deste último, Alexy⁹¹¹ buscam resolver por meio da correção de normas jurídicas extremamente injustas por recurso à moralidade. Em consequência, não se lobrigam na teoria kelseneana elementos suficientes para explicar a relação próxima que existe entre a moral e a possibilidade de extração de normas de direito fundamental por meio de associação com determinações imediatas.

Nesse ponto, a herança kelseneana de Alexy cede espaço para a pretensão de correção.

Seria possível conciliá-las?

O próprio Kelsen propõe uma solução “de consenso”, com divisão cômoda de espaços, pelo menos em relação às exigências da filosofia do direito, quando afirma o seguinte: “O positivismo jurídico não leva – como Radbruch afirma – à substituição da filosofia do direito por uma teoria do direito geral, a uma ‘eutanasia da filosofia do direito’, mas a uma divisão do trabalho entre ambas.”⁹¹²

Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 350-351. Compare: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 393.

⁹¹⁰ Cite-se: “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria ser resolvido no sentido de que o direito positivo, assegurado por meio de estatuição e poder, tenha primazia também quando seja injusto quanto ao conteúdo e não-conforme à finalidade, salvo quando a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance uma medida tão insuportável, que a lei, enquanto ‘direito incorreto’, tenha que ceder à justiça.” Cfr. RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Aufl. Heidelberg: C. F. Muller Verlag, 2003, S. 216. No original: *Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung 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*. A obra citada pode encontrar-se, em português, sob o seguinte título: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. Rev. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Uma apreciação da fórmula e do legado da obra de Radbruch pode ser encontrada em VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, Faculdade de Derecho – Universidade de Buenos Aires, 2006.

⁹¹¹ ALEXY, Robert. *Recht und Moral*, in: HÄRLE, Wilfried; PREUL, Reiner (Hg.). *Ethik und Recht*, Marburger Jahrbuch Theologie, XIV, N.G. Elwert, 2002, S. 83-91.

⁹¹² Cfr. KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85-94, onde Kelsen discute a posição de Radbruch.

É certo que a aposição da fórmula de Radbruch como um limite ideal para o direito enquanto instituição não resolve todas as pendências, porque aquela fórmula não se apresenta imune a críticas, principalmente no terreno penal, onde pode, em tese, levar à quebra de princípios resultantes de conquistas da modernidade, como os da legalidade, tipicidade e irretroatividade das normas penais. Porém, Alexy está bem ciente disso e encontra fundamento independente para a fórmula no âmbito da teoria do direito em geral, mediante uma reestruturação em termos de **suspensão da validade**⁹¹³ **na hipótese de extrema injustiça**. Com essa fórmula, Alexy expressa de modo firme sua posição da vinculação (ou seja, da não-separação) entre direito e moral, uma posição indubitavelmente não-positivista.⁹¹⁴

Essa relação entre direito e moral, entretanto, conhece uma distinção consoante se aplique a normas individuais ou sistemas inteiros, como se colhe da resposta à crítica de Bulygin.⁹¹⁵

No que tange aos sistemas inteiros, Alexy identifica dois tipos de relação. Sustenta haver uma relação **qualificatória** entre direito e moral no sentido de que um sistema jurídico se qualifica como defeituoso se, embora levante uma pretensão de correção, não a satisfaça; a relação, porém, se diz **definitória** se o sistema sequer levanta tal pretensão de correção, como se pode exemplificar com um sistema organizado com base na violência. Nesse caso, não há falar sequer de direito e de sistema jurídico.

⁹¹³ Pela fórmula Radbruch, Alexy demarca o limite entre uma norma apenas defeituosa (injusta, moralmente incorreta, mas válida) e uma norma carente de validade (extremamente injusta e por isso inválida). A questão é mais profundamente equacionada na obra de Alexy sobre a relação entre o conceito de direito e a sua validade, ou seja, entre questões de semântica e de validade, o que foi acima tangenciado sob conceito semântico de norma (item 5.2.1.). A propósito do debate sobre a ruptura em face do positivismo, Höffe sustenta que Radbruch não se reporta a princípios de justiça suprapositivos e, sim, àqueles sedimentados nas convicções jurídicas de companheiros e comunidades. Cfr. HÖFFE, Otfried. *Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002. S. 126. Compare: HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 105.

⁹¹⁴ Sobre a fórmula de Radbruch e sua importância na teoria de Alexy, cfr. ALEXY, Robert. *Mauerschützen: Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit. Berichte und Sitzungen der Joachim Jungius Gesellschaft der Wissenschaften E.V., Hamburg, Jahrgang 11, 1993, Heft. 2*. A tradução desse texto para o espanhol pode ser encontrada em VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, Faculdade de Derecho – Universidade de Buenos Aires, 2006, p. 167-196. Nesse texto, que trata do julgamento da conduta de atiradores (ou sentinelas) do muro divisório entre as Alemanhas, Alexy não somente analisa o valor, as dificuldades e os limites da fórmula de Radbruch, como também estuda um caso conhecido de sua aplicação (caso dos atiradores do muro), cujo julgamento ele critica em parte. Cfr. Também ALEXY, Robert. *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (org.). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa Editorial, mar 1998.

⁹¹⁵ Ver acima, neste mesmo item.

Diferentemente, a norma individual que não satisfaz a pretensão de correção, embora **defeituosa**, constitui direito juridicamente válido.⁹¹⁶ O defeito desse direito tem natureza conceitual, justamente por arranhar a conexão conceitual necessária entre direito e moral, que coincide com a pretensão de correção,⁹¹⁷ mas não exclui de todo a validade.

Portanto, nas normas individuais (incluídas as decisões judiciais), a pretensão de correção joga um papel apenas qualificativo, na medida em que aquelas normas individuais são juridicamente defeituosas quando não têm ou não satisfazem (embora tendo) a pretensão de correção.⁹¹⁸ O limite, no entanto, é posto pela fórmula de Radbruch, que indica a fronteira da obediência ao direito na perspectiva do **participante**, ou seja, a partir de dentro deste.⁹¹⁹

Essa distinção entre um sistema tomado como todo e normas isoladas sustenta-se na peculiaridade da posição do direito em relação ao restante do discurso jurídico, a saber, na tese do caso especial, a qual foca a limitação da pretensão da justificação – que conecta correção com a ideia de universalizabilidade – ao marco do sistema jurídico.

Isso permite manter a validade de normas individuais (incluindo decisões judiciais) ainda que deficientes pela injustiça nela presente (desde que não ultrapassem o umbral da extrema injustiça), e ao mesmo tempo negar a validade a sistemas de extrema injustiça ou

⁹¹⁶ ALEXY, Robert. *Recht und Moral*, in: HÄRLE, Wilfried; PREUL, Reiner (Hg.). *Ethik und Recht*, Marburger Jahrbuch Theologie, XIV, N.G. Elwert, 2002, S. 83-91. É mister alertar que Alexy não está propondo um retorno à filosofia que Radbruch esposou, no conhecido movimento pós-guerra de revigoração da teoria do direito natural. Poder-se-ia cogitar se o acolhimento da fórmula de Radbruch não implica o abandono do conceito semântico de norma, uma vez que, pelo menos num determinado limite, a validade da norma de direito estaria fulminada por considerações quanto ao seu conteúdo. Mas tal não ocorre, porque Alexy distingue entre a validade em relação a um sistema inteiro e a de uma norma individual.

⁹¹⁷ ALEXY: *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, en VÁZQUEZ, Rodolfo (org.). *Derecho y moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa Editorial, mar 1998, p. 128 ss.

⁹¹⁸ ALEXY: *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, en VÁZQUEZ, Rodolfo (org.). *Derecho y moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa Editorial, mar 1998, p. 128.

⁹¹⁹ A perspectiva do participante, segundo Alexy, é assumida por quem, dentro de um sistema de direito, seja como portador de uma função pública ao ter de aplicá-lo, seja como cidadão ao ter de obedecê-lo, adota o ponto de vista de quem se pergunta sobre qual é a resposta correta, dentro desse sistema, para uma questão jurídica. Cfr. ALEXY, Robert. *Recht und Moral*, in: HÄRLE, Wilfried; PREUL, Reiner (Hg.). *Ethik und Recht*, Marburger Jahrbuch Theologie, XIV, N.G. Elwert, 2002, S. 88.

que não formulem sequer a pretensão de correção, limitando-se à condição de sistemas de força, coerção e poder.⁹²⁰

Sobre a conexão entre discurso e direitos fundamentais é preciso dizer da função mediadora das ideias da liberdade e igualdade. Elas são condicionantes da racionalidade do discurso e, ao mesmo tempo, com elas está fundamentado o próprio núcleo dos direitos fundamentais.

Não se pode repreender Alexy por sustentar a existência de uma relação biunívoca entre aspectos ideais da sua teoria, por um lado, e a relevância – na verdade, a imprescindibilidade – da institucionalização. Isso não quer dizer que esteja a admitir que os países que tenham desenvolvido suas instituições na linha de um parlamentarismo dotado de um tribunal constitucional sejam o melhor dos mundos possíveis. Atienza, a propósito, sequer oferece uma alternativa de um sistema que lhe pareça mais adequado.⁹²¹

De qualquer modo, Alexy não está sozinho em apontar que os direitos fundamentais, por um lado, e a democracia, por outro, constituem elementos indicadores de elevado desenvolvimento dentre os sistemas jurídico-políticos existentes.⁹²²

⁹²⁰ É mister destacar que Alexy adota a fórmula de Radbruch mas sem abandonar o instrumental técnico desenvolvido recentemente no âmbito analítico, especialmente os recursos lógico-analíticos que conferem meios mais precisos e adequados para tratamento dos assuntos práticos, especialmente os relacionados à lógica deontica e à dimensão pragmática da linguagem. Isso permite escapar de armadilhas preparadas pelo enfrentamento dessas mesmas questões diretamente no plano **ôntico** e da lógica tradicional. Em Alexy, a distinção entre dimensões lógico-analítica, empírica (onde ingressam as informações trazidas pelas ciências referidas) e normativa da teoria a salva de perplexidades às quais não estão imunes tentativas de regresso acrítico a teorias do direito natural, ou que onticamente se apoiam na chamada natureza das coisas.

⁹²¹ No que concerne a isso, veja-se a discussão crítica da teoria de Alexy em relação às demandas que faz quanto à institucionalidade (item 4.3.1.).

⁹²² Apenas para citar um pensador que parte de outra perspectiva teórica, Otfried Hoffe tem nos direitos fundamentais e no estado constitucional democrático, este dotado de garantias e limites ao poder jurídico democrático, um sinal de progresso na positivação de “princípios médios de justiça” (*die mittleren Gerechtigkeitsprinzipien*). Assevera que o estado constitucional democrático reúne diversas estratégias para a positivação de direitos humanos, ainda que a sua conversão em direito vigente aqui e agora dependa de condições marginais histórico-culturais, variáveis no tempo e de acordo com as diversas sociedades. Cfr. HÖFFE, Otfried. *Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002. S. 458 ff. Compare: HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 413 ss. Vale aqui o aviso, no entanto, de Zippelius quanto ao limite da função dos direitos fundamentais em relação à justiça: “Não se pode traduzir sem mais a justiça num catálogo de princípios jurídico-fundamentais simples. Decisões sobre a configuração da justiça possuem sempre também um importante componente de continuado pesar e escolher.” ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre: (Politikwissenschaft)*. 13. neubearb. Aufl. München: Beck, 1999, S. 355. No original: *Man kann die Gerechtigkeit nicht kurzerhand in einen Katalog einfacher*

Não por acaso, é o próprio núcleo dos direitos fundamentais que, substancialmente, define o limite externo do direito e que se identifica com fronteira posta pela fórmula de Radbruch, que empurra para fora dos limites do conceito de direito a extrema injustiça.

Ela mostra, ainda, que a moral e o direito estão intrinsecamente ligados e, ao mesmo tempo, que não coincidem nem exata nem integralmente entre si, o que resguarda a validade contra uma diluição em pura moralidade, como já antecipado pela tese do caso especial. Por último, aponta para o papel dos direitos humanos como elo material entre moralidade e direito,⁹²³ o que ratifica o resultado obtido na teoria da argumentação.⁹²⁴

A iniciativa alexyana de procurar estabelecer laços entre direito e política, em alternativa a ideologias irracionistas,⁹²⁵ bem como a de esclarecer a relação entre certeza jurídica e justiça, não pode ser recriminada, máxime quando pode contar com manifestação de apoio do TCF à concepção de Radbruch.⁹²⁶

Nessa empresa, ele não está concentrado apenas em debulhar argumentos analíticos. Ao contrário, como sinaliza expressamente, não se pode fundamentar a fórmula de Radbruch simplesmente em argumentos conceituais ou analíticos. O fundamento normativo que se necessita agregar consiste em que **é preciso encontrar um conceito de direito para proteger os direitos fundamentais do cidadão**. Nisso, o conceito não-

Grundrechtsprinzipien übersetzen. Entscheidungen über die Ausgestaltung der Gerechtigkeit haben immer auch eine gewichtige Komponente fortwährenden Wägens und Wählens.

⁹²³ A respeito desse tópico, transcrevo: “Ela [a fórmula de Radbruch] deixa com validade jurídica normas positivadas de acordo com a ordem e socialmente eficazes até mesmo diante de uma injustiça grave. Somente em casos de extrema injustiça a fórmula concede primazia à justiça material sobre a segurança jurídica. Desse modo, ela incorpora ao direito um seu limite mais externo. Substancialmente, esse limite é definido pelo núcleo dos direitos humanos.” Cfr. ALEXY, Robert. *Recht und Moral*, in: HÄRLE, Wilfried; PREUL, Reiner (Hg.). *Ethik und Recht*, Marburger Jahrbuch Theologie, XIV, N.G. Elwert, 2002, S. 88. No original: *Sie lässt vielmehr ordnungsgemäss gesetzten und sozial wirksamen Normen selbst bei schwerer Ungerechtigkeit ihre rechtliche Geltung. Erst in Fällen extremer Ungerechtigkeit gibt die Formel der materiellen Gerechtigkeit Vorrang vor der Rechtssicherheit. Auf diese Weise baut sie eine äusserste Grenze in das Recht ein. Substantiell wird diese Grenze durch den Kern der Menschenrechte definiert.*

⁹²⁴ Ver acima, item n. 3.2.4.5.

⁹²⁵ Não fica claro na crítica de Atienza a Alexy, mas certamente aquele não propõe nenhuma variante de teoria irracionista da política, pois isso colidiria necessariamente com o seu projeto de uma teoria da argumentação jurídica, inserido como último capítulo de seu livro “As razões do direito”. Nesse projeto, aborda expressamente a necessidade de uma teoria da legislação que desse conta da racionalidade do processo de produção do direito. Cfr. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 313-336.

⁹²⁶ Cfr. HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 194. Heck cita BVerfGE 3, 225 (232 f).

positivista do direito recorre à fórmula de Radbruch, justamente porque o seu principal desempenho consiste mesmo na proteção contra sistemas totalitários: *La fórmula Radbruch cumple la tarea de proteger los derechos fundamentales de las víctimas de los sistemas totalitarios. Ésa es su principal razón normativa.*⁹²⁷

O que parece, realmente, provocar maior ressalva à teoria de Alexy consiste, exatamente, naquilo que ele próprio reconhece como a principal fraqueza da teoria do discurso. Trata-se da falta de certeza de que, na aplicação das suas regras, o procedimento conduza sempre ao mesmo resultado,⁹²⁸ o que se refletirá na questão da variabilidade dos resultados de interpretação de direitos fundamentais.⁹²⁹

Esse problema conecta-se com o da relação entre discurso real e ideal, sobre o tipo de enlace conceitual que existe entre os mesmos, e, principalmente, quanto à consistência e ao significado do conceito mesmo de **discurso ideal**. Este é alvo de muita controvérsia, como reconhece Alexy,⁹³⁰ mas as dificuldades não o demovem da sua validade e utilidade, porquanto se trata de uma **ideia regulativa**, e, como tal, não tem seu valor mensurável pelo contraste com o grau em que a realidade a alcança, ou com o número de pessoas que realizam.⁹³¹

⁹²⁷ ALEXY, Robert. *La separación entre el derecho e la moral*, en ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (eds.). *Derecho y justicia em uma sociedad global*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39, Granada, Espanha, p. 729-793, 2005.

⁹²⁸ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 28.

⁹²⁹ Veja adiante a discussão específica da questão da variabilidade dos resultados do procedimento de obtenção de NDFA (item 9.2.3.).

⁹³⁰ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 28. Carsten Bäcker, por exemplo, propõe a redução do modelo bidimensional do discurso de Alexy para um modelo unidimensional de três planos, marcado pela ideia da relatividade das suas condições reais, o que afastaria dificuldades internas da teoria, como a pretensão de fundamentação última, a do funcionamento do discurso ideal como critério para discursos reais e da correção absoluta. Bäker aposta no funcionamento do conceito de racionalidade enquanto otimicidade (*Optimalität*) ao invés de idealidade e entende que o seu modelo, baseado numa teoria relativista do discurso, evita objeções céticas e exige concentração nas possibilidades efetivas de conhecimento, o que acaba por fortalecer a teoria discursiva do direito. Cfr. BÄCKER, Carsten. *Rationalität ohne Idealität. Grundzüge einer relativistischen Diskurstheorie des Rechts*. In: **Junge Rechtsphilosophie**. Stuttgart: Nomos, 2012, S. 09-21. A despeito do caráter instigante dessa proposta, a exigir um estudo mais aprofundado, parece não fazer justiça ao conceito de ideia regulativa nem oferecer substitutivo para todas as funções que esse tipo de conceito exerce na teoria do discurso de Alexy.

⁹³¹ Essa ideia regulativa e sua relação com a realidade vêm aclaradas no seguinte excerto: “A ideia do discurso ideal é uma ideia regulativa sempre presente em discursos reais. Como ideia regulativa, ela expressa seu objetivo ou ponto final. Discursos práticos reais são definidos pelo fato de neles, sob as condições de tempo limitado, de participação limitada e ausência de coerção limitada com clareza conceitual-idiomática limitada, ser informado empírico limitado, capacidade limitada para a troca de papéis e liberdade de pré-juízos limitada, ser procurada a resposta a uma questão prática. Apesar dessas

As dificuldades em torno do conceito de correção, seja genericamente falando, seja especificamente em relação a uma norma dada, conduziram a uma distinção de níveis. Ao analisar o conceito de segurança jurídica, Alexy passou a distinguir entre uma **correção de primeiro nível** e outra **de segundo nível**; enquanto a primeira se relaciona exclusivamente à dimensão ideal, ou seja, à justiça como tal, a segunda se refere tanto à dimensão ideal como à real, de modo que possa englobar ao mesmo tempo justiça e segurança jurídica. Com isso, a pretensão de correção enquanto pretensão de correção de segunda ordem não anula o princípio da segurança jurídica, que, ao lado do princípio da justiça, pertencem necessariamente ao direito.⁹³²

Quanto ao temor de uma hipermoralização e amolecimento do caráter deontológico do direito, Alexy oferece uma resposta que aponta para a possibilidade da racionalidade na ponderação mediante a sua estruturação de um modo tal que nele não sobrepelem critérios morais e, sim, jurídicos, como o fará ao esmiuçar a sua teoria dos princípios e a profilaxia sugerida para os problemas dela emergentes.⁹³³

5.4. Resultado parcial (item 5.)

O debate acerca dos elementos morais no direito interessa, como acima adiantado, de forma especial para a NDFA. Mas não apenas por mostrar a força da necessidade de recurso a elementos de justificação externa e conteúdos morais próprios dos direitos humanos na interpretação de alguns direitos fundamentais de escassa regulação textual na constituição, como sói ocorrer com os direitos sociais. O interesse desse debate anima a investigação sob outros aspectos: (1) se a NDFA possui todos os elementos do conceito de direito?; (2) se a NDFA compele a uma violação da institucionalidade do direito, mediante uma estatuição indireta e influxo de moralidade na interpretação; (3)

limitações, o discurso real está enlaçado conceitualmente com o ideal. Quem tenta convencer um oponente com argumentos, pressupõe que esse, sob condições ideais, deveria aprovar. O discurso ideal, como ideia regulativa, e a pretensão de correção são, desse modo, dois lados de uma matéria.” Cfr; ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 28. Sobre o conceito e emprego de ideia regulativa em Alexy, ver acima o item 4.2.6.

⁹³² Cfr. ALEXY, Robert. *Rechtssicherheit und Richtigkeit*. In: GERLOCH/TRYZNA/WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeňek, 2012, S. 383 ff.

⁹³³ Cfr. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 108 ss. Essa questão em particular, pela sua magnitude, merecerá atenção à parte. Ver, adiante, itens 6.2.2.3 e 9.3.

se as decisões do tribunal constitucional ou dos juízos que associam NDFA são aceitas e cumpridas (eficácia)?

Essas indagações ainda renderão análise neste trabalho, em diferentes momentos, quando examinadas as questões atinentes à teoria dos princípios, à dinâmica da NDFA e à sua aplicação.⁹³⁴

As questões específicas sobre a coadunabilidade da NDFA com as pressuposições gerais sobre validade e sobre eficácia também demandam reflexões sobre peculiaridades da extração desse tipo de norma, ensejadoras de discussão crítica sobre o labor com princípios e proporcionalidade, e serão respondidas no corpo deste trabalho.⁹³⁵

Quanto à pretensão de correção, de plano se pode assentar que a NDFA, obtida por meio de associação, não reclama para si – e jamais poderá fazê-lo – a condição de ser a única resposta correta. Ela também contém uma pretensão de correção, cujos contornos já foram examinados. Sua maior dependência de correção reside em que a própria validade enquanto norma se apoia em que esteja corretamente fundamentada, ou seja, que não haja desvios, perturbações ou falsas conexões nas duas relações que a norma associada mantém com as determinações de direito fundamental: precisão e fundamentação.⁹³⁶

Esse tema evoca a necessidade de se saber o que é uma determinação de direito fundamental, ou seja, qual a fundamentalidade da NDFA.

Até agora, tem-se que a norma de direito fundamental – e por extensão, também a NDFA⁹³⁷ – tem clara conexão com a moralidade, como sustentado por Alexy⁹³⁸ e enseja o exercício da função principal da fórmula Radbruch, a saber, a defesa dos direitos fundamentais contra tiranias e totalitarismos, como destacado acima.⁹³⁹ Isso já é o bastante para justificá-la e para mostrar quão importante é a fórmula para a

⁹³⁴ Ver adiante, respectivamente, os itens 6.2.2.3.3., 7. e 10.

⁹³⁵ Ver adiante, itens 6.2.2.4., 7.5. e 9.

⁹³⁶ Ver acima, item 5.3.3.

⁹³⁷ Para mais detalhes dessa extensão, veja o desenvolvimento subsequente da teoria do direito fundamental (item 6.).

⁹³⁸ Ver item 5.3.3.

⁹³⁹ Cfr. item 5.3.3.

possibilidade de normas de direito fundamental que não estejam diretamente estatuídas em textos constitucionais, mas que se fazem imprescindíveis à determinação, em muitos casos, do que é ordenado, proibido ou permitido do ponto de vista de direito fundamental.

Considerando o conteúdo dos conceitos básicos dos direitos fundamentais, como dignidade, liberdade e igualdade, levanta-se o problema da justiça e da abertura do sistema, que, segundo a corrente teórica sob estudo, se traduz numa **abertura do sistema para a moral**.

Como se processa tal abertura, no entanto, demandará maior esclarecimento, a ser oferecido quando da análise da teoria dos princípios em relação ao desempenho na ponderação.⁹⁴⁰

É preciso, no entanto, desde logo avançar quanto à característica essencial da NDFA que consiste na **fundamentalidade** do direito cuja norma que nela se edifica.

⁹⁴⁰ Ver adiante, itens 6.2.2.4.2.4. e 7.5.

6. Da teoria de direito fundamental

6.1. Considerações gerais

Dois são os campos que se abrem para o estudo da NDFA quanto à sua condição de norma de direito fundamental, a saber, o campo da teoria da norma do direito fundamental e seu contíguo, o da teoria do direito fundamental. Impõe-se, assim, a indagação do que seja a fundamentalidade que se predica tanto de um como de outro, o que significa perguntar em que sentido e por qual razão as NDFAs merecem esse estatuto diferenciado.

6.2. Do direito fundamental

6.2.1. Da base conceitual

Não é surpresa que o conceito de direitos fundamentais dependa de que tipo de teoria – histórica, filosófica ou jurídica – se adota para examinar-lhe as notas características.⁹⁴¹

Todavia, ainda que haja diferentes teorias sobre os direitos fundamentais, há uma conexão interna entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental, porque todo direito fundamental é expresso por alguma norma de direito fundamental, ainda que o inverso nem sempre ocorra, no sentido mais comum de direito, porquanto se pode cogitar de normas de direito fundamental que não expressam direitos subjetivos.

Para além do que seja o conceito mesmo de direito fundamental, é possível identificar a fundamentalidade das normas de direito fundamental por meio de dois aspectos – o formal e o material –, os quais, juntos, demarcam a centralidade do papel das normas de direito fundamental no sistema jurídico.

⁹⁴¹ Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 21.

A **fundamentalidade formal** decorre da posição das normas de direito fundamental no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o executivo e o judiciário. O núcleo dessa fundamentalidade constitui-se em que as normas de direito fundamental estabelecem os conteúdos constitucionalmente necessários e, por exclusão, os impossíveis para todo o sistema jurídico.⁹⁴²

A **fundamentalidade material**, por seu turno, reside em que, independentemente da quantidade de conteúdo que se confere no texto constitucional, as normas de direitos fundamentais são materialmente fundamentais porque com elas são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do estado e da sociedade.⁹⁴³

Para a compreensão do lugar específico da NDFA enquanto objeto teórico-normativo no âmbito dos direitos fundamentais e como solução de problemas já suscitados, é chegado o momento de se aprofundar os seus elementos teóricos específicos. Isso demandará um exame mais aprofundado da fundamentalidade do direito e das normas dentro da teoria geral das normas jurídico-fundamentais e do conceito de direito fundamental de Alexy.

Nesse propósito, de plano incumbe destacar que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy se apresenta como uma teoria **jurídica** e, mais do que isso, **dogmática**.⁹⁴⁴

Ele propõe uma teoria jurídica dos direitos fundamentais do tipo **integrativo**, que aproveita de modo integrado as contribuições de teorias jusfilosóficas, históricas e sociológicas, e **tridimensional**, pela vinculação de três dimensões, a saber, a analítica (trata da consideração sistemático-conceitual do direito vigente), a empírica (baseia-se no conhecimento do que é positivamente válido e eficaz) e a normativa (tem em vista a decisão correta), sempre orientada à tarefa prática da ciência do direito na perspectiva

⁹⁴² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 474-475.

⁹⁴³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 475.

⁹⁴⁴ A investigação de Alexy, por isso, é centrada no sistema da LF. Seu interesse, contudo, ultrapassa o circuito da interpretação de decisões do TCF e, por sua profundidade e consistência, pode ser estudada por todo aquele que esteja interessado na solução de problemas de direito fundamental. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 22-28. No mesmo sentido, Borowski (ver acima, nota de pé de página n. 4). Sobre o conceito de dogmática, veja acima o item 3.2.7.1 e para a crítica da teoria dos princípios em relação à sua adequação dogmática, veja também adiante o item 6.2.2.4.3.6.

do juiz. O escopo, portanto, é fazer ciência do direito apta a buscar a fundamentação de **juízos jurídicos concretos de dever-ser**. A vinculação das três dimensões, segundo o proponente da teoria, é condição necessária da racionalidade da ciência do direito como disciplina prática, ante o fracasso necessário das teorias unidimensionais.⁹⁴⁵

Dentro dessa moldura teórica geral, abre-se um leque de outras teorias interconectadas, como a mais conhecida **teoria dos princípios**,⁹⁴⁶ indispensável para a dogmática dos direitos fundamentais,⁹⁴⁷ a **teoria das posições jurídicas**, imprescindível para compreender o conceito de direito fundamental como um todo; uma **teoria das barreiras**, que se favorece, por seu turno, de uma **teoria específica do tipo** (*Tatbestand*), superando os problemas levantados pela abertura (*Offenheit*)⁹⁴⁸ da terminologia dos direitos fundamentais.

Além de integrativa e pluridimensional, a teoria de que ora se cogita é **estrutural**, porquanto investiga a **estrutura** dos conceitos de direito fundamental, sua influência no sistema jurídico e a fundamentação dos direitos fundamentais. Para tanto, desenvolve o conceito semântico de norma⁹⁴⁹ e a dimensão pragmática da linguagem.⁹⁵⁰

As distinções proporcionadas por esses pilares da teoria estrutural proposta livram-na das aporias em que se enredam outras teorias, que, a exemplo da “estruturante metódica” de Müller, identificam a norma com as razões que a apoiam, ou seja, que

⁹⁴⁵ O autor enfatiza que justamente pela análise lógica se demonstra a insuficiência dos meios lógicos nos casos medianamente problemáticos, quanto mais nos chamados casos difíceis, cujas soluções requerem valorações adicionais e, como fundamento destas mesmas, conhecimentos empíricos. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 37.

⁹⁴⁶ Diz Alexy: “A teoria dos princípios é uma teoria dos valores purificada de suposições insustentáveis.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 18. No original: *Die Prinzipientheorie ist eine von unhaltbaren Annahmen gereinigte Werttheorie*. Alexy refere que “(...) um dos objetivos desta investigação é a reabilitação da tantas vezes criticada axiologia dos direitos fundamentais (...). (Idem, ibidem.) No original: *Damit ist die Rehabilitierung der vielgeschmähten Werttheorie der Grundrechte eines der Ziele dieser Untersuchung*.

⁹⁴⁷ O caráter dogmático não afasta, antes pressupõe pela teoria dos princípios, a ligação entre o direito e a moral. Alexy chega a mencionar que “(...) a positivação dos direitos fundamentais, que vinculam todos os poderes do estado, constitui uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser vencida por meios racionais.” ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 19. No original: *Dabei wird zu zeigen sein, dass die Positivierung von Grundrechten, die alle staatlichen Gewalten binden, eine Öffnung des Rechtssystems gegenüber dem System der Moral bedeutet, die vernünftig ist und mit rationalen Mitteln bewältigt werden kann*.

⁹⁴⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 15-19 (*Einleitung*).

⁹⁴⁹ Explicitado anteriormente, item 5.2.1.

⁹⁵⁰ Ver acima, item 3.2.4.2.4.

pretendem solapar a distinção entre o programa da norma (que corresponde ao texto da norma) e a própria norma pela mediação do conceito de âmbito normativo, no qual ser e dever-ser estejam imbricados, ao custo da fusão entre teoria da norma e teoria da aplicação do direito.⁹⁵¹

A seguir, Alexy define o que seja determinação (*Bestimmung*) de direito fundamental, entendida como uma determinação que contenha uma norma de direito fundamental. Adota para tanto um critério **formal** (não material, nem apenas estrutural), o que lhe permite incluir todas as determinações, independentemente de uma limitação topológica no texto constitucional ou de estrutura de sua apresentação.

6.2.2. Do desenvolvimento do conceito de direito fundamental

O exame do conteúdo possível das determinações de direito fundamental pode ser feito em diferentes perspectivas. Para apanhar a riqueza do conceito de direito fundamental, convém apreciar primeiramente o que designarei por aspecto **cognitivo**, a saber, aquilo que do conceito de direito representa conhecimento sobre os elementos

⁹⁵¹ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 63-70. O próprio Friedrich Müller apresenta a sua teoria como alternativa às metodologias tradicionais do direito, especialmente as positivistas, dentro das quais inclui aquelas teorias que, embora não se assumam como tais, utilizam do instrumental analítico para enfrentar a velha dualidade norma/fato, olvidando a diferença entre ciências naturais (que explicam) e ciências humanas (que buscam compreender). Müller invoca para tanto o desempenho da hermenêutica, que, mediante a compreensão, uniria na concretização os “pontos de vista” da realidade e do direito. Diz Muller: “Nos capítulos subseqüentes serão examinados os enfoques até agora existentes na teoria jurídica, que ainda concebem como opostos ser e dever-ser, suporte fático e consequência jurídica, norma e realidade. Em seguida se desenvolve a partir de uma análise da jurisprudência uma concepção de tipo novo da efetivação do direito. Essa concepção de concretização abrange simultaneamente os fatores da realidade e da norma, são estruturados segundo o âmbito da norma e a ideia normativa orientadora (programa da norma).” Cfr. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. diversos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 39. Em outra passagem, Müller afirma que não existe a norma antes do caso e que “(...) o caso da decisão é co-constitutivo”, sendo o texto da norma apenas um dado de entrada do processo de trabalho chamado ‘concretização’; a norma jurídica criada no caso estaria estruturada – daí a autodenominação de teoria estrutural – segundo ‘programa da norma’ e ‘âmbito da norma’, consistindo num conceito composto que suplantaria os velhos dualismos irrealistas do positivismo como ser/dever-ser, norma/caso, direito/realidade, que são resultantes do que o autor chama de “(...) ilusão da aplicação do direito como subsunção ou silogismo ou como a construção lingüisticamente não realizável de um ‘limite do teor literal’ definível, coisificado na linguagem.” (Idem, p. 11.) De ressaltar ainda que Müller propõe “um novo paradigma do direito”, que qualifica como indutivo (idem, p. 12) e que reconhece a remissividade e determinidade recíprocas entre objeto e método. (Idem, p. 109.). Cfr. também MÜLLER, Friedrich. *Moderne Theorie und Interpretation der Grundrechte, insbesondere auf der Basis der Strukturierenden Rechtslehre*. In: _____. *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts: Neue Aufsätze (1995-1997)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, S. 9-19. Sobre o emprego do conceito paradigma no direito, ver acima, item 3.2.1.

formais e materiais, bem como sobre a relação entre tais dimensões. Posteriormente, será analisado o aspecto que designo como **orgânico** da teoria, ou seja, a dimensão de organização interna do próprio conceito, bem como a ordenação e classificação das suas múltiplas especificações e funções.⁹⁵²

6.2.2.1. Do aspecto cognitivo da teoria do direito fundamental

6.2.2.1.1. Concepção de direito fundamental

A concepção de direito fundamental⁹⁵³ que tem a função de ideia diretriz (*Leitidee*)⁹⁵⁴ no trato da matéria é a chamada **concepção formal**, que tem por característica a sua relação, não com um determinado conteúdo, mas sim com a forma de seu asseguramento.⁹⁵⁵

Embora extraída quando do exame da ideia condutora do exame dos direitos a prestação, foi inequivocamente estendida por Alexy a todos os tipos de direitos fundamentais e, o que é deveras importante para NDFA, também das posições jurídico-fundamentais.⁹⁵⁶

Por isso, ao lado da relação intrínseca com o princípio da proporcionalidade,⁹⁵⁷ essa concepção formal evidencia uma característica vital para a NDFA e compartilhada por esta com todo o direito fundamental.

⁹⁵² Poderia também ser denominado estrutural, por responder à estruturação do próprio conceito de direito com vista à ordenação interna dos diferente implicados; porém, essa palavra recebe outros usos nesse texto, o que poderia ensejar alguma confusão.

⁹⁵³ Alexy opera em diferentes textos com os termos *Konzept* e *Begriff* em relação ao tema da conceptualidade do direito fundamental. O primeiro tem sido traduzido por “concepção” (e.g. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433 ss.), enquanto o segundo se traduz ordinariamente por “conceito”.

⁹⁵⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 395 ff.

⁹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 406. Além de Alexy ter-se manifestado de forma restritiva quanto ao desempenho possível de uma teoria material dos direitos fundamentais, não deixou de marcar seu ponto de vista – de forma positiva – sobre o tema da concepção básica dos direitos fundamentais, quando abordou o conceito, a estrutura e os principais problemas relativos aos direitos prestacionais (*Leistungsrechte*).

⁹⁵⁶ Alexy assim se manifestou: “A concepção formal está na base de todos os direitos fundamentais. Para os direitos a prestação, tem especial significado por causa do seu caráter controverso.” ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 409-410. No original: *Das formale Konzept liegt allen Grundrechten zugrunde. Für die Leistungsrechte ist es wegen ihres unstrittenen Charakters von besonderer Bedeutung*.

⁹⁵⁷ Veja-se o estudo analítico desse princípio e da mencionada relação com a NDFA adiante, item 7.2.

Com efeito, a concepção formal tem clara conexão com a possibilidade de associação de normas de direito fundamental a determinações constantes de texto constitucional, ou seja, de ir além dos estreitos limites do historicamente expresso e das vicissitudes do jogo político na esfera da legislativa, como o ilustra a seguinte transcrição:

Pró ou contra **a associação** de direitos de prestação às determinações de direito fundamental podem aduzir-se numerosos e muito diferentes argumentos. É aconselhável analisá-los de um ponto de vista condutor. Como ponto de vista condutor ou como ideia condutora se oferece uma concepção formal geral dos direitos fundamentais que pode ser expressa da seguinte maneira: **direitos fundamentais são posições tão importantes que sua concessão ou não-concessão não pode ser confiada à simples maioria parlamentar.**⁹⁵⁸

Pode parecer que essa concepção tenha pouca ou nenhuma utilidade, por ser excessivamente formal e abstrata. Ela, de fato, parece não ajudar em nada para definir o que seja um direito fundamental e, por extensão, quais normas de direito fundamental associadas poderiam candidatar-se ao seu reconhecimento por um tribunal constitucional.

Porém, o ponto de vista reitor antes mencionado pode ser localizado na própria constituição, ou mais exatamente, do direito constitucional. Isso, é claro, traz como consequência a colisão necessária com o princípio democrático, dividido em diferentes subprincípios, no procedimento de ponderação e edificação de normas associadas, na exata proporção em que aquela ideia condutora está a definir o que está proibido ou ordenado ao legislador decidir.

Daí surge uma das maiores vantagens dessa concepção formal, a saber, o reconhecimento de uma competência legislativa importante, não amesquinhada, já que nem tudo está pré-determinado materialmente, embora já nem tudo ainda possa ser

⁹⁵⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 406. Destaques não constantes do original, cujo teor segue: *Für und gegen die Zuordnung von Leistungsrechten zu Grundrechtsbestimmungen lassen sich zahlreiche und sehr unterschiedliche Argumente vortragen. Es empfiehlt sich, deren Erörterung unter einen leitenden Gesichtspunkt zu stellen. Als leitender Gesichtspunkt oder Leitidee bietet sich ein allgemeines formales Konzept der Grundrechte an, das sich folgendermassen ausdrücken lässt: Grundrechte sind Positionen, die so wichtig sind, dass ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann.*

novamente decidido.⁹⁵⁹ Com isso, não se apequena a função legislativa, ao mesmo tempo em que se resguarda a supremacia dos direitos fundamentais.⁹⁶⁰

Outra vantagem portentosa, destacada por Alexy, consiste em que a concepção formal possibilita e, ao mesmo tempo, exige o preenchimento por conteúdos, ou seja, por concepções materiais.⁹⁶¹

Assim, ante a inconveniência de um critério material como orientador da concepção de direito fundamental e à vista de tão relevantes vantagens da concepção formal, pode-se concluir que somente uma concepção formal de direitos fundamentais permite estruturar a ponderação de um modo que contemple todo o direito constitucional, e não apenas os fragmentos iluminados por concepções materiais determinadas.

A formalidade da concepção igualmente evita a tentação de derivar normas de direito fundamental com base apenas em algum conteúdo privilegiado eleito como critério da concepção do direito fundamental, sem a mediação do princípio da proporcionalidade e de princípios formais que venham a ingressar na ponderação.

O princípio da proporcionalidade efetivamente se coloca como alternativa à derivação direta, a qual rende ensejo à invasão de conteúdos ideológicos e o arbítrio do intérprete.⁹⁶²

⁹⁵⁹ Veja-se, a propósito da função estabilizadora da constituição o exame realizado no item 4.2.2., especialmente a nota de pé de página n. 648.

⁹⁶⁰ Nesse sentido, a teoria se compagina com a dignidade da legislação, discutida no âmbito da filosofia política (item 4.2.2.).

⁹⁶¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 409. No caso da LF, o autor entende que tal concepção material fundamental abrangente estaria determinada pelo conceito de dignidade humana.

⁹⁶² Não se pode, segundo Alexy, derivar de um princípio abstrato um direito fundamental definitivo; a dedução de conteúdo concreto a partir de princípios abstratos representa uma das mais obscuras formas de fundamentação jurídica. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 479. Compare BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*. In: _____. *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 194. Fn. 10. Compare, ainda PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 253 ss. Antes de examinar as teorias estruturais, e com o escopo de estudar alternativas ao princípio da proporcionalidade, Pulido esforça-se por reconstituir as principais teorias que oferecem critérios materiais dos direitos fundamentais, como as liberais, as democráticas e as do estado social. Todas pretenderiam fundamentar as normas jurídico-fundamentais *adscribas* (sic) a partir de um sistema ideológico concreto. Assim, as liberais fundamentariam normas *adscribas* que prescrevam abstenções ao legislador, com base numa concepção absentista de estado; as teorias democráticas, por sua vez, por força da concepção que preconiza a participação do cidadão na configuração da ordem jurídica e social, defenderiam a concreção de normas

Se ele cumpre adequadamente essa função não é uma questão singela, nem está imune a crítica.⁹⁶³

A despeito dessas vantagens epistemológicas e metodológicas da adoção de uma concepção formal de direitos fundamentais, disso não decorre que se possa negligenciar a relevância dos conteúdos e das relações necessárias entre direitos fundamentais, direitos humanos e justiça.

Por isso, Alexy faz ver que essa concepção formal há de ser ladeada por outra, que seja material, determinada pelo conceito de direitos humanos;⁹⁶⁴ ademais, na interpretação será imprescindível o preenchimento da concepção formal e a explicação da concepção fundamental material por meio da argumentação jurídico-constitucional substancial.⁹⁶⁵

6.2.2.1.2. Conceitos de direito fundamental

A par dessa distinção entre **concepções** formal e material de direito fundamental, registre-se que Alexy, em outros escritos,⁹⁶⁶ e na esteira deste também

adscribas que prescrevam direitos a obter determinado efeito jurídico a partir de atos de participação política; por último, as teorias do estado social, pela concepção de um estado que atenda as necessidades dos indivíduos, defenderiam a *adscripción* de normas que imponham o cumprimento de determinadas prestações. Pulido conclui que, embora relevantes as teorias materiais para auxiliar na determinação do conteúdo de direitos fundamentais, a edificação de normas *adscribas* nunca pode ser feita por derivação direta e automática, e somente pode ser concebida como determinação de posição *prima facie*, não definitiva. Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 253 ss.

⁹⁶³ Ver a discussão adiante, item 7.5.1.3.

⁹⁶⁴ Sobre os direitos humanos enquanto direitos, veja adiante, item 6.2.2.1.3.

⁹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 409. No original: *Das dargelegte Konzept ist ein umfassendes formales Grundkonzept. Ihm lässt sich ein umfassendes inhaltliches Grundkonzept zur Seite stellen.(...) Sowohl die Auffüllung des formalen als auch die Explikation des inhaltlichen Grundkonzepts ist Aufgabe substantieller verfassungsrechtlicher Argumentation.* (Destaques constantes do original.)

⁹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Grundrechte*. In: SANDKÜHLER, J. R. (Hrsg.) *Enzyklopädie Philosophie*. Bd. 1, Hamburg: Felix Meiner, 1999, S. 525-529. Na mesma linha, ALEXY, Robert. *Discourse theory and fundamental rights*. In: MENÉNDEZ, Agustín J. & ERIKSEN, Erik O. (eds). *Fundamental rights through discourse: on Robert Alexy's legal theory. European and theoretical perspectives*. Oslo: Arena Report, n. 9, 2004, p. 35-51. (Esse artigo pode ser consultado em português em ALEXY, Robert. *Teoria do discurso e direitos fundamentais*. Trad. M. C. Cachapuz. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 123-137.)

Borowski,⁹⁶⁷ distingue 3 (três) **conceitos** de direito fundamental: (1) formal; (2) material; e (3) procedimental.

O conceito **formal** dos direitos fundamentais apela a um critério formal de identificação dos direitos fundamentais, tal como a inclusão num catálogo correspondente, mas possui efeito distorcedor e amputador.⁹⁶⁸

O conceito **material**, por seu turno, estriba-se em algum elemento de conteúdo do direito, como a relação desse conteúdo com direitos humanos, de modo a se utilizado como critério de identificação. A inconveniência desse conceito reside na sua estreiteza, como ensina Alexy,⁹⁶⁹ ou na sua excessiva força (Borowski),⁹⁷⁰ por atrair para os direitos fundamentais a problematidade e polêmica próprias às questões dos direitos humanos na sua ligação com diferentes cosmovisões.

O conceito **procedimental**, por fim, liga-se aos dois anteriores, porquanto adota por critério a definição de direitos fundamentais como aqueles direitos que, pela sua relevância, não podem ser deixado ao arbítrio do legislador ordinário a decisão de assegurá-los ou não, bem como assenta a necessidade de confiar a salvaguarda dos direitos fundamentais a uma instância independente das disputas parlamentares, a saber, a jurisdição constitucional. Esse conceito lança luz sobre a dupla relação entre direitos fundamentais e democracia.⁹⁷¹

Do cotejo entre concepção e conceitos acima referidos, pode-se reter que, tanto numa abordagem como a outra, persiste a mesma ideia central de que os direitos fundamentais ficam melhor servidos com uma diretriz não diretamente vincada pelo

⁹⁶⁷ Cfr. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 33 ss.

⁹⁶⁸ O que sobra ao conceito formal em vantagem prática, pela simplicidade e decidibilidade, falta-lhe em correção, na medida em que se revela insuficiente para dar conta de direitos reconhecidos como fundamentais e que estão excluídos do critério formal (p. ex., direitos fora de catálogo), bem como impreciso quanto aos direitos que estão indevidamente incluídos. Cfr. ALEXY, Robert. *Grundrechte*. In: SANDKÜHLER, J. R. (Hrgb.) *Enzyklopädie Philosophie*. Bd. 1, Hamburg: Felix Meiner, 1999, S. 525 ff.

⁹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Grundrechte*. In: SANDKÜHLER, J. R. (Hrgb.) *Enzyklopädie Philosophie*. Bd. 1, Hamburg: Felix Meiner, 1999, S. 525-526.

⁹⁷⁰ Cfr. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 33 ss.

⁹⁷¹ ALEXY, Robert. *Grundrechte*. In: SANDKÜHLER, J. R. (Hrgb.) *Enzyklopädie Philosophie*. Bd. 1, Hamburg: Felix Meiner, 1999, S. 526.

conteúdo, nem apenas pela forma (positivação em catálogo ou outro elemento formal de caracterização), o que dissiparia todas as vantagens de uma teoria procedimental diferenciada já conquistadas no plano da teoria do discurso e da argumentação.

Em suma, o melhor conceito de direito fundamental, de acordo com a concepção acima explicitada, é o procedimental diferenciado, porque não se faz puramente formal, mas também não puramente material, na medida em que a identificação do que seja um direito fundamental deve estar aberta ao procedimento argumentativo perante uma instância institucionalizada mas independente da esfera parlamentar.

6.2.2.1.3. Direitos humanos e fundamentais *qua* direitos

Assentada a concepção reitora formal dos direitos fundamentais, que destaca a sua independência de catálogos, ideologias e dos jogos ordinários do poder legislativo, revela-se a conexão entre direitos fundamentais e os direitos humanos, aos quais agradecem a sua origem.⁹⁷²

Não se trata de uma origem aleatória, mas de um **elemento definitório** do **conteúdo** e da **natureza dual** dos direitos fundamentais:

Por essa razão, é possível definir direitos fundamentais como direitos que são incorporados em uma constituição com a intenção de transformar direitos humanos em direito positivo. Isso torna explícita a natureza dual dos direitos fundamentais, como direitos a um e mesmo tempo positivos e não-positivos.⁹⁷³

Alexy chega a afirmar que essa relação intrínseca entre direitos fundamentais e direitos humanos torna a justificabilidade dos primeiros dependente daquela dos

⁹⁷² Ver acima, item 3.2.4.5. Com relação à fundamentação dos direitos humanos, compare LUDWIG, Roberto José. Algumas observações sobre a possibilidade de fundamentação dos direitos humanos. Porto Alegre: **Revista Ajuris**, v. 117, p. 343-366, 2010.

⁹⁷³ ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has changed over the years*. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012, p. 15. No original: *For this reason, it is possible to define constitutional rights as rights that are incorporated into a constitution with the intention of transforming human rights into positive law. This makes explicit the dual nature of constitutional rights as, at one and the same time, positive and non-positive rights.*

últimos,⁹⁷⁴ o que basta aqui para evidenciar a conexão inescapável entre o tratamento estrutural e o material dos direitos fundamentais.⁹⁷⁵

Como, porém, caracterizar os próprios direitos humanos **enquanto direitos**? Essa é a questão central que a teoria do direito, mais especificamente a teoria do direito fundamental, tem de responder.

Direitos fundamentais e humanos se caracterizam essencialmente pela sua **moralidade**, o que plasticamente é ilustrado com a figura da **dupla face** de Jano, como referido por Habermas.⁹⁷⁶

Tal duplicidade se exhibe, também, numa outra esfera. Direitos fundamentais e direitos humanos, sobre os quais os primeiros se sustentam, compartilham uma característica filosófica muito peculiar com relação à **temporalidade**. Alexy o explicita:

Os direitos fundamentais, como direitos do homem transformados em direito positivo, descansam sobre uma base filosófica, no núcleo, intemporal e universal. Simultaneamente, porém, sua institucionalização somente na história é possível e, lá, eles são objetos de luta política.⁹⁷⁷

Essa peculiaridade também se liga com o **caráter paradoxal** dos direitos fundamentais, que consiste em sua relação tensa e complexa com a democracia ou, melhor, com o estado constitucional democrático, uma vez que a interpretação deles há de levar em conta, ao mesmo tempo, a sua alta abstratividade, própria do universo moral, com uma aplicação concreta por meio da jurisdição constitucional, que limita a liberdade dos

⁹⁷⁴ ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has changed over the years*. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012, p.15. No original: “It is a corollary of the intrinsic relation between human and constitutional rights that the justifiability of constitutional rights depends on the justifiability of human rights.”

⁹⁷⁵ Veja acima o estudo da relação entre direitos fundamentais e democracia na perspectiva da filosofia política (item 4.2.2.).

⁹⁷⁶ Diz Habermas: “Direitos humanos têm faces de Jano que se voltam simultaneamente para a Moral e para o Direito. Sem considerar o seu conteúdo moral, eles têm a forma jurídica. Referem-se eles, como normas morais, a tudo que ostenta face humana, mas, na qualidade de normas jurídicas, protegem os indivíduos apenas à medida que pertencem a determinada comunidade jurídica – ou seja, os cidadãos de um Estado nacional.” Cfr. HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e legitimidade**. Trad. Cláudio Molz; Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003, p. 72.

⁹⁷⁷ ALEXY, Robert. Apresentação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 13.

parlamentos. Isso implica uma atitude dupla de asseguramento e de desconfiança no processo democrático.⁹⁷⁸

É com tal base que se pode, agora, trazer a lume uma tentativa de caracterização dos direitos humanos na esteira da teoria do discurso. Quem o faz é Alexy, segundo o qual, “(...) as cinco características, que caracterizam os direitos do homem, sobretudo, de outros direitos, estão juntas: direitos do homem são direitos (1) universais, (2) fundamentais, (3) abstratos, (4) morais, (5) prioritários.”⁹⁷⁹

A **universalidade** é tema que suscita forte polêmica e recebe o foco mais acentuado das críticas aos direitos humanos,⁹⁸⁰ na medida em que revolve as questões mais básicas de filosofia prática, afetando ao mesmo tempo o direito e a moral, como acima adiantado.⁹⁸¹ Porém, ela pode ser trabalhada numa perspectiva pessoal sem pressuposições jurídico-filosóficas insustentáveis, desde que se pense que a universalidade significa essencialmente o seguinte: “Titular dos direitos do homem é cada pessoa como pessoa”.⁹⁸²

⁹⁷⁸ Esse paradoxo é descrito e explicado na seguinte seção: “Essa relação de tensão deixa afilar-se no paradoxo que direitos fundamentais tanto são democráticos como não-democráticos. Direitos fundamentais são democráticos, porque eles, com as garantias como as da vida, da liberdade, da formação e da propriedade, bem genericamente, asseguram a existência e o desenvolvimento das pessoas que, no fundo, são capazes de pôr em marcha e manter com vida o processo democrático e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, de meios de comunicação, de reunião e de associação, assim como do direito eleitoral, garantem as condições funcionais do processo político. Às avessas, direitos fundamentais são não-democráticos, porque eles, ao eles também vincularem o dador de leis parlamentar, expressam uma desconfiança perante o processo democrático. O que os direitos fundamentais exigem está subtraído às decisões do parlamento. O tribunal constitucional, como guarda dos direitos fundamentais, é, com isso, posto acima do processo democrático.” Cfr. ALEXY, Robert. Apresentação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 11. Para mais detalhes sobre o impacto dos direitos fundamentais para a teoria do estado e da política, ver acima o item 4.2.2.

⁹⁷⁹ Cfr. ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 95. De modo similar, em ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 45: “Os direitos do homem distinguem-se de outros direitos pela combinação de cinco marcas. Eles são direitos (1) universais, (2) morais, (3) fundamentais, (4) preferenciais e (5) abstratos.”

⁹⁸⁰ Mencione-se, por todas, a crítica de MacIntyre, já apreciada no item 3.2.4.2.1.

⁹⁸¹ Veja o item 3.2.4.2.1.

⁹⁸² ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 94-95. Bem se vê que não há limitação ao cidadão nacional, ao sujeito de direito ou a outras categorias jurídicas limitadoras. Excluídos estão, no entanto, animais e plantas. Sobre o conceito de pessoa humana, do ponto de vista teórico, este espaço é por demais exíguo para qualquer abordagem. Diversos autores, como Fábio Konder Comparato, atribuem à reformulação do conceito grego de pessoa pelo cristianismo, sobretudo a partir da formulação de Boécio, o título de primeira manifestação de uma ideia de dignidade última e única da pessoa humana, base posterior dos direitos humanos. Cfr. COMPARATO, Fábio Konder Comparato. **A afirmação histórica dos direitos humanos**.

Esta definição atinge a amplitude devida (toda e qualquer pessoa humana), impedindo discriminações por origem, credo, raça etc., mas também inclui a cautela quanto à intencionalidade do conceito, de modo a manter a sua especificidade: os direitos humanos dizem com a pessoa enquanto tal; com isso, embora de certa forma todos os direitos pudessem referir a pessoas, somente os direitos humanos o fazem à **pessoa como pessoa**; os demais são, em alguma medida, “direitos humanos”, mas apenas impropriamente, enquanto fazem referência a algum aspecto da pessoa humana ou a alguma relação da pessoa.⁹⁸³

O caráter **fundamental** dos direitos humanos é, segundo Alexy, um aspecto crucial, que responde a uma das críticas mais comuns que se fazem em relação aos direitos humanos, na sua relação com o desejo individualista ocidental em face de culturas diversas.⁹⁸⁴ Na verdade, como ensina Alexy, os direitos humanos não podem proteger todas as fontes do bem-estar imagináveis, mas somente “interesses e carências fundamentais.”⁹⁸⁵

Esses interesses e essas carências fundamentais são mais bem definidos alhures por Alexy: “Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando a sua

4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.1-68. Deve-se observar, no entanto, que somente pelo processo inaugurado pela *Aufklärung* no sentido da afirmação dos direitos humanos e pelo pensamento democrático é que a cristandade encontrou seu caminho de retorno à intangível dignidade humana. Nesse sentido: KURBJUWEIT, Dirk. *Friede den Wehr-Christen: Warum Religionen Spott ertragen müssen*. In: **Der Spiegel** 33, 2012, S. 111.

⁹⁸³ É ineludível o sabor kantiano dessa definição, pois remete ao conhecido texto de Immanuel Kant, o qual distingue a pessoa (*Mensch*) – que tem dignidade ou valor em si mesmo, e tem de ser considerada sempre não apenas como meio mas também como fim em si mesma – das demais coisas, que têm preço. Veja-se a citação: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.” Cfr. KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Werkausgabe, Bd.VII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 68. No original: *Im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen Preis oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes, als Äquivalent, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstatet, das hat eine Würde*. Compare: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. In: **Kant: Textos selecionados**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.140 (Os Pensadores). Flávia Piovesan também destaca que, em Kant, a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional, sendo ela a conexão entre a moralidade e a igualdade. Cfr. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29-30.

⁹⁸⁴ Para exame de uma crítica à objetificação do Outro que estaria presente no discurso sobre os direitos humanos, cfr. DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 364-370.

⁹⁸⁵ ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 95.

violação ou não-satisfação ou significa a morte ou o padecimento grave ou acerta o âmbito nuclear da autonomia.”⁹⁸⁶ A definição de quais conteúdos específicos preenchem, em cada época e local, os conceitos antropológicos mencionados, para a determinação de um direito fundamental, fica aberta à discussão.⁹⁸⁷

Aqui ingressa outra característica da fundamentalidade acima verificada, consistente no **caráter jurídico** tanto do interesse/carência, como da sua fundamentação:

Nos objetos dos direitos do homem deve tratar-se de interesses e carências para os quais valem duas coisas distintas. Deve tratar-se, em primeiro lugar, de interesses e carências que no fundo, podem e devem ser protegidos e fomentados por direito. (...) A segunda condição é que o interesse ou a carência seja tão fundamental que a *necessidade* de seu respeito, sua proteção ou seu fomento deixe fundamentar-se pelo direito. A fundamentalidade fundamenta, assim, a prioridade em todos os graus do sistema jurídico, portanto, também perante o dador de leis.⁹⁸⁸

Evidentemente, a atribuição dessas características de “fundamentalidade” e “juridicidade” a determinado interesse/carência é tudo menos incontroversa. Aqui se confirma, claramente e mais uma vez, a abertura para a teoria do discurso, porque a definição do que sejam interesses e carências, e a classificação dos mesmos como fundamentais ou não, dão-se em contextos históricos, econômicos e sociais dados, e estão abertos à (mas também sujeitos às vicissitudes da) participação de indivíduos e as deliberações de comunidades.⁹⁸⁹

⁹⁸⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 48.

⁹⁸⁷ É claro que o critério de fundamentalidade pode ser questionado do ponto de vista de uma teoria sociológica e econômica do direito, ou na perspectiva de alguma outra teoria da racionalidade da decisão, mas escapa ao âmbito desta pesquisa. Essa temática foi abordada, ainda que apenas lateralmente, quando do estudo de alternativas de concepção de razão prática (item 3.2.4.1.). Porém, para os limites deste trabalho, parece suficiente caracterizar essa fundamentalidade no sentido de que os direitos humanos possuem realmente um caráter básico e existencial em relação às demandas mais importantes para as pessoas humanas enquanto tais, ainda que se possa discutir sobre quais sejam e em que medida possam variar no tempo e no espaço, de acordo com contextos dados.

⁹⁸⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 48. Com isso, exclui-se que alguém invoque para si um “direito fundamental ao amor”, que não pode reconduzir-se ao da necessidade e da juridicidade, embora o seu altíssimo valor pessoal e humanitário.

⁹⁸⁹ Compare, sobre a transição moderna de um “direito natural” para “direitos naturais” e, então, para “direitos humanos” ao molde de direitos subjetivos, o ensaio crítico feito em DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 61-98.

O caráter **abstrato** nada mais significa que, em grau muito mais alto que os demais direitos, os direitos humanos necessitam de um longo caminho a percorrer da enunciação até a sua concretização num caso dado.⁹⁹⁰

A **moralidade** e a **validade moral** dos direitos fundamentais suscitam ainda mais questões,⁹⁹¹ porque em favor da validade dos direitos humanos pouco ou nada se pode aduzir senão a sua fundamentalidade;⁹⁹² diz-se que valem se pode ser aduzida uma fundamentação correta e suficiente para tanto, o que para os direitos positivados em texto constitucional resta um pouco mais facilitado pela possibilidade da remissão direta.

Inversamente, porém, em contrapartida de sua necessária recondução à fundamentação no plano da validade, tem-se a **prioridade** dos direitos humanos, que pode ser visualizada no fato de que as disposições normativas que os contradigam são juridicamente nulas em casos extremos, ou, pelo menos, viciosas,⁹⁹³ sendo, em ambos os casos pressuposta a ideia geral de **correção** do conteúdo do direito,⁹⁹⁴ que conecta moralidade do direito e validade.

6.2.2.1.4. Resultado parcial (item 6.2.2.1.)

A ligação material da NDFA com os direitos humanos atrai também para ela as discussões acerca da existência, qualidade, quantidade e imposição dos referidos direitos. Todavia, a concepção formal geral favorece a NDFA, na medida em que a descarrega pelo menos em parte dos intrincados problemas que o trabalho direto com direitos humanos traz consigo e desfaz os malefícios de uma vinculação imediata a concepções materiais dadas.

⁹⁹⁰ Note-se que o grau de abstração dos direitos fundamentais não pode dar causa à confusão com o critério de distinção de espécies normativas, que adiante será examinado (item 6.2.2.4.3.4.).

⁹⁹¹ Acima já foram apreciadas diversas questões acerca dessa problemática vinculação entre direitos humanos e moralidade, que ora dizem com a filosofia prática (item 3.2.4.5.), ora mais especificamente com a filosofia do direito (item 5.3.2.).

⁹⁹² Isso, todavia, é o bastante, como se percebe da explanação acima feita (item n. 3.2.4.5.).

⁹⁹³ ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 95. Veja-se sobre isso o item 5.3.3.2.

⁹⁹⁴ Isso é possível por meio e nos limites propostos por Alexy para a fórmula Radbruch, analisada acima (item 5.3.3.).

6.2.2.2. Do aspecto orgânico do conceito: o direito fundamental como um todo

Além do desempenho do resgate da cientificidade da discussão de princípios como normas dotadas de funtores deônticos e submetidas a procedimentos controláveis de ponderação (ao invés de axiologias flutuantes sobre uma terminologia constitucional semanticamente aberta), a teoria dos direitos fundamentais de Alexy ocupou-se em prover uma classificação de espécies de direitos fundamentais e em ordenar estruturalmente o conceito por meio de uma teoria dos status.

Com relação a esse último aspecto, há necessidade de maiores aprofundamentos. Com efeito, Alexy propôs uma nova organização dos direitos fundamentais, graças ao aproveitamento da teoria dos status de Jellinek,⁹⁹⁵ a qual contempla a diversidade estrutural e funcional dos direitos fundamentais; com esta, engendrou uma classificação inovadora e operativa, propícia à sua **justiciabilidade**, inclusive daqueles de prestação do estado (*Leistungsrechte*). Aproveitando-se da ideia de direito público subjetivo desenvolvida pela teoria dos status, elaborou de forma ordenada e estruturada o conceito de **direito fundamental subjetivo**.

A operabilidade desse direito fundamental subjetivo somente se faz possível graças à **teoria do feixe (*Bündeltheorie*)** e ao conceito de **posições jurídicas fundamentais**, de modo que **o direito fundamental** é, então, definido como um **feixe de posições jurídicas fundamentais**. Essa configuração não-unitária é a que possibilita

⁹⁹⁵ Em síntese, Jellinek elaborou o conceito de status como relação do indivíduo para com o estado, quaisquer que sejam suas características. Distinguiu o status negativo (liberdade), o positivo (posição de exigir prestações positivas), o passivo (sujeição à vontade do estado) e o ativo (participação na formação da vontade do estado). Transcrevo, por esclarecedora, a seguinte assertiva: “Todas essas faculdades designam uma relação duradoura do indivíduo para com o estado, são estados jurídicos que repousam sobre aquelas e que formam o fundamento das pretensões publicísticas individuais. Daí que cada pretensão de direito público decorre imediatamente de uma determinada posição da pessoa para com o estado, a qual, em correspondência com o modelo do direito antigo, pode ser designada como um status.” Cfr. JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. Aufl. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, S. 418-427. No original: *Alle diese Fähigkeiten bezeichnen ein dauerndes Verhältnis des einzelnen zum Staat, es sind rechtliche Zustände, die an ihnen ruhen, und die den Grund der einzelnen publizistischen Ansprüche bilden. Jeder öffentlich-rechtliche Anspruch entspringt daher unmittelbar aus einer bestimmten Position der Person zum Staat, die, dem Vorbild des antiken Rechts entsprechend, als ein Status bezeichnet werden kann.* (Idem, S. 418.) Cfr. igualmente JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1919, S. 86 ff. Cfr. também ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 106-117.

a contemplação das possibilidades deônticas – ser permitido, ser ordenado e ser proibido – com os status possíveis, e gera uma classificação dos direitos fundamentais de grande operabilidade, definidos como feixes de diferentes posições jurídicas fundamentais. Dentre essas posições, constam: (1) **direitos a algo**; (2) **liberdades**; e (3) **competências**.

Alguns aspectos essenciais dessas posições merecem destaque, porque mostram o cruzamento de modalidades deônticas e posições em face do estado, que tanto relevo possuem para a associação de normas de direito fundamental e que superam classificações tradicionais de baixa operabilidade.

Assim, os **direitos a algo**,⁹⁹⁶ que observam uma estrutura relacional triádica, são subdivididos em direitos a ações negativas (direitos de defesa)⁹⁹⁷ e a ações positivas.⁹⁹⁸ Estes últimos, também conhecidos como **direitos a prestações em sentido amplo** são subdivididos em três espécies: (1) direitos a proteção; (2) direitos a organização e

⁹⁹⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 171-194. Alexy usa a expressão *Recht(e) auf etwas*.

⁹⁹⁷ Os direitos a ações negativas compreendem direitos ao não-impedimento de ações, direitos à não-afetação de propriedades e situações, e direitos à não-eliminação de posições jurídicas; já os direitos a ações positivas são direitos a ações fáticas (ex.: subvenções) ou normativas (direitos a atos de imposição de normas, como p. ex, do nascituro).

⁹⁹⁸ É importante a distinção entre a ideia de proteção (mais ampla e positiva, ou seja, confere direitos a prestações) e de defesa (ideia clássica, liberal, negativa). A grande diferença reside em que na defesa é proibida a intervenção do estado, enquanto que na proteção, além da proibição de intervenção do estado, é exigido deste que se encarregue de assegurar a abstenção de intervenções de terceiros. Outras distinções interessantes abrigam os direitos de organização e procedimento, entre os quais Alexy enumera quatro grupos de acordo com o objeto desses direitos, a saber: a) competências de direito privado (os direitos aqui são a que o estado formule normas constitutivas para ações jurídicas de direito privado, ou seja, procedimentos para criação do direito pelos cidadãos); b) procedimento em sentido estrito (judiciais e administrativos); são os direitos a uma proteção jurídica efetiva, especialmente dos direitos fundamentais; c) organização em sentido estrito (direito universitário, de radiodifusão e co-gestão, ou seja, direitos a uma regulação da cooperação de numerosas pessoas orientada a determinados fins); e d) formação da vontade estatal (direitos a que o estado formule normas que facultem procedimentos de participação na formação da vontade estatal). Quanto aos direitos sociais fundamentais, como ao trabalho, à moradia, educação e previdência, são direitos do indivíduo contra o estado a uma prestação. Alexy vê neste campo uma grande variedade de normas fundamentais (quanto ao grau de vinculação, quanto à definitividade e quanto ao caráter objetivo ou subjetivo). Estuda aqui a grave questão da tensão entre liberdade e direitos sociais, cuja solução será divisada na observância das diferenças normativas e na aplicação da teoria dos princípios. A grande relevância dos direitos sociais fundamentais dá-se, por um lado, pela circunstância de que faz emergir discussões profundas de cunho da justiça distributiva e, por outro, pela maior dependência do procedimento de associação ante a maior parcimônia de determinações constitucionais textuais. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 420 ff.

procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais fundamentais).⁹⁹⁹

Já as **liberdades**¹⁰⁰⁰ dividem-se em liberdades armadas e não-armadas, a depender, respectivamente, de que a modalidade deôntica da permissão para certa ação seja, ou não, acompanhada de um mandamento de proteção dirigido ao estado.

Por fim, as **competências** podem ser positivas como negativas; definem-se como poder de modificar uma dada posição jurídica,¹⁰⁰¹ e não se resumem a uma mera permissão de fazer; têm caráter de ação institucional, ou seja, pressupõem regras constitutivas cuja infração não gera ilicitude e, sim, mera deficiência ou nulidade do ato. A relação inversa da competência será a **sujeição** de quem está na relação jurídica atingida. Há competências do cidadão, mas também as há do estado, sendo que estas são competências negativas.

Com base nesse estudo estrutural dos elementos que se ligam num direito fundamental, Alexy edifica o conceito de **direito fundamental** como um todo (*als Ganzes*),¹⁰⁰² designando-o como um **feixe de posições jurídico-fundamentais**.¹⁰⁰³

Isso interessa de modo muito peculiar ao tema deste estudo, por duas ordens de razões: (1) no quadro da pergunta por aquilo que pertence a um direito fundamental como um todo, levantam-se todos os problemas da interpretação dos direitos fundamentais;¹⁰⁰⁴ e (2) com ele mostra-se a relevância do conceito de NDFA.

⁹⁹⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 420 ff.

¹⁰⁰⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 194-210. Alexy usa a expressão *Freiheiten* e, respectivamente, *bewehrte Freiheiten* (liberdades armadas com proteção jurídica) e *unbewehrte Freiheiten* (liberdades não armadas de proteção). Só há liberdade jurídica quando houver uma alternativa de ação. A liberdade negativa é a que tem por objeto uma alternativa de ação. A positiva é a que permite certa ação. As **liberdades não-armadas** são uma permissão para fazer algo mais que a liberdade de não fazer algo. Porém, elas não implicam o direito a não ser obstaculizado no gozo desta liberdade; se houver uma proteção para o gozo munida de correspondente instrumento jurídico, então será uma **liberdade armada**.

¹⁰⁰¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 211-225. Alexy usa a expressão de origem latina *Kompetenz*.

¹⁰⁰² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 224-228.

¹⁰⁰³ A definição e o detalhamento dos elementos desse conceito segue abaixo, neste mesmo item.

¹⁰⁰⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 228, ao final.

Com efeito, o direito fundamental consiste, observado como uma unidade, num feixe de posições que podem ser **associadas** a uma determinação de direito fundamental, mediante um procedimento correto de precisção e fundamentação. Portanto, a força aglutinante que reúne as posições é a associação a uma determinação, de modo que às posições jurídicas correspondem normas de direito fundamental que as conferem, que nada mais são que as tantas vezes referidas **normas associadas**.¹⁰⁰⁵

O enfeixamento e a associação de normas são, pois, fenômenos jurídico-fundamentais mutuamente implicados, como Alexy explicita na seguinte frase: “À reunião de um feixe de posições num direito fundamental corresponde, pois, a associação de um feixe de normas a uma determinação de direito fundamental.”¹⁰⁰⁶

Com o exemplo do caso decidido pelo TCF, da lei provisória de uma lei geral de ensino superior integrado da Baixa Saxônia,¹⁰⁰⁷ Alexy mostrou que a **descrição** que o julgado faz de uma relação entre meios e finalidades e a **fundamentação** que daí extrai findam por estabelecer a própria **formulação** do direito a ações do estado no sentido de organização de espaço necessário para possibilitar o exercício da livre atividade científica. Essa **relação entre formulação do direito e fundamentação** é tomada por Alexy como prova da operação de associação de normas de direito fundamental a disposições em geral mais abstratas, como a da liberdade de atividade de ensino. Alexy diz expressamente que, no enunciado que o tribunal assentou na decisão do caso, “(...) a formulação do direito está unida com sua fundamentação.”¹⁰⁰⁸

Além da variedade desses elementos reuníveis num feixe, segundo Alexy são relevantes as **relações** que existem entre tais elementos (normas e posições): (1)

¹⁰⁰⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 224-228.

¹⁰⁰⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 224. No original: “*Der Zusammenfügung eines Bündels von Positionen zu einem Grundrecht entspricht damit die Zuordnung eines Bündels von Normen zu einer Grundrechtsbestimmung.*” (Destaques do próprio autor no original.) Consequentemente, dependendo como se estrutura esse feixe (um direito a algo no sentido negativo ou positivo, mais uma liberdade protegida ou não e certa competência), tem-se um direito mais de defesa ou mais prestacional.

¹⁰⁰⁷ Ver acima, item 1.2.

¹⁰⁰⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 225. No original: *In diesem Satz wird die Formulierung des Rechts mit seiner Begründung verbunden.*

relações de precisção; (2) meio-finalidade; e (3) ponderação. Esta última é a mais importante, não apenas por jogar papel dentro das outras relações (na de precisção ela pode determinar significado, enquanto na relação de meio-finalidade pode determinar seleção e exclusão de finalidades, ou exclusão de meios), mas também por estabelecer a relação entre uma posição *prima facie* e outra definitiva, nos moldes da lei de ponderação.¹⁰⁰⁹

É a relação de ponderação mesma que possibilita conceber que, dentro do feixe de normas e posições integrantes de um dado direito fundamental, também estejam incluídas **posições *prima facie***, ou seja, nela **não** existam somente **posições definitivas**, mas também posições que entrem em colisão com outras posições *prima facie* bem como colidam contra princípios que se refiram a posições jurídicas de indivíduos ou a bens coletivos.¹⁰¹⁰

Daí seguir-se a definição de **direito fundamental como um todo**:

O direito fundamental como um todo é, portanto, um feixe de posições definitivas e *prima facie* que estão enlaçadas umas com as outras pelas três maneiras figuradas [acima] e que estão associadas a uma determinação de direito fundamental.¹⁰¹¹

Alexy destaca que essas relações culminam por atribuir um caráter dinâmico¹⁰¹² à conjunção que se reúne sob um direito fundamental e que, pelo movimento inerente

¹⁰⁰⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 226.

¹⁰¹⁰ A análise da imprescindibilidade da ponderação aguarda o desenvolvimento da teoria das normas e será apresentada no item 6.2.2.3.2.

¹⁰¹¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 227-228. Destaques não constantes do original, cujo teor é o seguinte: *Ein Grundrecht als Ganzes ist deshalb ein Bündel von definitiven und prima facie-Positionen, die auf die drei geschilderten Weisen miteinander verknüpft und einer Grundrechtsbestimmung zugeordnet sind.*

¹⁰¹² Não só Alexy percebeu o caráter institucional, dinâmico, complexo e multinível da teoria dos direitos fundamentais. Niklas Luhmann, ao debater duas teorias de fundamentação de direitos fundamentais – a jusnaturalista (*naturrechtliche*) e a da ciência do espírito (*geisteswissenschaftliche*) – concluiu que, embora persista no seu núcleo a função de limitação do poder do estado, tradicionalmente atribuída aos direitos fundamentais pela concepção jusnaturalista, deve ter suas premissas corrigidas. Isso porque se apoia sobre uma concepção ultrapassada do ponto de vista de uma teoria da comunicação, pois ainda faz pressupor o antagonismo estado-cidadão, tratando como regra aquilo que é um caso-limite, que é o conflito direto dentro de um sistema fechado, onde um superior é sempre e totalmente superior, devendo ser colocado dentro de limites pelo direito. Aquela concepção, segundo Luhmann, não descreve completamente a função do direito fundamental, que vai além de questões de poder e, especificamente, da defesa do indivíduo contra um estado poderoso. Luhmann cogita de relações em que os adversários

àquelas relações, o faz arrancar da posição estática que predominaria se no feixe somente houvesse posições definitivas; essa dinamicidade o coloca, ainda em conexão com o entorno normativo.¹⁰¹³

Com isso se ganha em riqueza explicativa, mas também em complexidade, porquanto a controvérsia sobre o que resulta ser o objeto de certo direito fundamental se transfere para a controvérsia sobre quais **posições** se podem associar a certa determinação fundamental, em outras palavras, quais normas associadas têm lugar em relação a certo texto constitucional; por fim, a controvérsia passa para o âmbito do procedimento e das regras segundo as quais se processa essa associação. Isso diz tanto com questões sobre interpretação, como sobre argumentação jurídica.

Além disso, os olhos se voltam também para a ponderação: Se ela está à base do conceito fundamental como um todo, como se estrutura normativamente esse conceito?

Essa é a tarefa da teoria dos princípios.

6.2.2.3. Do aspecto estrutural da teoria da NDFA

6.2.2.3.1. Considerações gerais

A união de características marcantes dos direitos fundamentais conduz à necessidade de aparelhar estruturalmente a teoria da norma de direito fundamental com vista à sua aplicabilidade: (1) a fundamentalidade (formal e material) do direito fundamental; (2) o alto grau de indeterminação das suas disposições; e (3) a necessidade de uma força aglutinadora para a unidade do conceito de direito fundamental como um todo.

podem ser mutuamente e ao mesmo tempo fortalecidos por meio de instituições, dentre as quais encontram-se os direitos fundamentais, que não somente protegem o indivíduo em face do estado, como também estruturam ao mesmo tempo o entorno da burocracia estatal de uma maneira que firma a subsistência do estado como subsistema da sociedade e, no conjunto, possibilita uma atividade comunicativa mais eficaz e de mais forte influência. Cfr. LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution: ein Beitrag zur politischen Soziologie*. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1999, S. 38-52. Deve ser observado, porém, que importantes diferenças entre a teoria de Alexy (e.g., em ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 419) e de Luhmann existem e são mostradas neste trabalho (item 3.2.4.2.5.2.).

¹⁰¹³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 228.

Na junção dessas peculiaridades, aflora novo elemento, tão propício à controvérsia como aquelas, o qual mobilizará a estruturação necessária no plano das normas: o fenômeno da colisão, que tem como efeito a ineludibilidade da ponderação.

6.2.2.3.2. Da indesviabilidade da ponderação na interpretação

Uma das características peculiares da NDFA, enquanto regra de solução de caso, consiste na sua intrínseca ligação com a interpretação e, através desta, com a ponderação. Trata-se de um pareamento deveras complicado: ponderação e formação de regra.

O elo de união desses elementos aparentemente inconciliáveis consiste numa característica particular apontada por Alexy na interpretação dos direitos fundamentais, que é a indesviabilidade da ponderação, por força do chamado **caráter duplo** das determinações de direito fundamental, num primeiro momento, e das próprias normas, num segundo. Ou seja, as normas de direito fundamental também têm caráter de princípio e entram em **colisão** com princípios em contrário.¹⁰¹⁴ Essa colisão torna necessário o procedimento de ponderação, a ser realizado de acordo com o princípio da proporcionalidade, uma vez que este “(...) pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionados por ponderação”.¹⁰¹⁵

É a colisão que justifica a adoção de um modelo normativo com distinção de níveis: um **nível** de regras e um **nível** de princípios. O caráter duplo das **determinações** de direito fundamental e a distinção feita levam a que das determinações de direito

¹⁰¹⁴ Alexy afirmou, em nota de pé de página, o seguinte: “Isso significa que, no modelo regra/princípios a dedução não é desalojada pela ponderação. Ao contrário, nele ambas são unidas entre si.” ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 157, Fn. 252. No original: *Dies bedeutet, dass im Regel/Prinzipien-Modell die Deduktion durch Abwägung nicht verdrängt wird. Vielmehr werden beide in ihm verbunden*. Sobre a relação entre a subsunção e a necessidade de argumentação nos casos difíceis, veja-se acima o item 3.2.4.2.4. Sobre a indispensabilidade da subsunção, veja-se adiante o estudo específico e aprofundado para a NDFA no item 8.5.

¹⁰¹⁵ ALEXY, Robert. Apresentação. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 12.

fundamental (*Grundrechtsbestimmungen*) possam ser estatuídas duas espécies de normas, regras ou princípios.¹⁰¹⁶

Portanto, no âmbito da estatuição, há caráter duplo; na interpretação é que se determinará a regra ou o princípio. Outra coisa é que a **própria norma** de direito fundamental (não a determinação) seja, durante o processo de interpretação, construída de forma tal que os dois planos estejam acoplados, como acontece quando na formulação de uma norma de direito fundamental é inserida uma cláusula de barreira relacionada a princípio e com isso à ponderação. Uma norma assim, embora tenha, através da inserção de uma cláusula de barreira ligada a princípios opostos, uma cláusula relacionada à ponderação, tem um caráter de regra.¹⁰¹⁷

Como essa possibilidade é inerente à atividade de interpretação, através do procedimento de associação de normas às determinações contidas no texto constitucional de forma em geral muito abstrata, aberta e ideologizada,¹⁰¹⁸ Alexy chega a afirmar que **as normas** de direito fundamental – ou seja, **todas** elas – têm um caráter duplo como regras ou princípios. Isso explica que a interpretação semântica (teor literal) e a genética têm seu valor, mas não são unicamente determinantes da solução do caso de direito fundamental; o seu valor reside em impor um ônus de argumentação para quem, através da adução de princípios com efeito de exceção, introduz razões em contrário.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 122-125. Na mesma linha: PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição constitucional tributária*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 21-22: “A importância do processo interpretativo na definição da espécie normativa e seu conteúdo é inquestionável, podendo, como já referido, um mesmo enunciado ser utilizado como regra e como princípio, em contextos normativos e fáticos distintos. A definição encontra-se no plano do significado, estando dentro da esfera de atuação do operador do direito ou seu intérprete (...)”. Registre-se, contudo, que a definição da norma, ora como regra, ora como princípio – e não ao mesmo tempo – está no significado deontológico.

¹⁰¹⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 156.

¹⁰¹⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 501. Em outra passagem, Alexy deixa claro o que significa o duplo caráter das **normas** de direito fundamental, que ele explica assim: “Acima foi exposto que as normas de direito fundamental têm um caráter duplo, o que significa, entre outras coisas, que às determinações de direitos fundamentais tanto regras como princípios devem ser associados.” No original: *Oben wurde dargelegt, dass die Grundrechtsnormen einen Doppelcharakter haben, was u.a. heisst, dass den Grundrechtsbestimmungen sowohl Regeln als auch Prinzipien zuzuordnen sind.* (Idem, S. 227.)

¹⁰¹⁹ Alexy cita, para ilustrar esse tema, caso em que o TCF decidiu em divergência com o texto da LF, mas por meio da adução de graves razões constitucionais em contrário. Trata-se da decisão sobre farmácias (Apothekenurteil, BVerfGE 7, 377), na qual, a despeito do teor literal do art. 12, alínea 1, frase 1, da LF, a liberdade de eleição de profissão foi subordinada à reserva de regulamentação do art. 12, alínea 1, frase 2. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S.

Com isso, a própria estrutura das normas de direito fundamental e o conceito de direito fundamental como um todo impõem – além de pressuporem – a necessidade da ponderação na interpretação.

A indesviabilidade da ponderação foi também claramente mostrada por Alexy quando descreveu as características dos direitos humanos como direitos abstratos, ou seja, pela circunstância de que neles há necessidade de limitação ou colocação de barreiras por direitos de outros ou bens coletivos, também carentes de proteção. Pontifica Alexy: “Qual limitação é admissível pode, em último lugar, ser determinado somente por ponderação. A aplicação dos direitos do homem em casos concretos pressupõe, com isso, ponderações.”¹⁰²⁰

A ponderação é descrita, assim, como passagem forçada entre direitos com forte conotação ideal e sua concretização em direitos fundamentais de conteúdo igual, organizada pelo estado e imposta por suas instituições situadas na história.

Ela é, em outros termos, **intrinsecamente discursiva** e, nessa medida, imprescindível e ao mesmo tempo carente de determinações ulteriores no plano dos procedimentos e das pessoas:

Ponderação é discursiva, porque na ponderação sentenças sobre intensidades de intervenção, pesos abstratos e graus de segurança são enlaçados um com os outros com a pretensão de correção. Discursos práticos são tão-pouco possíveis sem ponderação como constitucionalismo sem direitos fundamentais e jurisdição constitucional.¹⁰²¹

Em recente escrito, Alexy insiste em que a necessidade da ponderação constitui um dos aspectos cruciais de sua biografia e um ponto de viragem entre a obra inicial – a “Teoria da argumentação jurídica” – e a “Teoria dos direitos fundamentais”.¹⁰²² Porém, para que ela possa desempenhar a sua insubstituível função metodológica para os

503. A propósito, veja-se a dificuldade enfrentada pelo STF no julgamento do caso do tratamento jurídico das uniões homoafetivas, decisão cuja análise pode ser compulsada neste trabalho sob o item 10.3.1.

¹⁰²⁰ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 48.

¹⁰²¹ Cfr. ALEXY, Robert. Apresentação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 16.

¹⁰²² Cfr. ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has changed over the years*. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012.

direitos fundamentais, há de ser racional: “A ponderação é um método apropriado e indispensável para se determinar o conteúdo definitivo dos direitos fundamentais somente se for racional.”¹⁰²³

A tarefa de promover a racionalidade do ponderar está assinada, como leciona Alexy, às leis da colisão de princípios e da ponderação, que expressam a atuação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, bem como à fórmula do peso, que fornece uma estrutura mais acurada para a lei de ponderação.

Porém, o princípio da proporcionalidade ainda demanda a explicitação da estrutura da norma de direito fundamental.

6.2.2.3.3. Da explicitação da estrutura das normas: teoria dos princípios

Há mais de um argumento em Alexy para justificar a necessidade de uma estruturação das normas contendo princípios e regras.¹⁰²⁴

A teoria dos princípios ingressa como a segunda decisão crucial que se tem a tomar em face do fenômeno da colisão dos direitos fundamentais: logo depois de decidir se eles são direitos, trata-se de saber e definir **como** eles se apresentam enquanto direito.¹⁰²⁵

Quando abordou o chamado argumento de princípio, Alexy sustentou que este é determinado pela pretensão de correção, como acima demonstrado, e que a sua base forma a distinção entre regras e princípios.¹⁰²⁶ Aduziu ser exigência da pretensão de correção que se faça a ponderação sempre que ela for possível, o que somente é viável

¹⁰²³ Cfr. ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has changed over the years*. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012, p. 8. No original: *Balancing is a suitable and indispensable method for determining the definitive content of constitutional rights only if it is rational*.

¹⁰²⁴ Alguns já foram colacionados acima, em diferentes momentos da exposição, haja vista a relevância do tema e sua conexão com vários outros. Citem-se os itens 3.2.11., que aborda a argumentação, e 3.2.9., que trata de resultados do estudo da filosofia prática com vista à filosofia do direito.

¹⁰²⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social*. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 64.

¹⁰²⁶ Sobre o afloramento e a importância dos argumentos de princípio, ver retro itens 2.3.8. (Dworkin) e 3.2.6. (Alexy).

pelo único objeto possível da ponderação, que são os princípios; logo, esses fazem parte do direito, junto com a pretensão de correção.¹⁰²⁷

Nesse argumento, portanto, deriva-se da própria pretensão da correção a necessidade da ponderação e, desta, a imprescindibilidade dos princípios enquanto elementos do direito. Daí segue-se que pelo menos alguma norma deva contê-los. Porém, Alexy vai mais longe: os princípios formam não somente os fundamentos das regras antigas, ou seja, já consolidadas e positivadas, como também das novas.

Como porém, estruturar essa convivência entre aquilo que está dado como definitivamente devido e aquilo que está na sua base, ou o inspira, move e direciona?

Para análise da **estrutura** das normas de direito fundamental, a teoria de Alexy sustenta um modelo regras/princípios baseado numa relação crucial entre **regras** e **princípios**, representando uma rearticulação e melhoramento das propostas teórico-normativas anteriores, como as de Kelsen, Hart e Dworkin.

Nessa relação de princípios e regras, destacam-se os aspectos em comum, assim como os que as diferenciam. O autor diz que a **distinção** entre os dois tipos fundamentais de normas é um pilar do edifício da teoria dos direitos fundamentais, por duas ordens de razões: (1) ela constitui “(...) uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais;”¹⁰²⁸ e (2) também representa o “(...) vigamento de uma teoria material-normativa dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida da resposta à pergunta pela possibilidade e pelos limites da racionalidade no domínio dos direitos fundamentais.”¹⁰²⁹

¹⁰²⁷ Cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 36 ss.

¹⁰²⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 71. No original: *Diese Unterscheidung ist die Grundlage der Theorie des grundrechtlichen Begründens und ein Schlüssel zur Lösung zentraler Probleme der Grundrechtsdogmatik*. Cfr. também ALEXY, Robert. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 177-212.

¹⁰²⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 71. No original: *Die Unterscheidung zwischen Regel und Prinzipien bildet zudem das Rahmenwerk einer normativ-materialen Theorie der Grundrechte und damit einen Ausgangspunkt der Antwort auf die Frage nach der Möglichkeit und den Grenzen der Rationalität im Bereich der Grundrechte.*”

Num texto relativamente recente, por exemplo, Alexy abordou indiretamente a matéria sob o título da construção dos direitos fundamentais, tendo por enfoque o que chamou de **construção de princípios** dos direitos fundamentais: “(...) pode-se tanto falar de uma teoria dos princípios dos direitos fundamentais, como também de sua construção de princípios (...)”.¹⁰³⁰

Nessa manifestação, construção de princípios vem definida como tentativa de resolver problemas da dogmática dos direitos fundamentais por meio do tratamento dos direitos fundamentais como princípios, ou seja, como mandamentos de otimização, e tem por núcleo a necessária interconexão entre direito fundamental e proporcionalidade.

Entre seus problemas, os mais diretamente concernentes à NDFA, ainda que isso não seja mencionado expressamente, são os **teórico-interpretativos**, exemplificados pelas seguintes questões: (1) se e como a construção de princípios pode ser fundamentada como interpretação dos direitos fundamentais de um catálogo juspositivo de direitos fundamentais; e (2) se uma validade universal da construção de princípios ou da construção de proporcionalidade se deixa apresentar, ou ela, na melhor das hipóteses, pode vir a receber aplicação aqui e ali.

O conjunto de problemas teórico-interpretativos é resumido, diferentemente, como indagação quanto à correção interpretativa da construção de princípios, ou seja, trata-se de “(...) objeções teórico-interpretativas, nas quais se trata de se e como pode ser fundamentado que a construção de princípios é a correta interpretação de um catálogo jurídico-positivo de direitos fundamentais.”¹⁰³¹

¹⁰³⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Die Konstruktion der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 10. No original: (...) – man kann hier sowohl von der Prinzipientheorie der Grundrechte als auch von deren Prinzipienkonstruktion sprechen – (...).

¹⁰³¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Die Konstruktion der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 13. No original: Bei ihnen [interpretationstheoretischen Einwände] geht es um die Frage, ob und wie die Prinzipienkonstruktion als Interpretation der Grundrechte eines positivrechtlichen Grundrechtskatalogs begründet werden kann.

Ao discutir critérios de distinção tradicionais, Alexy afasta algumas confusões e afirma o **caráter normativo dos princípios** sem titubeios:

Tanto regras como princípios são normas porque ambos dizem o que é devido. Ambos podem ser formulados com ajuda das expressões deonticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Os princípios, assim como as regras, são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda quando sejam razões de um tipo diferente. A diferença entre regras e princípios é, pois, uma diferença entre duas espécies de normas.¹⁰³²

O caráter normativo dos princípios¹⁰³³ é decisivo para que se possa cogitar da existência de NDFAs, porquanto a sua normatividade decorre daqueles. Também é relevante para o conceito da norma associada a distinção entre princípios e regras, uma vez que, segundo aquele conceito, ao final do procedimento de ponderação se apresenta uma norma com caráter de regra.

Não é nada trivial – ao contrário, pleno de consequências – decidir-se por uma teoria estrutural dos direitos fundamentais que advogue o caráter normativo dos princípios.¹⁰³⁴ Como ensina Borowski, é preciso decidir se é preferível, dentro de tal teoria dos princípios, interpretar as determinações de direitos fundamentais de tal modo que sejam asseguradas por princípios, indagação que há de ser feita e respondida individualmente em relação a cada determinação de direito fundamental.¹⁰³⁵

Assentada a normatividade dos princípios, resta indagar sobre a distinção destes em relação às outras normas, ou seja, as regras. Alexy, tomando por ponto de partida a tese de Dworkin,¹⁰³⁶ desenvolve-a quanto aos critérios de **distinção** entre princípios e

¹⁰³² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 72. No original: *Sowohl Regeln als auch Prinzipien sind Normen, weil beiden sagen, was gesollt ist. Beide lassen sich mit Hilfe der deontischen Grundaussprüche des Gebots, der Erlaubnis und des Verbots formulieren. Prinzipien sind ebenso wie Regeln Gründe für konkrete Sollensurteile, wenn auch Gründe sehr verschiedener Art. Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien ist also eine Unterscheidung zwischen zwei Arten von Normen.*

¹⁰³³ Veja-se adiante (itens 6.2.2.4.2.1. e 6.2.2.4.2.2.) a discussão desse tema.

¹⁰³⁴ Compare p. ex. 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 Press, 2012, (173-200), p. 178. Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 7 to Jan Henrik Klement*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 335-337.

¹⁰³⁵ Cfr. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 69. No original: *In der Prinzipientheorie der Grundrechte wird daher die Frage gestellt, ob es vorzugswürdig ist, Grundrechtsbestimmungen dahingehend auszulegen, dass sie von Prinzipien gewährt werden. Im Grundsatz muss diese Frage für jede einzelne Grundrechtsbestimmung einzeln beantwortet werden.*

¹⁰³⁶ Dworkin afirma que a distinção entre regras e princípios é de natureza lógica (*logical distinction*), relacionada à distinta forma como valem e se aplicam, a qual implica uma outra, acerca da diferença

regras, tendo por determinante a diferente estrutura lógica e não o grau de generalidade.¹⁰³⁷

Daí fazer sentido falar-se que a teoria das normas de Alexy perfilha uma **tese da separação**,¹⁰³⁸ a qual se pauta em vários critérios de distinção e afirma uma diferença de **qualidade** entre regras e princípios,¹⁰³⁹ cujo alcance não se confina nos limites dos direitos fundamentais.¹⁰⁴⁰

quanto à dimensão do peso, que só os princípios possuem. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 24 ss.

¹⁰³⁷ Segundo Alexy, a tese da separação defendida por Dworkin, centrada na estrutura lógica totalmente diversa das espécies normativas, é a rigorosa ou estrita (*strenge*), que se opõe tanto à da separação fraca – categorizada como aquela que sustenta ser a diferença exclusivamente de grau, ainda que regras e princípios possam ser distinguidos do ponto de vista lógico – como também à da concordância, que nega diferenças lógicas entre as espécies referidas. Por isso, Alexy considera que os critérios de distinção dworkianos não são de grau, mas estritamente classificatórios (*strikt klassifikatorisch*). Cfr. ALEXY, Robert. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 182 ff. Compare: ALEXY, Robert. Sobre o conceito do princípio de direito. In: _____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 137-161. A diferença entre regras e princípios para Dworkin, portanto, pode ser considerada de qualidade, ao invés de quantidade (grau de generalidade).

¹⁰³⁸ Essa tese não se confunde com a de Dworkin, pois contém sofisticções, como a adição de novos critérios, mostrados acima no texto. Quanto às discrepâncias acerca da conformação da tese de separação, veja-se ainda a posição de Borowski, o qual distingue dois tipos: a estrita e a débil. Explica o autor: *Según la tesis de la separación estricta, existe una diferencia lógica entre reglas y principios. Los principios contienen un deber prima facie, las reglas un deber definitivo. Cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales*. Cfr. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 47 ss. A separação fraca é assim distinguida da indistinção: *Según la tesis de la separación débil solo existe una diferencia de grado, mientras que para la tesis de la tesis de la correspondencia no existe diferencia estructural-normativa alguna*. (Idem, p. 48, nota 58.)

¹⁰³⁹ Ao tratar especificamente do tema para fins de teoria da norma do direito fundamental, Alexy dividiu três teses acerca da relação entre regras e princípios: a primeira consiste em afirmar que deve fracassar qualquer intento de reunir em duas classes as normas existentes, haja vista a grande variedade, de modo que entre elas há muito mais uma semelhança de família; a segunda tese defende que possa haver reunião em duas classes, mas a diferença entre estas é apenas de grau; a terceira tese, que Alexy endossa, sustenta que a diferença é de qualidade, porque existe um critério que permite distinguir entre regras e princípios. A adesão à tese da diferença de qualidade foi expressa: “A terceira tese diz que entre regras e princípios existe não apenas uma diferença gradual, mas uma **qualitativa**. Essa tese está correta.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 75. No original: *Die dritte These sagt, dass zwischen Regeln und Prinzipien nicht bloss ein gradueller, sondern ein qualitativer Unterschied bestehe. Diese These ist richtig*. (Destaque já constante do original.) Em “Direito, Razão, Discurso”, cogita expressamente da possibilidade de uma tese de separação fraca atenuada, em compatibilidade com uma tese da separação rigorosa, no sentido de afirmar que a diferença entre regras e princípios não só, mas frequentemente também é uma diferença de grau de generalidade. Cfr. ALEXY, Robert. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 183, Fn. 39

¹⁰⁴⁰ Borowski expressamente o afirma: “A interpretação das normas, ou como regras, ou como princípios, não é, de modo algum, circunscrita à dogmática dos direitos fundamentais. Cada norma jurídica, seja qual for o seu conteúdo, nível hierárquico e campo jurídico, pode ser examinada em vista de que apresente ou uma regra ou um princípio. A classificação como regra ou princípio é resultado de uma interpretação ou explicação da correspondente determinação cujo significado é a norma em questão.” Cfr. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 69. No original: *Die Deutung von Normen als Regeln oder Prinzipien ist aber keineswegs auf die Grundrechtsdogmatik*

Com efeito, enquanto **princípios** são mandamentos de otimização¹⁰⁴¹ que podem ser cumpridos de modo diferente e cuja medida de cumprimento depende de possibilidades reais (fáticas) e jurídicas dadas (os princípios e regras opostos), **regras** são normas que só podem ser ou cumpridas ou não cumpridas, por conterem todas as determinações necessárias ao cumprimento ou não cumprimento no âmbito do fática e juridicamente possível.¹⁰⁴²

A ideia de que a regra contém **fixações** fático-jurídicas mais precisas auxilia a compreender um ponto central da teoria dos princípios e da tese da separação (*Trennungsthese*) entre regras e princípios, que tem a ver com o conceito de dureza das normas, por um lado, e com a necessidade de maior aprofundamento da tarefa interpretativa para dentro do âmbito da ponderação, por outro.

As fixações constitucionais vinculam o legislador e o intérprete na medida em que assumam a forma de regras.¹⁰⁴³

A relevância desse aspecto levou Sieckmann a nele vislumbrar um parâmetro de distinção entre os dois tipos de normas, atribuindo a categorização de regras exclusivamente àquelas dotadas de conteúdo de fixação integral e de princípios às demais normas, tanto as carentes de conteúdo de fixação como as providas em parte.¹⁰⁴⁴

begrenzt. Jede Rechtsnorm, gleich welchen Inhalts, welcher Rangstufe und in welchem Rechtsgebiet, kann daraufhin untersucht werden, ob sie eine Regel oder ein Prinzip darstellt. Die Einstufung als Regel oder Prinzip ist Ergebnis einer Interpretation oder Auslegung der betreffenden Bestimmung, deren Bedeutung die fragliche Norm ist.

¹⁰⁴¹ Ou, dito de forma menos propensa ao surgimento de equívocos quanto à natureza do princípio da proporcionalidade, “mandamentos a serem otimizados”, cf. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 37. Sobre a questão do exato sentido dessa otimização em Alexy e da limitação de sua aplicação em modelos de argumentação, veja adiante, item 6.2.2.4.2.3.2.

¹⁰⁴² A liberdade do intérprete quanto ao conteúdo fixado é cortada a partir do momento em que se verifica que a regra vige. Diz Alexy: “Quando uma norma vale, então é ordenado fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Com isso, regras contêm fixações no espaço do fática e juridicamente possível.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 76. No original: *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 tatsächlichen und rechtlichen Möglichen.*

¹⁰⁴³ Sobre a vinculatividade e a associação a fixações constitucionais, ver item 4.2.2.

¹⁰⁴⁴ Cfr. SIECKMANN, Jan-R. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, S. 69; BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 101.

Para tanto, distinguiu no conceito de **fixação** dois possíveis significados: (1) puramente epistêmico; e (2) normativo. A caracterização desses significados acha-se na seguinte transcrição:

Fixações podem, pois, ter um significado puramente epistêmico ou normativo. Dois conceitos de regra lhes correspondem. Uma fixação puramente epistêmica expressa uma norma que, com base em propriedades semânticas assim como em suas relações com respeito aos princípios que estão em questão, é de ser classificada como regra. A sua propriedade de regra repousa em que ela concretiza (completamente) princípios. Uma fixação normativa, diversamente, possui uma validade independente dos princípios que ela concretiza. Ela vale de qualquer modo também com base em um ato de estatuição.¹⁰⁴⁵

Borowski entende, por seu turno, que, embora haja de fato importante diferença quanto ao conteúdo de fixação entre regras e princípios, não parece suficiente o critério oferecido por Sieckmann, já que transforma em princípios regras que contém apenas uma parte de conteúdo a ser ainda determinado.¹⁰⁴⁶

À parte das divergências mencionadas, é certo que o conteúdo de fixação se faz imprescindível para uma função que é essencial àquela regra em particular sob exame, que é a NDFA, a saber, a possibilidade de subsunção do caso dado. Efetivamente, a subsunção depende da presença de fixações, como ensina Borowski: "Uma subsunção, a

¹⁰⁴⁵ Cfr. SIECKMANN, Jan-R. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, S. 70. No original: *Festsetzungen können also eine rein epistemische oder eine normative Bedeutung haben. Dem entsprechen zwei Regelbegriffe. Eine rein epistemische Festsetzung drückt eine Norm aus, die aufgrund semantischer Eigenschaften sowie ihrer Beziehungen zu den in Frage stehenden Prinzipien als Regel zu klassifizieren ist. Ihre Regeleigenschaft beruht darauf, dass sie Prinzipien (vollständig) konkretisiert. Eine normative Festsetzung besitzt demgegenüber eine von den Prinzipien, die sie konkretisiert, unabhängige Geltung. Sie gilt jedenfalls auch aufgrund eines Setzungsaktes.* Sieckmann oferece como exemplo de fixação puramente epistêmica o juízo teórico-científico que contenha afirmações sobre relações de precedência entre princípios; para exemplo da fixação normativa aduz aquela regulamentação legislativa que estabeleça configuração de princípios constitucionais colidentes. (Idem, S. 69-70.)

¹⁰⁴⁶ Nesse tópico, Teike concorda com Borowski ao sustentar que o conteúdo de fixação não basta para distinguir regras de princípios. Diz Teifke: "Segundo a opinião acertada de Borowski, uma norma não pode ser classificada somente com base no seu conteúdo de fixação como regra ou princípio. Sem dúvida, uma norma com conteúdo de fixação completo é sempre uma regra, e uma norma sem conteúdo de fixação sempre é um princípio. (S. 85.) Normas com conteúdo de fixação parcial, porém, podem ser ou uma regra ou um princípio. Uma e mesma proposição normativa pode ser interpretada tanto como regra no sentido de uma norma meramente dependente de ponderação com conteúdo de fixação parcial, como também como princípio no sentido de uma norma com conteúdo de fixação parcial que, na ponderação necessária, deve, ela própria, ser considerada como fundamento. A diferença decisiva consiste, por isso, na questão se a norma mesma mostra a dimensão do peso e deve ser colocada em ponderações. (S. 87.)" Cfr. TEIFE, Niels. *Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental*. Trad. Roberto José Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 173, nota de pé de página n. 5.

forma de aplicação das regras, não pode ser executada à falta de conteúdo de fixação.”¹⁰⁴⁷

Um conteúdo de fixação pode ser considerado completo, segundo Borowski, exatamente quando possibilita a decisão de um caso por uma norma sem necessidade de remissão a outras fixações normativas.¹⁰⁴⁸

No caso da NDFA, essa completude do conteúdo de fixação se revela determinante:

Uma norma que nasce como resultado da ponderação, em conformidade à lei da colisão, no caso da solução de uma colisão de princípios, exibe conteúdo de fixação completo se todos os princípios colidentes forem introduzidos na ponderação e todas as condições fáticas relevantes da colisão C tiverem sido consideradas.¹⁰⁴⁹

Um aspecto de grande relevância para o objeto ora sob estudo consiste na distinção entre princípios e regras quanto à forma em que se podem **contradizer** e como se soluciona a contradição resultante: (1) no **conflito de regras** há uma questão sobre **validade**, na medida em que se não se puder abrir uma exceção uma regra invalida a outra que lhe é contraditória, pois ambas não podem valer ao mesmo tempo; (2) já na **colisão de princípios**, não se cogita da dimensão da validade (ambos seguem válidos), mas sim de **peso**; a contradição não se soluciona com abertura de exceções ou com a invalidação, mas sim estabelecendo-se, concretamente, uma **relação de precedência condicionada**.¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁷ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 102. No original: *Eine Subsumtion, die Anwendungsform von Regel, kann mangels Festsetzungsgehalt nicht durchgeführt werden.*

¹⁰⁴⁸ Esclarece Borowski: “O conteúdo de fixação de uma norma não está, ainda, completo, se a decisão de um caso não pode ser feita por uma norma sem fixações normativas (ulteriores).” Cfr. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 99. No original: *Der Festsetzungsgehalt einer Norm ist dann nicht vollständig, wenn ein Fall durch die Norm nicht ohne (weitere) normative Festsetzungen entschieden werden kann.*

¹⁰⁴⁹ Cfr. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 99. No original: *Eine Norm, die als Abwägungsergebnis gemäss dem Kollisionsgesetz im Fall der Lösung einer Prinzipienkollision entsteht, weist vollständigen Festsetzungsgehalt auf, wenn alle kollidierenden Prinzipien in die Abwägung eingestellt werden und alle relevanten tatsächlichen Umstände der Kollision C berücksichtigt wurden.*

¹⁰⁵⁰ Interessa registrar aqui que até mesmo Böckenförde, que em geral opõe sérias ressalvas à teoria alexyana dos princípios, aceita o conceito de relação de precedência condicionada sustentado por aquela. Diz Böckenförde: “Tem de ser encontrada, como Alexy demonstrou, uma relação de precedência condicionada referida ao caso concreto. E isso conduz à proporcionalidade.” Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik.*

A **lei de colisão K** (*Kollision*) diz que: “(K’) As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o tipo (*Tatbestand*) de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que precede.”¹⁰⁵¹ Procede-se, no caso de colisão, mediante **ponderação**, cujos resultados são NDFAs, com caráter de regra sob a qual pode ser subsumido o caso.

Outra grande diferença entre **regras e princípios** diz com o seu diferente **caráter *prima facie***, e está na raiz da possibilidade de associação de normas de direito fundamental.

Com efeito, os princípios contêm mandamentos apenas *prima facie*, pois para valer definitivamente ainda dependem do exame de possibilidades fáticas e jurídicas; eles carecem de conteúdo de determinação com respeito a princípios em contrário e possibilidades fáticas. As regras, diversamente, têm um caráter *prima facie* basicamente mais forte, pois elas contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.¹⁰⁵² Se não se tratassem os princípios como razões *prima facie*, não se poderia ingressar numa ponderação com princípios contrários.

Mais uma diferença entre princípios e regras se localiza na sua discrepante natureza como **razão**. Enquanto as regras são **razões definitivas**, salvo a introdução de

In: _____. *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 214. No original: *Es muss, wie Alexy dargelegt hat, eine bedingte Vorrangrelation, bezogen auf den konkreten Fall, gefunden werden. Und dies führt zur Verhältnismässigkeit*.

¹⁰⁵¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 72. No original: *(K’) Die Bedingungen, unter denen das eine Prinzip dem anderen vorgeht, bilden den Tatbestand einer Regel, die die Rechtsfolge des vorgehenden Prinzip ausspricht*. Essa, no entanto, é a formulação que Alexy reputa menos precisa. Ele oferece uma redação mais acurada para essa lei com o seguinte teor: “(K) Quando o princípio **P¹** precede ao princípio **P²** sob as condições **C**: (**P¹** **P²**) **C**, e quando de **P¹** resulta sob as condições **C** a consequência jurídica **R**, então vale uma regra que contém **C** como tipo e **R** como consequência jurídica: **C** → **R**.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 83. No original: *(K) Wenn das Prinzip P¹ dem Prinzip P² unter den Umständen C vorgeht: (P¹ P²) C, und wenn sich aus P¹ unter den Umständen C die Rechtsfolge R ergibt, dann gilt eine Regel, die C als Tatbestand und R als Rechtsfolge enthält: C → R*.

¹⁰⁵² Embora possam ter o seu caráter definitivo afastado pela introdução de cláusula de exceção sobre a base de um princípio, ainda assim o caráter *prima facie* das regras é diferente do dos princípios, já que para poder introduzir uma exceção com base num princípio é preciso desviar dos chamados **princípios formais**, que são aqueles princípios que estabelecem maior dureza ao ordenamento, ou seja, que dispõem que as regras impostas por uma autoridade legítima por isso têm de ser seguidas e não se deve apartar-se delas sem fundamento em uma prática transmitida. Também alguns princípios podem ganhar maior força *prima facie*, se lhes é acrescentada uma carga de argumentação (exemplo, em favor de bens individuais). De qualquer modo, o caráter *prima facie* das regras é basicamente diferente e essencialmente mais forte que o dos princípios.

uma exceção, os princípios nunca são razões definitivas; ao contrário, sempre são **razões *prima facie*** e, em si mesmos, só estabelecem direitos *prima facie*.

A distinção está explicitada no seguinte excerto:

Por isso, pode dizer-se que sempre que um princípio é, em seu resultado, uma razão básica para um juízo concreto de dever-ser, este princípio é uma razão para uma regra que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto de dever-ser. Os princípios mesmos nunca são razões definitivas.¹⁰⁵³

Além do caráter *prima facie* geral dos princípios enquanto razões, entre os próprios princípios pode haver diferenças sobre como se apresenta e se ordena esse caráter *prima facie*. Trata-se da possibilidade de que princípios sejam classificados em materiais e formais.

Princípios formais são aqueles que, segundo Alexy, conferem ao ordenamento maior dureza, na proporção em que reforçam o caráter *prima facie* de suas regras, de modo a impedir que, sem uma boa razão, seja abandonado ou obviado o que está posto por autoridade legítima ou assentado por uma práxis transmitida.¹⁰⁵⁴ Somente com base neles é que se pode fundamentar um efeito de vinculação à constituição que seja adequado, isto é, racional.¹⁰⁵⁵ Isso implica introduzir vetores para a ponderação, ou seja, fatores de limitação do espaço de liberdade de atuação do tribunal.¹⁰⁵⁶

O ingresso de princípios formais no procedimento de associação ocorre, uma vez que às determinações de direito fundamental expressas no texto constitucional podem associar-se não somente posições materiais, mas também **formais**, a exemplo da que exige que qualquer intervenção no direito fundamental seja levada a termo dentro da

¹⁰⁵³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 92. No original: *Es kann daher gesagt werden, das immer dann, wenn ein Prinzip ein im Ergebnis tragender Grund für ein konkretes Sollensurteil ist, dieses Prinzip ein Grund für eine Regel ist, die einen definitiven Grund für dies konkrete Sollensurteil darstellt. Prinzipien als solche aber sind niemals definitive Gründe.*

¹⁰⁵⁴ Alexy assim se expressa: “Quanto mais peso em um ordenamento jurídico se dá a princípios formais, tanto mais forte é o caráter *prima facie* de suas regras.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 89. No original: *Je mehr Gewicht in einer Rechtsordnung formellen Prinzipien gegeben wird, desto starker ist der prima facie-Charakter ihrer Regeln.*

¹⁰⁵⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 7 to Jan Henrik Klement*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 337. No original: *(...) it is only by means of formal principles that an adequate binding effect, that is, a reasonable binding effect, can be achieved.*

¹⁰⁵⁶ A discussão dos princípios formais quanto à natureza e função será realizada em momento específico, com a perspectiva mais próxima à regulatividade da NDFA, no item n. 9.3.1.

ordem de competências constitucionais, revestida de uma norma suficientemente determinada e produzida de acordo com prescrições procedimentais.¹⁰⁵⁷

Registre-se que há controvérsia importante sobre se e como os princípios formais ingressam na ponderação, o que será abordado adiante, de forma globalizada, na discussão geral da teoria da NDFA no seio da teoria dos princípios.¹⁰⁵⁸

No que tange à natureza da relação entre a **teoria dos princípios** e a **proporcionalidade**,¹⁰⁵⁹ qualifica-se como **necessária**, por resultante de uma relação de implicação recíproca.

A implicação consiste em que os princípios se constituem em mandamentos de otimização que exigem a consideração de possibilidades fáticas e jurídicas; enquanto os subprincípios da **necessidade** e da **idoneidade** se seguem do caráter dos princípios como mandamentos de otimização em relação às possibilidades **fáticas**, a proporcionalidade em sentido estrito (propriamente dito **mandamento de ponderação**)¹⁰⁶⁰ segue-se da relativização (pela colisão dos princípios) com respeito às possibilidades **jurídicas**.

Com força nisso, Alexy sustenta que o princípio da proporcionalidade e, mais especialmente, o mandamento de ponderação, decorre da própria essência (*Wesen*) do direito fundamental, considerando o caráter de princípio das normas de direito fundamental.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 263. De acordo com isso: BOROSWKI, Martin. *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 99-128. Contrariamente, Sieckmann sustenta a necessidade de diferenciar as ponderações entre princípios materiais daquelas outras, entre princípios formais, estabelecendo-as em níveis distintos por força da discrepância dos seus objetos. Cfr. SIECKMANN, Jan-R. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 58-60.

¹⁰⁵⁸ Cfr. adiante, item 9.3.1.

¹⁰⁵⁹ Alexy esclareceu a natureza dos elementos componentes do princípio da proporcionalidade, referidos como subprincípios, quando abordou o tema da otimização. Veja, a propósito, o item 6.2.2.4.2.3.2.

¹⁰⁶⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 100. No original, é utilizada a expressão *eigentliches Abwägungsgebot*, que coincide com a terceira fase da aplicação do princípio *lato sensu*.

¹⁰⁶¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 100. O autor menciona expressamente *Prinzipiencharakter der Grundrechtsnormen*.

Pode-se facilmente dimensionar a quantidade e intensidade das críticas que a teoria dos princípios pode suscitar e, sabidamente, vem inspirando. Trata-se de discussão candente, que ainda demanda uma consideração quanto ao aspecto que liga o conteúdo e a estrutura na aplicação, que é o aspecto lógico-operativo do conceito de norma de direito fundamental.

6.2.2.3.4. Teoria do tipo e barreira

A vantagem da teoria dos princípios de Alexy em relação, por exemplo, à de Hart e à de Dworkin, nos vários aspectos sublinhados e que assumem relevância para a extração de normas de direito fundamental não diretamente estatuídas, não se mostra completa sem a riqueza e funcionalidade proporcionadas pelos aspectos cognitivo e estrutural do conceito de direito fundamental.

Porém, ainda assim é preciso o encadeamento entre um e outro, o que se perfaz através de uma teoria do tipo e de uma teoria sobre a colocação de barreiras aos direitos fundamentais, mediada pelo princípio da proporcionalidade.

Com efeito, a riqueza substancial do conceito de direito fundamental e a operabilidade instrumental da teoria dos princípios precisam de uma sincronização em torno daquilo que, na aplicação do direito fundamental, ingressará no tipo abstrato e, inversamente, do que há de ficar excluído, ou então, recortado por força da colisão de outro direito fundamental. Se, por exemplo, o tipo subjacente ao direito fundamental for pensado de modo excessivamente acanhado, poderá perder antecipadamente em conteúdo e em funcionalidade.

Esse é, também, um ganho da perspectiva pragmática sobre aquela outra exclusivamente semântica da linguagem jurídica. É na dimensão pragmática que se argumenta e se decide como trabalhar os instrumentos oferecidos pela segunda. Nela se apresentam e se motivam os critérios semânticos que regerão a interpretação dos conceitos jurídicos, no caso, dos direitos fundamentais.

Então, de um lado, a teoria dos princípios consegue, graças à configuração estrutural e à multidimensionalidade, dar conta do tratamento à parte de questões de

conteúdo das normas de direito fundamental e de sua validade, distinguindo entre espécies normativas e suas características; de outro lado, por meio da distinção entre semântica e pragmática, logra responder melhor às especificidades da lógica do direito (deôntica), a única que explica a necessidade das próprias NDFAs enquanto precisão de comandos normativos inseridos em textos.

Ao mesmo tempo, pela configuração que confere aos princípios e ao modelo regras/princípios, consegue recuperar a relação entre direitos fundamentais e moralidade, mas sem fugir do quadro normativo posto, uma vez que as possibilidades de extração de uma NDFA se dão dentro dos limites normativos (i.e. possibilidades jurídicas) postos pelos princípios e num procedimento regrado, formando-se ao final uma norma com suficiente determinação normativa para ser uma regra e possibilitar subsunção.

Como se explica, todavia, que a própria colisão seja possível e resolvível?

Se os direitos são concebidos como se já estivessem previamente recortados até o seu limite de conflito com o direito oposto ou convizinho, então não há sequer falar em colisões, e, conseqüentemente, perde o interesse discutir sobre ponderação de supostos direitos com caráter de princípio colidentes. Da mesma forma, não faz sentido dizer que o tribunal precisa operar uma barreira a um direito por força do reconhecimento da incidência de outro em sentido contrário.

Por isso, as teorias do tipo jogam um papel relevante não só para a interpretação em geral dos direitos fundamentais, mas particularmente para a NDFA.

Como sumarizado por Alexy, pode-se fazer uma classificação geral das teorias do tipo, dividindo-as essencialmente entre as de tipo amplo e de tipo estreito. Correlatamente, as teorias podem ser divididas em internas e externas.¹⁰⁶²

Assim, outro ganho que se obtém com a teoria dos princípios consiste em que pode desenvolver uma teoria adequada para o manejo das **barreiras dos direitos**

¹⁰⁶² Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 249 ff.

fundamentais, contornando embaraços filosóficos e normativos postos por construções que tiveram de apelar para conceitos como o proteção de conteúdo essencial, entre outras.

Deveras, faz parte do modelo de construção dos direitos fundamentais enquanto princípios ou como suportados por princípios – *Prinzipienkonstruktion* – que as indagações acerca de barreiras aos direitos fundamentais sejam resolvidas com a identificação de princípio(s) subjacente(s) às razões que sustentam aquela barreira.

Em adição a isso, segundo Borowski, pode ser identificada em cada regra uma colisão de direito fundamental e razões para uma barreira, de modo que é nesse contexto que se tornam significativas as cláusulas de barreira nas determinações de direito fundamental.¹⁰⁶³

Para Alexy,¹⁰⁶⁴ assim como para Borowski, princípios podem opor barreiras a direitos fundamentais assegurados sem reserva, desde que possam ser associados a determinações de direito fundamental e possuam nível hierárquico constitucional que se qualifica como de primeiro grau:

Princípios de primeiro grau de nível hierárquico constitucional são princípios que podem ser associados materialmente a determinações da constituição e com isso estão em condições de restringir também direitos fundamentais assegurados sem reserva.¹⁰⁶⁵

Desses princípios de primeiro grau se distinguem aqueles princípios que necessitam de uma autorização de intervenção de direito fundamental para que possam restringir um direito fundamental, como é o caso das autorizações constitucionais em que se delega competência para que o legislador persiga finalidades não diretamente ordenadas mas permitidas pela constituição.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶³ Cfr. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 116.

¹⁰⁶⁴ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 118-119.

¹⁰⁶⁵ Cfr. BOROWSKI, Martin. *Prinzipien als Grundrechtsnormen*. In: Springer Verlag, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, n. 53, 1998, S. 307-335, S. 319. No original: *Prinzipien mit Verfassungsrang ersten Grades sind Prinzipien, die Verfassungsbestimmungen inhaltlich zugeordnet werden können und damit in der Lage sind, auch vorberhaltlos gewährleistete Grundrechte zu beschränken*.

¹⁰⁶⁶ Cfr. BOROWSKI, Martin. *Prinzipien als Grundrechtsnormen*. In: Springer Verlag, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, n. 53, 1998, S. 307-335, S. 319.

De plano, Alexy faz ver que a perspectiva da **teoria interna**,¹⁰⁶⁷ para a qual não existe ao lado do conceito outra coisa chamada barreira, mas apenas uma coisa, que é o direito com determinado conteúdo e demarcado internamente por limites imanentes, exige uma visão ôntica do conceito de direito, já que dentro de seu conteúdo todas as notas – tanto as positivas como as negativas, o que inclui as restrições – já estariam previamente dadas e dimanariam do próprio objeto.

Esse conceito de direito interno-tórico pressupõe, portanto, um tipo (*Tatbestand*) estrito, que já está, de antemão, recortado em sua extensão pelos limites (que lhe são imanentes). Essa amputação do alcance do tipo, por conseguinte, encurta previamente a esfera de proteção do direito fundamental.¹⁰⁶⁸ A ideia de barreira externa e, pois, de uma restrição proveniente de fora para dentro do núcleo do conceito não lhe faz sentido, portanto.

Para a **teoria externa**, ao contrário, opera-se com um tipo amplo, porque ainda apresenta virtualidade para sofrer o corte provocado pelas restrições provenientes do seu exterior. A construção do conceito é operada deonticamente, uma vez que não pressupõe um conteúdo fechado em definitivo, previamente limitado e dado, mas opera, sim, com um material *prima facie* ilimitado que resultará, mediante ponderação, na concretização de certo dever-ser (mandamento, permissão ou proibição).

Para esse conceito externo-tórico, a relação entre o conceito de direito e a barreira não é necessária, mas, sim, é criada somente através de uma necessidade

¹⁰⁶⁷ Dito de outro modo, é interna a teoria do tipo quando no seu conceito já se consideram incorporadas as relações com outras normatividades (mundo jurídico externo); aquilo que poderia resultar de uma colisão com outras normas se pressupõe já incorporado como elemento negativo do conceito. O conceito de direito surge, assim, definitivo quanto aos limites de seu significado normativo e pronto para o labor de subsunção. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 250. No original: *Der Begriff der Schranke wird durch den der Grenze ersetzt. (...) Wenn statt von 'Schranken' gesprochen wird, dann von 'immanenten Schranken'*.

¹⁰⁶⁸ Nessa linha, Sieckmann visualiza o mesmo risco de um encurtamento preambular da proteção do direito fundamental na concepção que recusa a possibilidade de ponderação e opta por uma interpretação estreita do âmbito de proteção dos direitos fundamentais ditos sem reserva. Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 63-64.

externa ao direito, consistente em compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos como também os direitos individuais e os bens coletivos.¹⁰⁶⁹

A opção por uma ou outra teoria não decorre de filigranas linguísticas; ao contrário, como ensina Alexy, tem conexão com assunções normativas gerais e que dizem com o caráter *prima facie* (ou definitivo) das posições jurídico-fundamentais.¹⁰⁷⁰ Somente a teoria externa conjuga-se com um tipo (*Tatbestand*) amplo, que melhor se ajusta à operação das barreiras, sem retirar alcance potencial ao conceito de direito fundamental.¹⁰⁷¹

A eleição dessa teoria externa e do tipo amplo, como explicado por Alexy, também se justifica pelo seu maior ajuste à distinção entre o dever-ser ideal e o real, a qual explica a intangibilidade, na ponderação, dos princípios, inclusive daquele que no caso concreto deixou de impor a sua precedência.¹⁰⁷² Mais, a distinção entre direito em

¹⁰⁶⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 249-50.

¹⁰⁷⁰ Diz Alexy: “Se a teoria externa ou a interna está certa depende essencialmente de serem consideradas as normas de direito fundamental como regras ou como princípios, portanto, as posições jurídico-fundamentais como definitivas ou como posições *prima facie*. Partindo-se de posições definitivas, pode ser refutada a teoria externa; partindo-se de posições *prima facie*, a teoria interna.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 251. No original: *Ob die Aussen- oder die Innentheorie zutrifft, hängt wesentlich davon ab, ob die Grundrechtsnorm als Regeln oder als Prinzipien, die Grundrechtspositionen also als definitive oder als prima facie-Positionen betrachtet werden. Geht man von definitiven Positionen aus, so kann die Aussentheorie, geht man von prima facie-Positionen aus, so kann die Innentheorie widerlegt werden.*

¹⁰⁷¹ Alexy fornece bons exemplos disso, como os casos fictícios do pintor de cruzamento de ruas (é atividade protegida pelo direito fundamental da liberdade artística?) e da procriação por ocasião de epidemia (liberdade de culto?), assim como de casos reais já decididos pelo TCF, por exemplo, o da extensão do conceito de imprensa (e quanto à liberdade desta, portanto). Alexy demonstra que as teorias de tipo estreito recaem em construções complicadas na medida em que rejeitam operar com ponderações. As teorias do alcance objetivo (Friedrich Muller), e da delimitação do tipo sobre a base de leis gerais (generalidade material e generalidade objetiva, como defendido por Smend e também por Rüdner), findam por postular o que não podem provar, ou seja, que a proteção jurídico-fundamental pudesse ser independente de uma relação entre um fundamento de proteção do direito fundamental e um contra-fundamento acessível; em outras palavras, os teóricos do tipo estreito tentam infrutiferamente comprovar que a proteção possa ser justificada com base em propriedades – independentemente reconhecíveis – predicáveis do âmbito de proteção, ou dos objetos de proteção que devem ser incluídos nele ou não, ou então das leis gerais. A esse respeito, o próprio Friedrich Muller afirma que “(...) o programa da norma destaca, da totalidade dos dados atingidos por uma prescrição, os momentos relevantes para a decisão jurídica, no sentido de uma diretiva orientadora; ele estabelece, portanto, critérios de relevância com caráter de obrigatoriedade, tanto para a indagação quanto para a ponderação.” Cfr. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. diversos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 225.

¹⁰⁷² Alexy fala no espaçoso lugar do mundo do dever-ser ideal ao apontar para a variedade que existe no universo dos princípios e para compará-lo com o espaço mais restrito do dever-ser real, ou seja, definitivo. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 120.

si e direito real, consideradas as restrições feitas, encontra-se nessa relação entre dever-ser ideal e o real: “Ao direito em si corresponde o dever-ser ideal, ao direito limitado o dever-ser real.”¹⁰⁷³

Sem a consideração de dever-ser ideal intrínseco aos princípios, a ponderação somente levaria a um único resultado, a vitória de um princípio e a derrocada, em definitivo – por *modus tollendo tollens*¹⁰⁷⁴ – do outro, o que contraria a noção geral de princípios como normas que suportam diferentes colisões e preservam, a despeito de não serem o vetor da decisão de um dado caso, a sua normatividade.¹⁰⁷⁵

Do ponto de vista do objeto deste trabalho, somente uma teoria externa se faz compatível com a possibilidade de associação de normas de direito fundamental a determinações imediatas de direito fundamental. Com efeito, o tipo estreito dispensa a própria ideia da necessidade da ponderação com princípios opostos, já que o conflito é precluído pela noção de que o direito já vem previamente formatado com os limites de conteúdo definitivos.¹⁰⁷⁶

A tomada de posição teórica quanto à teoria do tipo e da barreira finda por refletir-se na questão sobre a defesa de um conteúdo mínimo ou essencial, ou então da proteção do conteúdo essencial.

¹⁰⁷³ Cfr. ALEXYS, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 32. No original: *Dem Recht an sich entspricht das ideale, dem eingeschränkten Recht das reale Sollen*.

¹⁰⁷⁴ Também chamado *modus tollens*; trata-se de modo reconhecido pela lógica tradicional como uma regra de inferência válida em que a negação do consequente gera a negação do antecedente. Como esclarece Copy, a validade dessa forma de inferência somente se dá quando construída adequadamente, a saber, quando se trata de um silogismo hipotético-condicional (“Se *p*, então *q*”), em que a premissa categórica nega a proposição consequente da premissa condicional antecedente (“não *q*”), e a conclusão (“não *p*”) nega, então, a sua antecedente (“*p*”). Portanto, a negação se dá sobre uma consequência da premissa antecedente (“*q*”), e não sobre o próprio antecedente (“*p*”). Nesse último caso, o raciocínio incidiria na chamada falácia da negação do antecedente. Cfr. COPY, Irwing M. *Introdução à lógica*. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 216. Para mais detalhes, ver SALMON, Wesley C. *Logik*. Stuttgart: Reklam, 1983, S. 54 ff.

¹⁰⁷⁵ Cfr. ALEXYS, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 21-38.

¹⁰⁷⁶ Sobre as consequências disso no direito privado, cfr. adiante, item 10.2.1.3.

Nesse t3pico, Alexy demonstra que a teoria do cont3e3do essencial, calçada no texto do art. 19, § 2º, da LF,¹⁰⁷⁷ com suas pressuposições de cont3e3dos m3nimos e limites imanentes, torna-se prescind3vel, porquanto o resultado que ela obt3m pode ser igualmente conquistado com base no princ3pio da proporcionalidade, mais especificamente no terceiro momento, o da ponderaça3o.

Com base nos exemplos analisados pelos defensores das teorias absolutas do cont3e3do essencial, Alexy logrou demonstrar que o tribunal constitucional apenas efetuou ponderaça3es e n3o encontrou raz3es superiores quando reconheceu a necessidade de proteça3o. Por isso, conclui, a garantia do cont3e3do essencial n3o formula uma barreira adicional para a restringibilidade dos direitos fundamentais, al3m da propiciada pelo princ3pio da proporcionalidade, e, por produzir resultados equivalentes a uma parte desse princ3pio, confere mais uma raz3o favor3vel à validade deste 3ltimo.¹⁰⁷⁸

Alexy, fiel à teoria relativa, vai ao ponto de sustentar que o significado do art. 19, § 2º, da LF, 3 exclusivamente declarat3rio¹⁰⁷⁹ e que a garantia do cont3e3do essencial se reduz ao princ3pio da proporcionalidade, mesmo que, em certos casos, ao final da ponderaça3o nada reste do direito fundamental atingido pela barreira para aplicar.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁷ "Art. 19 (...)

(2) Em nenhum caso um direito fundamental pode ser tangido em seu cont3e3do essencial."

No original: *A r t i k e l 19 (...)*

(2) *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.*

¹⁰⁷⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 272. No original: *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG formuliert gegen3ber dem Verh3ltnism3ssigkeitsgrundsatz keine zus3tzliche Schranke der Einschr3nkbarkeit von Grundrechten. Da sie mit einem Teil des Verh3ltnism3ssigkeitsgrundsatzes 3quivalent ist, ist sie aber ein weiterer Grund daf3r, dass der Grundsatz der Verh3ltnism3ssigkeit gilt.*

¹⁰⁷⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 269.

¹⁰⁸⁰ Diz Alexy: "Segundo a teoria relativa, o cont3e3do essencial 3 aquilo que resta depois de uma ponderaça3o. As restriç3es que correspondem ao princ3pio da proporcionalidade n3o ferem a garantia do cont3e3do essencial ainda quando, no caso particular, n3o deixem restar nada do direito fundamental. A garantia do cont3e3do essencial se reduz ao princ3pio da proporcionalidade." Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 269. No original: *Nach der relativen Theorie ist der Wesensgehalt das, was nach einer Abw3gung 3brigbleibt. Einschr3nkungen, die dem Grundsatz der Verh3ltnism3ssigkeit entsprechen, verstossen selbst dann nicht gegen die Wesensgehaltsgarantie, wenn sie im Einzelfall von dem Grundrecht nichts 3briglassen. Die Wesensgehaltsgarantie reduziert sich auf den Grundsatz der Verh3ltnism3ssigkeit.* A hip3tese dr3stica de casos de incid3ncia de uma barreira tal que nada sobre de aplicaça3o ao direito fundamental, no entanto, somente ocorre com os seguintes condicionamentos: (1) concretamente, ou seja, sempre e apenas num caso particular, nunca genericamente; e (2) mediante ponderaça3o, observada rigorosamente a proporcionalidade. Veja-se, por exemplo, o caso referido do pintor de cruzamentos de alto tr3fego: ap3s a ponderaça3o com princ3pios em contr3rio, nada mais sobra que justifique tratar-se aquela conduta com a

Em resumo, a adoção da teoria dos princípios e da ponderação, nos moldes de uma teoria externa, parece resolver melhor as questões suscitadas pela necessidade de proteger um certo mínimo intangível do direito fundamental, sem negar a importância da configuração de normas associadas que possam outorgar concretude a princípios de fomento ou proteção de bens coletivos ou direitos de terceiros. Em contrapartida, o conteúdo essencial do direito fundamental nada tem a temer da associação de normas de direito fundamental, desde que corretamente aplicada a proporcionalidade.

Contudo, problemas decorrentes da adoção de uma teoria dos princípios em geral e desta em particular não deixaram de ser suscitados e levaram Alexy a se debruçar constantemente sobre o assunto, como se passa a analisar.

6.2.2.4. Discussão da teoria dos princípios

6.2.2.4.1. Considerações prévias

Com relação à divisão das críticas, parece mais conveniente a estruturação de acordo com alguma ordem que seja bastante didática.

Com base nisso, na medida do possível será seguida uma ordem que se alinha na divisão de grandes temas na obra de Alexy, embora isso não signifique que será seguida à risca a classificação que fez especificamente em relação à teoria dos princípios,¹⁰⁸¹ ou

proteção da atividade e da liberdade artísticas. Sobre a garantia do conteúdo essencial, compare HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*. 3. Aufl. Heidelberg: C.F. Muller Juristischer Verlag, 1983.

¹⁰⁸¹ Alexy classificou as principais objeções à construção principiológica dos direitos fundamentais (*Prinzipienkonstruktion der Grundrechte*) – que na obra Teoria dos Direitos Fundamentais denominara modelo dos princípios – em 7 (sete) grupos:

1. Objeções de teoria da norma (*normtheoretischen*)
2. Objeções de teoria da argumentação (*argumentationstheoretischen*)
3. Objeções de dogmática de direito fundamental (*grundrechtsdogmatischen*)
4. Objeções institucionais (*institutionellen*)
5. Objeções de teoria da interpretação (*interpretationstheoretischen*)
6. Objeções de teoria da validade (*geltungstheoretischen*)
7. Objeções de teoria da ciência (*wissenschaftstheoretischen*).

Alexy considera mais importantes aquelas objeções de teoria da argumentação, entre as quais as referentes à racionalidade da ponderação. Cfr. ALEXY, Robert. *Die Konstruktion der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 12-13.

que outros tenham sugerido,¹⁰⁸² uma vez que algumas dessas críticas, impugnações ou objeções já foram mencionadas ou tratadas em momentos anteriores deste trabalho e outras ainda o serão, a exemplo, especialmente, daquelas que digam respeito mais diretamente ao desempenho do princípio da proporcionalidade.¹⁰⁸³

6.2.2.4.2. Críticas conceituais

Nesse tópico, reúnem-se as críticas que miram na própria essência do conceito de princípios, desdobrado em questões referentes à admissibilidade de sua existência, aos elementos conceituais de que se compõe, à sua natureza própria, à sua normatividade e à compatibilidade com o sistema jurídico em geral.

6.2.2.4.2.1. Crítica radical: inexistência de princípios

A posição que radicalmente se opõe à possibilidade de operar com princípios e, conseqüentemente, de estabelecer ponderações com vista à decisão de casos, parece ser exemplificada na de Alexander, o qual enfaticamente nega a existência dos próprios princípios jurídicos, ao fundamento de que sequer podem existir.¹⁰⁸⁴

O argumento passa pela inexistência, neles, de uma forma canônica de norma e, principalmente, pela denegação da possibilidade de que a dimensão do peso possa ser incorporada em regras jurídicas, porque, supostamente, o peso não pode ser estatuído; o máximo que admite é que normas morais possuam tal dimensão e que possa haver uma imitação desta por meio de uma regra, que no entanto seria excessivamente complexa.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸² Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 39-66. O autor foca-se nos problemas, e para tanto pretende levar em conta, simultaneamente, uma classificação alexyana e as críticas principais já feitas. Sieckmann classifica em 5 (cinco) linhas principais as objeções feitas à teoria dos princípios, tal como desenvolvida por Alexy, cada qual imputando-lhe inadequação (1) teórico-normativa; (2) metodológica; (3) institucional; (4) jurídico-constitucional; e (5) jurídico-fundamental.

¹⁰⁸³ A proporcionalidade será objeto de discussão no item 7.5.

¹⁰⁸⁴ Diz o autor solenemente: “Princípios jurídicos não existem porque não podem existir.” Cfr. ALEXANDER, Larry. *Legal objectivity and the illusion of legal principles*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 115-131, p. 129. No original: *Legal principles do not exist because they can not exist*.

¹⁰⁸⁵ Assim o expressa o autor: “Peso não pode ser estatuído. Pode haver princípios **morais** que tenham essa dimensão (...). E uma regra complexa com um número de qualificações e condições sobre sua

Aos tribunais, portanto, só caberia aplicar direito concebido como regras.¹⁰⁸⁶

Ainda que em posição diversa quanto à existência e normatividade dos princípios, Ávila expressou opinião semelhante quanto à dimensão do peso, entendendo que não está incorporada na norma, porque “(...) as normas não regulam a sua própria aplicação (...)”¹⁰⁸⁷ e porque “(...) a dimensão do peso não é atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas **resultado de juízo valorativo do aplicador.**”¹⁰⁸⁸

Quanto à incorporabilidade da moralidade, Alexander aduz, ainda, que esta última não é condição necessária para o direito, o qual serve para guiar condutas e é estritamente objetivo, tanto que, quando os juízes ou a Suprema Corte se equivocam sobre o direito ao decidir, estão, na verdade, “construindo mal o direito” e, assim, modificando-o.¹⁰⁸⁹

A postura acima retratada constitui exemplo do que se pode designar como o modelo puro de regras, que a teoria da NDFA não pode subscrever, porquanto elimina a possibilidade de construção de uma regra a partir da colisão e ponderação de princípios.

Similarmente, Poscher advoga uma espécie de argumento de identidade normativo-teórica, o que deságua numa posição semelhante de inexistência de

aplicação pode imitar a dimensão do peso. Mas peso verdadeiro – e, portanto, princípios jurídicos – não podem ser estatuídos.” Cfr. ALEXANDER, Larry. *Legal objectivity and the illusion of legal principles*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 122. No original: *Weight cannot be enacted. There may be moral principles that have that dimension (...). And a complex rule with a number of qualifications and conditions on its application may mimic the dimension of weight. But real weight – and hence legal principles – cannot be enacted.* (Destques constantes do original.)

¹⁰⁸⁶ Alexander sustenta que, conquanto princípios morais possam conter a dimensão do peso, o legislador não consegue incorporá-los como tais mediante a criação de princípios jurídicos, porque não é possível estatuir peso; ainda que se tentasse formular uma regra com esse propósito, seria infinitamente complexa, ou seja, impossível de ser aplicada. Cfr. ALEXANDER, Larry. *Legal objectivity and the illusion of legal principles*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 115-131.

¹⁰⁸⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

¹⁰⁸⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

¹⁰⁸⁹ Cfr. ALEXANDER, Larry. *Legal objectivity and the illusion of legal principles*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 128. Essa posição é similar a que Raz usou contra Alexy, como ele próprio reporta em Cfr. ALEXEY, Robert. *Reply 9 to Ralf Poscher*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 341.

princípios, ao defender que não existiria uma espécie de entidade normativa que a teoria pretende cobrir com o conceito de princípios que não possuam estrutura de regras, na medida em que princípios enquanto mandamentos de otimização, ou enquanto expressões de dever-ser ideal, não existem.¹⁰⁹⁰

Esse argumento é reprochado por Alexy como reducionista e, nessa medida, insatisfatório para cobrir a realidade normativa própria do direito constitucional, onde emergem colisões de direitos fundamentais.¹⁰⁹¹

Um modelo puro de regras, como esse que emerge das posições de Alexander e Poscher,¹⁰⁹² possui fraquezas mais graves do que incapacidade para explicar a extração de NDFA. Na verdade, como Dworkin já assentara, o modelo não consegue fornecer suporte teórico a uma gama de decisões baseados em princípios e muito menos a restrição do caráter normativo aos entes dotados de forma canônica.¹⁰⁹³

Alexy demonstra a inviabilidade de um modelo puro de regras¹⁰⁹⁴ e a impropriedade da tese da restrição da normatividade à positividade em regras providas de forma canônica, uma vez que é possível que um princípio, ainda que não tenha sido posto autoritativamente através de um texto oficial e, portanto, careça de uma formulação autoritativa – como por exemplo aquele que ordena a proteção ao meio ambiente –, pertença a um sistema jurídico. Isso não significa que um peso concreto possa ser efetivamente positivado para todos os contextos. O que os princípios contêm são pesos abstratos e exigências de otimização, a serem concretizados em múltiplas formas na prática.¹⁰⁹⁵

¹⁰⁹⁰ Cfr. POSCHER, Ralf. *The principles Theory: how many theories and what is their merit?* In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 218-247.

¹⁰⁹¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 9 to Ralf Poscher*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 340-345.

¹⁰⁹² A posição de Ávila não coincide exatamente com esse modelo puro, por admitir princípios, e será apreciada abaixo (item 6.2.2.4.2.3.2.).

¹⁰⁹³ Ver acima, item 2.3.8.

¹⁰⁹⁴ Os argumentos teórico-normativos contra um modelo puro encontram-se em ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 104 ff. A esses, pode-se acrescentar as mais recentes manifestações do autor quanto à necessidade da dimensão ideal e o distanciamento crescente em relação ao positivismo.

¹⁰⁹⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 4 to Larry Alexander*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 327-329.

O pertencimento de um princípio moral ao direito, segundo Alexy, dá-se mediante a pretensão de correção ínsita a este último: “Princípios que são válidos unicamente por causa da sua correção são incorporados no direito não ‘por direito positivo’ mas sim pela pretensão de correção do direito.”¹⁰⁹⁶

6.2.2.4.2.2. Negação da normatividade

Outra variante do modelo puro de regras pode ser encontrada naquelas posições que reconhecem a existência de princípios, mas lhes negam qualquer caráter normativo, como o faz Klement, sustentando que o dever-ser das normas genuínas sempre é definitivo, de modo que, não possuindo os princípios, não podem ser normas, e vice-versa.¹⁰⁹⁷

À refutação dessa objeção basta a prova da possibilidade de que princípios tenham normatividade. Essa possibilidade, segundo Alexy, mostra-se pelo afastamento da tese de que a definitividade seja condição necessária, *sine qua non*, de toda e qualquer norma. Rejeita-se essa tese, porque, a ser verdadeira, excluiria operar com normas em casos de colisões, para as quais, ao contrário, revela-se imprescindível o conceito de dever-ser ideal, ou seja, *prima facie*, e, portanto, não necessariamente definitivo.¹⁰⁹⁸

6.2.2.4.2.3. Críticas quanto à natureza e função dos princípios

A controvérsia acerca dos princípios não se resume à sua existência e à normatividade; atinge também a sua natureza (deontológica ou axiológica) e função (conter mandamentos de otimização ou não).

¹⁰⁹⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 9 to Ralf Poscher*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 341. No original: *Principles that are valid solely owing to their correctness are incorporated into law not ‘by positive law’ but by law’s claim to correctness*. Sobre a pretensão de correção, veja, principalmente, a discussão realizada no item 5.3.3.

¹⁰⁹⁷ Cfr. 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 Press, 2012, p. 178.

¹⁰⁹⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 7 to Jan Henrik Klement*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 335-337.

6.2.2.4.2.3.1. Deontologia ou axiologia?

A teoria alexyana quanto aos princípios tem no conceito de otimização uma de suas vigas mestras, porque possui uma relação próxima com racionalidade. Esse é um dos mais importantes desempenhos do recurso ao conceito de ótimo de **Pareto**,¹⁰⁹⁹ para a eficiência e, pois, racionalidade, na operação de relações meio-fim.¹¹⁰⁰ Ele constitui aspecto vital do princípio da proporcionalidade.¹¹⁰¹

Contudo, a par das objeções ao próprio princípio da proporcionalidade e à sua aplicação na jurisdição dos direitos fundamentais, o conceito de otimização acendeu críticas específicas à teoria dos princípios, umas vez que esses tenham sido definidos como mandamentos de otimização.

6.2.2.4.2.3.2. Da otimização

Ávila reprocha em Alexy a definição dos princípios como **deveres de otimização**, porque nem sempre seu conteúdo tem aplicação máxima. Essa constatação, entende,

¹⁰⁹⁹ Rawls prefere a designação “princípio da eficiência”, por entender que a palavra “otimização” sugere que seja mais amplo do que na realidade é. Define o autor: “O princípio afirma que uma configuração é eficiente sempre que é impossível mudá-la de modo a fazer com que algumas pessoas (pelo menos uma) melhorem a sua situação sem que, ao mesmo tempo, outras pessoas (pelo menos uma) piorem a sua.” Cfr. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 71. A propósito disso, o dicionário eletrônico de economia abaixo citado define o sentido de “**ótimo de Pareto**” da seguinte forma: “*Um Ótimo de Pareto (também conhecido com Eficiência à Pareto) corresponde a uma situação de afectação de recursos (ou factores produtivos) em que é impossível uma nova reafectação de forma a melhorar a situação de alguns consumidores sem prejudicar simultaneamente qualquer outro.*” Acessível em http://www.notapositiva.com/dicionario_economia/optimopareto.htm., acesso em 15.09.2012.

¹¹⁰⁰ Diz Alexy: “A estrutura do exame da necessidade pode ser apresentada no quadro do princípio da indiferença com auxílio do critério do ótimo de Pareto. Segundo esse critério deve-se preferir uma constelação A a uma constelação B, ‘se na passagem de B para A nenhum dos envolvidos fica em situação pior que antes, e, contudo, pelo menos um dos envolvidos experimenta uma melhora’.” Cfr. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 149, Fn. 222. No original: *Die Struktur der Erforderlichkeitsprüfung kann im Rahmen des indifferenten Ansatzes mit Hilfe des Kriteriums der Pareto-Optimalität dargestellt werden. Nach diesem Kriterium ist eine Konstellation A einer Konstellation B vorzuziehen, wenn beim Übergang von B nach A keiner der Beteiligten schlechter gestellt ist als vorher, mindestens einer der Beteiligten jedoch eine Verbesserung erfährt.* Compare-se a definição de princípio de Pareto proposta por Broome: “O princípio de Pareto. (a) Duas alternativas são igualmente boas se todos são indiferentes para com ambas, e (b) se todos ou preferem a primeira das duas alternativas à segunda ou então são indiferentes em relação às duas, e alguém prefere definitivamente a primeira, então a primeira é melhor que a segunda.” Cfr. BROOME, John. **Weighing goods: Equality, uncertainty and time**. Oxford: Basil Blackwell, 1991, p. 152. No original: *The Pareto principle. (a) Two alternatives are equally good if everyone is indifferent between them, and (b) if everyone either prefers the first of two alternatives to the second or is indifferent between the two, and someone definitely prefers the first, then the first is better than the second.*

¹¹⁰¹ Veja-se a análise pormenorizada do princípio da proporcionalidade adiante, item 7.2.

teria levado Alexy a aceitar a distinção entre comandos para otimizar e comandos para serem otimizados.¹¹⁰² Refere, a propósito, que o próprio Alexy não teria clareza sobre a classificação da proporcionalidade ou como princípio ou como regra.¹¹⁰³

A conveniência da expressão “mandamento de otimização” foi enfrentada, inclusive em data recente no texto de Alexy sobre o constitucionalismo discursivo. Alexy, em palestra sob o título “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social”, proferida em Porto Alegre, em 1998,¹¹⁰⁴ manteve a sua terminologia, no essencial, ao falar em três “princípios parciais” do “princípio da proporcionalidade.”

Porém, uma resposta mais recente e mais minuciosa de Alexy sobre o tema pode ser encontrada no texto “A institucionalização da razão”, que remonta ao ano de 1999,¹¹⁰⁵ onde faz ver que princípios que realmente são objeto de ponderação são “**mandamentos a serem otimizados**”¹¹⁰⁶ e contêm um dever ideal,¹¹⁰⁷ mas não um dever definitivo, somente um dever *prima facie*; por isso, reconhece que a expressão “mandamentos de otimização” alberga uma inexatidão, que ele constata e dá conta de expungir, embora sucintamente.

¹¹⁰² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55.

¹¹⁰³ Tal é assim, porque Alexy se limitaria a afirmar, numa nota de rodapé, que as máximas parciais podem ser enquadradas no conceito de regras. Ávila, mesmo assim, cita autores que veem em Alexy uma posição clara em favor da proporcionalidade como regra, como Borowski, Laura Clérico e Luís Virgílio Afonso da Silva. Cfr. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

¹¹⁰⁴ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 64. Alexy utiliza o conceito de “mandamentos de otimização” e, em nota de rodapé (nota n. 33), reporta-se ao texto em que respondeu à crítica e refinou a definição com o auxílio do conceito do mandamento a ser otimizado.

¹¹⁰⁴ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 37, nota 72.

¹¹⁰⁵ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 19-40.

¹¹⁰⁶ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 37.

¹¹⁰⁷ Sobre dever-ser ideal e real, cfr. ALEXY, Robert. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 202 ff.. Veja também: ALEXY, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 21-38.

Transcreve-se a nota que aborda o assunto, por ser clara e precisa:

A inexatidão resulta da mistura de dois planos: de um plano do objeto e de um metaplano. No plano do objeto, encontram-se os princípios como mandamentos ideais e, por conseguinte, a serem otimizados. Como tais eles são, diferentes que regras, que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas, cumpríveis em graus diferentes (R. Alexy (nota 16), S. 202 f.). Princípios, como mandamentos ideais, são os objetos de ponderações. Os mandamentos de otimização são, pelo contrário, estabelecidos em um metaplano, no qual é dito o que deve ser feito com aquilo que se encontra no plano do objeto. Mandamentos de otimização exigem que seus objetos, os mandamentos a serem otimizados, sejam realizados tão amplamente quanto possível. Eles mesmos, porém, não devem, outra vez, ser otimizados, mas sempre ou cumpridos ou não cumpridos. Mandamentos de otimização como tais têm, por conseguinte, como foi observado, repetida e acertadamente, a estrutura de regras (A. Aarnio, *Taking Rules Seriously*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 42 (1990)*, S. 187; J. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden 1990, S. 63 ff.)¹¹⁰⁸

A distinção feita afasta o problema, sem debilitar a teoria geral dos princípios e sem configurar qualquer recuo no que tange à sua operabilidade. Na mesma oportunidade, Alexy enfatizou que a expressão “mandamento de otimização” ainda guarda relevância e sentido, pois expressa algo central aos princípios. Por isso, aproveitou para enfrentar outra questão, e com ela uma crítica que lhe fora endereçada, sobre a **relação entre o dever ideal e o mandamento de otimização**. Transcrevo, porque perfeitamente elucidativo:

Contudo, o assunto de mandamentos de otimização permanece cheio de sentido. Esse conceito expressa, de modo particularmente simples, do que se trata, no núcleo, em princípios. Além disso, existe uma relação necessária entre o dever ideal, portanto, o verdadeiro princípio, e o mandamento de otimização, como regra: o dever ideal implica o mandamento de otimização e às avessas. Trata-se de dois lados de uma matéria. A questão levantada por Peczenik, se o mandamento de otimização está estabelecido dentro ou fora do significado do princípio, que ele necessariamente acompanha (A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/-London, 1989, S. 77, f.), deve, por conseguinte, ser respondida no sentido de que ele é compreendido pelo significado de um princípio, porque sua eliminação, simultaneamente, iria tomar do princípio correspondente o seu caráter de princípio.¹¹⁰⁹

No fundo, Alexy não dá maior importância a essa crítica, o que parece decorrer do fato de se tratar, na essência, de uma querela predominantemente terminológica. Tanto procede essa percepção, que Alexy segue utilizando a expressão “mandamentos de

¹¹⁰⁸ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 37, nota 72.

¹¹⁰⁹ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 37, nota 72, parte final.

otimização” em texto publicado no ano 2003 sob o título “Regras jurídicas e princípios jurídicos”,¹¹¹⁰ embora com uma sutil observação quanto ao conceito de mandamento (*Gebot*).

A observação está vertida em uma nota de rodapé e se explica por si mesma. Transcrevo-a, na proporção em que também ilumina a questão da perspectiva pela qual se examina o mandamento:

O conceito de mandamento é empregado neste contexto num sentido amplo. No particular é de se diferenciar. Assim, o princípio da liberdade de opinião se apresenta, na perspectiva do juiz, como mandamento para decidir de modo tal que a liberdade de opinião é otimizada. Na perspectiva do titular do direito à liberdade de opinião, corresponde-lhe um direito em face do estado a ser impedido por este tão pouco quanto possível em manifestações de opinião, assim como uma permissão *prima facie* de manifestar, ou de não manifestar, quaisquer opiniões em qualquer forma.¹¹¹¹

Essa **distinção de perspectivas** (a do juiz e a do titular do direito) contribui para resolver as dificuldades levantadas por críticos da teoria dos princípios e das definições que Alexy oferece entre princípios e regras, especialmente a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização.

Também não colhe o reproche de que não se deveria falar em princípios como **deveres de otimização** por nem sempre dever ser aplicado o seu conteúdo na máxima medida. O que Ávila faz é chamar a atenção para hipóteses, na colisão de princípios, em que, ao invés de um dever de otimização, haveria um dever de realização na medida necessária (não ótima) e que, noutras, um princípio deixaria de ser aplicado (aplicação nenhuma não poderia ser ótima) em detrimento do outro, e, ainda, em terceiras, haveria

¹¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in: ALEXY, Robert et al. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 217-234.

¹¹¹¹ ALEXY, Robert. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in: ALEXY, Robert et al. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 224, Fn. 37. No original: *Der Begriff des Gebots wird in diesem Zusammenhang in einem weiten Sinne verwendet. Im einzelnen ist zu differenzieren. So stellt sich das Prinzip der Meinungsfreiheit in der Perspektive des Richters als Gebot dar, so zu entscheiden, dass die Meinungsfreiheit optimiert wird. In der Perspektive des Trägers des Rechts auf Meinungsfreiheit entspricht ihm ein Recht gegenüber dem Staat darauf, so wenig wie möglich durch diesen bei Meinungsäußerungen gehindert zu werden, sowie eine prima facie-Erlaubnis, beliebige Meinungen in beliebiger Form zu äussern oder nicht zu äussern.* Veja a análise sobre esse artigo de Alexy, conjuntamente com outro, na seguinte publicação: 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**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.

fim a ser aplicado apenas em parte, e, por último, haveria casos de indiferença entre os fins.¹¹¹²

Todavia, tal argumento, embora interessante, não faz muito mais do que dizer que ponderar não equivale a buscar em qualquer hipótese a relação ótima de todas as possíveis relações entre meios e finalidades, ao arrepio das prerrogativas de configuração e da prognose do legislador.¹¹¹³ O argumento apenas tangencia a obviedade de que as variáveis e também os resultados da atividade de ponderação são diversos. Dependendo dos vários elementos que são levados em consideração (tipos de princípio, direitos, bens coletivos, fins, situações concretas etc.) e das relações entre eles, os resultados podem ser distintos.

Isso nada depõe contra o conceito básico de dever de otimização. O argumento em tela, na verdade, confunde o momento da consideração *prima facie* – em que desponta a vocação do princípio para a otimização – com o **definitivo**, que se põe exatamente após levada a termo a ponderação e considerados todos os múltiplos elementos, num caso concreto. Se ao final do procedimento de ponderação resulta que um dos princípios cede ante o outro, e, pois, finda por produzir no caso menos efeitos concretos do que poderia teoricamente produzir (inclusive nenhum), tal não lhe retira a condição de dever de otimização (ou de um dever a ser otimizado), porque se constatou que, na situação dada, o que ele ordenava, proibia ou permitia não superava em peso aquilo que ordenava, proibia ou permitia o princípio que com ele colidia. Isso é uma obviedade do conceito de princípio, definido como “(...) norma que ordena que algo seja realizado na maior medida **possível**, dentro das **possibilidades** fáticas e jurídicas (dadas).”¹¹¹⁴

A situação de indiferença entre finalidades não significa o fracasso do conceito de otimização. É preciso, primeiramente, estabelecer se existe de fato colisão entre princípios que estabeleçam finalidades. Não havendo colisão – como num caso em que o legislador tem opção para escolher finalidades dentro do espaço conferido pela

¹¹¹² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53 ss.

¹¹¹³ Sobre diferentes modos e os limites de ingresso a ideia da otimização em cada passo e em cada diferente modelo de argumentação na aplicação do princípio da proporcionalidade, cfr. MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. JuS, 2001, Heft 7, S. 654-659; Heft 8, S. 764-767; Heft 9, S. 866-870. Cfr item 7.4.

¹¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 75.

constituição – não há de se falar em ponderação e, pois, na suposta inadequação do conceito; a questão é, então, resolvida pela competência de configuração do legislador. Se, ao contrário, existe colisão, então já não se pode falar em indiferença entre as finalidades que são sustentados pelos princípios colidentes.

A possibilidade de colisão entre a(s) finalidade(s) a ser(em) perseguida(s) por força de um princípio e algo diverso (que não seja uma finalidade sustentada por outro princípio) é questão que demanda a estruturação adequada do problema. É preciso perguntar: o que colide com a finalidade? É um bem coletivo? Então há que ver o que sustenta, normativamente, tal bem coletivo, o que pode ser outro princípio material. Em suma, a hipótese de indiferença entre finalidades apenas significa que, ou o problema de direito fundamental sequer existe, ou o problema ainda falta ser devidamente estruturado.

6.2.2.4.2.4. Objeção normativo-sistemática

Jestaedt criticou a NDFA por servir de instrumento para solapar duas distinções basilares, a saber, entre o conhecimento do direito (*Rechtserkenntnis*) e a sua fundamentação correta, e entre interpretação do direito (*Rechtsauslegung*) e a estatuição do direito (*Rechtssetzung*).¹¹¹⁵

Klement endereça crítica à teoria dos princípios sustentada por Alexy pelo fato de que, por meio dela, chega-se a uma norma de direito fundamental nova. Embora o foco da crítica de Klement consista nos direitos fundamentais sociais, que entende indevidamente derivados da LF, atinge a integralidade da sistemática de obtenção desse tipo de norma pela teoria dos princípios. Diz Klement:

A norma de validade citada acima para deduzir direitos fundamentais sociais da constituição torna-se, assim, a norma básica do sistema *per se*. Uma norma deve ser considerada válida se os argumentos em seu favor preponderarem sobre aqueles que se lhe opõem. Essa proposição é o “*Weltenei*” da esfera jurídica: a fonte da qual tudo nela evoluiu. Ela permite tanto que novas normas sejam estabelecidas sem aderência à formulação da constituição, como também que a invalidade de normas atribuíveis ao texto da constituição sejam justificadas.¹¹¹⁶

¹¹¹⁵ Ver acima item 2.2.

¹¹¹⁶ Cfr. 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 Press, 2012, p. 197. No original: *The validity rule cited above for deducing social*

Essa crítica atinge de modo particular o procedimento de associação de normas de direito fundamental e, embora possa ter solução quanto ao âmbito normativo-sistemático, pela sua peculiar relação com a NDFA, será devidamente retomado abaixo quando do estudo da novidade dessa norma.¹¹¹⁷

Quanto à teoria dos princípios, a crítica de Klement soma-se à corrente que vaticina que o trato principiológico dos direitos fundamentais redundaria em sobreconstitucionalização¹¹¹⁸ ou dissolução da vinculação à constituição e, por extensão, à lei.¹¹¹⁹

Böckenförde sustenta, com efeito, que as concretizações feitas pelo tribunal constitucional no plano do direito fundamental objetivo também possuem nível hierárquico constitucional. Esse é, a propósito, um dos seus principais pontos em favor do argumento de que a teoria dos princípios conduz a uma expansão indevida do direito constitucional: “As decisões de concretização e ponderação que disso resultam não permanecem, entretanto, no plano da legislação ordinária, elas passam – necessariamente – como interpretação da constituição e possuem, nesse aspecto, hierarquia constitucional.”¹¹²⁰

fundamental rights from the constitution thus becomes the basic norm of the legal system per se. A norm should be considered as valid if the arguments in its favour outweigh those of that oppose it. This position is the legal sphere's Weltenei – a source from which everything in it evolved. It allows both new norms to be established without adherence to the wording of the constitution, and the invalidity of norms attributable to the text of the constitution to be justified.

¹¹¹⁷ Ver adiante, item 9.2.4.

¹¹¹⁸ A essa crítica também se junta Poscher quando assesta: “A teoria dos princípios leva a uma extensa constitucionalização de todos os conflitos.” Cfr. POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 82. No original: *Die Prinzipientheorie führt zu einer weitgehenden Konstitutionalisierung aller Konflikte*. Ver acima, item 4.2.2. Ver também adiante o item n. 7.5.1.3.1.6.

¹¹¹⁹ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, S. 245. Jestaedt acusa a teoria dos princípios de promover a degradação do efeito de vinculação das normas jurídicas, que é estatuído pelo direito positivo e diferenciado de acordo com planos de normas, numa simples vinculação *prima facie*, que pode ceder em favor de um peso maior de uma eventual razão contrária. Em resumo: “A constituição e a lei não mais vinculam por que e como a constituição mesma ordenou, mas somente no caso particular e mesmo isso apenas sob a condição de que o direito *prima facie* nelas abrigado alcance caráter definitivo como conteúdo da regra de preferência emergente da ponderação concreta: vinculação à constituição segundo a medida da proibição do excesso.” (Idem, *ibidem*.) No original: *Die Verfassung und das Gesetz binden nicht mehr, wie und wie es die Verfassung selbst angeordnet hat, sondern nur mehr im Einzelfall, und auch dies nur unter der Bedingung, dass das in ihnen verbürgte prima facie-Recht als Inhalt der aus der konkreten Abwägung hervorgehenden Präferenzregel definitiven Charakter erlangt: Verfassungsbindung nach Massgabe des Übermassverbotes*.

¹¹²⁰ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*. In: _____. *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 226. No original: *Die Konkretisierung- und Abwägungsentscheidungen, die daraus folgen, bleiben indes nicht auf einfachgesetzlicher Ebene, sie*

A afirmativa referida, além de levantar indagação acerca dos efeitos da aplicação da teoria dos princípios em relação à unidade e integridade dos sistema jurídico em geral, comporta desdobramentos, uma vez que não somente tange o tema da novidade da NDFA, que merece tratamento específico,¹¹²¹ como também revela um temor em relação a qualquer aplicação de princípios e um ceticismo quanto à ponderação, que ataca a teoria dos princípios do ponto de vista do desempenho do seu princípio estruturante, que é o da proporcionalidade, o qual igualmente exige um cuidado à parte.¹¹²²

Mais a fundo, a questão evoca a diatribe Alexy-Habermas acerca do caráter deontológico ou axiológico dos princípios e, conseqüentemente, a crítica de que a teoria dos princípios, pela inclusão de juízos sobre fins e meios, findaria por atingir o sistema jurídico em sua coluna dorsal, retirando-lhe a vinculatividade.

Habermas teme, com efeito, que o conceito de otimização produza essa perturbação no direito e externou aversão a que, através dessa conceitualização dos princípios como deveres de otimização, venham a ingressar na esfera jurídica considerações sobre custo e benefício, em detrimento da sua vocação deontológica e da sua validade.¹¹²³

Argumenta que a sub-reptícia assimilação de afirmações de valor e dever-ser rouba ao direito a sua clara pretensão de validade como dever-ser, fazendo desaparecer a tranquilizadora obrigação de justificação sob a qual o direito positivo deve estar pelo fato de estar aparelhado com sanções e por lhe ser permitido intervir sensivelmente por meio de penas nos direitos de liberdade de pessoas delinquentes.¹¹²⁴

Habermas teme, em essência, que considerações sobre metas ou objetivos, inseridas em princípios ou bens coletivos, possam servir para justificar interferências excessivas nos direitos fundamentais, solapando-lhe a vocação primeira de defesa do

ergehen – notwendigerweise – als Interpretation der Verfassung und haben insofern Verfassungsrang. Ver adiante a resposta ao problema no item específico do status de direito constitucional (9.2.5.).

¹¹²¹ Ver adiante, item 9.2.4.

¹¹²² Veja-se, a propósito, a discussão geral do princípio da proporcionalidade, feita no item 7.5. Especificamente quanto ao ceticismo em face da ponderação, por suspeita de irracionalidade, veja-se o item 7.5.1.3.2.1.2.1.

¹¹²³ Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, S. 366 ff.

¹¹²⁴ Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, S. 369.

indivíduo. Por isso, suspeita que a inserção da ideia de otimização, de balanceamento de meios e fins e, por fim, do caráter axiológico dos princípios, possa acarretar o sacrifício progressivo de direitos individuais em favor de fins coletivos.¹¹²⁵

Jestaedt igualmente se mostra temeroso quanto à possibilidade de que a ponderação torne as regras provisórias e disponíveis, isto é revogáveis caso a caso, à medida em que a sua previsibilidade e vinculatividade, e, mesmo, o seu caráter de regra possam sempre ser colocados em cheque a cada colisão.¹¹²⁶

No Brasil, Lúcio Antônio Chamon Junior apoda a teoria de Alexy de incidir nos velhos vícios da jurisprudência dos valores, o que estaria presente na introjeção, através da interpretação do direito, de uma ordem ou hierarquia axiológica; disso resultaria **uma perda do caráter normativo do direito**.¹¹²⁷

Essa última **crítica** soa similar à que Habermas fez – de modo incomparavelmente mais profundo e sofisticado – quanto ao efeito do procedimento de ponderação em relação à força normativa dos direitos fundamentais.

¹¹²⁵ Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, S. 368. No original, o autor assim se manifestou: *Sobald wir das Prinzip der Rechtsgleichheit nur noch als ein Gut neben anderen betrachten, können individuelle Rechte von Fall zu Fall kollektiven Zielen aufgeopfert werden – statt dass ein Recht im Kollisionsfall hinter einem anderen Recht 'zurücktritt', ohne dadurch seine Gültigkeit zu verlieren.*

¹¹²⁶ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, S. 219. O autor sintetiza sua crítica com a seguinte frase provocativa: “Uma norma pode adornar-se com o título de regra apenas enquanto não aflore *in concreto* uma razão oposta que esteja em condições de, em virtude de seu peso, limitá-la – regra conforme a demanda.” No original: *Eine Norm darf sich so lange mit dem Titel einer Regel schmücken, wie in concreto kein Gegengrund auftaucht, der sie aufgrund seines Gewichtes einzuschränken imstande ist – Regel auf Abruf.*

¹¹²⁷ Diz o crítico: “Esse é exatamente o motivo pelo qual não se pode pretender validamente introjetar na interpretação do Direito uma ordem, ou uma hierarquia axiológica, bem ao gosto de uma jurisprudência dos valores, que tão alto ainda fala na teoria de ROBERT ALEXY.” Nesse ponto, Chamon Junior remete a uma nota de pé de página, na qual enumera obras ditas centrais de Alexy e informa o seguinte teor: “Cf. escritos centrais do autor, que nos permite concluir pela perda do caráter normativo do Direito quando assumida sua proposta: (...)”. Cfr. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no direito moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 140. A crítica também evoca o assaques de intuicionismo, que Alexy repele, como se examinará adiante (item 6.2.2.4.3.5.).

Também apresenta semelhança com a objeção que Kaufmann fizera à teoria da argumentação no sentido de perda da perspectiva do sistema pela excessiva abertura e pela ausência de espaço para a subsunção.¹¹²⁸

A questão, em síntese, que interessa resolver em defesa da teoria dos princípios do ponto de vista normativo-sistemático, consiste em saber se ela, ao incluir a ponderação na atividade de interpretação do direito fundamental, conduz necessária ou eventualmente à perda do seu caráter normativo, vinculativo e/ou sistemático, ao modo de um inconsequente “argumentar em sistema aberto”?¹¹²⁹

6.2.2.4.2.5. Resposta às críticas conceituais

As objeções lançadas acima dizem com conceitos básicos da teoria do direito fundamental sob exame. Elas atacam o núcleo central da teoria dos princípios enquanto teoria que possibilita trabalhar com ponderação de direitos fundamentais dentro de um determinado sistema jurídico.

A ponderação, como Alexy reconhece, conduz a uma abertura do sistema jurídico determinado materialmente pelas normas de direito fundamental; porém, enfatiza que essa abertura se faz para a moral, porquanto os conceitos básicos materiais dos direitos fundamentais, como a dignidade, a liberdade e a igualdade constituem, ao mesmo tempo, conceitos básicos da filosofia prática.¹¹³⁰ Alexy afirma que com esses conceitos são incorporados à constituição e, com isso, ao direito positivo os mais importantes princípios do direito racional moderno, cuja precisão e ponderação entre si conduz ao problema da justiça.¹¹³¹

Mas a abertura não é franca nem completa. Ela acontece em procedimentos e condições limitadas, como se evidenciou na tese do caso especial e se procura mostrar

¹¹²⁸ KAUFMANN, Arthur. *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2011, S. 102 ff.

¹¹²⁹ KAUFMANN, Arthur. *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2011, S. 99 ff.

¹¹³⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 494.

¹¹³¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 494.

quando do estudo da dinâmica da NDFA.¹¹³² Em verdade, a abertura ilimitada corresponderia a um modelo puro de princípios, que à teoria da NDFA repugna.

O modelo puro de princípios se faz censurável, segundo Alexy, por contraditar a constituição escrita (no caso, o texto da LF), na medida em que não toma a sério as diferenciadas regulações de limites já feitas e, assim, põe em risco a vinculação e a rigidez da constituição.¹¹³³

Por seu turno, como já se demonstrou, o modelo puro de regras igualmente não se sustenta,¹¹³⁴ de modo que é necessário um modelo misto.¹¹³⁵ Portanto, os modelos mais parcimoniosos – simples – não dão conta dos fenômenos sobre os quais operam, o que exige a adoção de um modelo mais complexo, como o misto.

Com relação à objeção de que a argumentação com princípios excluiria ou desprestigiaria a subsunção, trata-se de um equívoco quanto à forma de aplicação dos esquemas de interpretação,¹¹³⁶ embora deva ser reconhecido que, entretantes, Alexy modificou em pequena parte seu entendimento sobre o tema, ao reconhecer, em textos mais recentes, a relevância da analogia como um esquema ou estrutura de argumentação jurídica ao lado da subsunção e da ponderação na tarefa da aplicação do direito, mas não em substituição àquelas.¹¹³⁷

¹¹³² Ver item 7.

¹¹³³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 104-106.

¹¹³⁴ Ver acima, item 6.2.2.4.2.1. Com efeito, o modelo puro das regras tem por defeito mais grave o de tentar interpretar determinações de direitos fundamentais sem ponderação, o que não se faz possível em três tipos importantes de direitos fundamentais de acordo com a forma de sua normatização: sem reserva, com reserva simples e com reserva qualificada. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 104 ff.

¹¹³⁵ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 64-65. Alexy expressamente afirma que a sua teoria dos princípios, enquanto modelo misto (e não puro), não contém apenas princípios, mas também regras. “A teoria dos princípios não diz que catálogos de direitos fundamentais, no fundo, não contém regras, portanto, no fundo, fixações. Ela acentua não só que catálogos de direitos fundamentais, à medida que efetuam fixações definitivas, têm uma estrutura de regras, mas realça também que o plano das regras precede *prima facie* o plano dos princípios. Seu ponto decisivo é que por trás e ao lado das regras estão os princípios.”

¹¹³⁶ Ver adiante, item 8.5.

¹¹³⁷ Diz Alexy: “Por meio do enlace do conceito da analogia com o da argumentação a analogia é posicionada no contexto global da argumentação jurídica. A analogia é reconhecida como um esquema que, ao mesmo tempo, depende de argumentos e lhes dá forma. Essa propriedade ela compartilha com a subsunção e com a ponderação, (esta última) não elaborada na doutrina do método de Kaufmann.” Cfr. ALEXY, Robert. *Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung*. In: NEUMANN, Ulrich et al (Hrsg.). *Verantwortetes Recht: die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*. Stuttgart: Franz Steiner, 2005 (ARSP:

Quanto à crítica de Chamon Jr., trata-se de manifestação feita no ambiente local (brasileiro), não havendo notícia de que Alexy dela tenha tomado conhecimento; todavia, pode ser respondida com base na sua teoria. A crítica revela uma incompreensão básica, porque é central à teoria criticada o tratamento dos princípios em nível deontológico, assim como lhe é clara a distinção entre elementos axiológicos e deontológicos de um sistema jurídico.

A crítica habermasiana à teoria dos princípios como mandamentos de otimização é mais séria. Também apresenta relevância a objeção de Ávila a esse respeito.

Com efeito, está em causa o risco de que os princípios representem uma forma de introduzir indevida ou equivocadamente valorações por meio considerações de finalidade na interpretação de direitos fundamentais. No que toca ao objeto desta pesquisa, a questão consiste em saber se a NDFA de fato pode utilizar princípios com caráter de otimização sem enredar-se numa axiologia vaga, que nada diz concretamente e, no entanto, justifica qualquer decisão, ensejando o que se cunhou de “tirania dos valores”?¹¹³⁸

A esperança, no entanto, é que a construção da NDFA seja levada a termo do modo a evitá-lo, o que se obtém mediante uma aplicação precisa da proporcionalidade

Beiheft 100), S. 47-66. No original: *Durch die Verknüpfung des Begriffs der Analogie mit dem Begriff der Argumentation wird die Analogie in den Gesamtzusammenhang der juristischen Argumentation gestellt. Die Analogie wird als ein Schema erkannt, das auf Argumente zugleich angewiesen ist und ihnen Form gibt. Diese Eigenschaft teilt sie mit der Subsumtion und der in Kaufmanns Methodenlehre nicht ausgearbeitete Abwägung.* (Idem, S. 65.) Alexy estabelece uma comparação didática da relação entre os três grandes esquemas: “O que a **regra** é para com a subsunção e o **princípio** para com a ponderação, é o caso para com a analogia.” (Idem, ibidem.) No original: *Was die **Regel** bei der Subsumtion ist und das **Prinzip** bei der Abwägung, ist der **Fall** bei der Analogie.* (Destaques já constantes do original.)

¹¹³⁸ Nesse tópico, soa prudente o alerta de Carl Schmitt: “Um jurista que se engaja em se tornar um executor direto de valores deveria saber o que faz. Deveria refletir sobre a origem e a estrutura dos valores e não deveria tratar levianamente o problema da tirania dos valores e da execução direta de valores. Ele teria que se esclarecer sobre a moderna filosofia dos valores, antes de decidir tornar-se um avaliador, reavaliador, supervalorador ou infravalorador e, como sujeito portador e sensor de valores, proclamar as disposições de uma ordem hierárquica de valores subjetiva ou também objetiva em forma de pronunciamento judicial com força de direito.” SCHMITT, Carl. *Die Tyrannei der Werte, in: **Säkularization und Utopie***, F Schr. f. E. Forsthoff, Stuttgart/Berlin/Köln, Mainz 1967, S. 62. No original: *Ein Jurist, der sich darauf einlässt, unmittelbarer Wertvollzieher zu werden, sollte wissen, was er tut. Er sollte die Herkunft und Struktur der Werte bedenken und dürfte das Problem der Tyrannei der Werte und des unvermittelten Wertvollzuges nicht leichtnehmen. Er müsste mit der neuzeitlichen Wert-Philosophie ins klare kommen, ehe er sich entschliesst, Werter, Umwerter, Aufwerter oder Abwerter zu werden und als werttragendes und wertfühlendes Subjekt die Setzungen einer subjektiven oder auch objektiven Wertstufenordnung in der Form von Richtersprüchen mit Rechtskraft zu verkünden.* Veja também sobre isso Compare HECK, Luís Afonso. Posfácio. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 253, n. 74.

e, mais especialmente, da observância dos passos sequenciais e corretos da ponderação, para que resulte, de uma colisão de princípios, uma regra aplicável ao caso concreto e que possa ser objeto de um controle racional.

Essa é, também, a resposta para a crítica de que a ponderação, por meio desta, a NDFA, solaparia a distinção entre interpretar e estatuir o direito constitucional. Em verdade, a sustentabilidade dessa distinção repousa na possibilidade de argumentação racional no plano do direito constitucional, o que Alexy defende.¹¹³⁹ Esta, por seu turno, exclui o ceticismo quanto à capacidade de conhecer o direito, o que implica poder distinguir o conhecimento da criação do direito.

Porém, por que não evitar o problema, cerceando-o na origem, mediante a adoção de um sistema normativo mais enxuto, sem princípios nem ponderação, ou com a exclusão do caráter axiológico dos princípios?

Essa última solução parece atender ao que Habermas reclama. Todavia, o corte seria excessivo e fora de lugar.

Primeiramente, é preciso esclarecer se de fato há alguma confusão ou correspondência entre deontologia e axiologia na concepção alexyana da teoria dos princípios.

É verdade que Alexy defende, quanto aos princípios, o estabelecimento de correlações recíprocas entre proposições de valor e proposições de dever-ser, mas em nenhum momento as confunde, mantendo sempre a clara distinção de níveis axiológico (valores) e deontológico (princípios) e, conseqüentemente, a necessidade de uma

¹¹³⁹ À diferença do ceticismo kelseano, que relega o debate da esfera da política às ideologias, Alexy explicitamente sustenta a possibilidade de argumentos racionais também nessa esfera e, pois, da argumentação constitucional racional não apenas na interpretação mas também na estatuição do direito. Sem a possibilidade de argumentos racionais neste âmbito, toda interpretação se resolve em estatuição. A questão da racionalidade da própria interpretação se liga à constatação de que esta última se realiza por meio de argumentos, os quais devem poder ser estruturadas de forma lógica e controlável. A possibilidade de construir argumentos interpretativos válidos repousa também no afastamento do ceticismo acerca do conhecimento do direito, de modo que argumentar validamente no direito pressupõe poder conhecer o direito e, pois, distinguir o conhecimento da aplicação e da criação do mesmo. Compare WEINBERGER, Ota. *Zur Theorie der politischen Argumentation*. In: _____. *Aus intellektuellem Gewissen: Aufsätze von Ota Weinberger über Grundlagenprobleme der Rechtswissenschaft und Demokratietheorie*. Berlin: Dunker & Humblot, 2000, S. 329-346.

conversão estrutural na passagem de um nível para o outro e formas diferentes de operação.¹¹⁴⁰

Também admitiu que a expansão esboçada pelos conteúdos jurídico-constitucionais – ora tomados como princípios, ora como valores pela doutrina/jurisprudência – efetuou uma constitucionalização material da ordem jurídica.¹¹⁴¹

Todavia, do ponto de vista formal, o estabelecimento do limite do conteúdo constitucional depende da observância da dogmática dos espaços, onde procura compatibilizar a normatividade posta pela constituição com uma aplicação dos direitos fundamentais dentro de marcos institucionalizados. Assim, a reabilitação da depreciada teoria dos valores dos direitos fundamentais, que Alexy objetiva, se dá indiretamente e sem confusão com a teoria dos princípios, estruturada de forma que lhe possa cumprir o desiderato da racionalidade no trato do tema dos direitos fundamentais.¹¹⁴²

Que isso não tenha permanecido no patamar dos desejos irrealizados e das promessas descumpridas, prova-o o desenvolvimento de uma estruturação articulada do procedimento de ponderação. Aí é que se verifica que, ao invés de um trabalho com base em mera derivação de decisões concretas diretamente de valores abstratos, em

¹¹⁴⁰ Ao historiar a evolução da doutrina e jurisprudência alemãs acerca da compreensão dos direitos fundamentais, Alexy indicou a origem da questão da relação entre princípios e valores, bem como da controvérsia que se desenvolveu acerca da matéria. Localizou na decisão Lüth o início da expansão dos conteúdos constitucionais, estabelecendo uma conexão entre algumas ideias que se firmaram nessa linha: catálogo de direitos como expressão de sistema de valores (Smend); a titulação como princípios das normas de decisão de valores e, pois, dos direitos fundamentais; a ubiquidade de princípios e valores e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais; a afirmação da colisão e da necessidade de ponderação de bens; e a irradiação para todo o ordenamento. Cfr. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71-92.

¹¹⁴¹ Cfr. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71-92.

¹¹⁴² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 18. Não se pode ignorar, no entanto, a evolução posterior do pensamento de Alexy no rumo da elaboração de temas que a epistemologia tradicional e filosofia analítica repudiavam, tais como a busca de uma fundamentação substancial dos direitos humanos, a indagação da natureza do direito e da dialética entre as suas dimensões real e ideal. Nesse sentido, o próprio autor atesta a mudança no seu pensamento, que pode ser resumida como o aprofundamento de temas em campos que tangenciam a metafísica, ainda que não de uma metafísica especulativa, e culmina com o reconhecimento da inescapabilidade da filosofia geral ou metafísica geral enquanto ontologia também no âmbito do direito. Cfr. ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has changed over the years*. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012.

Alexy se oferece um procedimento de ponderação de princípios, dotado de regras quanto aos ônus de prova e leis de ponderação que permitem controlar o processo de atribuição de pesos. Isso está longe da vetusta jurisprudência dos valores.

Por outro viés, expurgar de todo qualquer consideração de finalidades representaria uma amputação da própria funcionalidade da teoria dos princípios, pois retiraria do princípio da proporcionalidade grande parte de sua base racional.¹¹⁴³

A tese da codificação binária exclusiva das normas, defendida por Habermas e Günther, na verdade, traz embutida a tese da aversão à ponderação das normas deontológicas, que não se sustenta conceitualmente – porque nem todas as ponderações têm que ser conceptualizadas como ponderações de bens teleológicas – nem empiricamente, como demonstrado por Jansen.¹¹⁴⁴

Deveras, a codificação binária exclusiva proposta por Habermas em relação às normas pode ser questionada, ainda, diante do fato de que a jurisprudência efetivamente lança mão de graduações na aplicação de direitos fundamentais.

Analiticamente pode também ser demonstrado que os direitos fundamentais são concebíveis como posições jurídicas compatíveis com ponderação, ou seja, relativizáveis. Desse modo, os conteúdos normativos do direito fundamental não excluem uma codificação gradualizadora ao invés de uma exclusivamente binária. Como sustentado por Rodolfo Arango, a concepção dos direitos fundamentais como princípios não põe necessariamente a perder o seu sentido deontológico.¹¹⁴⁵

Portanto, seja pela atribuição de efetiva importância à subsunção, seja pela adoção de um modelo que preserva espaço para regras, sem prejuízo da consideração devida dos princípios e da ponderação, não se configura a prefalada perda do caráter normativo do direito fundamental ou do direito em geral na proposta de Alexy.

¹¹⁴³ Ver item 7.5.

¹¹⁴⁴ Cfr. JANSEN, Nils. *Die Struktur der Gerechtigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 1998, S. 82 ff.

¹¹⁴⁵ Cfr. ARANGO, Rodolfo. *Deontologische und teleologische Grundrechtspositionen*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 67-81. Arango realizou tal análise aproveitando-se do debate filosófico entre Habermas e Putnam sobre a correção da tese habermasiana da estrita separação entre valores e normas.

A opção por esse modelo misto, no entanto, não representa uma escolha trivial entre equivalentes, porque, a subsunção e a ponderação não possuem o condão de produzir modelos sustentáveis isoladamente.¹¹⁴⁶ Não é mais possível uma aplicação dos textos legislativos restrita à interpretação gramatical e meramente por subsunção, assim como uma ponderação sem regra final passível de subsunção seria inócua. Dito de outro modo, sem a NDFA, aqui estudada, a ponderação giraria no vazio.¹¹⁴⁷

Do ponto de vista conceitual, portanto, não se comprovou o acerto das críticas expostas.

6.2.2.4.2.6. Resultado parcial (item 6.2.2.4.2.)

A abertura do sistema jurídico de fato é essencial à teoria de Alexy, que é procedimental¹¹⁴⁸ e abriga espaço para que os afetados discutam abertamente – observadas as regras incidentes – seus interesses.

Isso, todavia, não implica que a teoria esteja fatalmente condenada a uma fluidez e instabilidade que nada mais possa ser edificado sobre ela. Na verdade, longe está a teoria de ser avessa à ideia de sistematicidade, ou que nela tudo valha. Ao contrário, nela ganham importância as impossibilidades discursivas e, no que tange mais especificamente ao direito, confere-se grande valor à dogmática e aos precedentes, enquanto fatores de organização, sistematização e estabilização do direito.

Essa questão possui repercussões vitais para o objetivo central sob exame neste trabalho. Com efeito, atribuir à NDFA a mesma estatura normativa dos direitos fundamentais diretamente estatuídos de fato representa um passo ousado que não deixa de ter repercussões no conceito de normatividade. Porém, as objeções feitas não conseguem desestabilizar o conceito de norma associada, nem o seu estatuto normativo.

Na verdade, o conceito apenas confere uma explicitude, estruturação teórica e elaboração metódica àquilo que, na prática, os tribunais, especialmente o TCF já

¹¹⁴⁶ Veja-se a propósito o item 6.2.2.4.2.1.

¹¹⁴⁷ Para mais detalhes sobre as características gerais e particulares da NDFA enquanto regra, vejam-se respectivamente os itens 8. e 9. deste trabalho.

¹¹⁴⁸ Procedimental mas com diferenciações, como explicitado acima, item 3.2.4.2.5.2.

vinham fazendo. E essa prática, como se colhe da vasta literatura, não veio minar ou enfraquecer a força normativa do texto constitucional, nem o vigor dos direitos fundamentais; ao contrário, alcançou-lhes eficácia crescente, concretização progressiva e pregnância social.

As fixações postas por meio de associações, por sua vez, têm o condão de adicionar força gravitacional e estabelecer conexões internas do direito, a partir do direito fundamental, de modo que o sistema – embora aberto – ganha em estabilidade e viscosidade.¹¹⁴⁹

Com a NDFA, portanto, o sistema jurídico não é prejudicado quanto à normatividade e inteireza, ainda que alguns aspectos sobre a forma como se processa a ponderação e como se constrói e aplica a NDFA ainda exijam desdobramentos para que possam ser explicitadas.¹¹⁵⁰

Contudo, outras críticas se abatem sobre a teoria que sustenta a NDFA, a exigir análise.

6.2.2.4.3. Críticas à adequação da teoria dos princípios

6.2.2.4.3.1. Inadequação filosófica

Dirige-se contra a teoria dos princípios uma crítica que concerne à suposta duplicação desnecessária de entes, ao postular uma dimensão (ou um plano) ideal no dever-ser que ingressa na ponderação. Nesse sentido, ela conduziria à postulação de um mundo do dever-ser ideal, à parte do real, segundo Poscher.¹¹⁵¹ Além disso, a idealização contida na teoria dos princípios, segundo o mesmo crítico, geraria desacoplamento da ordem jurídica real.¹¹⁵²

¹¹⁴⁹ O seu caráter de regra zela pela segurança jurídica para o futuro nas situações em que, configurada a extrema injustiça, resulta vencedor na ponderação o princípio da justiça sobre o da segurança jurídica. Cfr. ALEXY, Robert. *Rechtssicherheit und Richtigkeit*. In: GERLOCH/TRYZNA/WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeňek, 2012, S. 386.

¹¹⁵⁰ Ver adiante a discussão do princípio da proporcionalidade (7.5.), a dissecação da regulatividade da NDFA e a aplicabilidade desta (itens 8., 9 e 10.).

¹¹⁵¹ Cfr. POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 80.

¹¹⁵² Cfr. POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 80.

Pode-se enquadrar, ainda, como crítica quanto à adequação filosófica a existência de uma suposto problema de teoria do conhecimento, apontado por Jaestedt.¹¹⁵³

Também seria inadequada do ponto de vista lógico por abrigar contradição, já que oferece um critério da distinção entre as regras e os princípios, tomados como mandamentos de otimização, o qual, porém, não seria observado pelos mandamentos de otimização propriamente ditos.¹¹⁵⁴

A resposta à crítica faz-se separadamente por argumentos.

No que tange à questão da suposta contradição quanto ao caráter dos subprincípios, a questão já se encontra resolvida pela distinção entre os princípios objeto e o princípio da proporcionalidade, nome sob o qual se reúnem elementos com caráter de regra, como são os assim chamados subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação ao aludido problema gnoseológico, trata-se de uma incompreensão da teoria alexyana, que adota – justificadamente – um modelo de argumentação como uma terceira via entre os modelos do conhecimento (que almeja a descoberta da única solução correta pré-dada em cada caso) ou da decisão (que reduz o espaço do conhecimento jurídico à constatação do quadro normativo, cujo preenchimento é objeto de uma decisão criadora do direito entre variantes interpretativas indiferentes) no trato da fundamentação de decisões jurídicas.¹¹⁵⁵

No tocante ao problema ontológico, em verdade, não há segredo de que Alexy professa uma visão bidimensional e mesmo pluridimensional em vários aspectos da filosofia, seja na divisão entre lógica e deontologia, seja na própria divisão metafísica entre uma dimensão ideal e outra real. Essa estratégia lhe aumenta o potencial explicativo e não gera, por si só, desconformidade teórica.

¹¹⁵³ Ver retro, item 2.2.

¹¹⁵⁴ Cfr. POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 78-81.

¹¹⁵⁵ Ver também 7.5.1.3.2.1.1.

A questão é se existe uma postulação de existência de entes indevida, ou inútil.

Não prospera, se tomada nesse linha, a alegação de que Alexy incorra na multiplicação desnecessária de entes e mereça a aplicação da navalha de Ockham no que tange à teoria dos princípios. Esta apenas instrumentaliza, normativamente, concepções previamente estabelecidas quanto à natureza do direito, que reconhecidamente apresenta uma estrutura dual, cujas dimensões são, cada qual, explicadas quanto a seu sentido e indispensabilidade.¹¹⁵⁶ Essa especial característica da natureza do direito se revela quanto à necessidade da ponderação e da teoria dos princípios:

Isso mostra que ponderar tem um papel a desempenhar não somente na prática jurídica, mas também na própria base do direito. Isso significa que a ponderação e, com ela, a teoria dos princípios são uma parte integrante do direito – uma parte integrante da própria natureza do direito.¹¹⁵⁷

Alexy se ocupou de responder à crítica, explicitando o que entende por dever-ser ideal e justificando a sua indispensabilidade conceitual e lógica. Com isso, procura afastar o que chama de objeção ontológica.¹¹⁵⁸

Na defesa da existência de dever-ser ideal, Alexy distingue entre dois sentidos – um fraco e outro forte – de existência de normas; mesmo esse último ele encontra atendido, desde que, como ocorre no exemplo discutido do dever de prestar ajuda, possa ele ser fundamentado; procede a uma equiparação entre o comando de otimização e o dever-ser ideal; demonstra, assim, a compatibilidade entre idealidade e proposicionalidade; liga, por fim, a vinculação entre ideal e real ao postulado da racionalidade, que se aproveita da dupla característica dos princípios enquanto passíveis e carentes de ponderação.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁶ Ver acima, item 5.3.2.

¹¹⁵⁷ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 9 to Ralf Poscher*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 340-345. No original: *This shows that striking a balance has a role to play not only in legal practice but also at the very basis of law. This means that balancing and, with it, principles theory are a proper part of law – a proper part of the very nature of law.*

¹¹⁵⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 21-38.

¹¹⁵⁹ Cfr. ALEXY, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 21-38.

Ponto central, no entanto, da defesa da não-superfluidade do dever-ser ideal reside no fenômeno da resistência dos princípios à ponderação: a permanência da validade dos princípios que, numa colisão dada, tenham sido suplantados por outro, somente se explica pela subsistência de um núcleo duro, correspondente à dimensão ideal de dever-ser. Se eliminado esse elemento, não haveria como justificar que o princípio não tenha sido anulado e, do ponto de vista do procedimento, como se faria possível a ponderação em geral.

6.2.2.4.3.2. Inadequação científica

Poscher sustenta que a teoria dos princípios oferece um nome único para um conjunto de diversas teorias¹¹⁶⁰ e múltiplos níveis e facetas desprovidos de unidade teórica.¹¹⁶¹ Numa outra manifestação, mais radical, nega que a teoria dos princípios possua até mesmo um objeto.¹¹⁶²

Outra linha de crítica, também levantada por Poscher, acusa a teoria dos princípios de ser suspeita do ponto de vista da teoria da ciência, porque possui elevado potencial descritivo, abrangência indeterminada e potencial de significação enorme (tanto que nada lhe seria alheio), ao mesmo tempo e por decorrência das características anteriormente referidas, mostra-se pobre em poder explicativo e ineficaz para orientação na prática, já que nada exclui como consequência e não pode ser submetida a falseamento. Não se presta como teoria, portanto, por desatender ao requisito científico da falseabilidade.¹¹⁶³

¹¹⁶⁰ Cfr. POSCHER, Ralf. *The principles Theory: how many theories and what is their merit?* In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 218-247. O autor vê na teoria dos princípios as seguintes teorias: (1) sobre o conceito de direito; (2) das normas; (3) da adjudicação; (4) da argumentação; e (5) doutrinal (ou dogmática) dos direitos fundamentais.

¹¹⁶¹ Ao tempo da sua habilitação, Poscher classificara a teoria dos princípios como uma teoria funcional-pluralística dos direitos fundamentais, o que sugere que, aparentemente, visualizara nela uma unidade científica, a despeito de já discuti-la em diferentes aspectos. Cfr. POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 69-70; 73 ff.

¹¹⁶² Cfr. POSCHER, Ralf. *Theorie eines Phantoms – die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand*. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung, Nomos, Heft 4, 2010, S. 349-372, encontrável no seguinte document eletrônico:

http://www.rechtswissenschaft.nomos.de/fileadmin/rechtswissenschaft/doc/Aufsatz_ReWiss_10_04.pdf

¹¹⁶³ Cfr. POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 75-77. Borowski responde a essa crítica, sustentando ao mesmo tempo a potencialidade descritiva e a explicativa da teoria dos princípios; distingue entre a teoria dos princípios como teoria teórico-jurídica e como teoria dogmática, sendo que a falseabilidade das proposições da primeira se mostra mais difícil, embora não

A negação do próprio objeto da teoria dos princípios parece decorrer de um exagero erístico de Poscher, considerando que se trata de uma teoria das normas de direito fundamental devidamente explicitada quanto ao seu campo de estudos e sua natureza normativa e estrutural;¹¹⁶⁴ o seu desenvolvimento e a aplicação em escala significativa são provas de que possui uma consistência suficiente para o emprego prático, o que pressupõe um objeto minimamente estável e reconhecido.

Alexy rebate a crítica teórico-científica com a observação de que a teoria dos princípios pode e deve ter aspiração sistemática, sem no entanto fazer depender a sua cientificidade da contemplação de várias dimensões do direito em geral, bastando, quanto à sua falseabilidade, que se verifique o sucesso (ou falseamento) nos campos em que se projeta.¹¹⁶⁵

Importante consignar que a ideia da falseabilidade, que remonta à concepção popperiana da teoria da ciência,¹¹⁶⁶ não está excluída, desde que devidamente adaptada a uma teoria da ciência do campo normativo, onde asserções concernentes à lógica do dever-ser não podem ser diretamente comparadas com as do ser.

Assim, pressuposições ou previsões empíricas que eventualmente se façam da teoria dos princípios podem, sim, ser submetidas à análise quanto à sua verificação. Já os pressupostos normativos dependem de outro tipo de análise, sendo confrontáveis com as limitações de sistemas jurídicos.

6.2.2.4.3.3. Inadequação teórico-normativa

Poscher ataca a teoria dos princípios, do ponto de vista teórico-normativo, imputando-lhe a redução do rico espectro de possibilidades e de instrumentos de operação

impossível, pela maior analiticidade de suas proposições. Cfr. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 132.

¹¹⁶⁴ Ver acima, item 6.2.

¹¹⁶⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 9 to Ralf Poscher*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 340-345.

¹¹⁶⁶ Sobre a falseabilidade (*Falsifizierbarkeit*) enquanto condição do caráter científico de uma teoria e como critério de delimitação para os sistemas teóricos, cfr. POPPER, Karl. *Logik der Forschung*. 7. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1982, S. 47 ff. Em português, essa obra pode ser consultada sob o título POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2000.

com direitos fundamentais a uma divisão binária entre regras passíveis de subsunção e princípios operáveis com ponderação. Tacha-a, por isso, de retrocesso na metodologia do direito.¹¹⁶⁷

A resposta a essa crítica consiste em fazer ver que a relação entre subsunção e ponderação é muito mais rica e complexa do que o crítico faz crer. Além disso, do ponto de vista metodológico, não é possível desdenhar da necessidade da argumentação na interpretação, o que agrega a riqueza da filosofia prática ao universo desta última, como demonstrado ao longo deste trabalho.¹¹⁶⁸

A apuração definitiva da validade metodológica da NDFA e dos avanços que propicia ainda comporta análise posterior, em face da conexão com outras críticas e da necessidade de aprofundamento da dinâmica da NDFA, a ser levada a termo adiante.¹¹⁶⁹

6.2.2.4.3.4. Inadequação do critério de distinção

Poscher critica, na teoria dos princípios, o fundamento da distinção entre estes e as regras. Entende não haver, na realidade, distinção categorial entre princípios e regras, contrariamente ao que sustenta aquela teoria; argumenta que possuem a mesma estrutura formal e que entre eles somente haveria uma distinção contingente.¹¹⁷⁰

Jestaedt também questiona a oposição binária estrita que é feita pela teoria dos princípios entre estes e as regras. Ele questiona, por um ângulo, se o comportamento de princípios e regras pode claramente ser distinguido como fenômenos diferentes e, por outro, se o seu comportamento divergente em casos de conflito é mesmo a distinção sistêmica fundamental para a totalidade do edifício jurídico. Na crítica à teoria dos princípios, traz o exemplo do conceito de “funcionalidade”, o qual rendeu casos em que a jurisprudência do TCF tratou da limitação de direitos fundamentais como conflito de

¹¹⁶⁷ POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 77 ff.

¹¹⁶⁸ No item 2.3. fez-se um estudo comparativo da utilidade da NDFA em face das abordagens tradicionais na tentativa de solução do mesmo problema de que ela se ocupa.

¹¹⁶⁹ Ver item 7.

¹¹⁷⁰ Cfr. POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 78. Poscher não é o único que levanta esse tipo de ressalva à teoria de Alexy. Porém, o faz de modo sistemático e com auxílio de manifestações de terceiros. O mesmo se pode dizer de Jestaedt e Ávila, citados neste mesmo item.

regras (*conflict of rules*) ao invés de colisão de princípios (*competing principles*), como supõe a teoria da ponderação.¹¹⁷¹

No Brasil, Ávila diz que Alexy, à semelhança de Dworkin, define as regras, ao diferenciá-las dos princípios, utilizando o critério hipotético-condicional, porquanto Alexy definiria as regras como normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas.¹¹⁷²

Ávila exhibe casos em que a jurisprudência teria ponderado regras, para criticar Alexy por sustentar que regras, na sua definição, não permitiriam ponderação.¹¹⁷³ Desse modo, se a diferença específica das regras – implementação de consequência predeterminada, segundo Ávila – só pode surgir após o processo de interpretação, então a diferença entre princípios e regras continua sendo o maior grau de abstração dos

¹¹⁷¹ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 162-163.

¹¹⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31 ss. Ávila reporta-se ao texto seguinte: ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 216-217. Porém, a definição que ali se apanha das regras não refere, no original, a palavra “premissa” (*Prämisse* ou mesmo algo similar, como *Voraussetzung*). Veja-se o texto: *Demgegenüber sind Regel Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können*. (Idem, S. 216.) Ávila também cita passagem da obra ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl., mais precisamente na página 77. Esta, no entanto, contém definição idêntica à acima transcrita, que não refere “premissa”. 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. Aquela confusão já revela que a crítica repousa numa sobreposição indevida de planos (lógico-semântico e prático) e de níveis (ôntico e deontico). Convém mencionar, aqui, a lição de Kelsen no sentido de que as normas jurídicas não são imperativos, e de que a estrutura das normas permite distinguir entre normas primárias e secundárias, já que não se confundem a norma que liga um tipo (*Tatbestand*) A a uma conduta devida B, e a norma que prevê uma sanção C (p. ex., execução coativa ou prisão ou mesmo responsabilidade de terceiro) quando a conduta devida faticamente não se verifica (*não-B*). Portanto, a consequência jurídica C tem por condição o antijurídico (*Unrecht*) não-B, e não o tipo A ou a conduta devida B, o que é frequentemente esquecido por quem confunde os níveis ôntico e deontico. Cfr. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 114 ff.

¹¹⁷³ Um exemplo, na opinião de Ávila, é o da regra criminal do estupro por violência presumida (menor de 14 anos). Do seu exame conclui que não apenas os princípios mas também as regras podem envolver a consideração de aspectos específicos, abstratamente desconsiderados e que somente aparecem após a interpretação, no momento da aplicação. Cfr. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39. Em síntese, Ávila tratou como ponderação de regra o que poderia ser explicado como exceção.

primeiros e, conseqüentemente, a maior complexidade e duração do processo de interpretação.¹¹⁷⁴

Freitas, de modo similar, critica Alexy por ter, supostamente, deixado de notar “(...) a colisão oculta de princípios em todos os conflitos de regras, extraindo as conseqüências em sua teoria dos princípios.”¹¹⁷⁵ Por isso, Freitas, tal como Ávila, entende que, diversamente do sustentado no modelo combinado de regras e princípios de Alexy, a distinção entre regras e princípios, apresenta-se, na realidade, mais de **grau** hierárquico que de essência, “(...) porque o intérprete é quem imprime o derradeiro significado normativo a ambos (princípios e regras), na circularidade hermenêutica”.¹¹⁷⁶

Diversamente do proposto por Alexy no que tange à distinção entre regras e princípios, Ávila, apoiando-se em Frederick Schauer,¹¹⁷⁷ utiliza o critério da diferença do tipo de razões para prestar-lhes obediência:¹¹⁷⁸ Enquanto princípios seriam normas que geram razões substantivas ou finalísticas, regras seriam normas a gerar razões de correção ou autoritativas.

¹¹⁷⁴ A relevância do grau de generalidade na distinção entre regras e princípios é analisada em maior profundidade no item 6.2.2.3.3., acima. Sobre a distinção entre interpretação e ponderação, e sobre onde os conceitos se tocam, para fins de fundamentação de relações de precedência condicionada, cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 144-145.

¹¹⁷⁵ FREITAS, Juez. A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 346, nota de pé de página n. 44.

¹¹⁷⁶ FREITAS, Juez. A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 346, nota de pé de página n. 44.

¹¹⁷⁷ Schauer tem-se ocupado em discorrer, principalmente no universo anglo-saxônico sobre regras, enfatizando o seu valor em comparação com princípios em prol da segurança jurídica. Sua obra mais conhecida é *Playing by the rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon, 1991. Dele é também a conferência: “Regras e justiça num mundo não-ideal.” Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito. Conferência de abertura do ano letivo de 2007 (13-04-2007). Cite-se ainda *Prescriptions in three dimensions*. *Iowa Law Review*, n. 82, p. 911-922, 1997, citato cfe. PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição constitucional tributária*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 16 ss. Nesse último texto, segundo ensina Pandolfo, Schauer admite que as normas tenham como característica o peso (*weight*), como capacidade de uma prescrição prevalecer em face de outra, ao lado da especificidade (*specificity*) e da canonicidade (*canonicity*); todavia, não reconhece uma norma específica chamada princípio.

¹¹⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40-41. O que Ávila pode não ter percebido inteiramente são as implicações filosóficas da sua remissão aos conceitos de Schauer, que endossa uma concepção de filosofia prática de cunho essencialmente hobbesiano, cuja racionalidade está marcada por razões de cálculo e estratégia, incompatível com o desenho da teoria dos princípios que se apoia numa razão prática nos moldes kantianos. Sobre esse tema, veja também o item 3.2.4.1., acima.

Ávila também recrimina Alexy (junto com Dworkin) por que no seu modelo, havendo a hipótese de uma regra, sua consequência deveria ser diretamente implementada. Todavia, em casos, como da analogia,¹¹⁷⁹ ora a regra seria aplicada mesmo não estando presente a sua hipótese, ora ocorreria o contrário, diante de razões superiores.¹¹⁸⁰

Ávila ainda reprova ter Alexy atribuído exclusivamente aos princípios uma dimensão do peso e a possibilidade de ponderação,¹¹⁸¹ a quais deveriam também ser

¹¹⁷⁹ Ávila se reporta a Arthur Kaufmann quando defende a eficácia seletiva dos princípios, segundo a qual a interpretação dos fatos deve ser feita de modo a selecionar os fatos que podem afetar o ideal que é de ser buscado segundo o princípio; a valoração dos fatos é feita por meio de uma releitura axiológica do material fático, já que o intérprete não trabalha com fatos brutos. A remissão a Kaufmann tinha por justificativa a tese de Ávila de que “as normas jurídicas são decisivas para a interpretação dos fatos”, uma vez que “não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente.” Cfr. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80. Porém, a remissão à obra mencionada (KAUFMANN, Arthur. *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 37 ff.) merece atenção, porque tal autor não sustenta a simultaneidade e menos ainda a confusão entre o plano dos ideais e dos fatos, mas, sim, enfatiza a dinâmica dos movimentos do círculo hermenêutico na tarefa da interpretação, no qual a produção do direito emerge como um “colocar em correspondência um estado de coisas da vida (*Lebenssachverhalt*) e uma norma”, por comparação com o estado de coisas da norma (*Normsachverhalt*), o que é feito por meio de um processo com dois lados. Um dos lados consiste em pôr em referência à norma tal estado de coisas da vida, qualificando-o normativamente, por meio de assimilação, tarefa da interpretação (*Auslegung*); o outro lado, o que é também a “interpretação” (*Auslegung*), consiste em mediar o sentido jurídico da norma, colocando-a em relação com o estado de coisas da vida. Cfr. KAUFMANN, Arthur. *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. 2. Aufl. Heidelberg: R.v.Decker & C.F.Müller, 1982, S. 37 ff. Esse processo é um círculo não-vicioso, como Kaufmann retruca a Kriele, mas, sim, um exemplo do círculo hermenêutico, que corresponde à descrição do modo de nosso compreender. Cfr. KAUFMANN, Arthur. *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. 2. Aufl. Heidelberg: R.v.Decker & C.F.Müller, 1982, S. 70; cfr. também GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Bd. I. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990, S. 270 ff. É preciso destacar que o texto de Kaufmann não suporta o entendimento de que o intérprete construa o direito – seja ele através de normas ou de princípios – por meio de conexões axiológicas realizadas por ele (intérprete) independentemente do texto ou à revelia deste. A teoria da analogia e do tipo de Kaufmann – e aqui não se está a julgar o seu valor teórico – justamente pretende estabelecer ponto objetivo e estável que possa ligar o **ser** (onde corre a realidade dos fenômenos, onde estão os estados de coisas da vida, sujeitos à historicidade) e o **dever-ser** (ideias, a ideia do direito, os pontos de vista valorativos abstratos e gerais), sem que se confundam ou se hipostasiem numa coisa, nem se deixem ao arbítrio do intérprete, como pregava a teoria do direito livre. Kaufmann expressamente fala em níveis (ideia de direito – norma de direito – decisão de direito); rejeita, por isso, claramente o decisionismo (sobre isso, cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 23, nota de pé de página 14), assim como outras tendências que pretendam reduzir o conceito de direito, eliminando ou fundindo níveis distintos. Demonstra, ainda, o encontro entre o pensador do direito natural tradicional e o positivista jurídico. Cfr. KAUFMANN, Arthur. *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. 2. Aufl. Heidelberg: R.v.Decker & C.F.Müller, 1982, S. 10 ff. Sobre a relevância da analogia como esquema de interpretação, ver adiante item 8.5.3.

¹¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41.

¹¹⁸¹ Ávila sustenta que a diferença está na intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta da relação entre regras gerais e excepcionais, e entre princípios que se imbricam, e quanto ao modo de ponderação. Cfr. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição

reconhecidas às regras,¹¹⁸² que são ponderadas na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou conceitos jurídico-políticos.¹¹⁸³

A crítica não se sustenta.

A diferença entre os princípios e as regras, segundo a teoria dos princípios, é de qualidade e não de grau.

Essa posição é nuclear e está bem defendida na obra de Alexy e em diferentes autores.¹¹⁸⁴ 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.¹¹⁸⁵ É pelo fato da diferença qualitativa entre princípios e regras que os primeiros têm forma de aplicação diferente das últimas, e não o contrário.

à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44. O autor chega a declarar o seguinte: “A ponderação diz respeito tanto aos princípios como 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.” (Idem, p. 50.)

¹¹⁸² Mais adiante, Ávila diz que sua proposta da dissociação entre regras e princípios pode ser denominada heurística, pois privilegia o tratamento da norma como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos; afirma que nesse processo de reconstrução, utilizam-se conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são antes construídas pelo próprio intérprete. Cfr. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60.

¹¹⁸³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48. Aqui Ávila está mencionando os chamados conceitos jurídicos indeterminados, pois refere “estado do direito”, “certeza do Direito” e “Democracia”, mas somente menciona os da órbita da teoria política ou da teoria do direito. Não menciona, curiosamente, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do âmbito privado. Tal omissão não se faz irrelevante, na medida em que as cláusulas gerais, que se diferenciam de outras determinações legais, se revelam como “(...) o ponto no qual constituição e direito privado estão mais estreitamente em conexão (...)” e, por requererem ponderação, formam um “sistema móvel” que permite a abertura do sistema à argumentação jurídica, esta feita com pretensão de correção, como ensina Luís Afonso Heck na apresentação da obra CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**: uma releitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 28. Parece haver em Ávila o equívoco de pretender, no plano da semântica, introduzir ponderação, que somente é viável no plano da pragmática; isso se faz visível no seu propósito de derivar – já na semântica, ou seja, como explicações – soluções que são tomadas com base na estrutura da ponderação, ou seja, através de justificação, o que sugere a possibilidade de que a lição de Dworkin não foi assimilada, assim como não foi compreendido o conceito de validade de Alexy, que assenta sobre a integração de teorias da validade que destacam elementos do direito. Compare: Idem, p. 20, nota de pé de página 24 e HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 167-176

¹¹⁸⁴ Ver acima, com maior profundidade, a explicitação da posição de Alexy e a comparação com a de Dworkin (item 6.2.2.3.3.).

¹¹⁸⁵ A proporcionalidade pressupõe a diferença de natureza das normas, uma vez que no início do procedimento ingressam princípios e ao final se obtém uma regra.

Além disso, 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.

Quanto ao mais, parece bastante claro que as objeções se dirigem contra um modelo misto, que Alexy sustenta, sem oferecer uma alternativa melhor, seja de um modelo puro de regras, seja de um modelo puro de princípios, ambos causadores de graves problemas para a prática jurídica.

6.2.2.4.3.5. Inadequação metodológica

Jestaedt e Poscher atacam a teoria dos princípios por conter, alegadamente, um problema metodológico; Poscher também a reputa um retrocesso nessa área, como acima referido.¹¹⁸⁶

O primeiro sustenta que a teoria da ponderação, como demonstrado na fórmula peso, além de não poder cumprir a promessa que faz de um maior grau de certeza e precisão na aplicação, não responderia diversas questões que se levantam na aplicação dos instrumentos analíticos propostos para acurar a ponderação, de modo que, ao final, não passaria de uma formalização cuidadosa de **intuicionismo** moral,¹¹⁸⁷ como apontado por Somek.¹¹⁸⁸

Poscher, que também subscreve a objeção de intuicionismo,¹¹⁸⁹ ataca a teoria dos princípios com relação ao seu interesse metodológico. Ele o visualiza no propósito dessa

¹¹⁸⁶ Ver acima, item 6.2.2.4.3.3.

¹¹⁸⁷ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 163-165. Jestaedt apoia-se, na atribuição de intuicionismo, em crítica que Somek fizera anteriormente.

¹¹⁸⁸ Cfr. SOMEK, Alexander. *Rechtliches Wissen*, Frankfurt am Main, 2006, S. 135. A resposta se encontra em ALEXY, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 34, Fn. 61.

¹¹⁸⁹ POSCHER, Ralf. *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 76. Poscher cita Somek e indaga por que a ponderação de princípios deva ter preferência em face de outras fontes de conhecimento prático, como nossas intuições,

teoria em explicar a adjudicação, fazendo-o pela postulação de que essa ocorra em duas formas: a subsunção e a ponderação. Poscher questiona a consistência dessa divisão, que entende reducionista em face da multiplicidade de técnicas de adjudicação, metodologicamente dúbia quanto à dedução que faz em relação à estrutura das normas, e categorialmente errônea quanto à ontologização de técnicas de aplicação de normas.¹¹⁹⁰

Em resposta às objeções, pode ser dito que Alexy procura afastar da sua teoria qualquer alusão a intuicionismo,¹¹⁹¹ posição que repudiou desde a “Teoria da argumentação jurídica”, ao fundamento principal da ausência de critérios objetivos para evidências corretas que pudessem assegurar uma pretensão de verdade nos juízos morais.¹¹⁹²

Distingue dentro do intuicionismo as variantes metaética, a qual residiria no subjetivismo das atribuições de pesos na ponderação, e a metodológica, que toma proveito da posição de Rawls quanto à possibilidade de decidir colisões em torno da liberdade como uma questão de regras de primazia ou de ponderações, o que, segundo Alexy, se converte na objeção de que a construção de princípios seria menos racional que a de regras.

À versão metaética do intuicionismo, Alexy opõe que as atribuições de peso na ponderação não repousam em experiências de evidência subjetiva, mas em juízos submetidos à discussão racional; à outra versão ele contrapõe as razões que sustentam a racionalidade do modelo misto de princípios e regras.¹¹⁹³

A crítica, portanto, repousa em incompreensão da teoria sob exame.

já que ela descansa sobre intuições, as quais não são passíveis de esclarecimento mais profundo, sobre o peso relativo dos princípios a serem ponderados.

¹¹⁹⁰ Cfr. POSCHER, Ralf. *The principles Theory: how many theories and what is their merit?* In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 235-238. Poscher vai ao ponto de dizer que a postulação de tipos normativos a partir de técnicas de adjudicação constitui, na perspectiva da teoria da adjudicação, “um erro categórico bizarro” e uma “ontologização”, na medida em que trata como diferentes tipos de normas o que são apenas diferentes técnicas para aplicação de normas.

¹¹⁹¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 34-35.

¹¹⁹² Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 58-60.

¹¹⁹³ Cfr. ALEXY, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 34-35.

Os demais argumentos partem da premissa, já afastada acima, da inadequação do modelo de normas e da inadequação teórico-normativa.¹¹⁹⁴

6.2.2.4.3.6. Inadequação dogmática

Aventa-se, ainda, que a teoria dos princípios seria inadequada quanto à sua pretensão de dogmaticidade, porquanto praticamente inútil para a dogmática dos direitos fundamentais.

Poscher, por exemplo, assaca contra ela que ofereceria uma estrutura teórica ínfima para a solução de casos de direito fundamental, já que se limitaria a recomendar que o intérprete tome em consideração todos os aspectos relevantes para uma decisão racional, o que seria o “ponto zero da dogmática”, uma vez que esta última reclama a busca por sugestões adicionais capazes de oferecer orientação para a decisão dos casos individuais, a par da potencialidade para ensinar, aprender e criticar.¹¹⁹⁵

Jestaedt endossa essa crítica, acrescentando que, no fenômeno dos standards específicos para casos – aqui leia-se também a NDFA –, a teoria dos princípios contribui para remover a função estruturadora e diretiva da lei e, no entanto, colapsa quando se trata de executar a tarefa que se impôs de alcançar ao julgador – por ela despossuído – ferramentas úteis além de máximas abstratas vazias.¹¹⁹⁶

Poscher visualiza um erro de autocompreensão da teoria dos princípios na sua pretensão de ser uma teoria dogmática dos direitos fundamentais, onde, limitada à ponderação de princípios, nada teria a oferecer. Por isso, provoca a teoria dos princípios a deixar os ares da alta teoria da argumentação e a se engajar no combate urbano da

¹¹⁹⁴ Ver, supra, itens 6.2.2.4.3.3. e 6.2.2.4.3.4.

¹¹⁹⁵ Cfr. POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 81 ff. Veja sobre isso a resposta direta em BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 131-132. Borowski defende a utilidade e a limitação do campo da ponderação, atribuindo-lhe a tarefa de complementar as lacunas e não substituir as fixações dogmáticas já realizadas.

¹¹⁹⁶ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 166.

dogmática, onde deveria utilizar todos os argumentos e conhecimentos desse campo, para não representar um recuo à banalidade.¹¹⁹⁷

Essa assertiva crítica merece cotejo com a afirmação de Jestaedt de que a doutrina da ponderação, na sua marcha triunfante, veio a adquirir traços de um novo paradigma de direito público e mesmo para além deste, sem que, surpreendentemente, haja a devida atenção pela teoria jurídica dogmática prática às premissas, à construção, ao desenvolvimento e às consequências daquela doutrina.¹¹⁹⁸

Essa objeção, porém, não se sustenta.

Ela pode ser contrastada com a assertiva de Jansen de que a teoria dos princípios, na proporção em que vige na comunidade europeia a concepção de que conflitos de direito fundamental devam ser resolvidos no caminho da ponderação, formula um elemento geral da dogmática europeia dos direitos fundamentais.¹¹⁹⁹

Alexy, por seu turno, pondera que, se concebida a teoria dogmática como aquela que sistematiza um determinado campo do conhecimento jurídico com proposições materiais, então a teoria dos princípios, pelo seu caráter formal, não poderia ser considerada nessa extensão uma teoria dogmática dos direitos fundamentais. Mas não é exatamente isso que

¹¹⁹⁷ POSCHER, Ralf. *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 79.

¹¹⁹⁸ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 156.

¹¹⁹⁹ Jansen analisou comparativamente a ponderação de princípios e o cálculo econômico como standards de decisão de conflitos, os quais compartilham a ideia de maximização e a condição de razões para solução de conflitos. A tese de Jansen é que os princípios não são necessariamente parte de um sistema jurídico, porém, a ponderação de princípios, embora não alcance o patamar de padrão universal de racionalidade, pode, com arrimo em fundamentos normativos, e de fato goza do reconhecimento como elemento da dogmática jurídica europeia quanto a direitos fundamentais, porquanto se lhe reconhece nesse domínio a função de decidir conflitos. Seu caráter dogmático pode ser apontado no fato de expressar aquilo que vale por conta do direito. Cfr. JANSEN, Nils. *Die normativen Grundlagen rationale Abwägens im Recht*. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 39-57. Ver também o item 7.3., onde analisada a racionalidade, nos subprincípios da proporcionalidade, do ponto de vista da otimicidade (ótimo de Pareto).

ela pretende ser,¹²⁰⁰ embora sejam inescindíveis os seus reflexos sobre o campo dogmático.¹²⁰¹

Se isso significa que se formou um novo paradigma do direito público ou mesmo do direito em geral, a resposta pode não estar ainda madura e tende a ser negativa, porquanto uma das características do paradigma no conceito da epistemologia contemporânea consiste na capilaridade material, isto é, na abrangência dos múltiplos campos da ciência em questão e no oferecimento de respostas canônicas com riqueza factual e passíveis de falseamento.

6.2.2.4.4. Resultado parcial (item 6.2.2.4.3)

O desempenho geral da teoria dos princípios, ante os resultados acima obtidos, parece justificar a sua manutenção. A sua resistência em face das críticas dirigidas à sua adequação, da mesma forma, depõe em favor da sua consistência enquanto teoria. Nenhuma deficiência insuperável se apresentou, e as principais vantagens estão mantidas. Portanto, de modo algum pode ser catalogada como um retrocesso metodológico.

Ao contrário, os seus ganhos são significativos.

O desempenho da teoria dos princípios, como aponta Heck, alia eficácia ótima e convivência entre direitos fundamentais. Ao tecer um comparativo entre o modelo de regras e o de princípios, frisa as vantagens do último – na forma do modelo misto – para a solução de colisões de direitos fundamentais, através da utilização do meio da **ponderação**.

¹²⁰⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 9 to Ralf Poscher*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 340-345.

¹²⁰¹ Borowski examina especificamente essa questão em relação aos direitos fundamentais de defesa, para cuja estrutura, no âmbito da LF, a teoria dos princípios, a seu juízo, revela contribuição inegável e, a par disso, passível de generalização a outras ordens jurídico-fundamentais. Cfr. BOROWSKI, Martin. *Abwehrrechte als grundrechtliche Prinzipien*. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 81-104.

Transcrevo a relação de vantagens da teoria dos princípios:

Primeiro, porque a validade é conferida como qualidade a todos os direitos fundamentais; segundo, porque no caso concreto não é essa qualidade o critério de solução, mas sim, o peso do direito fundamental, verificado segundo as circunstâncias presentes no caso concreto pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e, terceiro, o modelo dos princípios permite, ainda, a produção da concordância prática. A tarefa dela é coordenar proporcionalmente direitos fundamentais e bens jurídicos que limitam direitos fundamentais. Trata-se, com ela, de deixar chegar tanto o direito fundamental como o bem jurídico limitador à eficácia ótima, ou seja, uma determinação proporcional que não deve ser realizada em uma forma que prive uma garantia de direito fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade.¹²⁰²

De todo modo, a distinção entre princípios e regras é mantida por Alexy em todos os seus escritos, inclusive os mais recentes. A circunstância de que somente na interpretação é que se pode identificar se determinada proposição contém uma regra ou um princípio, ou ambos, é questão que de há muito foi enfrentada por Alexy, e não representa qualquer surpresa, nem lhe arranha a teoria. Também a distinção entre um **nível** de regras e um **nível** de princípios, ante o caráter duplo das determinações de direito fundamental, está preservada.¹²⁰³

O que pode induzir em equívoco alguns críticos é o uso vulgar do termo “princípio”, que por vezes está, na verdade, referindo a normas com caráter de regras e que assim devem ser interpretadas e aplicadas, como exemplificado pelo conceito de legalidade prévia para fins de punibilidade de conduta previsto na LF.¹²⁰⁴ As

¹²⁰² HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Direito e Democracia**, Canoas: 2001, v. 1, n. 1, p. 113-122. Sobre as relações de semelhança e de diferença entre a ponderação de bens (*Güterabwägung*), a concordância prática (*praktische Konkordanz*) e o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), compare QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 256-257. Em resumo, Queiroz diz que, enquanto a ponderação de bens (ou contrapeso de bens constitucionais) redonda numa hierarquização abstrata de valores em que um anula o outro, a concordância prática e a proporcionalidade acabam confluindo na ideia de uma otimização a ser resolvida no caso concreto. Observe-se, no entanto, que Hesse não endossa uma ponderação abstrata de bens ou uma “ponderação de valor” abstrata, justamente porque acabam em que um bem ou valor prepondera à custa de outro, em detrimento da unidade da constituição. Cfr. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 72, p. 66-67.

¹²⁰³ Ver acima, itens 3.2.7.4., 4.2.2 e 6.2.2.3.2.

¹²⁰⁴ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 92 ff. Alexy refere-se a artigo da LF, que transcreve, com o seguinte teor: “Um ato só pode ser punido, quando a punibilidade estava determinada legalmente antes de o ato ter sido cometido.” No original: *Art. 103 Abs. 2 GG: Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde*. Isso não impede que o intérprete extraia, também, razões que sustentem essa regra e que tenham caráter de princípio. Pode-se operar com esses, o que não significa desfazer a fixação que já foi feita com caráter de regra.

dificuldades, porém, não justificam o abandono do modelo misto e a teoria dos princípios, que estão alicerçados em bases filosóficas e jurídicas sólidas.¹²⁰⁵

Restam, porém, a examinar algumas questões referentes à teoria dos princípios, notadamente as relativas ao desempenho da proporcionalidade e ao modo e à forma específica com que se opera no procedimento de aplicação de direitos fundamentais com caráter de princípio, para, assim, edificar-se a NDFA.

Pela sua natureza, elas serão apreciadas separadamente, o que se fará nos itens subsequentes, dedicados à dinâmica, regulatividade e aplicação da NDFA

¹²⁰⁵ Cfr. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 55-69. Neste último texto, além de falar para brasileiros e se referir expressamente ao panorama constitucional deste país, Alexy distingue uma teoria dos princípios de uma teoria das regras, entendendo-se esta última como teoria de que os catálogos de direitos fundamentais contêm **somente** regras, enquanto que uma teoria dos princípios pode acolher princípios **e, também, regras**, ou seja, fixações definitivas, estruturadas como regras, ao lado daqueles. Portanto, a “teoria dos princípios” é o modelo misto e não o modelo puro de princípios.

7. Da dinâmica da NDFA

7.1. Considerações gerais

Entende-se por aspecto dinâmico da teoria da NDFA a consideração do que ocorre na, e mediante a, operação desse conceito e dos problemas que envolve direta ou reflexamente, assim como das tentativas de sua solução.

A dinâmica da NDFA inicia pela sua forma de extração, que ocorre por meio de estatuição indireta, a ser desenvolvida pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Por isso, como dito anteriormente, a emergência da NDFA se mostra particularmente explosiva, em consequência de possuir um caráter particularmente interpretativo e argumentativo.¹²⁰⁶

A questão nodal consiste em verificar se é possível – e em que medida o é – operar com princípios, empregando ponderação, como o demanda a NDFA, e ainda assim não descumprir as exigências postas pelo sistema jurídico quanto à validade e pela pretensão de correção.

Os indicativos obtidos pela teoria da argumentação jurídica se mostram relevantes no sentido de que se pode argumentar racionalmente no campo do direito. Resta ordená-los de um ponto de vista operacional.

A questão agora, então, consiste em saber **como**, efetivamente, se deve proceder para que haja resultados racionais, ou os mais racionais possíveis, num campo como os direitos fundamentais. A teoria dos princípios, aplicada aos direitos fundamentais, resulta numa teoria da norma do direito fundamental que ainda tem por comprovar a sua funcionalidade.

Com efeito, qual instrumento poderá assegurar a racionalidade ao procedimento de obtenção da NDFA? Há necessidade de mecanismos externos de controle do efeito inovador da NDFA sobre o sistema jurídico através da NDFA? Essas indagações

¹²⁰⁶ Veja-se o item 2.4.

concernem à complexa dinâmica da NDFA, seja quanto à sua obtenção, seja quanto aos efeitos que provoca no restante do sistema jurídico.

Uma das principais chaves da resposta a esses questionamentos encontra-se no princípio da proporcionalidade, pelas seguintes razões: (1) pela relação congênita da NDFA com esse princípio; e (2) pelas implicações que este envolve, como por exemplo, com a complexa temática do controle de constitucionalidade e da justiciabilidade dos direitos fundamentais.

Com o esclarecimento desses tópicos, descortina-se a regulatividade própria e específica da NDFA, que é condição de sua aplicabilidade.

7.2. NDFA e princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, como acima indicado,¹²⁰⁷ não é apenas mais um dentre os vários possíveis entes normativos que a teoria dos princípios conhece; ele ocupa uma posição central e exerce uma função única, tornando-se a vertente das NDFA: estas brotam onde aquele tem sua aplicação.

Mas não basta apenas afirmar isso.

Esse princípio, segundo a concepção de Alexy e de Pulido, apresenta-se como **estruturante** da fundamentação de normas associadas, ou, dito de outro modo, como provedor da **dimensão estrutural** da correta fundamentação das normas associadas, na medida em que estrutura a referida fundamentação em **passos** sucessivos, nos quais são considerados argumentos materiais, analíticos, normativos e fáticos em favor e contra a validade da norma associada.

¹²⁰⁷ Entre diferentes indicações, destacam-se os itens 6.2.2.1.1., 6.2.2.3.2. e 6.2.2.3.4.

O princípio ingressa na tarefa interpretativa, porque esta **não** pode ser feita diretamente, por simples **derivação**, do texto constitucional,¹²⁰⁸ como decorre da concepção formal dos direitos fundamentais.¹²⁰⁹

Alexy assenta a impossibilidade de derivação material e direta, porque sustenta a imprescindibilidade da estruturação fornecida pelo princípio da proporcionalidade e também por endossar a tese da insuficiência dos critérios materiais de determinação do conceito dos direitos fundamentais.¹²¹⁰

Böckenförde, a despeito da resistência que ofereceu à construção principiológica dos direitos fundamentais, sobretudo na sua dimensão objetiva e nos direitos de proteção, veio a reconhecer a relevância do princípio da proporcionalidade, como se expressou na seguinte assertiva: “A aplicação de conteúdos de direito fundamental jurídico-objetivos que tenham efeitos para dentro de todos os domínios do direito implica necessariamente a aplicação do princípio da proporcionalidade como base da ponderação.”¹²¹¹

Böckenförde reputa a proporcionalidade imprescindível ao trato do direito fundamental objetivo para afastar os efeitos da tendência da assimetria dos direitos fundamentais. Por isso, concorda com a necessidade de se estabelecer uma relação de

¹²⁰⁸ Sustenta Pulido: *Las normas adscritas no pueden derivar-se de forma automática de las normas directamente estatuidas. Dichas normas deben ser el resultado de una fundamentación rigurosa e exhaustiva, en la cual, el Tribunal Constitucional debe tomar en cuenta las exigencias de todos los principios constitucionales que juegan a favor y en contra de la constitucionalidad de la ley y, en una posición activa, debe decidir cuáles de estos argumentos prevalecen en el caso concreto.* Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 146. Nesse sentido, é preciso alertar que a opção feita por Julian Rivers por *derivative norms* (ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002, p. 35) como tradução de “normas associadas” talvez possa ser justificada na tradição do direito anglo-saxão, que opera com textos constitucionais sintéticos, mas com certeza traria dificuldades na tradição do direito romano-germânico. De todo modo, não se poderia acolher o sentido de uma derivação simples ou automática. É importante anotar que o Dicionário Oxford registra o seguinte sentido para *derivative*: *derived from sth else* (derivado de alguma outra coisa”). O verbo *derive* significa obter algo de alguma coisa; derivar de algo significa ter como ponto de partida, fonte ou origem. Cfr. OXFORD ADVANCED LEARNERS DICTIONARY. 4. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 1989, p. 323. Então se pode pensar que o texto constitucional é o ponto de partida, a fonte das normas associadas, mas nunca de forma direta, por simples destilação direta de conteúdos.

¹²⁰⁹ Ver acima, item n. 6.2.2.1.1.

¹²¹⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 516.

¹²¹¹ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*. In: _____. *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 213. No original: *Die Anwendung objektivrechtlicher Grundrechtsgehalte, die in alle Bereiche des Rechts hinein wirken, impliziert mit Notwendigkeit die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Abwägungsgrundlage*.

precedência referida ao caso concreto. Porém, defende um conceito específico de proporcionalidade, o qual diz não se confundir com o tradicional princípio dividido em 3 (três) subprincípios; ele sustenta que, tratando-se de direitos fundamentais, a proporcionalidade é diversa, do tipo adequação (*Angemessenheit*), mesmo porque faltam critérios objetivos de comparação e referência firme, que a proporcionalidade clássica tinha na finalidade da lei.¹²¹²

Essa posição não encontra guarida, como Alexy comprova, na jurisprudência do TCF, que consolidou o modelo do princípio da proporcionalidade de modo essencialmente idêntico a como por ele desenhado. Em verdade, à sugestão de Böckenförde subjaz a concepção restritiva da interpretação dos direitos fundamentais como essencialmente de defesa e a adoção de um tipo estreito.¹²¹³

Facilmente se percebe, pois, que a riqueza do princípio da proporcionalidade também produz alguma complexidade e pressiona por sofisticação. Tal pressão engendra, no contrafluxo, tentativas de simplificação, como aquela que reduz o princípio da proporcionalidade a um “postulado normativo aplicativo”.¹²¹⁴

¹²¹² Böckenförde assim o explica: “A proporcionalidade que aqui é aplicada como critério da ponderação não é, evidentemente, a proporcionalidade clássica. Esta tem um ponto de referência firme, a finalidade da lei, ou respectivamente da norma legal, e determina com base nisso (de forma relacional) a idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esse ponto de referência firme falta exatamente, e tem de faltar, na ponderação entre conteúdos de direito fundamental jurídico-objetivos e sua intensidade de efeito. Se ele estivesse disponível, ele iria desde logo prover, para aquele ou para algum conteúdo de direito fundamental junto ao qual ele seja assentado, uma relação de precedência. A proporcionalidade que está em jogo aqui é uma proporcionalidade-adequação. Como tal, ela é um pouco diferente da terceira parte da proporcionalidade clássica. Nela se trata de alcançar unidade, compensação, adequada associação de princípios normativos diversos e mesmo contrários.” Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*. In: _____. *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 214. No original: *Die Verhältnismässigkeit, die hierbei als Masstab der Abwägung angewandt wird, ist freilich nicht die klassische Verhältnismässigkeit. Diese hat einen festen Bezugspunkt, den Zweck des Gesetzes bzw. der Gesetzesnorm, und bestimmt daraufhin (relational) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne. Dieser feste Bezugspunkt fehlt bei der Abwägung zwischen objektivrechtlichen Grundrechtsgehalten und ihrer Wirkungsintensität gerade und muss fehlen. Wäre er vorhanden, würde er dem oder einem Grundrechtsgehalt, bei dem er angesiedelt wird, sofort einen Vorrang verschaffen. Die Verhältnismässigkeit, die hier im Spiel ist, ist eine Angemessenheits-Verhältnismässigkeit. Als diese ist sie auch etwas anderes als das dritte Glied der klassischen Verhältnismässigkeit. Bei ihr geht es darum, Vereinbarkeit, Ausgleich, angemessenen Zuordnung meherer, auch gegenläufiger normativer Prinzipien zu erreichen.*

¹²¹³ Sobre isso, ver itens 6.2.2.3.4. e 7.4. Não se pode deixar de notar na posição de Böckenförde semelhança com a tese de Klaus Günther quanto à divisão do discurso prático em fundamentação e aplicação (item 3.2.5.2.2.).

¹²¹⁴ Cfr. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87-90. Sobre a conveniência dessa opção, veja-se a discussão adiante, item 7.5.1.2.1.

Por certo que a estreiteza desse laço em relação ao princípio da proporcionalidade também provoca a exposição da NDFA às mesmas críticas que são endereçadas à função que aquele princípio desempenha, como se verá adiante, de forma global.¹²¹⁵ Assim, a invocação da proporcionalidade na justificação da NDFA está longe de oferecer tranquilidade.

De fato, a conexão interna entre NDFA e princípio da proporcionalidade é ocasião para debate, pelas seguintes razões: (1) o princípio mesmo não está imune à discussão; há, em verdade, acesa controvérsia sobre a sua própria estrutura, sobre a natureza dos seus componentes e também sobre a própria legitimidade de sua aplicação pelos tribunais na jurisdição; (2) grassa controvérsia sobre a sua forma e limites de aplicação no campo dos direitos fundamentais; (3) as respostas que oferece são, por sua vez, questionadas quanto à certeza e racionalidade; (4) as dúvidas que se levantam a respeito desse princípio estão emaranhadas, em geral, com controvérsias acerca da própria teoria dos princípios e da teoria da norma, de modo que não se pode esperar que o princípio da proporcionalidade sirva, isoladamente, como remédio para aquelas dúvidas suscitadas em torno da NDFA.

A solução dessas dificuldades, no entanto, não parece impossível e será objeto dos próximos itens.

7.3. Proporcionalidade em ação: a ponderação

Se, como foi demonstrado, a ponderação encontra-se numa relação recíproca de necessidade com a teoria das normas de Alexy e do direito fundamental como um todo, é mister que o procedimento onde ela se desenvolve possa ser realizado racionalmente para que a NDFA resultante desempenhe corretamente a sua função na estrutura do direito fundamental e conduza a resultados corretos. Daí o interesse em estruturar adequadamente a ponderação.

A estrutura da ponderação constitui o resultado de uma exigência do próprio princípio da proporcionalidade e da ideia de otimização que lhe está embutida. Assim, no que tange às circunstâncias fáticas, reguladas pelos subprincípios da idoneidade e da necessidade, a ponderação segue via de regra a **otimização de Pareto**, que explica a

¹²¹⁵ Veja-se o item 7.5.

exclusão de todas as intervenções nos direitos fundamentais que sejam evitáveis sem custo para outros princípios.

Contudo, são devidas algumas precisões prenes de consequências para a delimitação dos contornos da associação de normas de direito fundamental por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Não se trata de uma otimização qualquer e, igualmente, insuscetível de crítica.¹²¹⁶

Alexy efetivamente recorre ao conceito da ciência econômica de **curvas de indiferença** para ilustrar o que ocorre na ponderação; tais curvas, que representam a relação de substituição de bens, obedecem à lei da decrescente taxa marginal de substituição; porém, o aproveitamento desse conceito para ponderação de direitos fundamentais faz-se por meio da ideia de “curvas de indiferença **corretas**”, estabelecidas por um tribunal constitucional e não, atômicamente, para cada indivíduo; surgem, então, curvas de indiferença de segundo grau, o que permite aclarar as ideias que estão por detrás da lei de ponderação, embora não possam oferecer um procedimento definitivo de decisão.¹²¹⁷

O (sub)princípio da **idoneidade**, segundo Alexy, diz diretamente com a ideia de otimização nos moldes de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras; em termos de meios, o subprincípio exclui o emprego de meios

¹²¹⁶ Sobre a crítica à concepção dos princípios como mandamentos de otimização, ver acima item 6.2.2.4.2.3.2.

¹²¹⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 146-150. Não se pode deixar de registrar a similaridade da solução de Alexy em relação com a proposta de John Rawls de aplicar o princípio da eficiência (ou o ótimo de Pareto) para questões de justiça na estrutura básica, especialmente distribuição de bens sociais. Rawls não vacila em presumir que “(...) as partes na posição original aceitem esse princípio para julgar a eficiência das organizações sociais e econômicas”. Cfr. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 71-72. Afirma ainda que “(...) o princípio da eficiência pode ser aplicado à estrutura básica em referência às expectativas dos homens representativos.” (Idem, p. 74.) Todavia, Rawls vê-se compelido a agregar um princípio da diferença para “eliminar a indeterminação do princípio da eficiência” e introduzir elemento hábil para julgar a justiça da distribuição de acordo com uma visão igualitária. (Idem, p. 82.) Rawls, a par de mostrar a interferência que o princípio da diferença gera nas curvas, afirma expressamente o seguinte: “A medida da injustiça de um ordenamento depende de quão excessivas são as expectativas mais altas e da extensão em que sua realização dependa da violação de outros princípios da justiça, por exemplo, a igualdade equitativa de oportunidades (...).” (Idem, p. 83.) Veja-se também o exame que Kersting realiza acerca do princípio da diferença de Rawls em KERSTING, Wolfgang. *John Rawls: zur Einführung*. Hamburg: Junius, 2001, S. 75 ff.

que prejudiquem, pelo menos, um princípio, sem, ao menos, fomentar um dos princípios ou objetivos a cuja realização devam servir.¹²¹⁸

O (sub)princípio da **necessidade**, por sua vez, pede que se escolha aquele meio, dentre dois que fomentem igualmente um princípio, que ao mesmo tempo intervenha menos em princípio oposto. Observe-se, contudo, que a ideia de otimização de Pareto apenas contempla as colisões entre dois princípios opostos; ela já não resolve a hipótese de que um terceiro princípio seja afetado negativamente pelo emprego de um meio menos intensamente interveniente em outro princípio, hipótese em que se torna necessária a ponderação.¹²¹⁹

E o **princípio da ponderação propriamente dito** (terceiro subprincípio) diz com a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Esse princípio, segundo Alexy, se identifica com a **lei da ponderação**; esta lei forma o núcleo da ponderação. O seu teor é o seguinte: “ Quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior tem de ser a importância do cumprimento do outro.”¹²²⁰

Segundo Alexy, a lei da ponderação demonstra que o procedimento desta observa uma estrutura de três passos, em que se **comprova sucessivamente**: (1) o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; (2) a importância do cumprimento do princípio

¹²¹⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 110.

¹²¹⁹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 110.

¹²²⁰ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 111. O original alemão dessa lei, chamada de “*Abwägungsgesetz*”, encontra-se em ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 146: *Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, um so grösser muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein*. A mesma formulação pode ser encontrada também em ALEXY, Robert. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in: ALEXY, Robert et alii. **Elemente einer juristischen Begründungslehre**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 232. Entretanto, o próprio Alexy cita uma formulação um pouco desviante dessa mesma lei em outro texto. Trata-se da formulação com base no conceito de interesse. A fórmula resulta com o seguinte teor: “Quanto mais fortemente um dos interesses é limitado, tanto maior tem de ser a justificação do outro interesse.” Cfr. ALEXY, Robert. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen* in: ALEXY, Robert et alii. **Elemente einer juristischen Begründungslehre**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 29. No original: *Je stärker das eine Interesse (I_i) eingeschränkt wird, desto grösser muss die Berechtigung des anderen Interesses (I_k) sein*. O mesmo texto encontra-se em ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 13-51.

em sentido contrário; (3) se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento de outro princípio.¹²²¹

Todavia, Alexy dá-se conta de dificuldades de cunho epistêmico no emprego dessa lei da ponderação, mais especificamente na atribuição de pesos de importância de cumprimento e na definição de graus de intensidade de medidas de intervenção. Diante disso, Alexy desenvolveu uma **segunda lei da ponderação**, que qualificou de **epistêmica**, com a seguinte redação: “Quanto mais grave pesar uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção.”¹²²²

Em atenção aos problemas epistemológicos e teórico-normativos suscitados e no aprofundamento das exigências da ponderação com vista à sua racionalidade, Alexy¹²²³ recomenda uma escalação triádica de graus (mínimo, ou leve; médio, ou mediano; e grave) de intensidade de intervenção e de graus de importância, o que obtém pela análise das sentenças proferidas pelo TCF nos casos Titanic (BVerfGE 86, 1) e tabaco (BVerfGE 95, 173).¹²²⁴ Sugere, então, para fins de refinamento, que essa escala triádica seja duplicada, resultando em nove combinações (três graus, tomados dois a dois).

No campo epistêmico propriamente dito, com base na jurisprudência do TCF,¹²²⁵ distinguiu três graus epistêmicos, a saber, (1) certo; (2) sustentável e (3) não evidentemente falso, correspondentes aos três graus de intensidade de controle, a saber, (1) “controle

¹²²¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 111.

¹²²² ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 150. Na redação original do texto de Alexy, consta a seguinte formulação: *Je schwerer ein Eingriff in ein Grundrecht wiegt, desto grösser muss die Gewissheit der den Eingriff tragenden Prämissen sein*. Cfr. ALEXY, Robert. *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Bd. 61. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2002, S. 28.

¹²²³ Alexy dedica a essa questão uma atenção especial, como se colhe do artigo publicado em 2002 na revista *Ars Interpretandi*, p. 113-115, estando traduzido ao português no seguinte texto: ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 105-116.

¹²²⁴ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.110-116.

¹²²⁵ Trata-se do caso referido sob BVerfGE 50, 290 (co-determinação). Cfr. ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 150.

intensivado quanto ao conteúdo”, (2) “controle de sustentabilidade” e (3) “controle de evidência”.

Não se pode descurar a importância da busca desses critérios a orientar a ponderação, por se tratar de um aspecto que atrai severas críticas dos seus opositores. Porém, pode-se sustentar que a ponderação não exclui a racionalidade, que nela os valores não substituem normas, nem se arrefece o vigor normativo dos direitos fundamentais. Ao contrário, reportando-se à decisão *Titanic*, Alexy mostra que os direitos fundamentais ganham em resistência quando a intensidade das intervenções ascende, permanecendo neles um núcleo resistente que é destacado pela ponderação.

Aqui a análise do caso *Titanic* também se revela particularmente importante para a presente investigação. Com efeito, por meio da ponderação, na colisão de princípios, o tribunal construiu uma norma – que evidentemente se trata de NDFA – que poderá ser aplicada para os casos futuros com caráter de regra e, assim, constitui uma afirmação e fortalecimento do núcleo dos direitos fundamentais, ao invés de um enfraquecimento.

Aqui se colhem elementos para superar a teoria da legislação intersticial e da discricionariedade judicial, a que as abordagens tradicionais recorriam para enfrentar o problema da indeterminação normativa e da abertura.¹²²⁶ A ponderação, como se demonstra através do exame de caso e das leis de ponderação, não retira a decisão do âmbito do válido/inválido, ou do correto/incorrecto para transferi-la para o terreno da discricionariedade. Tal não ocorre, porque a ponderação tem estrutura e obedece a uma lei que leva em conta os pesos de princípios e os diferentes graus de intervenção, de modo que o resultado não é qualquer um desejado pelo aplicador.¹²²⁷

Contudo, apesar da mitigação feita na ideia de otimização Pareto e não obstante a redução do risco da arbitrariedade pela introdução das leis da ponderação (primeira e segunda), providas de escalas triádicas, os problemas da ponderação não estão de todo resolvidos no tangente aos seus limites e operacionalidade técnica. Para tanto,

¹²²⁶ Ver acima, item 2.3.

¹²²⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S.152. Sustenta o autor que a lei da ponderação diz aquilo que deve ser fundamentado racionalmente. Ela mesma não fundamenta, mas indica o campo e o objeto em que incidirá a tarefa da fundamentação. Já por isso ela não é uma fórmula vazia ou inócua.

Alexy ocupou-se recente e intensamente em trabalhar com o conceito de **espaço estrutural**¹²²⁸ e a desenvolver a chamada **fórmula peso**, agregando à teoria instrumentos de autocontenção da atividade de ponderação e mecanismos operacionais de realização e controle do procedimento.¹²²⁹

Como enfatiza Gavião Filho, a racionalidade da atividade de ponderação está na natureza argumentativa da ponderação, a qual pode ser rastreada e controlada mediante a observância de regras de argumentação, de modo que se faz possível distinguir argumentos jurídicos constitucionais bons e ruins ou melhores e piores.¹²³⁰

Entretanto, os estudos da razão prática acima colacionados, inclusive com relação à sua forma institucionalizada, sustentada por Alexy, não confortam a pretensão de uma racionalidade à toda prova.

Em verdade, a racionalidade absoluta jamais pode ser alcançada, porquanto isso implicaria a presunção da infalibilidade da atuação humana na linguagem, o que não prospera, e teria, ainda, por pressuposto a existência e acessibilidade a uma única resposta correta, o que igualmente não pode ser o caso. A racionalidade reside muito mais na sedimentação de decisões de casos, ordenáveis em um sistema coerente de relações de precedência.¹²³¹

¹²²⁸ Sobre o conceito e os tipos de espaço, Alexy proferiu palestra, em 2001, na Jornada dos Professores de Direito do Estado, em Würzburg. Sua tradução, revisada, pode ser encontrada em: ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71-92. Nesse texto, Alexy defende que o espaço de ponderação consiste num dos três tipos de espaço estrutural, ao lado do espaço de determinação de finalidade e do escolha dos meios. O espaço estrutural é definido pela ausência de mandamentos ou proibições definitivos por parte da constituição, ou seja, é restrito ao que a constituição libera, embora não estejam necessariamente excluídos do conceito desse espaço mandamentos ou proibições *prima facie*. O espaço estrutural, portanto, demarca externamente o limite de normatividade material da constituição e, por consequência, do âmbito de controle constitucional.

¹²²⁹ O texto específico abordando esse tema encontra-se em. ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 131-153. É através da lei da ponderação que se vislumbra a estrutura da ponderação e se delineiam seus passos; com isso, pode ser traçado o caminho da compatibilidade entre a ponderação e uma constituição quadro e, dessarte, pode-se obviar o açambarcamento de todo o sistema jurídico por um constitucionalismo totalizante.

¹²³⁰ Cfr. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, *passim*. Em particular, veja-se o seguinte excerto: “Nem tudo é admitido na argumentação racional da jurisdição jurisdicional, distinguindo-se argumentos jurídicos constitucionais bons e ruins ou melhores e piores.” (Idem, p. 314.)

¹²³¹ Cfr. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 293: “A justificação da ponderação e

A atividade judicante que se engaja nesse processo progressivo de decantação e sistematização de decisões racionais, no entanto, também se sujeita a limites. A demarcação da fronteira do poder e da legitimidade da atuação do tribunal nesse ímpeto racionalizador é, porém, qualquer coisa diferente do óbvio.

7.4. Modelos de argumentação com o princípio da proporcionalidade

A beleza teórica do princípio da proporcionalidade como guia da ponderação não representa garantia contra um abuso retórico. Com efeito, proporcionalidade – sobretudo quanto aludido como apenas mais um sinônimo de racionalidade e bom senso –, pode ser tomado como um conceito vago de serventia geral, ao qual se refere o aplicador à guisa de fundamento, quando em verdade, a decisão possui outro, ou simplesmente para dourar um argumento fraco. Pela sua abrangência e logicidade aparente, corre o risco de se prestar para uma justificação meramente aparente, ou seja, para uso exclusivamente retórico.

Uma forma de coibir esse uso abusivo para fins de justificação de NDFA, encontra-se na cautela de observar configurações distintas que o princípio da proporcionalidade pode assumir. Dito de outro modo, para que se possa dimensionar com maior exatidão o modo como se processa a ponderação e como se argumenta sem prejuízo da racionalidade, é mister prestar atenção a algumas sutilezas do princípio da proporcionalidade e desviar de algumas tentações que seu uso enseja.

Por isso, embora sempre se esteja falando do mesmo princípio da proporcionalidade em sentido amplo, nele se podem encaixar diferentes modelos de argumentação, cuja ignorância pode contaminar a ponderação e levá-la a associações patológicas de normas de direito fundamental. Essas cautelas metodológicas estão na raiz de diversas críticas que se dirigem à teoria de Alexy e à ponderação em geral.

tampouco a satisfação das regras da argumentação levam à racionalidade absoluta e à resposta unicamente correta em cada caso. Contudo, o estabelecimento de relações de precedência em uma multiplicidade de casos pode levar à constituição de um ‘sistema coerente de relações de precedência’, que seja útil à solução dos casos futuros de colisão de direitos fundamentais e também contribua para a redução do espaço de subjetividade e irracionalidade dos tomadores de decisões.”

Uma sugestão interessante consiste em observar se, por detrás da estrutura argumentativa da proporcionalidade, operam diferentes **modelos** de argumentação. É o que Michael¹²³² fez em estudo de casos relevantes do uso do princípio da proporcionalidade pelo TCF, onde identificou três modelos de argumentação, de acordo com a forma em que se apresenta a proporcionalidade e o modo de como é operado o seu exame, a saber: (1) como proibição de excesso na intervenção de direitos fundamentais; (2) como proibição de insuficiência nos direitos de proteção; e (3) como barreira em direitos de igualdade.

7.4.1. Proporcionalidade como proibição de excesso na intervenção em direitos fundamentais (*Übermassverbot*)

Neste primeiro modelo, o princípio da proporcionalidade é considerado o limite das barreiras, ou barreira-barreira (*Schranken-Schranke*), por restringir a restringibilidade dos direitos fundamentais; vem sendo particularmente utilizado para medir a vinculação do legislador nas reservas de lei e também para examinar a solução das colisões de direitos fundamentais. Segundo Michael, os passos são os seguintes: (1) **identificação isolada de finalidade(s) e meio(s)**: neste primeiro passo da argumentação devem ser denominados separadamente todos os meios e também todas as finalidades, o que permite clareza quanto ao campo de atuação do princípio e evita a antecipação da ponderação ou a seleção indevida de possibilidades;¹²³³ (2) **idoneidade ou propriedade, ou utilidade do meio para a finalidade (*Geeignetheit*)**: neste exame, basta uma aptidão parcial do meio para a finalidade; só o meio “absolutamente inidôneo”¹²³⁴ ou completamente imprestável é inconstitucional; as finalidades legais não podem ser reduzidas nem ampliadas, já que o estabelecimento das finalidades legais é decisão política e democraticamente legitimada dos parlamentos; além disso, tem de ser observado que quanto aos efeitos fáticos de uma regulação legal, do ponto de vista do

¹²³² MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. **JuS**, 2001, Heft 7, S. 654-659; Heft 8, S. 764-767; Heft 9, S. 866-870.

¹²³³ Nessa etapa, não se podem olvidar casos em que se devem tomar em consideração normas na identificação de finalidades, a saber: (1) finalidade ilegítima em si mesma (p. ex.: proibição constitucional da discriminação); (2) existência de uma tarefa de proteção jurídica para algumas finalidades; e (3) nas intervenções em direitos fundamentais sem reserva de lei, as finalidades legítimas estão restringidas à execução (*Durchsetzung*) de direitos constitucionais colidentes, ou seja, os bens constitucionais (*rectius*, princípios opostos que protegem ou promovem tais bens) cuja proteção a intervenção almeja devem ser denominados.

¹²³⁴ A expressão original empregada é *schlechthin ungeeignet*. Cfr. MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. **JuS**, 2001, Heft 7, S. 656.

sucesso de sua condução, o legislador dispõe de um espaço de **prognose** insuscetível de revisão;¹²³⁵ (3) **necessidade (*Erforderlichkeit*)**:¹²³⁶ neste exame da necessidade do meio (e da lei que o elegeu), podem ser pesquisados não somente meios mais suaves, que menos intensamente interfiram no direito fundamental, ou que mais fracamente rompam o seu espaço de proteção, mas também suavizações do mesmo meio,¹²³⁷ desde que, em qualquer caso, atendam, com a mesma eficácia e intensidade, todas as finalidades eleitas pelo legislador no exercício de sua prerrogativa de estimação;¹²³⁸ e (4) **proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit i.e.S.; Proportionalität, ou ainda Angemessenheit*)**: cuida-se do momento da ponderação de vantagens e desvantagens; é ponderada a gravidade da intervenção no direito fundamental através do meio eleito em relação ao peso jurídico-constitucional das finalidades perseguidas pelo legislador; salvo casos excepcionais,¹²³⁹ não se busca a otimização de todas as imagináveis relações finalidade-meio, por ser reservada à prerrogativa do legislador. O

¹²³⁵ Essa cautela e autocontenção da atividade judicial no exame do princípio da proporcionalidade conjuga-se perfeitamente (e é explicada por ela) com a teoria dos espaços (ver item 9.3.2.). O espaço da prognose une a questão de teoria política da distribuição de competências constitucionais com a questão da teoria do direito do espaço epistêmico. MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. **JuS**, 2001, Heft 7, S. 656. Note-se como o autor se aproxima aqui da teoria dos espaços (*Spielräume*) também sustentada por Robert Alexy.

¹²³⁶ A necessidade de uma lei é definida aqui como a inexistência de meio mais suave que, alcance (no mínimo) tão bem a mesma finalidade.

¹²³⁷ O que, segundo o mesmo autor, pode conduzir a uma interpretação (mais restritiva) conforme à Constituição. Cfr. MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. **JuS**, 2001, Heft 7, S. 657.

¹²³⁸ O exame da necessidade não significa perguntar pela alternativa mais “racional” que pareça, considerada na sua totalidade, relativamente cuidadosa e relativamente eficaz; da mesma forma, na colisão, o abrandamento de uma intervenção não pode representar o aguçamento da incidente no outro direito fundamental. Aqui novamente se apresenta uma técnica de contenção do tribunal, para que não inflacione o seu próprio poder e a intensidade de controle para um patamar insuportável para a democracia. O espaço primeiro de configuração dos direitos fundamentais deve, sempre, ser reconhecido ao legislador e assim respeitado, enquanto primeiro lugar para o balanço e compensação de interesses, desde que as determinações fundamentais do constituinte sejam observadas. A norma associada não pode ser o meio para o tribunal legislar segundo lhe pareça que o legislador deveria tê-lo feito conforme um certo conceito de racionalidade dominante no tribunal. Cfr. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, n. de margem 570, p. 425.

¹²³⁹ Como apontado por Michael, em casos excepcionais (especialmente em direitos fundamentais sem reserva legal, ou então em casos de intervenções graves no direito geral de personalidade e na proteção da vida intra-uterina) o TCF tem feito um exame mais severo na colisão de valores ou direitos fundamentais que a Constituição valoriza em alto grau. Aqui, através dos critérios de “compensação mais moderada” (*schonendster Ausgleich*) e da concordância prática (*praktische Konkordanz*), vai além da proibição do excesso, para alcançar uma otimização de todas as relações possíveis de finalidade-meio, com o objetivo de proporcionar aquela intervenção nos bens constitucionais que, no todo, seja a menor. Aí, excepcionalmente, há uma busca da otimização, porque se cuida de especial gravidade de intervenção em direitos fundamentais de especial sensibilidade. Daí a particularidade do enfrentamento pelo Tribunal Constitucional. Alexy, de forma similar, mostra que certas questões – como as relativas à dignidade humana – representam hipóteses em que certos princípios têm a seu favor uma carga argumentativa especialmente forte, afetando a forma como se distribuem os ônus da argumentação e gerando, em situações ordinárias, uma tendência em certa direção.

que se colhe de relevante, nesse modelo de argumentação¹²⁴⁰ para a teoria da NDFA é que, se por um lado há casos – excepcionais – em que se busca um ajuste ótimo global de finalidades e meios, via de regra não se procede assim, mas, antes, se toma em sério o princípio democrático; isto se reflete no respeito à primazia do legislador na configuração de direitos fundamentais, à sua prerrogativa estimatória e ao seu espaço de prognose.¹²⁴¹

7.4.2. Proporcionalidade como proibição de insuficiência em deveres de proteção de direitos fundamentais (*Untermassverbot*)

O cumprimento, pelos poderes de estado, do dever de proteção derivado do direito fundamental submete-se ao princípio da proporcionalidade através da figura dogmática endossada pelo TCF – a despeito de objeções doutrinárias – da “proibição de insuficiência”.

A ponderação com direitos de proteção acusa algumas peculiaridades. A primeira, destacada por Alexy, consiste em que a própria admissão dos chamados direitos fundamentais de proteção demarca uma postura teórica que encontra resistência por parte de quem, temeroso de uma expansão e de conseqüente hiperconstitucionalização do direito, prefere a redução do espectro dos direitos

¹²⁴⁰ No que tange ao procedimento propriamente dito da ponderação, Michael propõe três passos: (1) verificar, em abstrato, os interesses (*Belange*) que estão em jogo, sem o objetivo de obter relações abstratas de precedência de valores, mas para distribuir carga de argumentação; (2) estabelecer, em concreto, quão grave (ou seja, quanto de frequência, extensão e intensidade) intervém o meio no direito fundamental, quanto é exigido do afetado; e também o grau da consecução da finalidade (e conseqüentemente o ganho concreto em bem comum concreto); (3) **ponderar**, ou seja, indagar se a consecução da finalidade está fora de proporção com o meio. Aqui, deve-se limitar a prova ao controle do excesso, ou seja, somente devem ser declaradas **desproporcionais** as leis em que a valoração não está “por um fio”. Com isso, a ponderação não permite subjetiva discricionariedade, já que a sua valoração é preparada de modo a ser argumentativamente passível de reprodução e também por estar limitada ao controle do excesso.

¹²⁴¹ Sobre a aplicação da proibição do excesso ao direito administrativo, veja-se MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. **JuS**, 2001, Heft 8, S. 764. Uma das peculiaridades dessa aplicação consiste na necessidade de se observar, além de determinações constitucionais de finalidade, também as de direito ordinário, como as *Aufgabennormen* (normas que definem tarefas, funções e respectivas competências) e *Zweckbeschränkungen*, ou seja, limitações de finalidade, tais como se encontram nos *Zweckkataloge*, i.e. catálogos de finalidades que se expõem nos primeiros parágrafos de diplomas legais, que guardam alguma similaridade funcional com algumas exposições de motivos da legislação brasileira. Michael advoga que no direito administrativo, o princípio da proporcionalidade se reduz à proibição de excesso; ele serve ao controle judicial da atividade administrativa, mas não inaugura novas competências, apenas limita as já existentes.

fundamentais à defesa do indivíduo contra o estado.¹²⁴² Dessa maneira, assumir os direitos fundamentais de proteção suscita a questão da ubiquidade dos direitos fundamentais e da inflação da jurisdição constitucional ao ponto de se temer a passagem do estado de legislação parlamentar para um estado de jurisdição de tribunal constitucional.¹²⁴³

Todavia, ao invés de um retrocesso ao estado liberal ou, por outro lado, de uma superdeterminação de todo o direito infraconstitucional pela constituição, convém uma terceira via, que consiste em estruturar adequadamente a operação com deveres de proteção.¹²⁴⁴

Aspecto central do modelo de estruturação da ponderação com direitos de proteção, como aponta Alexy, consiste na alternatividade das possibilidades de proteção. Não é a intervenção indevida, mas a omissão de proteção adequada, suficiente e proporcional que se faz inconstitucional e, pois, objeto de controle.

Lothar Michael, similarmente, frisa algumas particularidades desse modelo: **(1) identificação isolada de fim e meio:** aqui o objeto de levantamento (e pois do exame do controle de insuficiência) **não** é o **meio desejado**, mas, sim, são os **meios** de proteção eleitos pela autoridade competente, diante da completa inatividade de sua omissão; e como **finalidade** opera-se a proteção jurídico-fundamental em face do indivíduo e também da totalidade dos cidadãos, assim como com os **interesses** colidentes com a proteção; **(2) idoneidade:** examina-se aqui se o meio eleito pelo legislador é idôneo para servir à finalidade da proteção ou a outras finalidades (opostas); **(3) efetividade (*Effektivität*) ao invés de necessidade:** aqui, ao invés de outros meios mais suaves e de igual efetividade (necessidade), buscam-se outros meios **mais efetivos**, mas de igual suavidade, ou seja, que sejam mais eficazes na proteção e que ao mesmo tempo não interfiram mais gravemente em direitos de terceiros ou em outras

¹²⁴² Cfr. ALEXY, Robert. *Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz*. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 105-121.

¹²⁴³ Cfr. ALEXY, Robert. *Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz*. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 105-121.

¹²⁴⁴ Cfr. ALEXY, Robert. *Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz*. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 105-121, S. 108.

finalidades;¹²⁴⁵ e **(4) proporcionalidade em sentido estrito (ponderação)**: neste exame, aspira-se a eliminar restrições insuportáveis ao direito fundamental a ser protegido em ponderação com finalidades opostas e direitos de terceiros, ou seja, o controle diz com verificar se os meios eleitos pelo legislador para a consecução da finalidade da proteção se mostram suficientes, sempre tendo em consideração, no tocante à densidade de controle, a pergunta pela prognose de qual proteção oferecem medidas estatais.¹²⁴⁶

No que importa para a NDFA neste modelo de argumentação, insta observar que, em regra, ao tribunal compete apenas uma instância de controle, pois lhe incumbe somente comprovar se um dever de proteção está violado por **omissão** de medida suficiente; não lhe cabe dizer como o dever de proteção deveria ser cumprido, a não ser na situação em que somente um único meio de maneira mais idônea, mais efetiva e mais conveniente basta à proteção.¹²⁴⁷

7.4.3. Proporcionalidade como barreira dos princípios de igualdade *(Schranke der Gleichheitssätze)*

A proporcionalidade se aplica, também, para a prova do princípio da igualdade. Para tanto, é relevante o conceito de **igualdade de tratamento**, segundo o qual, de acordo com a **nova fórmula jurisprudencial**, é devida igualdade de tratamento se “(...) nenhuma diferença existe de tal espécie ou tal importância que possa justificar

¹²⁴⁵ MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. JuS, 2001, Heft 8, S. 767.

¹²⁴⁶ A proteção contra a insuficiência não implica esteja ordenada a otimização de todos os meios e finalidades; ela aponta para um aumento na qualidade da proteção pelo incremento da efetividade, mantida a mesma intensidade de intervenção em direitos de terceiros ou outras finalidades colidentes.

¹²⁴⁷ Cfr. MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 199. Essa advertência quanto à limitação do exame à violação por omissão, merece especial atenção no tocante à norma de direito fundamental associada. Esta não pode prestar-se como espaço para que grupos de pressão venham ao tribunal constitucional para obter a substituição da estimativa feita pelo legislador e da escolha dos meios de como certa proteção se deva realizar, por uma outra estimativa do modo como ela devesse dar-se, de acordo com uma corrente ideológica discrepante. No controle da proibição de insuficiência e na norma resultante, ao tribunal cabe apenas apontar a omissão cristalizada na insuficiência da medida, não pretender impor uma norma nova, com medidas simplesmente alternativas, que lhe pareçam mais convenientes. A exceção – confirmatória da regra geral – consiste nos casos de meio único de proteção suficiente, como bem sublinhado por Michael.

tratamento desigual”;¹²⁴⁸ e inversamente, é ordenada uma **diferenciação** se uma regulação “(...) tiver por consequência para um grupo de pessoas diferenças de tal ordem e importância que em relação a elas já não se pudesse mais justificar tratamento igual.”¹²⁴⁹

A nova fórmula acima exposta, inegavelmente, representa a abertura para a argumentação e ponderação (e pois um espaço para a associação de normas) no âmbito do exame de possíveis violações ao princípio geral da igualdade, seja na proibição de discriminação, seja na ordem de diferenciação. Porém, deve ser anotado que o princípio da proporcionalidade, para além de mero controle de arbitrariedade (*Willkürkontrolle*), somente se aplica em casos de desvantagens para um grupo por diferenciação associada a características pessoais (discriminação de uma minoria considerada qualitativa, não numericamente) ou em casos de atingimento dos direitos de liberdade por tratamento desigual; ou ainda aos direitos especiais de igualdade, isto é, na avaliação da justificação de diferenciações em face das especiais proibições de discriminação.

Os passos do exame são os seguintes, segundo a estruturação sugerida por Lothar Michael: **(1) identificação isolada de fim e meio:** meios a examinar são aqui o tratamento desigual (ou igual, conforme o caso), não a intervenção na esfera de liberdade. No caso de proibição de diferenciação, finalidades são os objetivos perseguidos pela diferenciação;¹²⁵⁰ **(2) idoneidade ou propriedade, ou utilidade do meio para o fim:** considerando-se **arbitrária** toda diferenciação que não seja adequada para servir a uma finalidade de diferenciação autorizada, no exame da idoneidade deve-se questionar se os critérios de diferenciação são apropriados para as finalidades da diferenciação, no sentido de serem objetivos e se vincularem a diferenças efetivas em espécie e importância; no caso de mandamento de diferenciação, a questão é saber se o

¹²⁴⁸ MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. **JuS**, 2001, Heft 9, S. 866. No original: *[Gleiche Behandlung ist geboten, wenn] ‘keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.’*

¹²⁴⁹ MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. **JuS**, 2001, Heft 9, S. 866. No original: *Art. 3 I GG gebietet umgekehrt eine Differenzierung, wenn eine Regelung ‘für einen Personengruppe Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht zur Folge hätte, dass ihr gegenüber die gleichartige Behandlung nicht mehr zu rechtfertigen wäre.*

¹²⁵⁰ MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. **JuS**, 2001, Heft 9, S. 867. Se os meios incidem nalguma das proibições de discriminação do art. 3, III, da LF, exigências qualificadas devem ser colocadas para as finalidades de uma tal diferenciação. No caso de mandamento de diferenciação, é de se perguntar se há razões para o tratamento igual a discutir e quais razões se pode pensar que sejam, na espécie e na importância, correspondentes a diferenças fáticas (*tatsächliche[n] Unterschiede*) e favoráveis a uma diferenciação.

tratamento igual nega as razões para uma diferenciação; (3) **necessidade**: este exame não tem lugar no preceito geral de igualdade,¹²⁵¹ onde a jurisprudência se satisfaz com o exame da proibição do arbítrio (o fundamento para a diferenciação só é examinado no sentido de ser objetivo e defensável), de modo que a prova do princípio da ‘proporcionalidade *lato sensu*’ se resume ao exame da idoneidade (*Geeignetheit*), i.e. sem indagar de medidas alternativas.

Porém, no caso de proibições especiais de discriminação,¹²⁵² a prova da necessidade é central, devendo nela se perguntar por meios menos discriminatórios; (4) **proporcionalidade em sentido estrito**: na proibição de discriminação, apenas se pondera o grau de diferenciação em relação aos fins da diferenciação; se a prova se dirige contra um tratamento igual, há de se perguntar se ele é desproporcional à espécie e importância da diferença efetiva; na proibição especial de discriminação, também não se pergunta pela suportabilidade da medida e, sim, se ocorre uma diferenciação indevida.

No que pertine à NDFA, a cautela que se deve ter no emprego do princípio de proporcionalidade em questões de igualdade consiste sobretudo em prestar atenção ao objeto específico da prova (tratamento igual que se questiona por injustificado, ou um tratamento desigual que não se considera justificado)¹²⁵³ e nos problemas (e espaços)

¹²⁵¹ O art. 3, I, da LF, equivale ao princípio geral da igualdade do art. 5º, *caput*, da CF/88. Sua redação é a seguinte: “(1) Todas as pessoas são, diante da lei, iguais.” No original: *Alle Menschen sind vor Gesetz gleich.*” A tradução é encontrada em MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 305.

¹²⁵² Veja a redação do art. 3, II, da LF: “(2) Homens e mulheres têm os mesmos direitos. O estado fomenta a imposição real da igualdade de direitos de mulheres e homens e esforça-se pela eliminação de desvantagens existentes.” No original: *Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fordert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.* A letra do art. 3, III, é a seguinte: “(3) Ninguém pode, por causa do seu sexo, sua descendência, sua raça, seu idioma, sua pátria e origem, sua fé, suas visões religiosas ou políticas, ser prejudicado ou privilegiado. Ninguém pode, por causa do seu aleijamento, ser prejudicado.” No original: *Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.* A tradução de ambos os dispositivos pode ser encontrada em MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 305. Pela leitura, pode-se extrair que a alínea II (ou 2) diz com a igualdade entre sexos (similar ao art. 5º, inc. I, da CF/88), enquanto que a alínea III (ou 3) trata das proibições de discriminação por motivos similares aos referidos no art. 3º, IV, da CF/88, embora seja mais ampla, na medida em que cogita de distinção de tratamento por favorecimento indevido.

¹²⁵³ A mistura das questões não raro gera equívocos, como ocorre com igualações feitas com esteio numa derivação direta do princípio da igualdade e com a sua axiomatização através do conceito de igualdade material.

epistêmicos para definição e avaliação de diferenças fácticas, para evitar que a construção de uma norma de direito fundamental associada se dê por instilação de ideologias ou simplesmente pela aplicação direta de concepções materiais de igualdade.

Observados, pois, os modelos da técnica da ponderação, pode-se esperar que o princípio da proporcionalidade proverá alto grau de probabilidade de uma solução racional.¹²⁵⁴

7.5. Discussão do princípio da proporcionalidade

7.5.1. Considerações gerais

Ainda que seja difícil, na prática, separar a discussão do princípio da proporcionalidade daquela mais geral relativa à teoria dos princípios acima levada a termo, é certo que algumas questões se ligam mais proximamente a esse princípio, seja no tocante à sua constituição interna, seja quanto à forma e modelos de aplicação.

7.5.1.1. Questões terminológicas

A controvérsia acerca da proporcionalidade inicia com o próprio nome. Na esteira da questão terminológica, mas para além da nomenclatura, põe-se, posteriormente, o problema real acerca da compreensão do que está sendo referido quando se menciona a proporcionalidade.

Princípio, preceito, regra, axioma, norma de segunda ordem ou postulado normativo aplicativo?

Várias são, com efeito, as possibilidades terminológicas que se põem diante da riqueza envolvida nas conotações de medida, proporção, comensurabilidade e, enfim, racionalidade, que a ideia de proporcionalidade evoca. A sua aplicação na seara penal, para

¹²⁵⁴ Alexy assevera mais: “No que concerne aos direitos fundamentais, contudo, esse grau mais elevado possível de racionalidade somente pode ser conquistado pela análise de proporcionalidade.” Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 7 to Jan Henrik Klement*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 337. No original: *Where constitutional rights are concerned, however, this highest possible degree of rationality can only be achieved by proportionality analysis*.

citar um dos exemplos mais conhecidos, é inequívoca, pois a mesma ideia está na raiz do mandamento, expresso em diversos ordenamentos¹²⁵⁵ desde tempos imemoriais, de que as penas devem guardar **proporção**¹²⁵⁶ ou **comensurabilidade**¹²⁵⁷ para com a conduta infracional, evitando-se a violência inerente à vingança privada e a tentação do arbítrio.¹²⁵⁸ Na sua evolução no direito administrativo alemão, no direito de polícia, teve como fio condutor a defesa contra a intervenção arbitrária e excessiva do estado nos direitos do administrado.¹²⁵⁹

Tal ideia matriz parece preservada no uso da proporcionalidade na teoria alexyana, onde prevalece o emprego da expressão “princípio da proporcionalidade”, embora ele contenha partes (subprincípios) com força de regra.

Esse fato parece suficiente para encerrar a querela meramente terminológica. Porém, para além desta, questões conceituais aguardam resposta e serão abaixo apreciadas.

¹²⁵⁵ A Constituição Federal brasileira, de 1988, por exemplo, consagra expressamente, dentre os direitos fundamentais, diversas normas que contemplam essa ideia da proporcionalidade, como por exemplo, a vedação de penas exorbitantes (art. 5º, inc. XLVII), a limitação da responsabilidade (art. 5º, inc. XLV), a individualização das penas e da forma de execução (art. 5º, XLVI e XLVIII); além disso, a estatuição de uma legalidade especial no campo penal, bem como de diversos controles processuais, contemplam essa ideia de medida, proporção, evitação do excesso e comensurabilidade entre ação delitiva e resposta da potestade pública.

¹²⁵⁶ Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 320-329.

¹²⁵⁷ A ideia de **medida** subjaz tanto ao conceito de **comensurabilidade** (cujas etimologias remontam a mensurar, verbo que, segundo o Dicionário Eletrônico Houaiss, radica no latim tardio *mensūro, as, āvi, ātum, āre* 'medir'; ver ¹*mens-*), como no de proporcionalidade, que se pode reconduzir, segundo o mesmo dicionário, à forma latina *proportio, ōnis* ('proporção, relação; analogia', de *portio, ōnis* 'porção'), sendo certo que os principais sentidos de porção consistem em “quantidade de (algo), medida segundo algum critério; dose, razão”, segundo o mesmo dicionário.

¹²⁵⁸ FERRAJOLI afirma expressamente essa conexão: “O fato de que entre a pena e delito não exista nenhuma relação natural não exige a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. O princípio de proporcionalidade expresso na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico.” Cfr. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 320. Heck sustenta que o preceito da proporcionalidade expressa-se, na área de aplicação referente ao direito penal, pelo preceito da aplicação da pena, sendo o princípio da culpa correspondente, na medida das suas consequências limitantes à pena, à proibição de excesso. Também informa precedentes do reconhecimento pelo TCF do preceito mencionado no direito administrativo e em outros campos do direito. Cfr. HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 177-186.

¹²⁵⁹ Sobre a evolução do princípio ver Gretschner em <http://www.db-thueringen.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-3081/Gretschner.pdf>, acesso em 26.09.2012. Maurer informa que o princípio da proporcionalidade é um princípio geral do direito administrativo “(...) reconhecido há muito e, com isso, solidificado jurídico-costumeiramente” e regulado juridicamente no direito policial. MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, p. 79-80.

A questão do nome “princípio da proporcionalidade” foi objeto de debate exatamente para apurar se o termo princípio, quando aplicado à proporcionalidade, tinha o mesmo sentido de quando aparece na chamada teoria dos princípios.

7.5.1.2. Questões conceituais

7.5.1.2.1. Princípio ou postulado?

O debate sobre o conceito de proporcionalidade, para além de querelas verbais, ensejou a tomada de diversas posições. Uma alternativa mais radical, que atalha a questão num ponto anterior à distinção entre regras e princípios, parece ser a adoção do conceito de “postulado”.¹²⁶⁰

Com efeito, na introdução à sua obra “Teoria dos princípios”, de larga divulgação no Brasil, Ávila, após criticar posições doutrinárias que reputa equivocadas quanto à definição e distinção de princípios e regras, “(...) propõe uma nova categoria, denominada categoria dos postulados normativos aplicativos,”¹²⁶¹ que define como normas de segundo grau, ou metanormas, contendo deveres estruturantes da aplicação de outras normas, sem se confundirem com a fundamentação e interpretação destas.¹²⁶²

¹²⁶⁰ Cfr. AVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42 ss. Postulados, segundo o autor, não são nem funcionam como regras nem princípios segundo a definição tradicional; diversamente, estabelecem diretrizes metódicas “(...) em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção, (...) com aplicação estruturante e constante, relativamente a outras variáveis”. (Idem, p. 42.) Quanto aos postulados aplicativos normativos, dos quais cita como os mais importantes a proporcionalidade, a razoabilidade e a proibição do excesso, relaciona-os com as condições necessárias para a compreensão concreta do direito, com vista à aplicação: “Essas condições são definidas como postulados normativos aplicativos, na medida em que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas: contingentes, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque surgem diante de um problema concreto; e externas, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a ele.” (Idem, p. 44.)

¹²⁶¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 19. Observe-se que, pouco antes, o autor criticara a confusão conceitual, em que princípios são baralhados com regras, axiomas, postulados, ideias, medidas, máximas e critérios, mas ele não desce, pelo menos nessa obra, à distinção dentre tais termos, que ele parece designar pelo gênero comum “categorias”.

¹²⁶² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87-90.

Embora possam ser encontrados alguns elementos para a explicação dessa escolha terminológica,¹²⁶³ não se vislumbra, no entanto, clareza quanto à inserção da proporcionalidade como “postulado” em alguma das importantes tradições do conhecimento humano que consagram o uso desse termo,¹²⁶⁴ como a geometria euclidiana¹²⁶⁵ – paradigma da racionalidade moderna¹²⁶⁶ – e as vertentes filosóficas aristotélica¹²⁶⁷ e kantiana.¹²⁶⁸

¹²⁶³ AVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42 ss.

¹²⁶⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89. Argumenta-se, é verdade, pela caracterização da proporcionalidade, racionalidade e outros conceitos como “metanormas”, ou normas de segundo grau, distintos dos chamados sobreprincípios, e dotados da qualificação de “deveres estruturantes da aplicação de outras normas”, mas não há uma clara explicação para a escolha de “postulado”. Também a opção pela classificação de “metanormas” seria discutível, porque o princípio da proporcionalidade é, ele mesmo, uma entidade de caráter normativo (ele está no plano onde se dá o direito), e não um ente da linguagem sobre normas (plano onde se fala sobre o direito). Melhor fosse, talvez, trabalhar com o conceito de implicação, nos termos propostos por Quine e referidos por Alexy. Veja-se que Alexy se reporta expressamente ao tratamento que Quine conferiu à implicação e ao condicional: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 93 f., Fn. 165. Quine desenvolve o conceito de implicação em QUINE, Willard van Orman. *Grundzüge der Logik. (Methods of Logic) Übersetzt von Dirk Siefkes*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1969, S. 62 ff. Sobre a tarefa da aplicação como problema central da hermenêutica assim como do saber no âmbito prático, cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990, S. 317 ff. Nesse mesmo texto, Gadamer explora a atualidade da posição de Aristóteles quanto ao saber prático (cognitivista) e, particularmente, sobre a questão do direito natural – onde relega o direito natural imutável ao universo dos deuses – e também sobre a relação meio-fim. Ver também HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma releitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 20, nota de pé de página 24.

¹²⁶⁵ Em Euclides, postulado teria a denotação de uma proposição de caráter fundamental para um sistema dedutivo mas que não é evidente por si mesma (à diferença dos axiomas, que o são) e que também não pode ser demonstrada (diferentemente do teorema, que o pode). Cfr. MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Trad. Roberto L. F. A. Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 570-573. Segundo o dicionarista, o significado original da palavra postulado está no étimo grego aitema (*αἴτημα*, derivado do verbo *αἰτεῖν*, que significa *requerer*), que pode ser traduzido por “petição”, “requerimento que tenha sido feito”. O Dicionário Houaiss informa a etimologia da própria palavra postulado, remetendo-a à forma latina *postulátus, a, um*, com o significado de *'levado a juízo, intimidado, processado, acusado; reclamado, pedido, requerido'*. Consagra as seguintes acepções correntes no vernáculo (excluída aquela que diz com a religião): 1) o que se considera como fato reconhecido e ponto de partida, implícito ou explícito, de uma argumentação; premissa; 2) afirmação ou fato admitido sem necessidade de demonstração. Cfr. DICIONÁRIO HOUAISS da língua portuguesa. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 2.272.

¹²⁶⁶ Sabidamente, sobretudo em Descartes, essa vertente obteve grande difusão na idade moderna, pela edificação do modo euclidiano de demonstração (*more geometrico*) a modelo de demonstração científica e filosófica em geral.

¹²⁶⁷ Cfe. Mora, em Aristóteles, postulados seriam proposições não universalmente admitidas, não evidentes por si mesmas. Cfr. MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Trad. Roberto L. F. A. Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 570-573.

¹²⁶⁸ A crítica da razão prática labora com os chamados “postulados da razão prática” da existência de Deus, da imortalidade da alma e da liberdade (positiva). A definição de Kant para postulado é de uma proposição teórica, não demonstrável como tal, mas que depende inseparavelmente de uma lei prática incondicionalmente válida. Cfr. MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Trad. Roberto L. F. A. Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 570-573.

O que se observa do contraste é que o uso da expressão “**postulado** normativo aplicativo” em referência à proporcionalidade e à razoabilidade, e os exemplos oferecidos sugerem que o autor mencionado **não** está a operar com o conceito tradicional de qualquer das três correntes tradicionais que empregaram o termo **postulado**.¹²⁶⁹

Resta indagar, então, se essa escolha pode haurir sustento ou ancoradouro para além dessas tradições e, assim, encontrar justificativa na relação com a natureza e função da proporcionalidade. Nesse aspecto, a definição dos postulados enquanto “deveres estruturantes da aplicação de outras normas”, embora não se mostre desarrazoada,¹²⁷⁰ 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.

Isso não quer dizer que o uso do termo postulado na teoria dos princípios esteja vedado.

Ao contrário, Alexy eventualmente emprega o termo postulado, como o faz em relação aos postulados da **racionalidade**,¹²⁷¹ dentre os quais refere diretamente o da **segurança jurídica**,¹²⁷² e ao da **proposicionalidade**, visualizado na própria natureza

¹²⁶⁹ Não está respondida a questão elementar sobre “o que se postula” quando se está a falar, por exemplo, sobre proporcionalidade ou razoabilidade. Da mesma forma, também nada se logra com o termo postulado, se não se examina “por que se postula”. Aqui cabe a menção ao princípio da inércia de Perelman, que recebe o endosso de Alexy na forma da atribuição de uma carga de argumentação para quem propõe uma mudança em relação a uma concepção aceita, o que inclui certamente propostas de alteração da terminologia estabelecida em determinado campo científico. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 216 ff. Veja-se a ligação que Perelman faz entre inércia, a necessidade de justificação e as técnicas de estabilização como a coisa julgada e o precedente, em Cfr. PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 140 ss.

¹²⁷⁰ O aspecto aplicativo ou operativo ou então dinâmico do funcionamento da proporcionalidade não pode ser ignorado, mas não parece bastante para determinar o seu nome e a caracterização como um postulado.

¹²⁷¹ O postulado da racionalidade é identificado na função de resolver colisões de princípios e, com isso, a contradição, como Alexy se manifesta ao enfrentar objeção de Sieckmann da superfluidade da pressuposição de um dever-ser ideal, supostamente incompatível com a proposicionalidade do direito. Cfr. ALEXY, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 21-38. No original: *Sieckmann bezeichnet es treffend als ein Postulat der Rationalität*. (S. 29.) A proposicionalidade foi abordada retro, no item 5.2.2.

¹²⁷² Ver retro, item 2.3.2.

argumentativa do direito;¹²⁷³ admite inequivocamente o postulado da **igualdade de tratamento**,¹²⁷⁴ atribuindo-lhe caráter fundamental e primordialmente moral. Também reconhece postulados no campo tradicionalmente ocupado pela hermenêutica, já referidos acima.¹²⁷⁵

Tais empregos, no entanto, não encontram consonância com a extensão do conceito de postulado à proporcionalidade, pretendida por Ávila. E, o mais importante, ainda restaria por determinar se os mencionados postulados teriam caráter e função normativo-aplicativa.

Como se colhe do exame das principais objeções feitas à teoria alexyana e da terminologia empregada, Ávila baseia-se, nitidamente, na separação que Günther introduziu entre o âmbito de fundamentação e o de aplicação, já discutida anteriormente.¹²⁷⁶ Resta, então, o exame das críticas normativo-teóricas mais específicas.¹²⁷⁷

7.5.1.2.2. Princípio ou regra? Ou ambos?

A diferença entre princípio e regras representa um pilar da teoria alexyana, como acima apreciado. Daí a relevância da questão sobre se a distinção também se aplica àquilo que está na base na própria teoria dos princípios, ou seja, à proporcionalidade. Haveria, pois, coerência entre a distinção que é feita no plano do objeto do princípio da proporcionalidade e o que se propõe quanto a este último?

¹²⁷³ ALEXY, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 21-38. No original: “Der Grund hierfür liegt in der argumentativen Natur des Rechts, die ihren Ausdruck im Postulat der Propositionalität findet.” (S. 37.)

¹²⁷⁴ ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 61.

¹²⁷⁵ ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 75-77. Ver acima, item 3.2.2.2.

¹²⁷⁶ Ver acima item 3.2.5.2.2.

¹²⁷⁷ Ávila cita Günther em diversas passagens, mas não quanto à escolha da expressão “postulados normativos aplicativos”. Algumas semelhanças se encontram na adoção de uma postura que distingue fortemente entre a estrutura de uma norma e sua aplicação, o que traz imediatamente à memória a cisão do discurso proposta por Günther para realçar a autonomia da aplicação e o caráter de decisão que ela implica. Cfr. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

Para além de uma simples querela terminológica, põe-se a questão sobre a própria natureza e função da proporcionalidade, e, conseqüentemente, sobre a existência de um desnível lógico ou estrutural entre a proporcionalidade e os princípios materiais; dito de outro modo, cumpre investigar se há algo como um “princípio” mesmo da proporcionalidade, o que ele comunga com os demais princípios e no que se diferencia deles, se integra o mesmo plano ou um plano diverso (algo como o plano das metanormas ou de normas de segundo grau).

A esse propósito, no Brasil, Steinmetz, ao discutir o problema da relação entre o princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privadas restritivos de direitos fundamentais,¹²⁷⁸ registra uma observação crítica feita por Ávila, e com a qual concorda, consistente em que, se os princípios são mandamentos de otimização, então estaria incorreta a designação da proporcionalidade como princípio.¹²⁷⁹

Guerra Filho também faz observação quanto a esse aspecto e destaca a questão da possibilidade de subsunção que Alexy sustentaria em relação aos subprincípios e que, segundo alguns intérpretes, justificaria a sua definição como regras; também aduziu duplicidade de nomes entre princípio da proporcionalidade e proibição de excesso.¹²⁸⁰

¹²⁷⁸ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11-52.

¹²⁷⁹ Diz Steinmetz: “De fato, se se toma como definição operativa de 'princípio' aquela de Robert Alexy (v. n. 4.1.1., infra) – princípio como mandamento de otimização –, então, é, por definição, incorreta a expressão 'princípio da proporcionalidade', melhor classificada como regra, à medida que não é objeto de ponderação ante princípio(s) oposto(s), mas sim um mandamento definitivo a ser aplicado na forma do tudo-ou-nada.” Cfr. STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11-12, nota n. 1. Destaque-se que, a despeito da observação, esse mesmo autor prefere manter a expressão “princípio da proporcionalidade” por diversas razões, entre as quais a falta de clareza sobre se esse dissenso terminológico tem, ou não, implicações hermenêutico-constitucionais relevantes.

¹²⁸⁰ Guerra Filho assim se expressou: “34. O fato de Alexy, na famosa 'página 100' da edição original da *Theorie der Grundrechte*, com apoio no professor de Direito Constitucional da Universidade de Heidelberg, Haverkate, referir a possibilidade de os 'subprincípios da proporcionalidade' permitirem, tal como regras jurídicas, a subsunção não implica, ipso facto – como pretendem Virgílio Afonso da Silva (in RT 798/23-50) e os que aderem à sua interpretação –, ser o princípio da proporcionalidade uma regra, pois o conteúdo de um regra é a descrição (e previsão) de um fato, acompanhada da prescrição de sua consequência jurídica, e não outra regra – e regra sem previsão explícita na ordem jurídica. Da mesma forma, pelo princípio lógico da 'navalha de Ockham' – pelo qual não se devem multiplicar desnecessariamente os termos, sem que haja entes diversos a serem nomeados por eles –, também não pensamos que deixe de haver sinonímia entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e a proibição de excesso 'de ação', por implicar o princípio também uma 'proibição de (excesso) de omissão' (*Untermassverbot*).(...)” Cfr. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 255-269. No mesmo sentido, quanto à distinção entre princípio da proporcionalidade

De fato, no ponto citado da obra de Alexy, este menciona que, havendo o descumprimento dos princípios parciais (*Teilgrundsätze*) da idoneidade (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), que compõem o princípio da proporcionalidade, segue como consequência a antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*).¹²⁸¹

em sentido estrito e proibição de excesso e/ou insuficiência, Gilmar Ferreira Mendes aduz a posição de Schlink no sentido de que, de um ponto de vista metodológico, conceituar uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*) para uma proteção adequada e eficaz equivale a considerá-la desproporcional em sentido estrito. Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 323.

¹²⁸¹ Alexy assevera textualmente o que segue: “O preceito da proporcionalidade é muitas vezes denominado ‘princípio da proporcionalidade’. Não se trata-se, porém, aí, de um princípio no sentido aqui esclarecido. A idoneidade, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderados contra alguma outra coisa. Elas não têm precedência numa vez e, noutra, não. Indaga-se, na verdade, se os princípios parciais estão cumpridos ou não, e o seu não-cumprimento tem por consequência a antijuridicidade. Os três princípios parciais, portanto, têm de ser classificados como regras. Compare, para isso, G. Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Tübingen 1983, S. 11, o qual fala de uma ‘proposição jurídica passível de subsunção’.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 100, Fn. 84. No original: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird häufig 'Verhältnismässigkeitsprinzip' genannt. Es handelt sich bei ihm jedoch nicht um ein Prinzip im hier erläuterten Sinne. Die Geeignetheit, Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne werden nicht gegen etwas anderes abgewogen. Sie haben nicht das eine Mal den Vorrang und das andere Mal nicht. Vielmehr wird gefragt, ob die Teilgrundsätze erfüllt sind oder nicht, und ihrer Nichterfüllung hat die Rechtswidrigkeit zur Folge. Die drei Teilgrundsätze sind also als Regeln einzustufen. Vgl. hierzu G. Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats, Tübingen 1983, S. 11, der von einem 'Subsumtionsfähige(n) Rechtssatz' spricht.* Observe-se que Alexy não afirma nessa passagem a existência de uma proposição jurídica passível de subsunção, apenas cita o texto de Haverkate, que a defenderia; a referência é feita apenas para comparação com a posição de Alexy (“Vgl. hierzu”: compare em relação a isto). Mencione-se, porém, que o princípio da proporcionalidade pode também se apresentar como critério na apreciação da constitucionalidade de uma norma, onde resulta, por implicação, do princípio do estado de direito (sobre essa implicação, cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 100). Nesse caso, pode-se falar claramente em subsunção ao tipo da constituição e em violação da constituição. Sobre isso, cfr. HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**: uma releitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 20, nota de pé de página 24. Pode-se acrescentar, em favor da posição de Alexy, a manifestação de Kelsen quanto à subsunção que ocorre entre o que é regulado pela constituição e a feitura da lei, e que se pode traduzir, se verificada inconformidade, numa inconstitucionalidade e que, por parte do tribunal constitucional, gera o ato contrário consistente na nulificação; Kelsen expressamente diz que a subsunção só é possível por haver um tipo (*Tatbestand*) que é regulado pela constituição e que concerne com a criação da norma (*Erzeugung der Norm*). Cfr. KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* **Die Justiz**. Berlim: Walter Rotschild, Bd.VI, 1930/3, S. 589 ff., e também HECK, Luís Afonso. **Jurisdição constitucional**: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. Comparando-se Kelsen e Alexy, vislumbra-se uma correspondência entre aquilo que se comprova estar preenchido (*erfüllt*) ou não no caso, para dizer se a constituição foi cumprida ou não (nesse caso violada), e aquilo que se comprova para dizer se a proporcionalidade como critério de constitucionalidade foi observada ou não (nesse caso, violada). Que essa tarefa não seja oportunidade para instilação de juízos valorativos do aplicador, cfr. KAUFMANN, Arthur. *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. 2. Aufl. Heidelberg: R.v.Decker & C.F.Müller, 1982, S. 10 ff.

Ávila critica a postura da doutrina de conferir à proporcionalidade e à razoabilidade tratamento ora como princípios, ora como regras, e, justamente por não funcionar nem como regras nem como princípios na definição tradicional, propôs a nova categoria dos “postulados normativos aplicativos”, acima apreciada.¹²⁸²

7.5.1.2.3. Respostas

A despeito da sedução que possam oferecer alternativas como “axioma” ou “postulado”, a melhor solução para a questão subjacente à querela terminológica, como acima examinado, consiste em prosseguir com o emprego da expressão “princípio da proporcionalidade”, a qual se encontra consagrada pelo uso e não possui substituto mais adequado.

Contudo, embora persista utilizando a expressão, já consagrada pelo uso, do “princípio da proporcionalidade”, Alexy esclareceu que os **subprincípios**, na verdade, têm estrutura de regras, porquanto são mandamentos que estão no metaplano, a exigir a máxima realização possível dos mandamentos a serem otimizados, que são os princípios-objeto.¹²⁸³

Assim, nada obsta que se prossiga utilizando a expressão “princípio da proporcionalidade”, desde que se tenha em mente que os **subprincípios** daquele possuem estrutura própria, correspondente à das regras, por força da sua natureza e forma de aplicação.

Quanto à suposta duplicação de entes na distinção entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e a proibição de excesso 'de ação', ao fundamento de que o princípio também consagra uma 'proibição de (excesso) de omissão', tenho que também não se faz necessário o remédio da navalha de Ockham aqui.¹²⁸⁴

¹²⁸² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 19. Ver acima, item n. 7.5.1.2.1.

¹²⁸³ Cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 37, nota 72.

¹²⁸⁴ Luís Afonso Heck, com base na jurisprudência do TCF, entende que tanto o preceito da proporcionalidade como o preceito da proibição do excesso deitam raízes no princípio do estado de direito e que, em consonância com a situação concreta, conjugam-se entre si. Cfr. HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Contributo para

O que se tem de fazer, previamente, é observar a classificação que Alexy faz, aproveitando (e reformulando) a teoria dos status de Jellinek,¹²⁸⁵ quanto às espécies de posições jurídico-fundamentais (direitos a algo; liberdades; competências) e, dentre os direitos a algo, aos direitos de defesa e de proteção. Depois, não se pode olvidar que o princípio da proporcionalidade desponta quando, no direito fundamental, houver o caráter de princípio.¹²⁸⁶ Então, na ponderação com princípio(s) oposto(s), observados os passos do procedimento, chega-se à apuração da ocorrência, ou não, de uma violação ao (sub)princípio da necessidade, seja ela através de uma intervenção excessiva ou uma proteção deficiente ao direito fundamental.

Por tudo isso, revela-se despropositada a aposta de todas as fichas na crítica predominantemente terminológica acerca dos conceitos de proibição de excesso, proporcionalidade e proibição de insuficiência, sem apontar para as diferentes abordagens que se podem sustentar com base na teoria e sem mostrar as suas ligações internas. De modo conciso, Alexy assim se expressou:

A proibição do excesso e a proibição de insuficiência são, em sua estrutura, idênticas. Ambas trazem à expressão nada mais que o princípio da proporcionalidade e se diferenciam unicamente em que a direção de defesa e de proteção a cada vez é diversa, e que disso resultam naturais diferenças. Em todo caso, e apenas isso posso indicar aqui, a teoria do espaço zela para que o legislador, por causa dos empates conducentes a espaços estruturais e dos espaços epistêmicos, não incida em embaraço, como já se disse, entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. A teoria do espaço produz espaço entre essas duas proibições.¹²⁸⁷

uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 176.

¹²⁸⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 229-242. A avaliação da teoria dos status de Jellinek e as alterações propostas por Alexy encontram-se nas páginas 243-248 da mesma obra.

¹²⁸⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 100. Na seqüência, Alexy se faz ainda mais explícito, quando esclarece o seguinte: “A dedução exposta é uma fundamentação do princípio da proporcionalidade a partir das normas de direito fundamental, precisamente das normas de direito fundamental na medida em que elas têm caráter de princípio.” No original: *Die dargelegte Deduktion ist eine Begründung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit aus den Grundrechtsnormen, und zwar aus den Grundrechtsnormen, soweit sie Prinzipiencharakter haben.* (Idem, S. 103.) Se ausente o caráter de princípio, está excluída a questão.

¹²⁸⁷ ALEXY, Robert et alii. *Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. In: **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**. Bd. 61. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2002, S. 216. No original: *Das Übermassverbot und das Untermassverbot sind in ihrer Struktur identisch. Sie bringen beide nichts anders als den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zum Ausdruck und unterscheiden sich allein darin, dass die Richtung Abwehr und Schutz jeweils eine andere ist und dass sich hieraus natürlich Differenzen ergeben. Jedenfalls, und nur darauf kann ich hier hinweisen, sorgt die Spielraumtheorie dafür, dass der Gesetzgeber aufgrund der zu strukturellen Spielräumen führenden Patts sowie der epistemischen*

Isso não impede que, diante das diferenças naturais resultantes da distinta direção (defesa e proteção), possam ser considerados modelos de argumentação também diferentes, embora sempre através do princípio da proporcionalidade.

Como demonstrado por Michael, trata-se de modelos algo diferentes que se ocultam por detrás do mesmo princípio da proporcionalidade e, com elas, diferentes formas de estruturar a argumentação são engendrados. Contudo, são comprovadamente **complementares** na concretização de direitos fundamentais e no controle de constitucionalidade.¹²⁸⁸

7.5.1.2.4. Resultado parcial: (item 7.5.1.2.)

É palmar a relevância da distinção entre princípios e regras para que se possa mesmo cogitar em associação de normas de direito fundamental, o que pressupõe o conceito de princípio de direito fundamental como entidade normativa. A ideia de otimização igualmente se faz importante, não para se ficar discutindo distinções de cunho linguístico, mas para destacar que a ponderação representa uma forma de sofisticar a operação com direitos fundamentais num mundo complexo, para conferir-lhes o máximo de eficácia sem prejuízo da racionalidade das estruturas jurídicas existentes.

A importância de se manter uma diferença de estruturas de operação com o princípio da proporcionalidade tem sentido, como já adiantado por Alexy, para evitar o nivelamento de direitos de defesa e direitos de proteção, como ocorre em Schwabe, o

Spielräume nicht in die Klemme, wie einmal gesagt wurde, zwischen Übermass- und Untermassverbot gerät. Die Spielraumtheorie schafft Raum zwischen diesen beiden Verboten. A tradução ao português dessa obra encontra-se em ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 71-92. Registre-se que o termo *Gesetzgeber* é traduzido por Luís Afonso Heck, nessa e outras obras, por “dador de leis”. Paralelamente, prefere traduzir *Gesetzgebung*, que neste trabalho é traduzido por “legislação”, pela expressão “dação de lei”. Cfr. ALEXY, Robert. O conceito de Kant da lei prática. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 157.

¹²⁸⁸ Cfr. MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 190.

que findaria por dissolver o conceito de intervenção.¹²⁸⁹ De modo algum, pois, se demonstrou que em Alexy haja proliferação desnecessária de termos ou assunção de pressuposições prescindíveis ou imotivadas.

As demais objeções quanto à ponderação dão-se, assim, por resolvidas, desde que se tome em conta o que acima foi dito quanto à diferenças entre princípios e regras. Já as questões atinentes à eficiência da proporcionalidade com vista à obtenção de resultados corretos requerem apreciação mais extensa, como segue.

7.5.1.3. Questões quanto ao desempenho da proporcionalidade

São várias as críticas assestadas contra o desempenho do princípio da proporcionalidade na sua aplicação na adjudicação de direitos fundamentais. Em prol da clareza e sistematicidade, convém reunir tais críticas de forma orgânica.

¹²⁸⁹ Cfr. MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 196. Segundo Michael, o TCF veio de retomar a figura dogmática da proibição de insuficiência por aceitar que de direitos fundamentais se deduzem deveres de proteção e que estes devem ser cumpridos proporcionalmente. Assim, quando medidas de proteção estatais intervêm em direitos fundamentais de terceiros, essa intervenção pode ser medida e contrastada à luz do princípio da proporcionalidade. Porém, não se pode chegar ao extremo proposto por Schwabe, para quem deficits de proteção equivalem a intervenções mediatas e que, assim, estão sujeitas à proibição de excesso. No afã de criticar a posição então dominante e de firmar a possibilidade da *Drittwirkung*, Schwabe, de fato, defende um conceito inflacionário de intervenção e nivelador entre direitos de defesa e de proteção. Diz Schwabe: “Nos direitos fundamentais do *status negativus* até agora tratados, ao final sempre se trata, também no domínio do direito privado, da defesa contra intervenções estatais, ainda que levadas a efeito de modo privado.” Cfr. SCHWABE, Jürgen. **Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte - Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatverkehrsverkehr**. München: Wilhelm Goldmann Verlag, 1971, S. 149. No original: *Bei den bislang behandelten Grundrechten des status negativus handelt es sich auch im privatrechtlichen Bereich letztlich immer um die Abwehr staatlicher, wenngleich privat bewirkter Eingriffe*. Schwabe mostra essa nivelação também quando assim declara: “Pois os direitos fundamentais asseguram de veras proteção a particulares, mas não, o que seria pressuposto para uma ‘lei de proteção’, contra particulares.” (Idem, S. 145.) No original: *Denn die Grundrechte gewähren zwar Privaten Schutz, aber nicht, was Voraussetzung für ein ‘Schutzgesetz’ wäre, gegen Private*. Essa mesma linha de postura pode ser vista na seguinte afirmação: “O que quer que prejudique a esfera de liberdade de um titular de direitos fundamentais decorre do poder jurídico estatal.” (Idem, S. 45.) No original: (...) *Was auch immer die Freiheitssphäre eines Grundrechtsinhabers beeinträchtigt, rührt von der staatlichen Rechtsmacht her*. Para um resumo, em português, da obra citada de Schwabe, cfr. SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais: para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Trad. Roberto José Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org./rev.). **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 91-133. Alexy expressamente repudia essa assimilação dos direitos de proteção e de defesa, bem como particularmente rebate a tese de Schwabe em diversos momentos de sua obra, e.g. em ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 416-417. O ponto principal de Alexy consiste em fazer claro que a ausência de proibição de uma ação não implica a participação do estado na sua execução ou a imputação a este da sua execução. (Idem, S. 417.) Diz Alexy: *Die blosse Tatsache, dass eine Handlung nicht verboten ist und deshalb erlaubt ist, begründet weder eine Beteiligung des Staates an ihrem Vollzug noch eine Zurechnung ihres Vollzuges zum Staate*.

Essa foi a proposta de Pulido. Embora haja outras resenhas,¹²⁹⁰ merece exame um conjunto de críticas que ele catalogou, no tópico, com o propósito de arrolar e responder objeções dirigidas ao emprego do procedimento de ponderação no direito e, em particular, à aplicação do princípio da proporcionalidade.¹²⁹¹

Assim, conquanto recolhidas indiretamente e nem sempre dirigidas expressamente à teoria de Alexy, não podem ser ignoradas, porque afetam o núcleo do presente trabalho.

Deveras, dada a ligação interna da NDFA com a ponderação, estruturada pelo princípio da proporcionalidade, se este não tem base racional ou não pode ser legitimamente aplicado em matéria de direitos fundamentais, então não terá sentido falar em NDFA. Por isso, aproveita-se aqui a ordenação antes mencionada e agregam-se outros argumentos que tenham aflorado sobre o tema.

Assim, duas **objeções centrais** permeiam as críticas e os argumentos contrários à aplicação do princípio da proporcionalidade: (1) a que considera o princípio da proporcionalidade como critério irracional e subjetivo; e (2) a que advoga a carência de legitimidade do tribunal constitucional para aplicar o princípio da proporcionalidade.

No que tange à **racionalidade e objetividade do princípio da proporcionalidade**, catalogaram-se 5 (cinco) argumentos contrários, a saber: (1) a falta de pontos de referência normativos e objetivos para a aplicação do princípio da proporcionalidade; (2) a ausência de clareza conceitual do referido princípio; (3) a incomensurabilidade; (4) dificuldade de identificar os direitos e bens objeto da

¹²⁹⁰ Veja-se, por exemplo: SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 39-66.

¹²⁹¹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. As principais objeções foram incluídas por Pulido como um item do estudo introdutório acrescido por ele à nova tradução que fez para a “Teoria dos direitos fundamentais” de Alexy. Nele também contemplou a defesa contra tais objeções. Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *Estudio introductorio*. In: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.^a Edición. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. xxxviii ss.

ponderação; e 5) a inevitabilidade da degradação numa jurisprudência do caso concreto.¹²⁹²

Os argumentos quanto à **ilegitimidade do tribunal constitucional** são expostos com base em críticas feitas por diferentes autores, a serem adiante mencionados.¹²⁹³

Passa-se, então, à análise detalhada do conjunto de argumentos, não apenas pela relevância temática, como também pela respeitabilidade dos seus defensores.

7.5.1.3.1. Da suposta irracionalidade do princípio da proporcionalidade

7.5.1.3.1.1. Da alegada falta de pontos de referência

Esta linha de censura à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade é capitaneada por Böckenförde, para quem tal princípio não conta com qualquer ponto de referência no terreno dos direitos fundamentais, já que a constituição não oferece uma ordem hierárquica a orientar a atividade de ponderação. Sugere então, para evitar que o tribunal constitucional possa, sem base constitucional objetiva, decidir o que é justo na sociedade a cada momento e frente a cada situação constitucional que suscite controvérsia, que se substraia daquele órgão a faculdade de aplicar o princípio da proporcionalidade, ou então se volte a tratar os direitos fundamentais como meros direitos de defesa frente ao estado.¹²⁹⁴ Na mesma linha se desenvolvem as objeções de Pierrot e Schlink, alegando a ausência de um ponto de referência racional, objetivo e obrigatório para o juiz.¹²⁹⁵

¹²⁹² PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 159-194.

¹²⁹³ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 195-249. Ver adiante item 7.5.1.3.1.6.

¹²⁹⁴ Citado conforme PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 161-165. Böckenförde debruçou-se sobre os métodos de interpretação constitucional, concluindo que todos – com exceção, talvez, do método da racionalização metódica do processo de concretização, de Friedrich Muller – resultam em desconstrução da normatividade da constituição. Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*. **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 46, 1976, S. 2.089-2.144.

¹²⁹⁵ Cfr. PIEROTH/SCHLINK. *Grundrechte: Staatsrecht II*. 23., neu bearbeitete Auflage. Heidelberg/München/Landsberg/Berlin: C. F. Muller, 2007, S. 293. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink chegam a se expressar da seguinte forma, ao abordarem o princípio da proporcionalidade: “Um sopesar e ponderar desse tipo, também designado pelo TCF como “fazer jogos malabarísticos” (Hoffmann-Riem, EuGRZ 2006, 492/495), carece de critérios racionais e vinculantes (...). Daí que o exame da

7.5.1.3.1.2. Da aventada ausência de clareza conceitual

De modo similar à crítica feita por Jestaedt e Poscher à adequação científica e metodológica da teoria dos princípios em relação ao uso de conceitos,¹²⁹⁶ Leisner e Hirschberg vituperaram o emprego do princípio da proporcionalidade na solução de problemas jurídicos mediante a ponderação, por resultar, segundo aqueles, em irracionalidade gerada em grande parte pela falta de clareza dos termos com que se definem o referido princípio e as expressões conexas (idoneidade, necessidade, proporcionalidade); tal ambiguidade o tornaria um critério vazio, mas perigoso, por render ensejo ao subjetivismo do juiz e ao predomínio de técnicas retóricas.¹²⁹⁷

7.5.1.3.1.3. Da incomensurabilidade

O argumento da irracionalidade do princípio da proporcionalidade tem por base a suposta incomensurabilidade da ponderação, decorrente da carência de um denominador comum ou de um padrão pelo qual pudesse realizar-se a comparação entre os bens e/ou interesses que se estão a ponderar.

Segundo os defensores do argumento,¹²⁹⁸ inexistente um metro ou denominador comum e não é possível racionalmente comparar a barreira oposta ao direito

proporcionalidade em sentido estrito corre sempre o perigo de, junto a todos os esforços pela racionalidade, fazer valer os juízos subjetivos e preconceitos do examinador.” (Idem, S. 66.) No original: *Ein derartiges Gewichten und Abwägen, beim BVerfG auch als ‘Jonglieren’ bezeichnet (Hoffmann-Riem, EuGRZ 2006, 492/495), entbehrt der rationalen und verbindlichen Maßstäbe (...). Daher läuft die Prüfung der Verhältnismässigkeit stets Gefahr, bei allem Bemühen um Rationalität die subjektiven Urteile und Vorurteile des Prüfenden zur Geltung zu bringen.* Os autores, como destacado por Pulido, fazem distinção quanto à posição de valor do princípio da proporcionalidade: Diferentemente da ponderação realizada pelo tribunal constitucional em relação ao legislador, entendem que o legislador é tão livre para autorizar o administrador a fazer uso da ponderação, como a jurisdição é livre para, no exame da realizada pela administração, sobrepor-lhe a sua. (Idem, ibidem.) Pieroth e Schlink seguem tecendo ressalvas ao princípio da proporcionalidade, dizendo que, embora goze de papel teórico relevante, na prática é reduzido ao exame da necessidade. (Idem, ibidem.) Cfr. também PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 164-166.

¹²⁹⁶ Ver acima itens n. 6.2.2.4.3.2. e 6.2.2.4.3.5.

¹²⁹⁷ Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 174-176.

¹²⁹⁸ Vejam-se, a propósito, as posições de Böckenförde (acima, item n. 7.2.) e Aleinikof (abaixo, item n. 7.5.1.3.2.1.2.1.3.).

fundamental com as vantagens que a medida interventiva possa oferecer em favor de outros direitos fundamentais, bens constitucionais ou interesses públicos.¹²⁹⁹

7.5.1.3.1.4. Da dificuldade de identificar os direitos e bens objeto da ponderação

Elencam-se, dentro dessa classe de argumentos críticos, todas as dificuldades levantadas a respeito da identificação do objeto da atividade de ponderação; a começar, a dificuldade de identificar quais são, no texto constitucional, as disposições (*rectius* determinações) de direito fundamental; depois, as complexas relações entre os conceitos de intervenção, barreira, delimitação, configuração, regulamentação e desenvolvimento de um direito fundamental; a seguir, também contam as dificuldades para se definir quais bens e direitos são capazes de justificar as intervenções legislativas nos direitos fundamentais e, portanto, justificariam a aplicação do princípio da proporcionalidade; por último, a problemática da definição dos titulares dos direitos fundamentais em conflito.¹³⁰⁰

7.5.1.3.1.5. Da inevitabilidade da degradação numa jurisprudência do caso concreto

Essa linha argumentativa aponta que a impossibilidade de estabelecer soluções baseadas em critérios objetivos e racionais findaria por conduzir a prática interpretativa dos direitos fundamentais numa ininteligível jurisprudência *ad hoc*, que pretenderia exaltar a justiça do caso concreto em detrimento da certeza, coerência e generalidade do direito, e conseqüentemente, da previsibilidade e força normativa da própria Constituição, especialmente dos direitos fundamentais.¹³⁰¹

¹²⁹⁹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 178-180.

¹³⁰⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 185-189.

¹³⁰¹ Essa crítica é em tudo similar àquela formulada por Böckenförde contra o método de argumentação jurídico-racional e político-constitucional, que atribuiu a Kriele, classificando-o como método integrante do círculo da tópica e do “pensar o problema” (*Problemdenken*). Aduziu que tal método finda por remeter-se a consenso e a fatos e interesses com posição de *topoi*, apesar do esforço de se apartar da indeterminação e da abertura da tópica. Segundo Böckenförde, na medida em que são insuficientes para a racionalidade do método o recurso à vinculatividade de decisões de problemas do constituinte e o aceno à força dos precedentes, assim como a pretendida circunscrição do espaço de argumentação por meio de uma estrutura de ponderação jurídico-racional, o método argumentativo acaba por sofrer deficiências similares aos da tópica e do pensamento pelo problema, vindo a expor a interpretação constitucional ao

Segundo Aleinikoff, a tentativa de sistematizar e generalizar a aplicação do princípio da proporcionalidade – através de pautas de decisão ou catálogos de regras substanciais – conduziria a becos sem saída, pois os elementos considerados (peso e interesses) se alteram a cada caso.¹³⁰²

7.5.1.3.1.6. Da alegada ilegitimidade do tribunal constitucional

Outra importante vertente de argumentos contrários ao princípio da proporcionalidade no terreno dos direitos fundamentais diz respeito à legitimidade de quem o aplica. Essa questão remete tanto à teoria política, onde já apreciado sob o respectivo ponto de vista,¹³⁰³ como à teoria da norma e do direito. Pulido¹³⁰⁴ reporta, aqui, argumentos levantados por Forsthoff e Aleinikoff.

O primeiro ataca o que considera uma inadequada transposição do uso do princípio da proporcionalidade do âmbito do controle de discricionariedade de atos concretos de polícia administrativa – onde revelou a sua idoneidade –, para o campo do controle da constitucionalidade de leis ditadas por um órgão de posição política e jurídica tão diversa – o parlamento –, onde lhe acarreta usurpação de competência de configuração.¹³⁰⁵

mesmo risco da desconstrução da força normativa da constituição. Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*. **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 46, 1976, S. 2.092-2.093

¹³⁰² Cfr. ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 5 (apr., 1987), p. 979 ss. Aqui se trata de um dos principais argumentos da chamada crítica interna à ponderação. O autor vê na chamada “ponderação definicional” (*definitional balancing*), que procura estabelecer regras que dispensariam ponderações *ad hoc* a cada caso, uma falsa promessa, pois inviável. Cfr. também PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 190-192.

¹³⁰³ Ver acima, item 4.3.

¹³⁰⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 195-201.

¹³⁰⁵ Segundo Forsthoff, esse deslocamento de um princípio moldado ao controle de discricionariedade administrativa para o campo do controle de constitucionalidade de leis findaria por justificar a ilegítima imposição de opções valorativas do juiz constitucional e, portanto, usurparia competência do legislador para configurar a vida política da sociedade. Se o princípio tinha uso idôneo no primeiro âmbito, na medida em que a finalidade das intervenções de polícia e os meios disponíveis estariam bastante delimitados e identificados na lei, no controle constitucional vem a degradar a competência do legislador ao retirar-lhe possibilidades de ação e de escolha de meios/fins não proibidos pela constituição. Cfr. FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschaft: Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. München: Verlag C. H. Beck, 1971, S. 137 ff. A posição restritiva do autor em relação à independência do juiz, para assegurar sua vinculação à vontade do legislador e não invadir a esfera política, também pode ser identificada em FORSTHOFF, Ernst. *Recht und Sprache: Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, publicado originariamente em 1940.

No mesmo sentido se afina o argumento de Böckenförde de que a aplicação do princípio da proporcionalidade reduziria a competência do parlamento e a amplitude do processo político-parlamentar à mera execução da constituição.¹³⁰⁶

A objeção de Aleinikoff – que ele denomina “crítica externa à ponderação”¹³⁰⁷ – de modo bastante similar assinala que a atividade de ponderação redundaria no exercício, pelo juiz constitucional, da função de harmonização de interesses sociais, atribuída no estado democrático ao poder legislativo. Ainda que o juiz constitucional, argumenta Aleinikoff, aja através de interpretação e apenas com o escopo de proteger interesses minoritários, a legitimidade da interpretação das disposições constitucionais por meio da prática da ponderação carece de uma justificação adicional e que possa escapar à crítica interna (incomensurabilidade e circularidade).¹³⁰⁸

7.5.1.3.2. Resposta

7.5.1.3.2.1. Considerações preliminares

7.5.1.3.2.1.1. Considerações gerais sobre proporcionalidade e racionalidade

Primeiramente, é preciso salientar que as respostas que a teoria de Alexy oferece em relação à racionalidade do princípio da proporcionalidade enquanto critério podem ser encontradas em diversos locais da sua obra, por dizerem respeito à própria pretensão de que a teoria seja racional.

No pano de fundo de várias críticas acima ventiladas está a questão da posição de Alexy quanto à objetividade como pressuposto da racionalidade, o que se reflete na reiterada crítica à suposta falta de critérios **objetivos** a nortear a aplicação do princípio da proporcionalidade e, notadamente, da ponderação.

¹³⁰⁶ Portanto, em termos de teoria do direito, o princípio da proporcionalidade não poderia ser aplicado pelo tribunal constitucional no controle de constitucionalidade, por implicar a redução da legislação a mera execução constitucional – e pois a hipertrofia da constituição – e, na perspectiva da teoria política, por resultar em ilegitimidade de sua atuação, por usurpação de competência.

¹³⁰⁷ Cfr. ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 5 (apr., 1987), p. 984 ss. Cfr. também PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 198.

¹³⁰⁸ Cfr. ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 5 (apr., 1987), p. 999-1000.

No que tange ao tema, Alexy descarta, primeiramente, um conceito de objetividade forte resultante de uma teoria do conhecimento do direito que defendesse o **holismo jurídico**, caracterizado como a crença em que todas as premissas já estão contidas ou escondidas no sistema jurídico e somente precisam ser descobertas.¹³⁰⁹

Contra essa posição da epistemologia jurídica, Alexy acentua a indispensabilidade de operar não apenas com ideias, mas também com pessoas (participantes) e com procedimentos nos quais se produz e também se vem a conhecer o direito.¹³¹⁰

Além disso, não se pode pretender que, na interpretação e decisão de casos, o preenchimento do quadro normativo se dê apenas mediante conhecimento, incorrendo no que Kelsen chama de “ilusão da segurança jurídica”, ou então incidindo no equívoco oposto, próprio do modelo decisionista, que recusa a possibilidade, sustentada pelo modelo argumentativo proposto por Alexy, de argumentação racional na determinação da norma que, entre as variantes disponíveis, decidirá o caso.¹³¹¹

Para o mais, as respostas já foram antecipadas quando do tratamento da base filosófica da teoria da argumentação e também nos reflexos quanto à filosofia política.¹³¹²

¹³⁰⁹ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 39. Essa posição se mostra coerente com a orientação geral do pensamento alexyano em favor de uma objetividade modesta (item n. 3.2.4.2.5.1.).

¹³¹⁰ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 39. Isso também se relaciona com os limites do conceito de coerência em Alexy e o caráter procedimental diferenciado de sua teoria (ver acima item n 3.2.4.2.5.2.).

¹³¹¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Rechtssicherheit und Richtigkeit*. In: GERLOCH/TRYZNA/WINTR (eds.). **Metodologie interpretace práva a právní jistota**. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeňek, 2012, S. 389 ff.

¹³¹² Ver acima, itens 3.2.4.2.5.1., 4.3.2. e 5.3.3.2.

7.5.1.3.2.1.2. Respostas mais específicas aos argumentos

7.5.1.3.2.1.2.1. Da suposta irracionalidade do princípio da proporcionalidade

7.5.1.3.2.1.2.1.1. Da suposta falta de pontos de referência normativos e objetivos para a aplicação do princípio da proporcionalidade

Para além da questão geral da objetividade, já analisada no tópico imediatamente anterior, essa crítica pode ser reconstruída, como o faz Pulido, como a questão da controlabilidade, ou seja, da possibilidade de reconhecimento, reconstrução e enunciação dos argumentos que subjazem à aplicação do princípio e de cada subprincípio da proporcionalidade. A proposta de Pulido é a de que existe uma solução comparativa para essa questão, a saber, que a aplicação do princípio da proporcionalidade pode ser justificada pela sua maior racionalidade relativamente aos critérios alternativos, tais como os provenientes das teorias materiais dos direitos fundamentais.¹³¹³

Alexy não somente concorda com Pulido quanto à impossibilidade de uma teoria material dos direitos fundamentais que estabeleça com carácter obrigatório a solução de cada caso de direito fundamental,¹³¹⁴ como também responde diretamente às críticas de Böckenförde sobre a aventada irracionalidade do princípio;¹³¹⁵ para tanto, demonstra que os princípios não se reduzem a meros *topoi*, podendo-se estabelecer com eles ordens de relações de precedência, e que não se deve depositar excessiva relevância em teorias materiais do direito fundamental.¹³¹⁶

Alexy classifica esse tipo de crítica como **objeção de irracionalismo**, calçada num **ceticismo quanto à ponderação**, que se encontra também em Habermas¹³¹⁷ e

¹³¹³ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 166-174. Para o autor, embora imprescindíveis à determinação do conteúdo dos direitos fundamentais, os critérios oriundos de teorias materiais levam a problemas insolúveis diante de colisões, cuja solução o princípio da proporcionalidade consegue estruturar sem criar os mesmos problemas. Sobre as teorias materiais, ver acima, item n. 6.2.2.1.1.

¹³¹⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 508-520.

¹³¹⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 516.

¹³¹⁶ Ver, para tanto, o item n. 3.2.1.1., onde diferenciada argumentação da tópica.

¹³¹⁷ Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 315-316.

Schlink.¹³¹⁸ Estes a inquinam de irracional pela falta de critérios racionais para o exame da proporcionalidade, que resultaria em uma fonte de arbitrariedade e subjetivismo do aplicador e, por fim, acarretaria a incursão num decisionismo inaceitável.¹³¹⁹

A imprecisão é respondida de dois modos: (1) questionando a autoridade da crítica, porquanto pressupõe saber o que seja ponderação, o que exige, por seu turno, conhecimento da sua estrutura;¹³²⁰ e (2) frisando que tais cétricos têm o encargo de impugnar a possibilidade de que existam sentenças racionais acerca de intensidades de intervenção e graus de importância.

Quanto à possibilidade de sentenças racionais com ponderação, são aduzidas sentenças do TCF, como a do caso Titanic, em que, após exame com base numa escalação de graus de intervenção e de pesos de justificação, seu resultado não somente se fez plausível, mas o TCF o designou mesmo como “manifesto”.¹³²¹ Essa decisão e a sentença-tabaco, por seu turno, findam por demonstrar pelo menos a possibilidade de racionalidade de sentenças com ponderação, a qual se baseia em suposições que não são arbitrárias nem irrefletidas, porquanto apoiadas em fundamentos que se “deixam escutar” (tomar seriamente em consideração) e foram expostos em argumentação.¹³²²

A indesviabilidade da ponderação, por seu turno, foi claramente mostrada neste trabalho.¹³²³

Particularmente à crítica de Schlink, ele a responde no sentido de que ao nominado crítico, como cétrico em relação à possibilidade de sentenças racionais sobre

¹³¹⁸ Cfr. SCHLINK, Bernhard. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. In: BADURA, Peter & DREIER, Horst (Hrsg.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, S. 445-465.

¹³¹⁹ Ver retro, item 3.2.4.1.

¹³²⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 21-38. A pergunta sugere que possa faltar aos críticos da ponderação o conhecimento necessário da estrutura dessa última. Sobre as objeções levantadas por Habermas à racionalidade da ponderação, Alexy se debruçou especificamente no artigo ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 105-116.

¹³²¹ ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 134.

¹³²² ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 137.

¹³²³ Ver acima, item 6.2.2.3.2.

intensidades de intervenção e graus de importância, compete o ônus de impugnar (e, pois, de provar) tal possibilidade, mas disso ele não se desincumbe.¹³²⁴ À crítica quando ao risco de decisionismo (Schlink) e de tirania de valores (Schmitt) é respondido que a escalação de graus no que tange à intensidade de intervenção e de importância se faz possível, e com base nelas, se pode estruturar abertamente a ponderação de forma que possa ser verificada e controlada.¹³²⁵

Em outro texto, Alexy vê-se às voltas com o mesmo tipo de argumento de Böckenförde, no sentido de que a falta de vinculação do juiz na tarefa de ponderação acarretaria a “passagem do estado de legislação parlamentar para o estado de jurisdição judicial-constitucional”, em cuja lógica residiria a perda de importância do processo democrático.¹³²⁶ Registra, nesse tópico, sua concordância com a objeção que Horst Dreier fizera a Böckenförde no sentido de que até mesmo os clássicos direitos de defesa comportam a necessidade de ponderações e que não há uma constituição que possa ser vinculante para o legislador sem uma jurisdição constitucional que possa intervir na atividade do legislador; por isso, Alexy endossa a assertiva de Horst Dreier de que não se faz recomendável a proposta de Böckenförde de regresso a um legalismo

¹³²⁴ ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 83. Sobre a possibilidade de uma ponderação racional, merece registro, igualmente, a incisiva observação feita por Michael quanto à pretensão de Schlink de substituir o ponderar por uma argumentação mais exata. Cfr. MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.193, nota de pé de página n. 12.

¹³²⁵ ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 75 e 83

¹³²⁶ ALEXY, Robert. *Anzeigen der Literatur* (Recensão da obra de Horst Dreier: *Dimensionen der Grundrechte*). **Archiv des öffentlichen Rechts**. J.C.B. Mohr: Tübingen, Bd. 121, 1996, S. 155-158. A expressão de Böckenförde, aí colacionada, é “*Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat*”. (Idem, S. 157.) Böckenförde sustenta que, de um lado, a promoção do Tribunal Constitucional de intérprete a concretizador da Constituição e, de outro, o rebaixamento do legislador de criador primário do direito para mero concretizador, resultaram no nivelamento e na colocação lado a lado das competências de ambos, o que gera perturbações no jogo dos poderes do estado e na configuração do Estado, que passa de estado de legislação parlamentar para estado de jurisdição constitucional. Diz o autor: “Executa-se uma transição progressiva do estado de legislação parlamentar para um estado de jurisdição de direito constitucional.” Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*. In: _____. **Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde**. Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 220. No original: *Es vollzieht sich ein gleitender Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat*.

constituído exclusivamente por direitos de defesa,¹³²⁷ porquanto isso equivaleria a tentar resolver problemas jurídico-constitucionais mediante a abolição do direito constitucional.¹³²⁸

7.5.1.3.2.1.2.1.2. Da suposta falta de clareza conceitual do referido princípio

Parte da réplica à questão da clareza conceitual pode ser encontrada na própria resposta (neste trabalho examinada) quanto à terminologia adotada em relação aos tipos de normas da teoria de Alexy.

Em sentido oposto a esse tipo de crítica, mencione-se a lição de Pulido, que aponta o fato de que o princípio da proporcionalidade é o critério cuja estrutura pode ser compreendida com maior clareza; ademais, sustenta que, diferentemente de critérios alternativos, o princípio da proporcionalidade não alberga contradição e (...) *puede reconstruirse como um procedimiento argumentativo en lo cual aparecen explícitamente los diferentes tipos de premissas utilizadas por el Tribunal Constitucional para la interpretación de los derechos fundamentales.*¹³²⁹

7.5.1.3.2.1.2.1.3. Da alegação de incomensurabilidade

A questão da incomensurabilidade dos elementos da ponderação pode ser abordada de um ponto de vista mais filosófico, quando então se traveste da questão do fundamento último da teoria do discurso e da transcendentalidade do argumento base

¹³²⁷ Uma clara contraposição entre o constitucionalismo e legalismo está contemplada no texto ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 213-231. O autor demonstra que um legalismo estritamente orientado segundo regras é excluído por um modelo de três níveis do sistema jurídico que dá conta da existência de princípios e da necessidade da ponderação; enquanto isso, ao contrário, um constitucionalismo moderado se revela como a concepção do sistema jurídico mais capaz de realizar na máxima medida a razão prática. Alexy agradece a Ralf Dreier, que fez a defesa desse constitucionalismo moderado, o nascimento da distinção entre constitucionalismo e legalismo, surgida em conversação entre eles. (Idem, S. 215, Fn. 13.)

¹³²⁸ A tentação de escoimar os problemas da ponderação desconsidera que nos direitos ditos liberais também se dão colisões; a eliminação da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, em que mais aparecem as colisões e problemas de distribuição, equivaleria a solucionar problemas jurídico-constitucionais através da abolição do direito constitucional. Cfr. ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social*. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 63.

¹³²⁹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 177.

das suas regras;¹³³⁰ mas pode ser analisada, também, de um ponto de vista mais específico da teoria dos princípios e da teoria de interpretação.

Alexy respondeu expressamente à linha de argumento da incomensurabilidade – referindo-se inclusive nominalmente à argumentação de Aleinikoff – em publicação sobre a **fórmula peso**, de 2003.¹³³¹ Embora conceda que se pode afirmar ser incomensurável aquilo que colide, adverte que essa observação não acerta o ponto decisivo. A questão da comparabilidade, esclarece, deve ser deslocada para o plano do **significado para a constituição**, mediante a adoção um ponto de vista uniforme – o ponto de vista da constituição –, e de uma escala, o que assegura a comensurabilidade.¹³³²

Colocada a comparação no devido lugar, falece, pois, fundamento à crítica.

7.5.1.3.2.1.2.1.4. Da dificuldade de identificar os direitos e bens objeto da ponderação

Essa objeção tem sua relevância, considerando que entre os princípios que se encontram em casos de colisão constam não apenas os materiais, mas também formais, como o que protege a separação dos poderes ou o espaço de configuração do legislador. Porém, o princípio da proporcionalidade, neste item, está sofrendo crítica exatamente pela sua virtude de colocar no aberto o que se leva em consideração no momento da interpretação, bem como por escancarar os passos de ponderação e respectivas premissas fáticas e normativas tomadas em conta.

¹³³⁰ Veja retro, cap. 1., item 1.2.

¹³³¹ ALEXY, Robert. *Die Gewichtsformel*. In: JICKELI/KREUTZ/REUTER (Hg.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin, 2003, S. 771-792. Compare: ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 131-153.

¹³³² Veja-se a resposta à objeção: “Não se trata da comparabilidade imediata de alguns objetos, mas da comparabilidade de seu significado para a constituição, o que, certamente, leva mediamente à sua comparabilidade. O conceito de 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. (...) O segundo elemento criador de comensurabilidade é uma escala, independentemente 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.” Cfr. ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 142.

Além disso, as considerações sobre ponderações já realizadas pelo TCF e sobre a fórmula peso são bastantes para demonstrar que, se existe uma dificuldade na ponderação, não quer dizer que ela deva ser evitada, mesmo porque ela não pode ser obviada. O manejo das grandes questões jurídicas atinentes aos direitos fundamentais não pode ser determinado por critérios estéticos como a facilidade operatória. Ademais, a fórmula peso contribui para uma explicitação das variáveis a serem empregadas e das suas relações.

7.5.1.3.2.1.2.1.5. Da aventada inevitabilidade da degradação numa jurisprudência do caso concreto

Essa questão ainda merece um enfrentamento específico quanto às questões da novidade e da variabilidade da NDFA. Contudo, para o ponto de vista da objeção veiculada, pode-se antecipar que as fixações levadas a termo pelo tribunal na aplicação do princípio da proporcionalidade comportam uma estabilidade mínima que impõe, para quem deseja uma solução diversa para um caso similar, uma carga argumentativa.

Assim, se não se pode eliminar de todo o risco de uma jurisprudência do caso concreto, é certo que uma prática racional, levada a efeito por pessoas racionais – o que inclui os atores da cena jurídica como juízes, advogados e partes – tenderá para combinar as forças da estabilização (como respeito aos precedentes e à dogmática) com as da busca de um ideal de correção.¹³³³

7.5.1.3.2.1.2.2. Da questão da legitimidade do tribunal

Como acima verificado, quando da análise das implicações filosófico-políticas da teoria, há respostas para a objeção de que faltaria ao tribunal constitucional legitimidade para o exercício da representação argumentativa.¹³³⁴

¹³³³ Para maior aprofundamento da especialidade da NDFA enquanto regra de decisão de casos, ver adiante o item 9.

¹³³⁴ Ver acima item 4.2.5.

De antemão, é preciso distinguir entre a resistência ao próprio controle de constitucionalidade por um tribunal constitucional e as objeções a que este faça uso de ponderação (e, pois, do princípio da proporcionalidade).

Quanto à legitimidade do controle de constitucionalidade, além do já examinado na teoria política,¹³³⁵ pode ser aduzido o célebre debate entre Kelsen e Schmitt,¹³³⁶ o qual, a despeito de sua riqueza, está em grande parte superado do ponto de vista prático, ante a afirmação da jurisdição constitucional em estados de direito democráticos.

Em contrapartida, crescentes são as indagações sobre a forma de exercício desse controle, notadamente quanto à sua profundidade e intensidade, o que faz renascer indagações sobre legitimidade quanto a algumas formas, posturas e consequências em relação ao modo de exercício daquele controle de constitucionalidade que se entregou a tribunais.

Alexy endossa a advertência de Kelsen, principal idealizador do sistema concentrado, quanto à problematicidade de uma jurisdição constitucional que fosse favorecida com o instrumento da validade formal da constituição e, ao mesmo tempo, com uma densidade de normatização material ilimitada ou indeterminada.¹³³⁷

Vê nessa hipótese uma insuportável plenificação do poder do tribunal constitucional. A compatibilização entre a validade formal da constituição e a densidade de normalização material, ao inverso, somente se faz possível graças à determinação ou

¹³³⁵ Ver acima item 4.2.1. .

¹³³⁶ Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 209-212. Pulido conclui seu excuro sobre esse debate, salientando que, por causa da propagação incontível da jurisdição constitucional – como Kelsen defendia – no Séc. XX, a discussão sobre a legitimidade mudou de tom e se transformou na controvérsia sobre os limites funcionais do exercício do controle de constitucionalidade (idem, p. 212-213).

¹³³⁷ KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1929, S. 69-70. Essa advertência é recordada expressamente em ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71-92; da mesma forma, Koriath e Schlaich citam tal advertência em SCHLAICH/KORIOH. *Das Bundesverfassungsgericht*. 7. Aufl. München: C. H. Beck, 2007, Rdnr. 18, S. 12.

determinabilidade dos limites daquela densidade, o que recomenda cautela com o emprego de expressões abertas indeterminadas.¹³³⁸

Contudo, os textos constitucionais estão permeados de termos abertos em matéria de direito fundamental e, ao mesmo tempo, o tribunal constitucional é chamado a cumprir sua tarefa de exercer o controle de constitucionalidade também no plano das limitações materiais constitucionais. Então, não pode demitir-se de sua atribuição capital, ainda que lhe prepare grandes dificuldades.

Quanto ao emprego de ponderação em geral, trata-se de uma questão sobre a aplicação de determinações constitucionais e, dentro dessa perspectiva, sobre a necessidade, ou não, de técnicas de ponderação. Porém, que não haja no texto constitucional padrões definidos sobre como ponderar (ou seja, sobre interpretar ponderando) não implica que a ponderação esteja excluída – por ilegitimidade – da atividade de interpretação constitucional.

A objeção de que a ilegitimidade estaria conectada com um **resultado ilegítimo** consistente na expansão dos conteúdos constitucionais é apreciada por Alexy em vários lugares, o que dá conta da consciência da gravidade do tema. Alexy a enfrenta através da defesa da imprescindibilidade da técnica de ponderação bem como da estruturação desta pelo princípio da proporcionalidade, e, ainda, através da refutação dos argumentos contrários.

A primeira linha (defesa da imprescindibilidade e da estrutura da ponderação) se desdobra na perquirição sobre o conceito de direitos fundamentais, sobre os tipos de normas fundamentais, sobre diferentes posições jurídicas e sua justiciabilidade, e sobre como se aplicam e interpretam aqueles direitos. Aí se inserem todas as questões sobre argumentação e interpretação, dogmática dos espaços, leis da ponderação, fórmula peso e escalas triádicas. A resposta geral é negativa: a aplicação de técnicas de ponderação não expande indevidamente os conteúdos da constituição nem atrai a ilegitimidade da

¹³³⁸ Alexy o sintetiza na seguinte frase: “Força de validade formal máxima é, assim soa a mensagem de Kelsen, somente suportável sob a condição de densidade de normalização material suficientemente limitada e determinável.” Cfr. ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 72.

atividade do tribunal constitucional; e há também uma afirmação: a escalação triádica assegura um mecanismo controlável.¹³³⁹

A segunda linha, de resposta direta a objeções à crítica de Böckenförde e Forsthoff,¹³⁴⁰ consiste, entre outras razões, em recordar o fato de que a expansão dos conteúdos constitucionais já começou de longa data, que recua à sentença Lüth.¹³⁴¹ Especificamente quanto ao perigo de sobreconstitucionalização, como abordado anteriormente, pode ser evitado.¹³⁴²

7.5.1.3.2.1.2.3. Dos critérios alternativos

Por fim, uma via bastante explorada por Pulido consiste em mostrar que os critérios alternativos ao princípio da proporcionalidade não resolvem o problema e criam outros.¹³⁴³ Um das teorias que oferecem critério alternativo é a do conteúdo essencial, que Alexy compara com o princípio da proporcionalidade e conclui que este último assegura o mesmo resultado que os defensores do conteúdo essencial ou mínimo também se preocupam em conservar.¹³⁴⁴

No curso deste trabalho já se apreciaram outras abordagens, anteriores à NDFA, ao problema que esta vem enfrentar, e o resultado foi insatisfatório.¹³⁴⁵ Desconhece-se abordagem nova alternativa subsistente.

¹³³⁹ Veja item 6.2.2.4.2.5.

¹³⁴⁰ Pode-se acrescentar a essa linha a crítica da expansão da competência do TCF por meio da “constitucionalização da ordem jurídica” referida, entre tantos, por Klaus Schlaich e Stefan Koriöth. Estes afirmam que, na interpretação constitucional, através do estabelecimento de figuras condutoras normativas e princípios, como ordem de valores e **proporcionalidade**, assim como através da extensão do domínio de eficácia dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), o TCF pode concentrar a constituição como critério e, com isso, ampliar as possibilidades de controle, tendo como resultado (possível) a “constitucionalização da ordem jurídica”. Cfr. SCHLAICH/KORIÖTH. *Das Bundesverfassungsgericht*. 7. Aufl. München: C. H. Beck, 2007, Rdnr. 18, S. 11.

¹³⁴¹ ALEXY, Robert. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 72.

¹³⁴² Ver acima, item 4.2.2.

¹³⁴³ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 253-488. O autor estuda não somente os critérios endossados por teorias materiais, como também por (outras) teorias estruturais da vinculação do legislador aos direitos fundamentais (entre estas, a teoria do conteúdo essencial e as teorias internas).

¹³⁴⁴ O assunto foi debatido no item 6.2.2.3.4.

¹³⁴⁵ Veja item 2.3.

7.5.1.3.3. Resultado parcial (item 7.5.1.3.)

A despeito da gravidade das imprecisões dirigidas ao emprego da proporcionalidade na interpretação de direitos fundamentais, não se verifica a derrocada da teoria que a sustenta. Os argumentos esgrimidos em sua defesa parecem suficientes para conservar-lhe o valor científico e prático.

Se isso ainda não fosse bastante, pode-se aduzir aqui a observação feita por um crítico da teoria, Schauer, acerca da imputação de irracionalidade da ponderação por força da divergência nos resultados. Essa variabilidade no resultado de avaliações não as torna irracionais apenas por isso, como o demonstram diversas tradições antigas e difundidas. Por isso, conclui: “Está correto, portanto, o argumento de Alexy de que a ponderação não é um processo irracional.”¹³⁴⁶

Até mesmo Jestaedt reconhece que a ponderação não somente se faz compatível com a racionalidade, mas que a teoria da ponderação em discussão realizou uma contribuição efetiva para a racionalidade da interpretação jurisdicional, na medida em que, num avanço considerável em relação a tentativas anteriores como a “concordância prática” de Hesse e o “melhor equilíbrio mútuo possível” de Lerche, que não conseguiam iluminar satisfatoriamente a sua estrutura interna de um modo satisfatório do ponto de vista teórico e metodológico, a teoria da ponderação reconstruiu o ponderar como um processo para otimizar princípios e, assim, compatível com o discurso racional.¹³⁴⁷

O mesmo autor também qualifica como positiva a contribuição da teoria da ponderação para a racionalidade justamente pela explicitação e alocação de ônus da

¹³⁴⁶ Cfr. SCHAUER, Frederick. *Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 311. No original: *Alexy's argument that the balancing process is not irrational, therefore, is correct*.

¹³⁴⁷ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 157.

argumentação.¹³⁴⁸ De fato, a estruturação da proporcionalidade ganha racionalidade através da identificação de pesos, primazias *prima facie* e cargas argumentativas diferenciadas.

No mesmo sentido, Poscher indiretamente reconhece alguma valia no emprego de argumentação com o princípio da proporcionalidade e com a ponderação, na medida em que a teoria dos princípios, enquanto teoria abrangente da argumentação jurídica, ao concentrar-se na análise de argumentos que exijam otimização, pode elucidar **como** tais argumentos operam.¹³⁴⁹

De plano se pode constatar que a NDFA está profundamente envolvida na discussão que se acaba de resenhar. Sem o princípio da proporcionalidade ou, mais ainda, sem ponderação, não se pode encontrar um lugar para a associação de normas de direito fundamental; a teoria, assim mutilada, ficaria de todo descaracterizada.

Portanto, para que se possa falar em NDFA, é mister que se mantenha firme a teoria das normas, onde assentada a teoria dos princípios e, sobretudo, a proporcionalidade, assim como deve estar provada a necessidade da ponderação. A afirmação da NDFA depende de que a ponderação se faça com racionalidade, o que não está descartado pelas análises até aqui realizadas.

A subsistência da NDFA, no entanto, também depende da forma como atua enquanto regra, o que se passa a analisar.

¹³⁴⁸ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 157-158.

¹³⁴⁹ Cfr. POSCHER, Ralf. *The principles Theory: how many theories and what is their merit?* In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 246-247.

8. NDFA e regulatividade

8.1. Considerações iniciais

Como já identificado anteriormente, a NDFA, por definição, serve como regra de solução de casos concretos de direito fundamental. Trata-se de uma característica lógica mas igualmente operacional, que encontra sua ambientação mais propícia no controle de constitucionalidade, embora também influa no tema da irradiação.

Porém, nada disso teria relevância se a NDFA não pudesse resolver casos que surgem nas ambientações normativas referidas.

A NDFA, como acima apreciado, integra a classe mais ampla dos atos de fala regulativos ou normativos. Especificamente, dentro do campo mais restrito das normas de direitos fundamentais, agrupa-se às normas com caráter de regra, que tem por função solucionar casos singulares dados, estabelecendo a consequência decorrente do preenchimento da hipótese típica nela prevista. Dito de modo diverso, a regra consiste de uma norma com determinação e fixação de conteúdo suficientes à sua aplicação a casos concretos.¹³⁵⁰

8.2. Conteúdo de fixação

Para que essa aplicação possa dar-se ao modo do “tudo ou nada”,¹³⁵¹ e, portanto, para que, tal como as outras regras, contenha **determinações definitivas**,¹³⁵² conforme preconizado pelo modelo de separação posto na teoria dos princípios de Alexy, alguns pressupostos são necessários.

¹³⁵⁰ Para mais detalhes veja acima sobre diferenciação de regras e princípios (item 6.2.2.3.) e discussão crítica (item 6.2.2.4.3.4).

¹³⁵¹ Como diz Alexy: *Demgegenüber sind Regel Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können.* Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., S. 76; ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 216. Quanto a essa característica das regras em Dworkin, ver acima, item n. 2.3.8.

¹³⁵² “Em contraste, regras são normas que exigem algo de modo definitivo. Elas são, portanto, comandos definitivos.” Cfr. ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has changed over the years*. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012, p. 5. No original: *By contrast, rules are norms requiring something definitively. They are definitive commands.*

As determinações de caráter definitivo necessitam preenchimento por conteúdo, ou por um conjunto de conteúdos, que são fixados e enfaixados na regra. Além disso, a fixação não pode ser feita de qualquer modo, para que ela possa funcionar realmente como uma regra.

Assim, a ser a NDFA efetivamente uma regra, há de preencher o conjunto de pressupostos, que proponho sejam resumidos sob o conceito mais amplo de **regulatividade**, ou qualidade específica de regra enquanto tal.

Esse pressupostos, aplicados à NDFA, resultam em um conjunto de características que são, em parte, típicas de qualquer regra, como a universalidade e a subsumibilidade, e, em parte, apresentam caráter extraordinário ou peculiar, como a novidade e variabilidade, marcas da sua ligação com a ponderação, que é indesejável e, no entanto, precisa ser instrumentalizada de uma forma que seja a mais racional possível.

E de fato, uma vez que ela deve expressar uma regra que soluciona do caso dado, nessa regra haverão de estar preenchidas as características operativas que possuem todas as proposições jurídicas dessa natureza. Basicamente, haverá de contemplar um dever-ser concreto com determinações suficientes do ponto de vista fático e jurídico que nada mais caiba por discutir senão se é o caso de aplicar ou não.

8.3. Estruturabilidade formal

Tratando-se de uma proposição normativa, pode, à luz da teoria da argumentação acima exposta,¹³⁵³ expressar-se mediante formalização, com vista à sua justificabilidade formal, e mediante a saturação das premissas, com respeito à justificabilidade também no plano externo.

A proposição que contém a NDFA é do tipo condicional, com a seguinte estrutura formal:

$$\mathbf{C} \rightarrow \mathbf{R}$$

¹³⁵³ Cfr. item 3. acima.

Nessa proposição, **C** está para o conjunto de condições que determinam uma relação de precedência (**P**) condicionada de um princípio **P¹** sobre o princípio colidente **P²**, de acordo com a seguinte proposição de precedência, estabelecida de acordo com a lei da colisão:¹³⁵⁴

(P¹ P P²) C

Importante explicitar que, como ilustrado pela análise da decisão do caso Lebach, o conjunto de condições **C** está representado pela cumulação de determinado número de condições, cada uma das quais representa um elemento do tipo fático da regra (**T**).¹³⁵⁵ Assim, para **n** condições, teremos **T_n**, valendo a seguinte transposição:

T¹ e T² e T³ e ...T_n → R

Por sua vez, **R** está para a consequência jurídica (*Rechtsfolge*).

Portanto, a NDFA atende ao postulado da proposicionalidade, reunindo em si as condições necessárias e suficientes para a determinação de uma consequência jurídicas a partir de um conjunto de características fáticas que integram o tipo de uma regra, obtido mediante a análise das condições sob as quais se estabeleceu, mediante ponderação, uma relação de precedência.

Com isso, pode-se recorrer à NDFA assim obtida para decidir se uma determinada ação está proibida, permitida ou ordenada do ponto de vista do direito fundamental, bastando observar se preenche o respectivo tipo, ou seja, se reúne as características típicas representadas pelas condições em que a precedência se verificou.

¹³⁵⁴ Para mais detalhes, ver acima (item n. 6.2.2.3.3).

¹³⁵⁵ A letra **T** advém do emprego, por Alexy, do conceito *Tatbestandsmerkmal*, cuja tradução consiste num desafio. Trata-se de uma composição de *Merkmal* (que significa característica, atributo, propriedade ou traço, à semelhança do inglês *feature*). Por sua vez, costuma-se traduzir *Tatbestand* como tipo ou tipo fático, suporte fático, à semelhança do italiano *fattispecie*, e *Merkmal* como elemento. Então *Tatbestandsmerkmal* está para um elemento do tipo, isto é, para uma propriedade integrante de um tipo fático.

Contudo, a simples enunciação de uma estrutura ainda pouco oferece para comprovar o atendimento das características lógico-operativas enquanto regra, como antes apontadas.

8.4. Universalidade

O caráter universal da NDFA decorre da circunstância de que permite a aplicação a todos os casos de uma determinada classe.

A regra que se constrói pela associação não é uma escolha arbitrária, nem um mero constructo, mas tem que poder ser universalizada para casos da mesma espécie.¹³⁵⁶ Assim, além de universal do ponto de vista lógico, ela deve atender ao princípio pragmático, filosófico, moral e jurídico da universalizabilidade.¹³⁵⁷ O esclarecimento dessa característica se dá na seguinte transcrição:

A ponderação de bens é a justificação externa dessa norma. Ela tem lugar, de veras, como o Tribunal Constitucional Federal reiteradamente destaca (221, 225, 233), relacionada ao caso concreto; isto, todavia, não exclui a estatuição de uma norma universal sob a pressuposição de que essa norma, inobstante universal, ainda assim é tão especial, que ela transfere os pesos da ponderação não-adulterados para o juízo de dever jurídico concreto. Que essa norma é estatuída corresponde ao mandamento de uma práxis de decisão universalista, que o tribunal professa em proposição como: “A decisão recorrida pode também então ser impugnada quando o tribunal, na aplicação dos *critérios típicos* que resultam da irradiação dos direitos fundamentais para o julgamento de *casos da espécie presente* não pudesse chegar ao resultado encontrado.” (219, destaque do escritor).¹³⁵⁸

¹³⁵⁶ O particularismo da ponderação pode ser evitado, na medida em que é possível estabelecer relações de precedência de princípios que podem ser extrapoladas para outros casos. Cfr. nessa linha BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 170 ss.

¹³⁵⁷ Ver, acima, o item 3.2.4.2.1.

¹³⁵⁸ ALEXY, Robert. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen in: ALEXY, Robert et alii. Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 21-22. No original: *Die Güterabwägung ist die externe Rechtfertigung dieser Norm. Sie findet zwar, wie das BVerfG wiederholt hervorhebt (221, 225, 233), bezogen auf den konkreten Fall statt, dies schliesst jedoch die Statuierung einer universellen Norm unter der Voraussetzung nicht aus, dass diese Norm, obgleich universell, doch so speziell ist, dass sie die Gewichte der Abwägung unverfälscht auf das konkrete rechtliche Sollensurteil überträgt. Dass eine solche Norm statuiert wird, entspricht dem Gebot einer universalistischen Entscheidungspraxis, zu der sich das Gericht mit einem Satz bekennt wie: “Die angefochtene Entscheidung ist auch dann zu beanstanden, wenn das Gericht bei Anwendung der typischen Kriterien, die sich aus der Ausstrahlung der Grundrechte für die Beurteilung von Fällen der vorliegenden Art ergeben, nicht zu dem gefundenen Ergebnis hätte gelangen können.” (219; Hervorhebung vom Verf.)*

A característica da universalidade, no entanto, segundo a transcrição por último feita, não exclui a **especialidade** da norma em relação ao caso concreto. Tal decorre da origem da norma associada na ponderação e de que esta não é realizada aleatoriamente, mas sim, em atenção à universalizabilidade da solução do conflito do ponto de vista das possibilidades jurídicas.

Nesse tópico, mostra-se esclarecedora a afirmativa de Sieckmann de que a referencialidade ao caso não exclui a fixação de norma universal. Ao contrário, isso, além de ser uma possibilidade, constitui exigência da **racionalidade**:

Juízos de ponderação fixam normas universais, conquanto sobre a base de todas as circunstâncias relevantes do caso a ser decidido. Essa referência ao caso, porém, não exclui que as normas determinadas como resultado de ponderação, tenham um âmbito de aplicação geral. É, de um lado, um mandamento da racionalidade fixar uma regra universal quanto à forma. De outro, tal regra também pode ter um âmbito de aplicação largo.¹³⁵⁹

As razões pelas quais o âmbito de aplicação de tais regras deve ser amplo, segundo o mesmo autor, dizem de forma especial com o mandamento da **coerência**: “Em primeiro lugar, é um mandamento da coerência que ela valha em todos os casos em que os pesos relativos dos princípios diretamente colidentes sejam iguais.”¹³⁶⁰

Além disso, exigências secundárias, como a simplicidade e praticabilidade, ou ainda a segurança jurídica, podem levar a evitar que cada diferença nos pesos relativos conduza a uma diferenciação na regra a ser aplicada. Também a vinculação jurídica a precedentes é possível. Com isso, Sieckmann entende que as ponderações podem apresentar estruturas

¹³⁵⁹ Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 54. No original: *Abwägungsurteile setzen allgemeine Normen fest, allerdings auf der Grundlage aller relevanten Umständen des zu entscheidenden Falls. Dieser Fallbezug schliesst es jedoch nicht aus, dass die als Abwägungsergebnis bestimmten Normen einen generellen Anwendungsbereich haben. Es ist zum einem ein Gebot der Rationalität, als Abwägungsergebnis eine der Form nach allgemeine Regel festzusetzen. Zum anderen, kann eine solche Regel auch einen weiten Anwendungsbereich haben.*

¹³⁶⁰ Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 54. No original: *Zunächst ist ein Gebot der Kohärenz, dass sie alle Fälle gilt, in denen die relative Gewichte der unmittelbar kollidierenden Prinzipien gleich sind.*

complexas e subsistir não apenas na mensuração intuitiva de princípios colidentes em um caso singular.¹³⁶¹

Não remanesce dúvida, portanto, de que, a despeito de sua referência ao caso dado, a norma de direito fundamental construída por meio de ponderação e associada a uma determinação imediata de direito fundamental, está dotada da necessária universalidade para funcionar como regra e ser aplicável a todos os casos similares.

Evidentemente, essa aplicação posterior a novos casos não prescinde de nova fundamentação¹³⁶² e, nesta, da necessidade de labor hermenêutico nada desprezível.¹³⁶³

O conceito de universalizabilidade não pode ter sua importância negligenciada, porque representa um fator pelo qual se pode medir a coerência da teoria alexyana no plano das normas de direito fundamental com as pressuposições filosóficas já examinadas.¹³⁶⁴

O aspecto foi objeto da atenção de Sieckmann, que se debruçou especificamente sobre a NDFA. Ele advogou a tese de que cada NDFA tenha, obrigatoriamente, de preencher os requisitos da vinculabilidade e aceitabilidade geral. Isso implica que a norma obtida por meio de ponderação, para atendimento do princípio “U”, deverá apresentar igual

¹³⁶¹ Sobre a crítica quanto ao suposto intuícionismo, ver acima item 6.2.2.4.3.5.

¹³⁶² Essa exigência decorre da improcedência da tese da dissociabilidade do discurso jurídico em discursos jurídicos de justificação e aplicação, como Alexy demonstrou contra Günther (item n. 3.2.5.2.2.).

¹³⁶³ Nesse sentido, calha mencionar a advertência de Larenz quanto aos limites da esperança de se construir uma tipificação de casos: “Como, porém, a cada vez será requerida a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, que nunca serão iguais em tudo, não se deve esperar que, com o tempo, se venham a formar regras fixas que possibilitem uma subsunção simples do caso concreto. A comparação de casos possibilita analogias e, talvez, certa tipificação dos casos; a ‘ponderação’ de bens será desse modo aliviada, mas não se tornará dispensável.” Cfr. LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. Berlin: Springer-Verlag, 1991, S. 413. No original: *Da aber jedesmal die Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles gefordert wird, die sich niemals in allem gleichen, so darf nicht erwartet werden, dass sich mit der Zeit feste Regeln herausbilden würden, die eine einfache Subsumtion des einzelnen Falles ermöglichen. Die Fallvergleiche ermöglicht Analogien und vielleicht eine gewisse Typisierung der Fälle; die “Abwägung” der Güter wird dadurch erleichtert, aber nicht entbehrlich gemacht.* Note-se que o autor, no trecho retratado, menciona a jurisprudência da ponderação de bens, embora esteja analisando os mesmos julgados do TCF que foram decisivos para a estruturação e afirmação do princípio da proporcionalidade em relação à ponderação de princípios. Tanto é assim que vislumbra uma transformação do princípio da proporcionalidade de um princípio material, ligado à noção de justiça, justa medida e moderação, em um “fio condutor metodológico da concretização judicial da norma”. Idem, S. 412. No original: (...) *das zum methodischen Leitfaden richterlicher normkonkretisierung wird.*

¹³⁶⁴ Ver, principalmente, o item n. 3.2.4.2.1.

vinculabilidade, mas deve também atender ao critério de aceitabilidade geral, própria das normas num discurso prático racional.

Explica-o a seguinte transcrição:

A respeito da norma a ser fixada como resultado da ponderação, vale o critério da possibilidade de aprovação: (3) A norma fixada como resultado da ponderação tem de poder ser reconhecida por todos os destinatários como vinculante em caráter geral.¹³⁶⁵

Sieckmann agrega ainda outro elemento que entende imprescindível para a que se tenha por fundamentada a validade vinculante de uma norma; adiciona, assim, um requisito que define como convergência racional:

Além disso, a fundamentação da validade vinculante de uma norma requer mais do que apenas um juízo normativo individual. Um indivíduo não pode estabelecer normas vinculantes para outros sujeitos autônomos com base em juízos individuais. Por outro lado, se uma norma vinculante se faz necessária para o viver em comum social, não pode a sua validade vinculante depender do reconhecimento de cada indivíduo. Na medida em que uma norma coletivamente vinculante é necessária, há de se orientar pelo critério da convergência racional:

(5) Configurando-se como resultado de uma argumentação racional e da reflexão intersubjetiva de diferentes posições uma ampla aprovação para uma determinada norma, é justificado considerá-la objetivamente vinculante.¹³⁶⁶

A questão possui conexão inequívoca com os pressupostos de um discurso prático racional na formulação e estatuição de regras jurídicas, assim como também,

¹³⁶⁵ SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 49. No original: *Hinsichtlich der als Abwägungsergebnis festzusetzenden Norm gilt das Kriterium der Zustimmungsfähigkeit:*

(3) *Die als Abwägungsergebnis festgesetzte Norm muss von allen Adressaten als allgemeinverbindliche Norm anerkannt werden können.*

¹³⁶⁶ SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 50. No original: *Ferner erfordert die Begründung der verbindlichen Geltung einer Norm mehr als bloss individuelles normatives Urteil. Ein einzelner kann nicht aufgrund individueller Urteile verbindliche Normen für andere autonome Subjekte aufstellen. Andererseits kann, wenn eine verbindliche Norm für das gesellschaftliche Zusammenleben erforderlich ist, deren verbindliche Geltung nicht von der Anerkennung jedes einzelnen abhängen. Sofern eine Kollektiv verbindliche Norm erforderlich ist, wird man sich am Kriterium vernünftiger Konvergenz orientieren.*

(5) *Bildet sich als Ergebnis einer rationalen Argumentation und der intersubjektiven Reflektion verschiedener Positionen eine weitgehende Zustimmung zu einer bestimmten Norm heraus, ist es gerechtfertigt, diese als objektiv verbindlich anzusehen.*

inevitavelmente, com o conceito de representação argumentativa.¹³⁶⁷ Concretamente, porém, isso não quer dizer que o tribunal constitucional terá de convocar todos os cidadãos para poder deliberar acerca de um caso de repercussão em que haja a ponderação e a fixação de uma regra por meio de associação a uma disposição do texto constitucional.¹³⁶⁸

Esse exame da aceitabilidade geral, portanto, é feito em tese, assim como o exige o princípio da universalizabilidade propugnado pela teoria do discurso. Pensar diferente representaria restaurar a concepção assemblear da legislação e da jurisdição.

8.5. Subsumibilidade

A operabilidade da NDFA, enquanto regra que é, por definição, repousa sobre a possibilidade de regular casos dados. Essa questão remete à indagação sobre **como** isso pode ser feito, o que traz à tona o problema da subsunção e sua relação com os princípios.

8.5.1. Indispensabilidade da subsunção

Nenhuma norma pode ser aplicada sem subsunção, o que inclui necessariamente a classe de normas referente ao resultado da ponderação de princípios.¹³⁶⁹

A indispensabilidade da subsunção parece contradizer a descoberta, central à teoria da argumentação jurídica, da insatisfatoriedade dos tradicionais cânones de interpretação, onde a subsunção exercia função capital, tanto que se pensava que o raciocínio jurídico

¹³⁶⁷ Ver acima itens 4.2.4. e 4.2.5.

¹³⁶⁸ O caráter público e aberto da discussão, no entanto, não pode ser eludido. Por isso, não é surpresa que procedimentos da jurisdição constitucional prevejam, além de normas especiais quanto à legitimação, debate e publicação dos atos, também a oportunidade de audiências públicas. No caso da legislação brasileira, por exemplo, consta a previsão de audiência pública no art. 9, §1º, e no art. 20, § 1º, ambos da Lei Federal nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF.

¹³⁶⁹ A frase textual de Alexy pode ser encontrada no seguinte artigo, em que responde a objeções que foram levantadas à sua teoria: ALEXY, Robert. *Ideales Sollen*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 21-38. No original: *Keine Norm, also auch kein Prinzip, kann ohne Subsumtion angewandt werden*. A insuficiência da subsunção, no entanto, já foi destacada no item 3.1.

culmina com o enquadramento de um caso particular, descrito na premissa menor, na previsão genérica legal, concebida como premissa maior do juízo.¹³⁷⁰

Todavia, o fato de operar com ponderações não exclui que a subsunção seja inevitável, a despeito da sua insuficiência, ainda quando se trate de casos difíceis, porquanto decidir um caso implica estabelecer uma regra que se aplique ao mesmo, ou seja, determinar que a sua solução se dá pela aplicação de uma regra cuja descrição embutida no tipo se ajuste à descrição do estado de coisas (*Sachverhalt*) concernente ao caso concreto dado e, portanto, possibilite a produção dos efeitos previstos na regra.

Isso não significa que a subsunção seja uma atividade mecânica e passiva do intérprete. Prova disso é o reconhecimento, já na “Teoria da argumentação jurídica”, dos avanços da metodologia do direito trazidos por Engisch, Larenz, Kriele e Esser quanto à atividade da aplicação do direito.¹³⁷¹

¹³⁷⁰ Alexy qualifica essa insatisfatoriedade: “A debilidade dos cânones aqui aludida não significa que devam ser abandonados como despidos de valor, porém exclui que sejam consideradas como regras suficientes para a fundamentação das decisões jurídicas.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 20. No original: *Die hier angedeutete Schwäche der canones bedeutet nicht, dass sie als wertlos abzutun sind. Sie schliesst es aber aus, sie als zur Begründung juristischer Urteile hinreichende Regeln anzusehen.*

¹³⁷¹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 281 ff. Engisch já se debruçara sobre a relação recíproca entre subsunção e interpretação. Primeiramente, distinguira na subsunção dois aspectos: “Na subsunção, tal como agora a encaramos, trata-se primariamente da sotoposição de um caso **individual** ao tipo legal e não diretamente do enquadramento de um **grupo** ou de uma **espécie** de casos. Em segundo lugar, devemos ter presente que, como já acentuamos, nós nos representamos a subsunção como uma subsunção nova, feita pela primeira vez, e, não, portanto, como simples repetição rotineira de subsunções que já muitas vezes foram feitas para casos da mesma espécie.” Cfr. ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 11. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, S. 104. No original: *Es handelt sich bei der Subsumtion, wie wir jetzt im Auge haben, primär um die Unterordnung eines einzelnen Falles unter den gesetzlichen Tatbestand, nicht also gleich um die Unterordnung einer Fallgruppe oder Fallart. Ferner: Wir denken uns, wie schon betont, die Subsumtion als eine neue, erstmalige, also nicht als blossen routinemässigen Nachvollzug von Subsumtionen, die für gleichartige Fälle schon öfters vorgenommen worden sind.* (Destaques já constantes do original.) Todavia, restava claro para Engisch que essa atividade, conquanto exija a mediação do conceito, não se resume à mera comparação em abstrato de conceitos: “Deve no entanto acentuar-se que a subsunção a um conceito de um estado de coisas realmente legislado **pode** ser entendida como enquadramento desse estado de coisas, do ‘caso’, na **classe** dos casos designados pelo conceito jurídico ou pelo tipo abstrato da proposição jurídica.” Idem, S. 105. No original: *Es muss aber betont werden, dass die Subsumtion eines real gesetzten konkreten Sachverhalts unter einen Begriff gedeutet werden kann als die Einordnung dieses Sachverhaltes des ‘Falles’, in die Klasse der durch den Rechtsbegriff bzw. durch den abstrakten Tatbestand des Rechtssatzes bezeichneten Fälle.* (Destaques já constantes do original.) Essa equiparação do novo caso à classe dada, no entanto, se faz a tarefa e o problema da interpretação, porquanto a esta incumbe determinar a classe o enquadramento seguro dos casos que servem como material de comparação. Com isso, subsunção e interpretação estão interconectados: “Nessa medida, a interpretação do conceito jurídico é pressuposto lógico da subsunção, a qual, por seu turno, uma vez realizada, representa um novo material de interpretação e pode posteriormente servir como material de comparação (...)” Idem, S. 106. No original: *Insofern ist die Auslegung des Rechtsbegriffs logische Voraussetzung der Subsumtion, welche dann ihrerseits, nachdem*

Nesse tópico, além de aceitar o chamado círculo hermenêutico,¹³⁷² Alexy acata duas observações importantes para o esclarecimento de como ocorre o processo que leva à aplicação da norma, incluindo a subsunção.

A primeira consiste em reconhecer ao mesmo tempo as interações entre estado de coisas (*Sachverhalt*) e norma (*Norm*), por um lado, e o abismo (*Kluft*) que existe entre a norma (*Norm*) e a descrição do estado de coisas (*Beschreibung des Sachverhalts*), por outro.¹³⁷³

Ela o conduz a afirmar que incumbe à **justificação interna**¹³⁷⁴ estabelecer a ponte capaz de transpor tal abismo, utilizando-se da metáfora do movimento de ir-e-vir do olhar do aplicador entre fato e norma, reconhecido pela hermenêutica e recomendado por Engisch, Larenz, Kriele e Esser.¹³⁷⁵

A segunda observação diz com o papel reservado à **justificação externa**,¹³⁷⁶ consistente em assinalar e sustentar os critérios que, ao final, devem preponderar dentre os múltiplos encontráveis nesse jogo de ir-e-vir entre estado de fato (mais brevemente: fato) e norma, sob pena de estender-se até o infinito, como alertado por Esser.¹³⁷⁷

Esse movimento se caracteriza pela profundidade, intensidade e abertura ao discurso prático geral, como já se antecipara ao exame da teoria da argumentação e, mais particularmente, na análise da especificidade da argumentação realizada no discurso jurídico.¹³⁷⁸ Aqui se mostra de uma forma bem didática como a teoria da argumentação se encontra com a hermenêutica, numa relação dinâmica que ocorre no processo da mais singela operação de subsunção.¹³⁷⁹

sie vollzogen ist, ein neues Auslegungsergebnis darstellt und weiterhin als Vergleichsmaterial dienen kann (...).

¹³⁷² Ver item 3.2.2.2.

¹³⁷³ Veja-se, a propósito, a discussão do conceito semântico de norma, acima, item 5.2.1.

¹³⁷⁴ Ver acima, item 3.2.6.

¹³⁷⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 281, Fn. 44.

¹³⁷⁶ Ver acima, item 3.2.6.

¹³⁷⁷ ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsgewinnung*. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch, 1972, S. 79.

¹³⁷⁸ Para maior detalhamento, ver acima o item 3.2.6.

¹³⁷⁹ Resume-se a dinâmica desse processo da seguinte forma: “Para fundamentar as regras necessárias para cada nível singular de desdobramento, é necessário um ingressar intensivo tanto nas especificidades dos estados de coisas como nas peculiaridades da norma. Isto ocorre na justificação externa, na qual são

O círculo hermenêutico da compreensão, portanto, é compatibilizado e reforçado pela definição da interpretação como atividade argumentativa, desenvolvendo-se como justificação interna e externa.¹³⁸⁰

A subsunção não se traduz num ato isolado e passivo, mas integra um processo amplo e vem a coroar uma atividade interpretativo-argumentativa intensa, tanto no âmbito da justificação interna, como na externa. Ela envolve uma decisão motivada e pode ser questionada quanto aos critérios que a suportam, a serem hauridos e fundamentados na justificação externa.¹³⁸¹

possíveis todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico. As regras a serem aduzidas na fundamentação interna, as quais transpõem o abismo existente entre a norma e a descrição do estado de coisas, podem, se assim se deseja, ser vistas como o resultado do processo caracterizado com a figura do ir e vir do olhar.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 281-282. No original: *Um die auf den einzelnen Entfaltungsstufen erforderlichen Regeln zu begründen, ist ein intensives Eingehen sowohl auf die Besonderheiten des Sachverhalts als auch auf die Eigenarten der Norm erforderlich. Dies geschieht in der externen Rechtfertigung, in der alle im juristischen Diskurs zulässigen Argumente möglich sind. Die in der internen Begründung anzugebenden Regeln, die die Kluft zwischen der Norm und der Beschreibung des Sachverhalts überbrücken, können, wenn man so will, als das Ergebnis des mit dem Bild des Hin- und Herwanderns des Blicks gekennzeichneten Prozesses angesehen werden.* O mesmo movimento é referido por Larenz, que admite a sua circularidade, mas o qualifica de ‘círculo hermenêutico’ e não de círculo vicioso. Cfr. LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. Berlin: Springer-Verlag, 1991, S. 278 ff. Compare: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 391 ss. Importante distinção é oferecida por Larenz entre a estado de coisas (*Sachverhalt*) enquanto acontecimento (*Geschehnis*) – isto é, um recorte dentro de uma multiplicidade inabarcável do constante fluir do acontecer fático – e enquanto proposição (*Aussage*), isto é, como tipo fático (ou tipo) que integra um juízo. (Idem, S. 278.) De modo similar, Zagrebelsky: “No processo interpretativo do direito, o caso é a mola que move o intérprete e lhe dá a direção. Sobre a base daquele, este se volta ao direito para interrogá-lo e ter dele uma resposta. Do caso, o intérprete procede à busca das regras e a ele retorna, em um procedimento circular (o assim chamado ‘círculo interpretativo’) de recondução bipolar que encontra o seu termo no momento em que se componham entre si de um modo satisfatório as exigências do caso e as pretensões das regras jurídicas.” Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Turim: Einaudi, 1992, p. 183. No original: *Nel processo interpretativo del diritto, il caso è la molla che muove l'interprete e dà la direzione. Sulla base di esso, ci si rivolge al diritto per interrogarlo e avere da questo una risposta. Dal caso, l'interprete procede alla ricerca delle regole e a esso retorna, in un procedimento circolare (il cosiddetto 'circolo interpretativo') di riconduzione bipolare che trova la sua pace nel momento in cui si compongono in modo soddisfacente le esigenze del caso e le pretese delle regole giuridiche.*

¹³⁸⁰ Sobre o caráter não-vicioso do círculo hermenêutico, ver acima item 6.2.2.4.3.4., especialmente a nota de pé de página n. 1128. Veja também a análise feita, acima, sobre argumentação e hermenêutica no item 3.2.2.2.

¹³⁸¹ Alexy atribui a Esser a percepção de que o movimento do ir-e-vir, por si só, não basta, porquanto tem de ser guiado por critérios. Estes, como a teoria da argumentação jurídica demonstra, não de ser fornecidos pela justificação externa. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 281, fn. 44. No original: *Esser stellt kritisch fest, dass mit dieser Formel noch nicht viel gewonnen ist. Damit aus dem Hin- und Herwandern keine 'Wanderung ohne Ende' werde, seien Kriterien erforderlich, 'die das Einpendeln auf eine bestimmte Subsumtion erlauben' (J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 79). Es ist Aufgabe der Theorie der externen Rechtfertigung, solche Kriterien anzugeben.*

Esser já sustentava, a propósito do tema da subsunção, a presença de duplicidade de juízos nessa operação, consoante o seguinte excerto:

A aplicação do direito é, por conseguinte, só aparentemente um ato único, que se executa logicamente numa inferência da assim denominada subsunção do estado de coisas sob a norma cabível. Os fatores decisivos repousam em dois juízos que precedem a tal conclusão, nomeadamente, sobre o **se** e o **como** da carência de regulação do conflito a decidir e sobre o “caber” de uma norma, isto é, a sua aptidão ótima para dar conta da carência reconhecida.¹³⁸²

A indispensabilidade da subsunção decorre, ademais, de **assunções** básicas da teoria da argumentação, da teoria da norma e da ciência do direito parcialmente já debatidas neste trabalho: (1) a concepção da natureza do direito como eminentemente argumentativa e, portanto, proposicional (**postulado da proposicionalidade**);¹³⁸³ (2) o conceito semântico de norma, que é essencial à possibilidade de estruturar as normas jurídicas, pensada e articulada na teoria dos princípios;¹³⁸⁴ (3) o modelo misto de normas, que fornece a modelagem à estrutura normativa do direito fundamental;¹³⁸⁵ e (4) as conexões necessárias com os outros esquemas básicos.

Esse último aspecto demanda um esclarecimento quanto aos demais esquemas e à interação. Em compensação, trará luzes sobre as assunções básicas referidas.

8.5.2. Dos esquemas básicos

Até agora, está pavimentado que a teoria das normas de Alexy contempla o modelo misto regras/princípios e concebe estes últimos como mandamentos de otimização no sentido de mandamentos a serem otimizados. A otimização, por seu turno, somente resultará em aplicação através da estatuição de um mandamento

¹³⁸² Cfr. ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsgewinnung*. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch, 1972, S. 31. No original: *Die Rechtsanwendung ist folglich nur scheinbar ein einziger Akt, der sich logisch in einer Folgerung vollzieht, der sogenannten Subsumtion des Sachverhaltes unter die passende Norm. Die entscheidende Faktoren liegen in zwei diesem Schluss vorangehenden Urteilen, nämlich über das Ob und Wie der Regelungsbedürftigkeit des zu entscheidenden Konflikts und über das ‘Passen’ einer Norm, d.h. über deren optimale Eignung, dem erkannten Bedürfnis gerecht zu werden.*

¹³⁸³ Ver acima, item 5.2.2.

¹³⁸⁴ Ver acima, item 5.2.1.

¹³⁸⁵ Ver acima, item 6.2.2.3.3.

definitivo, passível de aplicação a um caso concreto. Esta, por seu turno, sempre ocorrerá através da subsunção do caso dado à regra definitiva concretamente construída.

No entanto, a construção dessa regra, em se tratando da aplicação de direitos fundamentais com caráter de princípio submetidos a procedimento de ponderação com outros princípios definidores de direitos individuais ou subjacentes a bens coletivos, exige uma ligação com as determinações de direito fundamental presentes no texto constitucional, sob pena de ilegitimidade e invalidade.

Essa ligação não pode ser uma qualquer. Entre o caso dado e a determinação textual há de se estabelecer um liame delicado, compatível com as sutilezas da linguagem jurídica, mas forte o suficiente para sustentar a asserção da validade da inferência, tanto lógica como normativamente.

Essa é a elevada tarefa da NDFA. Onde houver a aplicação de princípio, a obtenção de uma norma de direito fundamental associada a uma determinação de direito fundamental imediato se apresenta como o caminho inevitável, sob pena de a tentativa de realização de princípio girar no vazio ou permanecer no âmbito da mera retórica.

A NDFA depende, pois, do estabelecimento de um contato de sentido, passível de exame sob a ótica da validade e legitimidade, com o texto constitucional.

É verdade que, como acabou de se apreciar,¹³⁸⁶ está assentada a indispensabilidade geral da subsunção na aplicação de normas. Particularmente, porém, em relação à NDFA, isso implica que o **modelo de ponderação tem de se encaixar com o da subsunção**, porque esta “(...) é uma operação que necessariamente tem de ser executada de acordo com alguma ou outra versão do esquema geral que rege todos os casos em que regras jurídicas hão de ser aplicadas.”¹³⁸⁷

¹³⁸⁶ Ver logo acima, item 8.5.1.

¹³⁸⁷ ALEXY, Robert. *Two or Three?* In: BOROWSKI, Martin (Hg.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119 (2010), S. 9-18. Também acessível pelo seguinte document eletrônico: http://www.steiner-verlag.de/uploads/tx_crondavtitel/datei-datei/9783515096089_p.pdf. Veja-se a citação no original: (...) *subsumption is an operation that necessarily has to be performed according to some version or other of the general scheme that governs all cases in which legal rules are to be applied.*

Embora Alexy jamais tenha deixado de reconhecer a ineludibilidade da subsunção, a forma de concebê-la experimentou ligeira mudança no conjunto da sua obra, o que se dá, justamente, pela complexidade com que ela é imaginada.

Em verdade, trata-se de um progresso em aspecto importante da sua teoria, de uma inicial admissão de ponderação apenas de argumentos e não de princípios¹³⁸⁸ para o desenvolvimento¹³⁸⁹ de um sofisticado sistema de interação de esquemas de subsunção, ponderação de princípios e analogia.¹³⁹⁰

¹³⁸⁸ Ao comparar a sua “Teoria da argumentação jurídica” com o seu segundo grande livro, lançado 7 (sete) anos depois, “Teoria dos direitos fundamentais”, Alexy admitiu que o primeiro não se ocupava da ponderação, nem tinha seu foco na interpretação e aplicação de direitos (*rights*), estando mais preocupado com a racionalidade no trato de regras e com o modelo da subsunção. Assim sumariza o autor a ausência da temática da ponderação: “A primeira diferença é que a ponderação não é um tema de ‘A teoria da argumentação jurídica.’ Ao contrário, o ponto central é a subsunção. O conceito de ponderação (*Abwägung*) nem sequer aparece no índice de matérias.” Cfr. ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has changed over the years*. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012, p. 6. No original: *The first difference is that balancing is not a theme in A Theory of Legal Argumentation. On the contrary, the central point is subsumption. The concept of balancing (Abwägung) does not even appear in the index of subjects.* Alexy caracteriza a mudança também no enfoque, que na primeira obra estava nas leis e nas regras, para passar a ser nos direitos e nos princípios: “A segunda diferença óbvia entre a ‘Teoria da argumentação jurídica’ e a ‘Teoria dos direitos fundamentais’ é que a primeira não concerne à interpretação e aplicação de direitos, mas, muito mais genericamente, com a interpretação e aplicação de leis ou regras.” (Idem, p. 7.) No original: *The second obvious difference between A Theory of Legal Argumentation and A Theory of Constitutional Rights is that the former is not concerned with the interpretation and application of rights but, far more generally, with the interpretation and application of laws or rules.*

¹³⁸⁹ Um ponto de viragem constitui a descoberta dos distintos momentos da subsunção: “A lei dos princípios concorrentes descreve como é possível transpor o abismo entre a subsunção sob princípios colidentes e a decisão determinada do caso presente. A resposta aqui é que se pode começar com duas subsunções concorrentes sob princípios e terminar com a subsunção sob uma regra do caso concreto desde que se insira uma relação de precedência condicional entre os princípios, de um lado, e a regra do caso, de outro.” Cfr. ALEXY, Robert. *Reflections on how my thinking about law has changed over the years*. Acessível em <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, S. 01-17, acesso em 13.09.2012, p. 8. No original: *The Law of Competing Principles describes how it is possible to bridge the gap between a subsumption under competing principles and a determinate decision of a case at hand. The answer here is that one can begin with two competing subsumptions under principles and end up with a subsumption under a concrete case rule if one insert a conditional relation of precedence between the principles on the one hand and the case rule on the other.* O texto esclarece, ademais, que há uma concorrência de subsunções num primeiro momento, o que confere com a teoria do tipo amplo, porquanto os direitos fundamentais com caráter de princípio possuem tipo amplo para que sejam possíveis as mais vastas margens de subsunção de situações de fato, de modo que, após a devida ponderação, seja fixado, por meio da NDFA, a regra definitiva para o caso, mediante uma subsunção final.

¹³⁹⁰ À subsunção também se conecta a analogia, indefectivelmente. Não há, com efeito, como se fazer um raciocínio de comparação e obter uma solução jurídica sem executar subsunção, assim como não é possível subtrair-se, na comparação, do ponderar: “Estabelecendo relações positivas entre casos sobre a base de traços compartilhados e relações negativas entre casos sobre a base de traços distintivos é decidir casos por meio da determinação do seu lugar em um campo de casos. A esse respeito, o esquema da analogia é uma exigência da ideia de coerência. Para ser exato, o esquema da analogia não pode alcançar coerência exclusivamente por seus próprios meios. A dialética da referência a traços de outros casos, como acima mostrado, não pode racionalmente ser resolvida sem ponderação. Nesse sentido, comparação é necessariamente conectada com ponderação. Conexões necessárias entre esquemas básicos, contudo, não os privam, como acima anotado, de seu caráter específico. Não fosse assim, nem mesmo a

Um exemplo desse progresso¹³⁹¹ se vislumbra na análise dos chamados vícios na discricionariedade administrativa, em que, embora Alexy ainda laborasse com dois esquemas, referiu-se à subsunção paralelamente à ponderação como **estruturas de aplicação do direito**, cujas fórmulas¹³⁹² correspondem a diferentes dimensões do argumentar jurídico racional, a saber, a de **classificar** e a de **graduar**, a serem combinadas entre si.¹³⁹³

O reconhecimento posterior da dimensão argumentativa do **comparar** é que justificou a agregação da **analogia** como esquema básico de operação do direito ao lado da

ponderação em si mesma seria específica, porque é, no começo tanto como no fim, necessariamente conectada com a subsunção. O esquema da analogia, portanto, é não somente formal e necessário, como também específico. Isso é mais do que suficiente para se qualificar a analogia como uma terceira operação básica no direito.” Cfr. ALEXY, Robert. *Two or Three?* In: BOROWSKI, Martin (Hg.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119 (2010), S. 9-18. Também acessível pelo seguinte document eletrônico: http://www.steiner-verlag.de/uploads/tx_cronavtitel/datei-datei/9783515096089_p.pdf. No original: *Establishing positive relations between cases on the ground of shared feature and negative relations between cases on the ground of distinct features is to decide cases by determining their place in a field of cases. In this respect, the analogy scheme is a requirement of the idea of coherence. To be sure, the analogy scheme cannot achieve coherence exclusively by its own means. The dialectic of reference to features of other cases, as shown above, cannot be rationally resolved without balancing. In this sense, comparison is necessarily connected with balancing. Necessary connections between basic schemes, however, do not, as noted above, deprive them of their specific character. Where it otherwise, not even balancing itself would be specific, for it is, at the beginning as well as at the end, necessarily connected with subsumption. The analogy scheme, therefore, is not only formal and necessary, but also specific. This more than suffices to qualify comparison as a third basic operation in law.*

¹³⁹¹ A concepção acerca da matéria dos esquemas e estruturas de interpretação e aplicação do direito, alterou-se numa evolução que pode ser dividida em três etapas: (1) a “Teoria da argumentação jurídica”, que se limitava a admitir ponderação de argumentos; (2) a “Teoria dos direitos fundamentais”, onde a ponderação de princípios joga papel central, embora não exclusivo; (3) textos mais recentes, onde o tema experimenta desenvolvimento e sofisticação, com explicitação da interação dos esquemas e o ingresso da analogia.

¹³⁹² Dizia então Alexy: “Há duas estruturas fundamentais da aplicação do direito: a subsunção e a ponderação.” No original: *Es gibt zwei Grundstrukturen der Rechtsanwendung: die Subsumtion und die Abwägung.* Cfr. ALEXY, Robert. *Ermessensfehler.* In: ALEXY, Robert et alii. *Elemente einer juristischen Begründungslehre.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 251-286, S. 273.

¹³⁹³ A afirmação textual é a seguinte: “A fórmula da subsunção e a fórmula do peso repousam, nessa medida, sobre o mesmo embasamento, como juízos permanecem na base em ambos os casos. A fórmula da subsunção conecta-os diretamente através das regras da lógica; a fórmula do peso, indiretamente ou analogicamente por meio da interpretação dos juízos em números. Essa parece ser a mais interessante diferença formal entre as duas fórmulas. Essa diferença é a expressão de duas dimensões da argumentação jurídica, uma de classificar e outra de graduar, as quais podem e devem ser combinadas em muitas maneiras para realizar o máximo de racionalidade possível na argumentação jurídica.” Cfr. ALEXY, Robert. *On balancing and subsumption. A structural comparison.* *Ratio Juris*, v. 16, n. 4. Dez 2003 (433-449), p. 448: No original: *The Subsumption Formula and the Weight Formula are to this extent on the same footing, as judgements remain in both cases the basis. The Subsumption Formula connects them directly through rules of logic, the Weight Formula indirectly or analogously by interpreting the judgements through numbers. This seems to be the most interesting formal difference between the two formulas. This difference is an expression of two dimensions of legal reasoning, a classifying one and a graduating one, which can and must be combined in many ways in order to realize as much rationality in legal argumentation as possible.*

subsunção e a ponderação.¹³⁹⁴

Essa descoberta possui relevância peculiar para o presente trabalho, uma vez que, como demonstrado por Bustamante, a comparação de casos que ocorre na analogia reside em comparar as regras individuais que são estabelecidas pelos tribunais no julgamento de cada caso e não propriamente os fatos. Comparam-se, dessarte, os princípios que estão no alicerces e por detrás das regras dos casos. Assim, os princípios formam a base da analogia entre os casos e somente por meio de uma argumentação orientada em princípios se pode justificar a criação de uma nova regra por analogia.¹³⁹⁵

8.5.3. Da interação entre os esquemas básicos

A nova descoberta serve para reforçar um fenômeno que já vinha sendo notado, a saber, a interação entre os esquemas, tomados como estruturas de aplicação do direito que não se excluíam mutuamente, mas que podiam e deviam combinar-se entre si à luz da teoria da argumentação jurídica.

Com efeito, não há conflito entre eles, mas apenas distinção e conexão,¹³⁹⁶ explicáveis pela ligação dos modelos a diferentes ideais que não se excluem.¹³⁹⁷

¹³⁹⁴ ALEXY, Robert. *Two or Three?* In: BOROWSKI, Martin (Hg.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119 (2010), S. 9-18. Também acessível pelo seguinte document eletrônico: http://www.steiner-verlag.de/uploads/tx_crondavtitel/datei-datei/9783515096089_p.pdf. Veja-se a citação no original: (...) *subsumption is an operation that necessarily has to be performed according to some version or other of the general scheme that governs all cases in which legal rules are to be applied.* Nesse texto, Alexy trata de acurar entendimento acerca da analogia que já sustentara em artigo anterior sobre a obra de Arthur Kaufmann: ALEXY, Robert. *Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung*, in: **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, Beiheft 100 (2005), S. 47-66.

¹³⁹⁵ BUSTAMANTE, Thomas. *Principles, precedents and their interplay in legal argumentation: how to justify analogies between cases.* In: BOROWSKI, Martin (ed.). *On the nature of legal principles*. Stuttgart: Nomos, 2010, p. 63-77.

¹³⁹⁶ A distinção entre a estrutura fundamental da subsunção e a da ponderação – assim como entre elas e a analogia –, não implica que a diferença seja simples e a divisão seja estanque, como Alexy expõe no seguinte excerto: “O conceito de subsunção é, quando se olha mais de perto, bastante complicado. Ademais, a subsunção não raro está amarrada a uma ponderação, pois no quadro da associação de um estado de coisas a um conceito em uma norma podem fazer-se necessárias ponderações.” Cfr. ALEXY, Robert. *Ermessensfehler*. In: ALEXY, Robert et alii. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 273. No original: *Der Begriff der Subsumtion ist bei näherem Hinsehen recht kompliziert. Zudem ist die Subsumtion nicht selten mit einer Abwägung verbunden, den im Rahmen der Zuordnung eines Sachverhalts zu einem Begriff in einer Norm können Abwägungen erforderlich werden.*

¹³⁹⁷ Sieckmann igualmente repele a tese do conflito entre os modelos de subsunção e ponderação e o explica à luz de diferentes ideais: “O ideal da subsunção, portanto, subjaz como ideal também do modelo de ponderação. A relação entre o modelo de subsunção e o da ponderação deixa-se, de acordo com isso,

Essa conexão entre formas diferentes é especialmente reforçada quando se explica a indispensabilidade da subsunção quando em jogo o esquema da ponderação, assim como quando se verifica que a atuação da subsunção não se dá em apenas num momento, como Alexy explica no excerto abaixo, que trata da **ponderação** enquanto esquema básico de operação com direito:

Isso mostra que a subsunção está não somente no começo do ponderar como também no fim. De novo, essa conexão de ponderação com subsunção de modo algum priva a ponderação de seu caráter básico. Primeiro, a ponderação opera de acordo com um tipo específico de regra, nesse caso de regras de aritmética; segundo, ela tem de ser empregada em todos os casos em que princípios jurídicos hão de ser aplicados, isto é, ela é necessária; e, terceiro, ela é formal, porque ela pode ser conectada, em princípio, com todos os argumentos de todas as outras formas.¹³⁹⁸

A conexão entre os esquemas, como ressaltado por Alexy, não os confunde, nem lhes retira a autonomia. Para tanto, devem conservar, enquanto esquema operacional

determinar de maneira que o modelo de ponderação encontra aplicação enquanto o ideal da subsunção ainda não esteja realizado; o modelo da subsunção, ao contrário disso, enquanto aquele já está realizado. A disputa em torno dos dois modelos se torna, com isso, a disputa sobre a questão sobre onde uma norma passível de subsunção já se apresenta.” Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990, S. 19. No original: *Das Subsumtionsideal liegt somit als Ideal auch dem Abwägungsmodell zugrunde. Das Verhältnis von Subsumtions- und Abwägungsmodell lässt sich demnach so bestimmen, dass das Abwägungsmodell Anwendung findet, soweit das Subsumtionsideal noch nicht realisiert ist, das Subsumtionsmodell demgegenüber, soweit es bereits realisiert ist. Der Streit der beide Modelle wird damit zum Streit um die Frage, inwieweit eine subsumtionsfähige Norm bereits vorliegt.*

¹³⁹⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Two or Three?* In: BOROWSKI, Martin (Hg.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119 (2010), S. 9-18. Também acessível pelo seguinte document eletrônico: http://www.steiner-verlag.de/uploads/tx_crondavtitel/datei-datei/9783515096089_p.pdf. Cfr. Original: *This shows that subsumption stands not only at the beginning of balancing but also at the end. Again, this connection of balancing with subsumption by no means deprives balancing of its basic character. Balancing works, first, according to a specific kind of rule, in this case the rules of arithmetic, second, it must be employed in all cases in which legal principles are to be applied, that is, it is necessary, and, third, it is formal, because it can be connected, in principle, with all arguments of all other forms.* A mesma afirmação de que a subsunção atua tanto no começo como no final da ponderação já era sustentada em texto de Alexy, onde rebatia a crítica de Bartosz Brożek à relação entre a fórmula do peso e o esquema da subsunção: ALEXY, Robert. *Thirteen replies*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 364. No original: *In this sense, any application of a principle begins, then, with a subsumption. When an eye to the fact that the law of competing principles requires a subsumption at the end of the balancing procedure, one might therefore say that subsumption stands at the beginning as well at the end of balancing.* Brożek defendia, com base na lógica da excepcionabilidade (*defeasibility logic*), a existência de dois níveis de argumentação: no primeiro, se constroem, e no segundo se comparam argumentos; o esquema de subsunção atuaria no primeiro, e a fórmula peso só funcionaria no segundo; entre algumas conclusões do autor, consta a necessidade de eliminação da lei da colisão de princípios, sustentada por Alexy, por ser a causa da confusão sobre o papel a fórmula peso na argumentação e uma prova do erro de que a lógica clássica deva ser base do modelo do raciocínio jurídico. Para mais detalhes, cfr. BROŽEK, Bartosz. *The weight formula and argumentation*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 319-330. Compare, sobre *defeasibility*, AARNIO, Aulis. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 176-177.

básico da aplicação do direito, as suas três características distintivas necessárias: a **formalidade**, a **necessidade** e a **especificidade**. O exemplo da subsunção serve para explicar essas características e, como corolário, a autonomia relativa dos esquemas:

Esse esquema, que pode ser chamado de fórmula da subsunção, tem três características distintivas que o qualificam como um esquema básico. Ele é formal, necessário e específico. Seu caráter específico radica do fato de que ele se desenvolve de acordo com um tipo específico de regra, no caso, de regras de lógica. Segundo, ele é necessário, porque tem de ser empregado, numa ou noutra versão, em todos os casos em que regras jurídicas hão de ser aplicadas, e, terceiro, ele é completamente formal. Este último ponto implica que o esquema de subsunção carece de saturação por meio de argumentos substanciais que na maioria dos casos têm uma estrutura distinta daquela da subsunção. Esses argumentos adicionais podem muito bem abranger ponderação e comparação. Contudo, o fato de que a subsunção, enquanto forma básica de argumento, é necessariamente conectada com argumentos de outras formas de modo algum priva o esquema de seu caráter básico. A ideia de uma operação básica ou de um esquema básico é compatível até mesmo com as mais radicais versões de holismo.¹³⁹⁹

8.5.4. Da mecânica da subsunção

Se, de fato, os esquemas não são estanques, mas, ao contrário, interagem, isso torna ainda mais importante discutir a subsunção, na medida em que é em torno dela que se dá a interconexão.

O problema principal, portanto é saber, se tudo depende da subsunção, como ela realmente é possível e o que tem de ser feito para que se realize corretamente.

A resposta passa pelo conceito de fixações, ancorar ao conceito de determinação normativa. Com efeito, de acordo com os esclarecimentos preliminares do conceito, a

¹³⁹⁹ No original: *This scheme, which might be called the 'subsumption formula', has three distinctive characteristics that qualify it as a basic scheme. It is formal, necessary, and specific. Its specific character stems from the fact that it unfolds according to a specific kind of rule, in this case the rules of logic. It is, second, necessary, because it must be employed, in one version or another, in all cases in which legal rules are to be applied, and, third, it is completely formal. This last point implies that the subsumption scheme stands in need of saturation by means of substantial arguments that in most cases have a structure distinct from that of subsumption. These further arguments may well comprise balancing and comparison. The fact, however, that subsumption qua basic form of argument is necessarily connected with arguments of other forms does not in any way deprive the scheme of its basic character. The idea of a basic operation or a basic scheme is compatible with even the most radical versions of holism. Cfr. ALEXY, Robert. *Two or Three?* In: BOROWSKI, Martin (Hg.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119 (2010), S. 9-18. Também acessível pelo seguinte documento eletrônico: http://www.steiner-verlag.de/uploads/tx_crondavtitel/datei-datei/9783515096089_p.pdf.*

NDA tem que ser passível de subsunção, ou seja, com ela se há, obrigatoriamente, de poder enquadrar um caso concreto dado. Isso pressupõe que ela, enquanto norma, contenha todas as fixações necessárias e suficientes para permitir que um caso seja nela subsumido. Ela, ao final, se traduz numa regra, como já salientado na transcrição textual feita, que deverá ter determinação normativa bastante para a solução jurídica almejada.

Porém, as fixações necessitam de um espectro básico, de um ponto de partida semântico, que capacita o intérprete a estabelecer o conteúdo a ser fixado e, assim, iniciar o procedimento de ponderação, permanecer hígido no curso desta e, ao final, concluir o laço de determinação normativa.

A potencialidade de subsunção liga-se, dessa maneira, à teoria do tipo, como anteriormente estudado.¹⁴⁰⁰ Somente a teoria ampla do tipo e externa quanto à barreira pode abrigar, com eficácia, procedimentos de estatuição de norma mediante ponderação de princípios colidentes. Ela possibilita a subsunção inicial e a manutenção do liame semântico a despeito do que vier a se estabelecer no choque com o princípio contrário, o qual, por seu turno, igualmente terá por alicerce uma subsunção inicial.

Porém, qual é o critério para se definir o que, para efeitos de ponderação, entra no tipo ou o que está excluído, anteriormente a qualquer barreira?

A resposta a essa questão mostrará que uma ponderação desprovida da participação de regras, para além da regra final que subsumirá o caso, não se faz possível. Essas regras delimitarão o campo do possível e do impossível para a subsunção, o que enseja a ideia de espaços (*Spielräume*).

Como assentado na teoria da argumentação, é a regra, pela sua universalidade, que fornece a razão para a aceitação de um juízo normativo e, por extensão, de uma decisão.¹⁴⁰¹ É uma regra (ou conjunto de regras) que justifica(m) a aceitação da regra final que regulará o caso.

Assim, são necessárias regras semânticas que orientem a relação de precisão

¹⁴⁰⁰ Veja acima, item 6.2.2.3.4.

¹⁴⁰¹ Ver acima, item n. 3.2.4.2.4.

pressuposta na NDFA. Isso se faz possível pela relação interna entre subsunção e substanciação de uma regra.

Alexy o ilustra na análise e reconstrução lógica do caso Lebach, em que teve oportunidade de discutir a distinção entre precisão e atualização, para efeito da demarcação do que se considera substanciação. Para o autor, Rodig, que distinguira entre precisão e atualização, não logrou oferecer um critério bastante.¹⁴⁰² As regras que ingressam no silogismo, ensina Alexy, são todas universais e servem para a precisão e, ao mesmo tempo, para a atualização, pois todas têm por escopo determinar mais proximamente os conceitos empregados numa norma ou regra a ser precisada; a **precisão**¹⁴⁰³ é desenhada por Alexy como o isolamento dos casos apanhados pela norma daqueles outros não apanhados por ela.¹⁴⁰⁴

Todavia, a complexidade da tarefa de precisão não reside apenas em aduzir regras que governem a interpretação das determinações fundamentais. A grande dificuldade reside no aparecimento e trato dos espaços de ação semânticos, onde regras pragmáticas interferem no desempenho das regras semânticas.

A relação de precisão, portanto, não ocorre livremente, sem a atuação da pragmática. O problema dessa relação entre semântica e pragmática adquire contornos mais precisos se analisado sob a ótica da teoria dos espaços, mais precisamente dos espaços semânticos.

¹⁴⁰² Cfr. Alexy, R. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in: ALEXY, Robert et alii. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 09-35; S. 18, Fn. 48.

¹⁴⁰³ Ao invés de precisão na relação entre normas de diferentes níveis, ou dos princípios para com as regras, poder-se-ia falar eventualmente em relação de implicação. Borowski, por exemplo, ao examinar os chamados princípios dotados de sentido de finalidade/meta/objetivo constitucional relativa, opera com o conceito de implicação (*Implikation*) para qualificar a relação que existe entre normas postas pelo legislador no plano direito infraconstitucional e um princípio que, no plano da constituição, apoia materialmente aquele direito infraconstitucional. Nesse âmbito, Borowski entende que a dação da lei pelo legislador implica a estatuição do próprio princípio, não importando se o faz conscientemente ou não; e uma vez posto, tal princípio se autonomiza do ato de dação da lei que o implica, persistindo ainda que esta venha a ser derogada. Cfr. BOROSWKI, Martin. *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 99-128, S. 122 ff.

¹⁴⁰⁴ Cfr. Alexy, R. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in: ALEXY, Robert et alii. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 09-35; S. 18, Fn. 48.

8.5.5. Espaços semânticos no precisar

Alexy concede que a estrutura formal mais comum que desenha para o silogismo jurídico não se mostra suficiente para os casos mais complicados, a saber: aqueles em que a norma jurídica tem estrutura complexa ou preveja a escolha de diferentes consequências jurídicas, bem como aqueles em que a formulação da norma permite interpretações plúrimas, ou seja, quando não se pode dizer com certeza se o estado de coisas é uma instanciamento do tipo da regra. Sucede, então, a configuração de um espaço semântico (*semantischer Spielraum*).

Distinguem-se 3 (três) variantes de espaço semântico: (1) ambiguidade (*Mehrdeutigkeit*); (2) vagueza (*Vagheit*); e (3) abertura valorativa (*evaluative Offenheit*).

Regras semânticas diversas podem explicar o sentido de uma expressão ambígua, embaraço que pode ser resolvido pelo contexto. Para eliminar a vagueza ou abertura valorativa, podem ser inseridas na construção da decisão regras semânticas que precisam o significado de regras vagas ou abertas valorativamente.¹⁴⁰⁵

Esse quadro de limitação da subsunção justificou que Borowski sustentasse a distinção entre o espaço de subsunção, que diz com todas as espécies de fixações contidas na constituição (inclusive de cláusulas de barreira) e o espaço de ponderação.¹⁴⁰⁶ Essa tese afirma que a ponderação jurídico-fundamental somente pode começar lá onde a subsunção sob fixações no teor literal da constituição ou na vontade do constituinte encontrou o seu fim.¹⁴⁰⁷

A afirmação soa forte e parece problemática, porque, em verdade, como Alexy ensina, a subsunção ocorre antes e também ao final da ponderação. Além disso, a limitação da subsunção inicial ao conteúdo literal e à problemática vontade do constituinte está longe

¹⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in: ALEXY, Robert et alii. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 09-35; S. 16-17.

¹⁴⁰⁶ BOROWSKI, Martin. *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 99-128.

¹⁴⁰⁷ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 119. No original: *Kurz gesagt kann die grundrechtliche Abwägung erst dort beginnen, wo die Subsumtion unter Festsetzungen im Wortlaut der Verfassung und im Willen des Verfassungsgebers ihr Ende gefunden hat.*

de ser um critério tranquilo para o limite da atividade subsuntiva e para legitimação do início da ponderação.¹⁴⁰⁸

Isso não significa necessariamente que se trate de uma norma individual, mas, sim, de uma norma que possibilita a subsunção de um caso individual, como Pulido destaca, endossando a tese de que o resultado final do procedimento de associação (que ele nomina de *adscripción*) é compatível logicamente com a subsunção de um caso concreto.¹⁴⁰⁹

A questão central, no entanto, consiste em que, mesmo quem separar os atos de subsunção (inicial e final), não pode estabelecer uma suposta cisão entre subsunção (e respectivo espaço) e ponderação, mesmo porque, para ambas, entram em jogo não somente a dimensão semântica como também a pragmática, na medida em que é preciso estabelecer – argumentativamente – os critérios semânticos que definirão se algo cai sob um determinado princípio, ou não, e, ao final, quais as fixações a norma conterà a partir da definição das características fáticas e normativas do caso, bem como dos efeitos jurídicos decorrentes.

Com relação aos espaços semânticos, as expectativas científico-teóricas e práticas da atitude do juiz encontram iluminação na dogmática dos espaços¹⁴¹⁰ e nos demais cuidados que a regulatividade da NDFA, pela sua peculiaridade, reclama.¹⁴¹¹

¹⁴⁰⁸ Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Reply 7 to Jan Henrik Klement*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 337.

¹⁴⁰⁹ Pulido, a esse propósito, prefere distinguir entre a norma associada e a norma individual de direito fundamental, a qual, para ele, é a contida na parte resolutiva das sentenças do tribunal constitucional que versam sobre direitos fundamentais, enquanto (...) *producto de la subsunción del caso concreto bajo el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida o de una norma adscrita*. Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 132. O autor entende que a norma individual é conclusão do silogismo que, tendo por premissa maior uma norma de direito fundamental diretamente estatuída (*adscrita*), constitui a fundamentação interna da sentença de (in)constitucionalidade do tribunal constitucional sobre leis que intervenham nos direitos fundamentais. (Idem, *ibidem*.) Registre-se aqui a inviabilidade do trato da questão da coisa julgada e do efeito vinculante das decisões de tribunais constitucionais e respectivos limites.

¹⁴¹⁰ Ver item 9.3.2.

¹⁴¹¹ Ver na sequência, item 9.

8.6. Resultado parcial (item 8.)

A NDFA necessita reunir em si um mínimo de determinações de conteúdo que possibilite a aplicação prática, o que se traduz na possibilidade de subsumir o caso dado.

Por isso, a subsunção se apresenta como esquema final inevitável de aplicação, mas é muito mais do que isso, já que representa uma estrutura argumentativa que se desdobra em momentos diferentes, interage com a ponderação (e a analogia, quando for o caso) e colabora para a realização da relação de precisão que a NDFA possui com alguma determinação de direito fundamental.

Com o realce desse aspecto intrínseco à obtenção da NDFA, dão-se por repelidas todas as objeções que foram feitas quanto ao suposto desprestígio à subsunção e por extensão aos cânones da interpretação, assim como a valores que, no direito, são tradicionalmente associados a esses conceitos.

9. Peculiaridades da regulatividade da NDFA

9.1. Considerações gerais

No exame da subsumibilidade, que constitui marca funcional da NDFA, assentou-se a relevância da subsunção e se examinaram questões atinentes à forma como ocorre e se articula com outros esquemas.

Porém, a NDFA distingue-se, enquanto norma, de outras determinações normativas que enquadram fatos e fornecem soluções jurídicas para casos dados. Ela ostenta, com efeito, algumas particularidades, a merecer estudo.

9.2. Características regulativas especiais da NDFA

9.2.1. Externalidade quanto à fundamentação

Pelas razões já sublinhadas acima e conforme os trechos trasladados, nem só de subsunção e de semântica vive a NDFA, já que a sua fundamentação encontra-se, em parte substancial, na ponderação, ou seja, na própria aplicação do princípio da proporcionalidade. Seu universo de fundamentação é o da **justificação externa**, definido na teoria da argumentação como a justificação das premissas do raciocínio jurídico mediante o emprego de instrumentais diversos como os precedentes, a dogmática, a interpretação e outros tipos de argumentos do universo prático geral.¹⁴¹²

Essa característica torna a atividade da extração de NDFA particularmente próxima dos temas práticos gerais, na vizinhança da ponderação de bens e da própria moralidade, uma vez que é na justificação externa que ingressam questões morais e epistemológicas na própria estruturação de normas.

Para atalhar os riscos de centrifugação em relação ao eixo do direito, é preciso trabalhar alguns temas relativos à segurança e, na medida possível, transparência ao procedimento de argumentação, como se fará na sequência.

¹⁴¹² Veja-se a discussão desse tópico acima, no item n. 3.2.6.

9.2.2. Indeterminabilidade *a priori*

Uma peculiar característica da regulatividade presente na NDFA reside na indeterminabilidade *a priori* do seu resultado.

Segundo Sieckmann, o resultado do procedimento de ponderação, que se consubstanciará numa norma de direito fundamental associada, não está e nem pode estar determinado *a priori*. O procedimento, portanto, teria a marca de uma decisão autônoma, embora vinculado normativamente e submetido a critérios que lhe assegurem a racionalidade. Os parâmetros de comprovação de sua racionalidade não estão dados por normas materiais ou pressuposições normativas substanciais, mas, sim, por exigências formais de racionalidade enquanto pressupostos necessários da fundamentação de normas.¹⁴¹³

Essa autonomia, no entanto, há de ser pensada com a contenção recomendada pelo viés institucional da razão prática jurídica, dentro das tarefas atribuídas ao tribunal que opera a associação de norma e não enfocada nas ações subjetivas das partes, e menos ainda na perspectiva atomística de cada indivíduo.¹⁴¹⁴

A não ser assim, a previsibilidade mínima ou marginal que se espera de um ordenamento jurídico não pode ser assegurada.

A esse propósito, merece registro a objeção feita por Jestaedt ao caráter hipotético e *a posteriori* da predição que está implicada nos resultados da aplicação da teoria dos princípios. Não se pode esconder que se trata de um problema relevante para uma teoria

¹⁴¹³ Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 50. Veja-se, a propósito, a seguinte afirmação de Sieckmann: “A concepção de ponderação autônoma entende as decisões de ponderação como juízos autônomos. Elas não são determinados por critérios previamente dados e, nessa medida, são livres; por outro lado, porém, são vinculadas por meio de argumentos normativos, de modo que o julgador tem sempre que defender a norma por ele determinada como ordenada pelas mais fortes razões do caso a decidir.” No original: *Die Konzeption autonomer Abwägung versteht Abwägungsentscheidungen als autonome Urteile. Sie sind nicht durch vorgegebene Kriterien determiniert und insofern frei, andererseits aber durch normative Argumente gebunden, so dass der Urteilende die von ihm bestimmte Norm stets als durch die im zu entscheidenden Fall stärkeren Gründe geboten vertreten muss*. (Idem, S. 51.)

¹⁴¹⁴ Ver acima o conceito de razão institucionalizada, item 3.2.4.2.2.

das normas que procura conservar um mínimo de segurança jurídica e coerência sistemática, fatores que possibilitam alguma previsibilidade jurídica.¹⁴¹⁵

Essa questão pode ser resolvida, no entanto, sob o ponto de vista do problema da variabilidade das decisões jurídicas, que afeta a NDFA, como segue, bem como dos reforços teóricos à controlabilidade do emprego de procedimento de ponderação, como o são os princípios formais, a dogmática dos espaços e a fórmula peso.

9.2.3. Variabilidade

Uma outra peculiaridade da NDFA quanto ao seu potencial regulatório consiste na variabilidade da sua regulatividade quanto à forma da associação e à natureza ou grau dos princípios ponderandos, bem como de resultados.

A variação possui potencial perturbatório do sistema jurídico no quesito da consistência. Induz, além disso, desconfianças quanto à racionalidade do procedimento. Todavia, como Schauer e Alexy acentuam,¹⁴¹⁶ a variabilidade dos resultados de decisões jurídicas em geral, seja com aplicação de princípios ou com regras, assim como ocorrem em outros campos onde ingressam juízos avaliativos, é ineludível, podendo apenas buscar-se recursos técnicos que atenuem a extensão desse fenômeno.

¹⁴¹⁵ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, S. 218 f. O autor menciona o caráter *a posteriori* e hipotético da predição de norma como regra (*Prädizierung einer Norm als Regel*). (Idem, S. 219.) Todavia, a previsibilidade e os correlatos preditibilidade e calculabilidade, tão decantadas pelo positivismo, possuem valor relativo para a segurança jurídica, como demonstrado em BROŽEK, Bartosz. *Rechtssicherheit als strukturelle Stabilität*. In: GERLOCH/TRYZNA/WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeňek, 2012, S. 404-416. O autor examina a segurança jurídica à luz do conceito de estabilidade estrutural, importado da teoria dos sistemas dinâmicos desenvolvida no âmbito da matemática, para mostrar que o positivismo jurídico erra ao identificar a segurança jurídica na precisão conceitual, na evitação de imprecisões e na uniformidade da jurisprudência, as quais não podem garanti-la; ao contrário, a carga excessiva nelas pode justamente pô-la a perder, pois o sistema jurídico possui menor estabilidade se fizer exigências muito elevadas (portanto antieconômicas e irracionais) aos endereçatários; inversamente, ganha em estabilidade qualitativa se incorporar mecanismo de relativa previsibilidade com exigências apenas modestas quanto ao conhecimento dos endereçatários. Em verdade, segundo Brožek, a estabilidade estrutural da qualificação jurídica demanda a justiça material, sem assegurá-la, entretanto. Para mais elementos acerca da relação entre segurança jurídica e justiça, veja ALEXY, Robert. *Rechtssicherheit und Richtigkeit*. In: GERLOCH/TRYZNA/WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeňek, 2012, S. 378-393.

¹⁴¹⁶ Ver acima, item 7.5.1.3.3.

A adoção de técnicas profiláticas¹⁴¹⁷ e atitudes de respeito ao material autoritativamente dado podem contribuir para a redução do tamanho do problema.

Em relação aos ingredientes do procedimento, que influenciam no resultado, Alexy distingue entre uma associação material (ou de conteúdo) e outra apenas formal (ou procedimental) de um princípio a uma determinação de direito fundamental.¹⁴¹⁸ Porém, essa distinção não se confunde com a distinção entre princípios materiais e formais que podem ingressar na ponderação,¹⁴¹⁹ seja para o estabelecimento de associações apenas formais, seja também para as materiais.

Uma associação puramente formal, segundo o autor, ocorre quando estão em jogo princípios que não podem ser associados quanto ao conteúdo (*inhaltlich*) a uma determinação constitucional, necessitando da concorrência de uma norma de competência outorgada ao legislador por meio de uma determinação de reserva.¹⁴²⁰

Tal ocorre mediante a distinção, acima referida, realizada por Alexy e também por Borowski, entre princípios de **primeiro** e **segundo graus**, de acordo com a **hierarquia** (*Rang*) que possuem na Constituição.¹⁴²¹

¹⁴¹⁷ Ver infra, item 9.3.

¹⁴¹⁸ Alexy chama associações meramente formais de *formelle Zuordnungen*, para contrastá-las com as materiais (*inhaltliche Zuordnungen*). Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 118-120. A tradução de Virgílio Afonso da Silva opta pelo termo “substancial” como correspondência a *inhaltlich*. Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 135 ss.

¹⁴¹⁹ O autor, ao classificar os princípios, sugere sinonímia entre “quanto ao conteúdo” e “material”, bem como entre “formal” e “procedimental”, porquanto utiliza as expressões “*inhaltlichen oder materiellen*”, por um lado, e “*formellen oder prozeduralen Prinzipien*”, por outro. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 118-120.

¹⁴²⁰ Os exemplos de Alexy servem para esclarecer o conceito. Trata-se de princípios – como por exemplo o da “preservação e fomento dos ofícios manuais” – cuja realização não é obrigatória do ponto de vista da constituição e que o TCF teve oportunidade de definir como referentes a “interesses relativos da comunidade”, estando outorgada expressamente ao legislador a opção por qual deles se orientará. Nesse caso, o princípio não pode ser associado diretamente, pelo conteúdo, a uma determinação de direito fundamental; a associação opera-se, então, por intermédio da cláusula de reserva, que autoriza ao legislador a opção por restringir o direito fundamental com base naquele princípio. Para que isso ganhe foros de associação completa, no entanto, há mister agregar argumentação de cunho material, como Alexy obtempera. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 118-120. Sobre o ingresso de argumentos substanciais na argumentação, ver também retro os itens 3.2.4.2.4. e 5.2.1.

¹⁴²¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 118-119.

Essa distinção resulta em que nos primeiros, que são aqueles que podem restringir um direito fundamental sem necessidade de uma cláusula de reserva, a associação se perfaz com menor esforço argumentativo, em vista do alto nível hierárquico do princípio, enquanto que nos segundos, os princípios de segundo grau, para que se opere a associação, há necessidade de reforço recíproco entre aspecto relativo ao conteúdo e o formal; nesse último caso, a associação demanda maior esforço argumentativo, já que a fundamentação de um nível de segundo grau a um princípio com base no aspecto relativo ao conteúdo não pode ser demonstrada exclusivamente pela associação direta a uma determinação de direito fundamental, sendo necessária ainda uma argumentação em termos de direitos fundamentais.¹⁴²²

9.2.4. Novidade

Não há dúvida de que a NDFA, enquanto resultado da tarefa da interpretação, contém em si um desenvolvimento do direito. Alexy o diz expressamente: “Cada interpretação jurídica altera o direito e com isso é um desenvolvimento do direito no sentido amplo.”¹⁴²³

É verdade que o autor, ao tratar da relação recíproca entre interpretação e desenvolvimento do direito, reservou um sentido mais estrito deste último às hipóteses em que a decisão ocorre fora do quadro do texto (*Wortlaut*) de uma norma, como ocorre nos casos de extinção, criação, extensão e redução de normas.

Ao tratar da necessidade da ponderação e, portanto, da sua inclusão como parte integrante obrigatória do próprio direito, Alexy exarou arrazoado, que se pode considerar

¹⁴²² Registre-se, no entanto, que Borowski, embora endosse a distinção entre princípios de grau 1 e 2, vem a criticar a distinção subsequentemente feita por Alexy entre associação material e formal, por entender que ela mistura o tratamento de questões relativas ao papel constitutivo do legislador para a validade dos princípios com as referentes a quais cláusulas de reserva autorizam quais razões de barreira. Cfr. BOROSWKI, Martin. *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 99-128, S. 106, Fn. 33.

¹⁴²³ Cfr. ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 71-72. No original: *Jede juristische Interpretation ändert das Recht und ist damit eine Rechtsfortbildung im weiteren Sinne*. (Idem, S. 91.) Note-se que a palavra *Rechtsfortbildung*, que também poderia ser traduzida por aperfeiçoamento do direito, tem uso ligado ao direito judicial (*Richterrecht*) construído em complementação e aprimoramento do direito legislado. A NDFA consiste justamente de caso de direito judicial.

referenciado à NDFA pelo contexto, onde afirma que os resultados das ponderações, ao estabelecerem aquilo que é efetiva e definitivamente devido, representam desenvolvimento do direito. Convém transcrever a passagem, pela sua relevância:

Como a pretensão de correção necessariamente faz parte do direito, também a ponderação, exigida por ela, faz parte necessariamente do direito, então, também os objetos da ponderação. A pretensão de correção leva, portanto, a isto, que os princípios, que formam os fundamentos para as regras antigas, como também para as novas a serem criadas, devem ser incluídos no conceito de direito. Desse modo, os fundamentos ideais convertem-se para aquilo que é definitivamente devido em componente do direito.¹⁴²⁴

Em escrito mais recente e específico relativo à matéria, resta indubitável que a norma decorrente da ponderação realizada pelo tribunal constitucional – ou seja, a NDFA – apresenta caráter de **novidade**, como mostra esta transcrição:

O Tribunal Constitucional Federal fundamenta pela via da ponderação de bens uma norma **nova** e universal sob a qual pode ser subsumido o caso. Na verdade, existe a possibilidade, como ainda será mostrado, de um passo imediato da ponderação ao resultado, mas esta possibilidade é secundária. A ponderação de bens é a justificação externa dessa norma.¹⁴²⁵

No texto, consciente da relevância dessa tomada de posição quanto à **novidade** da norma, Alexy abre uma nota de pé de página específica em relação ao adjetivo **nova**. Essa nota igualmente merece transcrição: “À novidade dessa norma aponta o próprio tribunal, na medida em que fala da aplicação de ‘critérios até então não determinados jusconstitucionalmente de modo mais detalhado’ (238 f.)”¹⁴²⁶

Esse posicionamento recebe contestação em Pulido.¹⁴²⁷

¹⁴²⁴ Cfr. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 36 ss.

¹⁴²⁵ ALEXY, Robert. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen in: ALEXY, Robert et alii. Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 21. (Destaque não constante do original.) No original: *Das BVerfG begründet im Wege der Güterabwägung eine neue universelle Norm, unter die der Fall subsumiert werden kann. Zwar gibt es, wie noch zu zeigen sein wird, auch die Möglichkeit eines unmittelbaren Schrittes von der Güterabwägung auf das Ergebnis, diese Möglichkeit ist jedoch sekundär. Die Güterabwägung ist die externe Rechtfertigung dieser Norm.*

¹⁴²⁶ ALEXY, Robert. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen in: ALEXY, Robert et alii. Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 21. Fn. 58. No original: *Auf die Neuigkeit dieser Norm weist das Gericht selbst hin, indem es von der Anwendung ‘bisher verfassungsgerichtlich nicht näher bestimmter Kriterien’ spricht (238 f.)* Dito de outro modo, a determinação mais detalhada de critérios de direito constitucional já significa o alvorecer de uma nova normatividade.

¹⁴²⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 116-117.

Além de contraditar diretamente que a norma associada seja uma nova norma,¹⁴²⁸ argumenta que o tribunal constitucional apenas exara uma asserção interpretativa quando opera a concreção de uma norma associada, substituindo-lhe o caráter *prima facie* pela validade definitiva.¹⁴²⁹

Pelo cotejo entre as posições acima, percebe-se que, na verdade, Pulido professa um conceito mais específico de **norma nova** que o de Alexy. Para este, norma nova não quer dizer necessariamente que se trate de uma norma baixada de forma independente e imposta *ex novo* pelo tribunal constitucional, como se tivesse a liberdade de configuração e de estatuição do legislador originário.

Nesse ponto, Pulido, diferentemente de Alexy, labora com um conceito restritivo da atividade jurisdicional quanto à criação do direito e quanto à criatividade na atividade interpretativa. Por isso, prefere utilizar o conceito de **atualização** (*actualización*) de normas pelos demais poderes públicos, com exceção do tribunal constitucional, que agiria por concreção.¹⁴³⁰

¹⁴²⁸ Diz o autor: *A causa de la distancia semântica que separa a las normas adscritas de las disposiciones de derecho fundamental a cuyo ámbito normativo pertenecen, en ocasiones puede suscitarse la apariencia de que la concreción de cierta norma adscrita consiste en realidad en la creación de una nueva norma. Sin embargo, esta impresión carece de fundamento.* PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 116. O argumento de Pulido contra o caráter de novidade esgrima com a incompetência do tribunal constitucional para impor normas novas e se baseia numa distinção entre norma associada *prima facie* e norma associada definitiva. Ele dá a entender que a norma associada apenas explicita o âmbito normativo do direito fundamental, nada acrescentando de normatividade em relação à norma diretamente estatuída. Esta última, portanto, apenas se explicitaria em uma norma mais específica e mais concreta, que não inovaria a ordem jurídica, apenas concretizaria o que já está posto pela determinação de direito fundamental e pela sua correspondente expressão em termos deontológicos, que é a norma diretamente estatuída. Esta passagem e a sua seqüência deixam transparecer que Pulido se move pela concepção tradicional de que somente a lei em sentido estrito, expedida pelo legislador, tem condão de inovar a ordem jurídica. Por isso, o autor emprega o conceito de imposição de normas como lei geral e abstrata.

¹⁴²⁹ A novidade parece restringir-se, em Pulido, à **norma individual** de direito fundamental, que distingue da *adscrita*. Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 131-134.

¹⁴³⁰ A mesma tendência se observa em GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 36. Diz textualmente o autor ao retratar as normas associadas: “Não se cuida da criação de uma nova norma, mas de uma afirmação sobre a interpretação de norma no sentido de que se deve atribuir validade definitiva a uma norma associada ao âmbito normativo de uma disposição de direito fundamental.”

Alexy, dessa maneira, diversamente de Pulido, perfila-se mais claramente à linha de Kelsen,¹⁴³¹ segundo a qual a atividade de produção do direito não se limita ao legislador constituinte ou ordinário, mas, ao contrário, acompanha a linha da concreção em direção aos atos jurídicos mais concretos e individuais, alcançando explicitamente as decisões judiciais individuais.¹⁴³² A NDFA, portanto, possui a característica da norma nova que toda decisão judicial põe, de acordo com Kelsen. Mas não é só isso, porque pela sua aplicabilidade a todos os casos do mesmo tipo e pela integração a uma rede de precedentes, a novidade da NDFA se amplia para além do caso individual onde foi construída.

É possível que o sentido empregado por Pulido se assemelhe ao de **atualização** em Konrad Hesse, segundo o qual a atualização ocorre quando o conteúdo de normas constitucionais é realizado sem que surjam dúvidas sobre a constitucionalidade, o que é compatível com a realização de conteúdos de normas por quem não seja o Tribunal Constitucional.

Todavia, há em Hesse um sentido mais amplo de atualização, que lhe possibilita distingui-la da interpretação por um outro viés. Segundo esse outro sentido, há atualização mesmo no caso de interpretação, entendendo-se que esta somente tenha lugar quando uma questão jurídico-constitucional não se deixa decidir univocamente com base na Constituição. Diz Hesse que ainda assim nela há atualização em um sentido mais geral, na

¹⁴³¹ Segundo a concepção estrutural escalonar da ordem jurídica (*Stufenbau der Rechtsordnung*), o direito é criado no sentido descendente, até os mais concretos atos jurídicos (vale dizer, no desdobramento dos mais gerais para os mais particulares atos subjetivos), dos quais a sentença é um exemplo, na direção inversa de seus fundamentos de validade (vale dizer, dos criadores do seu sentido objetivo enquanto direito), cuja série pode ser percorrida até a norma fundamental. Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 228 ff. A concepção de Kelsen é de que a decisão judicial constitui a continuação do processo de produção do direito e, pois, tem caráter não meramente declaratório de um direito supostamente limitado a leis gerais, mas sim constitutivo e, pois, criador de direito. (Idem, S. 242-251.) Por isso, entende ser uma questão apenas de grau a quantidade de competência que a norma geral confere ao tribunal e juiz quanto ao conteúdo do ato judicial, para a criação da norma individual; isso porque a norma jurídica geral é apenas um quadro com maior ou menor largura, e não pode predeterminar completamente a forma a solução de todos os conflitos possíveis que devam ser solvidos sob ela e por meio dela. (Idem, S. 250.) Kelsen ainda prevê expressamente a possibilidade de tribunais, através da edição de precedentes vinculantes, produzirem normas jurídicas de cunho geral. (Idem, S. 256.)

¹⁴³² Contudo, Alexy pode lançar mão do ferramental lógico-analítico para distinguir entre proposições de validade normativa (*Normgeltungssätze*), que afirmam se determinada norma vale ou não no ordenamento jurídico – entre as quais estão as afirmações interpretativas (*Interpretationsbehauptungen*) –, e as proposições sobre estatuições de norma (*Sätze über Normsetzungen*), que jogam um papel de relevância na jurisprudência como argumentos para afirmações de validade (*Geltungsbehauptungen*), embora sejam de importância inferior na dogmática dos direitos fundamentais. A questão central persiste, no entanto, como admite Alexy, de que diferentes critérios de correção podem ser adotados para a asserção de validade de normas, e de que o material autoritativo se mostra insuficiente nos chamados casos difíceis. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 52-53.

medida que em cada procedimento de interpretação constitucional a constituição sempre é atualizada.¹⁴³³

Pulido parece, nesse tópico, seguir uma ideia de atualização que evoca, ainda que mediatamente, a noção aristotélica de mudança de potência para ato, em que o aspecto dinâmico do ser é alcançado pela atualização.¹⁴³⁴

Isso parece evitar problemas quanto ao aspecto da vinculação da NDFA ao texto constitucional, mas sem dúvida amesquinha, em alguma medida, a capacidade criadora do direito do legislador ordinário, do administrador e do juiz. Em apoio de seu entendimento, Pulido agarra-se ao conceito de **validez *prima facie***,¹⁴³⁵ que desenvolve a partir do

¹⁴³³ O sentido do uso do termo interpretação em Hesse fica mais claro quando se examina o que ele projeta como a tarefa da interpretação: “(...) encontrar o resultado constitucionalmente ‘exato’ em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão.” Cfr. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, Rn. 51, S. 21. No original: *Aufgabe der Interpretation ist es, das verfassungsmässig ‘richtige’ Ergebnis in einem rationalem und kontrollierbaren Verfahren zu finden, dieses Ergebnis rational und kontrollierbar zu begründen und auf diese Weise Rechtsgewissheit und Voraussehbarkeit zu schaffen – nicht etwa nur, um der Entscheidung willen zu entscheiden*. Compare: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, ns. de margem 49 e 50, p. 53-54. Note-se que a fundamentação está inserida nesse leque de ações que integram a tarefa da interpretação.

¹⁴³⁴ Essa distinção entre concreção e atualização mereceria uma explanação por parte de Pulido, uma vez que não esclarece exatamente em que medida se distinguem as atividades de interpretação exercidas em ambas. Que a atualização constitua uma interpretação Pulido o admite expressamente em nota do seguinte teor: *El concepto de actualización supone admitir que las regulaciones introducidas por los poderes públicos en los ámbitos normativos de los derechos fundamentales constituyen asimismo una interpretación de las disposiciones que los tipifican*. Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 117, nota n. 71. Na determinação do status das normas associadas, Pulido explicita que a concreção dessas normas por parte do tribunal constitucional é, desde logo, o resultado da interpretação das disposições fundamentais. Sugere, porém, que, à diferença do que ocorre nas atualizações, a asseveração interpretativa feita na concreção assume o caráter de norma de direito fundamental em sentido semântico, favorecida pela condição de fonte de direitos fundamentais que tem a jurisprudência do tribunal constitucional e pelo caráter vinculante – ainda que *sui generis* – de suas decisões. Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 121-126. Disso parece concluir-se que a atividade interpretativa é a mesma, apenas existe uma agregação de efeitos por força do órgão que a realiza (o tribunal constitucional, à diferença dos demais órgãos). Todavia, como Pulido enfatiza alhures, há uma diferença institucional: o tribunal constitucional tem um dever de fundamentação correta de cada norma associada, que se põe como “formulação institucional de asseveração interpretativa”. (Idem, p. 126.) Assim, pode-se dizer que o legislador, embora também aja sob a pretensão de correção quando interpreta (em cada atualização), não está institucionalmente jungido a esse dever de fundamentação correta. Ainda assim, resta problemática a distinção quanto ao dever de fundamentação que o administrador e o juiz também devem observar, ainda que de modo diferente, quando interpretam as mesmas disposições constitucionais. Em Hesse, como analisado anteriormente (item 2.3.4., nota de pé de página n. 142), está bem mais clara a relação direta entre interpretação constitucional e concretização, na medida em que o interpretar não se dá independentemente de problemas concretos.

¹⁴³⁵ Diz Pulido: *Sin embargo, esto no quiere decir que las normas adscritas existan únicamente como producto de la interpretación de los derechos fundamentales por parte de la jurisprudencia*

conceito de dever *prima facie*, em contraposição com dever definitivo resultante do exame de todas as circunstâncias, da superação de conflitos sobre deveres e da deliberação. De forma correlata, a validade *prima facie* corresponderia à ideia de uma norma que é considerada vinculante mas se sujeita, ainda, a uma interpretação em face de outras normas.¹⁴³⁶

O conceito de validade *prima facie* de uma norma de direito fundamental não estatuída diretamente é obtido pelo autor com auxílio do conceito de **princípio como razão *prima facie***, extraído de Alexy,¹⁴³⁷ e pela consideração da presunção de constitucionalidade da lei juntamente com a definição da questão de constitucionalidade como **caso difícil**, atribuindo à disposição de direito fundamental o caráter de princípio.¹⁴³⁸

A posição de Pulido somente ganha em clareza e proximidade à teoria de Alexy quando coloca a questão da validade das normas associadas em conexão com a função do princípio da proporcionalidade.¹⁴³⁹

Esse laço com o princípio da proporcionalidade, no entanto, não desautoriza a posição de Alexy de que a NDFA tem caráter de norma nova, pois não se confunde com a

*constitucional. Estas normas están dotadas ya de una validez prima facie que dimana de la Constitución. Las normas adscritas forman parte prima facie del campo semántico o del ámbito normativo de las disposiciones jusfundamentales. La tipificación constitucional de una disposición de derecho fundamental implica entonces no sólo la validez de la norma que la disposición estatuye directamente, sino también la validez por lo menos prima facie de todas las normas adscritas, estatuidas de manera indirecta, y que luego pueden ser concretadas de manera definitiva por el Tribunal Constitucional o actualizadas por los demás poderes públicos. Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 115.*

¹⁴³⁶ PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 639 ss.

¹⁴³⁷ Pulido reporta-se à Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, na tradução de E. Valdez, p. 99.

¹⁴³⁸ PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 644-645. A validade *prima facie* de uma norma associada não é tematizada diretamente por Alexy, mesmo porque não desenvolve a questão sobre o nome a ser dado para o resultado de associações de normas que são realizadas por terceiros (não pelo tribunal constitucional) e que se apresentam com pretensão de validade perante aquele ou perante qualquer instância.

¹⁴³⁹ PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 158. Aliás, a tese n. 1 do trabalho de Pulido tem redação que merece transcrição, exatamente por ilustrar a proximidade com a posição nodal de Alexy sobre o tema: *Tesis 1. El principio de proporcionalidad, en cuanto criterio para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador, cumple la función de estructurar la concreción y la fundamentación jurisdiccional de las normas adscritas de derecho fundamental en los casos difíciles.*

norma diretamente estatuída, nem com seu texto, nem ainda com o princípio da proporcionalidade sob cujo emprego veio à luz.

Ao invés do conceito de **atualização**, que pode evocar compromissos filosóficos discutíveis, parece menos problemático definir que a relação entre a norma associada e a norma diretamente estatuída se qualifica ao mesmo tempo como de **precisão** e de **fundamentação**, o que remete ao já examinado campo de enlace entre interpretação e argumentação.¹⁴⁴⁰

Importante destacar, ainda, quanto à independência dessa norma e a inconfundibilidade com os princípios de cuja ponderação veio a ser construída, que ela apresenta propriedades específicas de regra no tocante a eventual colisão com outra norma associada:

Como razões para juízos de ponderação têm os princípios, com isso, propriedades lógicas diversas daquelas das normas que são fixadas como resultado da ponderação. As últimas são costumeiramente designadas como “regras”. Isso conduz à “tese da separação”, característica da teoria dos princípios:

(4) Princípios enquanto razões para juízos de ponderação, por um lado, e regras como resultados de ponderações, por outro lado, possuem diferentes propriedades lógicas.¹⁴⁴¹

Portanto, no eventual conflito de NDFAs, por sua característica de regras, haverá de se estabelecer uma questão de validade, ou seja, somente uma poderá valer, em detrimento da(s) outra(s) (“tudo ou nada”).

Em se tratando de questão de validade, se houver monopólio da rejeição, fica prejudicada a NDFA discrepante daquela fixada pelo tribunal constitucional; se, ao

¹⁴⁴⁰ Ver acima itens 2.4.2. e 3.2.7.

¹⁴⁴¹ Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 41. No original: *Als Gründe für Abwägungsurteile haben Prinzipien somit andere logische Eigenschaften als diejenigen Normen, die als Abwägungsergebnis festgesetzt werden. Letztere werden gewöhnlich als ‘Regeln’ bezeichnet. Dies führt zu der für die Prinzipientheorie charakteristischen ‘Trennungsthese’:*
(4) *Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile einerseits, Regel als Ergebnisse von Abwägungen andererseits haben unterschiedliche logische Eigenschaften.*

contrário, não houver tal previsão, a questão será resolvida pelas regras do sistema quanto à força dos precedentes e aos efeitos das decisões do tribunal constitucional.¹⁴⁴²

9.2.5. Status de norma fundamental e/ou constitucional?

Considerando que a teoria da NDFA acima exposta justifica que tal norma se apresenta dotada de estatuto normativo de direito fundamental, resta indagar se, conseqüentemente, também está implicado que cada NDFA seja, ao mesmo tempo, uma norma de direito constitucional tal qual aquelas que estão diretamente postas no texto constitucional.

A questão é sutil mas grave, porquanto, segundo Jestaedt, a atribuição de caráter constitucional a cada resultado da ponderação de direitos fundamentais acarretaria a constitucionalização total da ordem jurídica, ou seja, a NDFA poderia ser chamada de “ovo do mundo jurídico”.¹⁴⁴³ Por isso, não hesita em atribuir à chamada “norma de direitos fundamentais derivativa” o papel de “catalisador decisivo pelo qual a teoria da ponderação traz consigo a constitucionalização do sistema jurídico”.¹⁴⁴⁴

O enfrentamento desse problema passa pelo estabelecimento de algumas distinções e pelo reforço de outras já feitas: (1) entre norma e texto; (2) associação e derivação; (3) direito fundamental e direito constitucional; (4) constitucionalização e irradiação.

A distinção entre norma e texto, que faz parte da compreensão hermenêutica básica e também do conceito semântico de norma, explica que o fato de se obter uma norma de solução de caso dado, com caráter de direito fundamental, não torna, por si só, essa norma parte do texto em que ela veio a ser extraída. Se esse texto é a constituição – como poderia

¹⁴⁴² Aqui não cabe ingressar no vasto campo da teoria processual constitucional. Registre-se, porém, que, enquanto precedente, a NDFA há de sujeitar-se aos mecanismos próprios ao trato dos precedentes, o que implica a reinserção na prática argumentativa em face das discussões que cada novo caso suscitará sobre o seu sentido, alcance, superação ou abandono. Ver, a esse propósito, a análise realizada sob o item 3.2.7.3.

¹⁴⁴³ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 166 ss.

¹⁴⁴⁴ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 167. No original: *The decisive catalyst by which the doctrine of balancing brings about the constitutionalizing of the legal system is the ‘derivative fundamental rights norm’*.

ser um tratado internacional de direito fundamental – isso não implica que a norma nova, reconhecida como válida para o caso e potencialmente válida para a regulação de outros similares, represente uma alteração do texto da constituição ou tratado que a inspirou e lhe emprestou fundamento.

A distinção entre associação e derivação já foi anteriormente apontada como relevante para a compreensão da problemática específica da NDFA. Era, então, uma questão de melhor tradução.¹⁴⁴⁵ Porém, agora também se resolve num problema de construção da própria ideia de NDFA.

A questão se resolve pela compreensão de que a NDFA possui um caráter operativo e dinâmico essencial, porquanto não se pode conceber uma associação operada através de procedimento de ponderação do qual resulte um ente dotado de caráter jurídico e normativo sem que esse produto seja pensado como uma associação a uma determinação constante em texto constitucional. A atividade de associar e o produto da associação não se confundem com a própria determinação.

No que tange à distinção entre direito fundamental e constitucional, basta lembrar que, apesar da íntima relação entre tais categorias jurídicas, elas não se confundem quanto à natureza, função e titulares, tanto que podem até mesmo encontrar-se em documentos diferentes.¹⁴⁴⁶ Todavia, no caso da NDFA extraída de determinação de direito fundamental presente em texto constitucional, ocorre expansão simultânea de ambos os direitos.

Em relação à distinção entre constitucionalização e irradiação, convém remeter-se ao item específico deste trabalho.¹⁴⁴⁷ Importante enfatizar, porém, que o sentido da admissão da constitucionalização do direito ordinário sem a perda da identidade do direito constitucional e do direito ordinário consiste em precisar o entendimento do que seja a vinculatividade própria do primeiro. A vinculação pode exercer-se em diferentes graus e

¹⁴⁴⁵ Ver acima o item 1.1.4.

¹⁴⁴⁶ Refira-se, a propósito, o exemplo da França, cuja Constituição de 1958 apenas se reporta, em preâmbulo ao art. 1º, à Declaração de direitos do homem de 1789 e outros documentos. Cfr. <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Constitution-du-4-octobre-1958>, acesso em 26.09.2012. No original: *Préambule et article 1er: Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.*

¹⁴⁴⁷ Ver, adiante, itens. 10.2.1.2. e 10.2.1.3.

formas, mas não implica o desaparecimento da distinção referida, desde que se observe a dogmática dos espaços.¹⁴⁴⁸

Por fim, pode-se perquirir se, em face da expansão mencionada, a NDFA integra *formaliter* o conjunto de normas de direito fundamental.

A resposta depende, no entanto, de uma outra distinção que se faz necessária, na esteira das distinções acima feitas.¹⁴⁴⁹ O primeiro sentido de integrar formalmente direito constitucional significa pertencer à expressão do poder constituinte originário ou derivado (*pouvoir constitutionnel*), fazendo parte do respectivo texto como o “dar-se constituição”.¹⁴⁵⁰ Nesse sentido, a NDFA **não** integra *formaliter* o direito constitucional.

Todavia, há um sentido em que a NDFA é parte integrante do direito constitucional, a saber, como expressão de jurisdição constitucional,¹⁴⁵¹ na forma de direito judicial.¹⁴⁵² Nessa qualidade, a NDFA é dotada da força que é própria a toda e qualquer manifestação formal expedida pelos órgãos judiciários encarregados da jurisdição constitucional. É, pois, neste último sentido, mais limitado e específico, porém não desimportante, que se apresenta o status de norma de direito fundamental e constitucional da NDFA.

9.3. Profilaxia: fatores para uma correta extração de NDFA

A mais recente e sofisticada tentativa de prover racionalidade e, ao mesmo tempo, respeito às demais instâncias institucionais de produção do direito pode ser visualizada na atenção aos princípios formais, na dogmática dos espaços e na fórmula peso.

9.3.1. Princípios formais na ponderação

O debate acerca da eventual exorbitância da atividade ponderatória dos tribunais em face dos marcos institucionais previamente fixados de acordo com as competências

¹⁴⁴⁸ Ver, abaixo, item 9.3.2.

¹⁴⁴⁹ Essa distinção foi formulada por Robert Alexy em contato pessoal ocorrido em dezembro de 2012, em Kiel.

¹⁴⁵⁰ *Verfassungsgesetzgebung*.

¹⁴⁵¹ *Verfassungsrechtsprechung*.

¹⁴⁵² *Richterrecht*.

constitucionalmente estabelecidas tem trazido à tona a questão da inserção de princípios formais na ponderação.

Alexy diversas vezes o menciona em resposta às críticas concernentes ao risco de diluição da validade e da autoridade do direito posto,¹⁴⁵³ ou de substituição do estado de direito por um estado de jurisdição.¹⁴⁵⁴

A questão se liga de modo bastante claro ao tema dos espaços (*Spielräume*), incluídos os epistêmicos.¹⁴⁵⁵

T. R. S. Allan questiona o acerto de se conceber a relação interna entre democracia e direitos fundamentais como se houvesse um princípio formal da democracia a limitar direitos substanciais e que estes pudessem ser ponderados em face daquele.¹⁴⁵⁶

Jestaedt discute a reconstrução do espaço de livre estatuição do direito, constitucionalmente assegurado ao legislador, através da sua leitura como princípio formal a ingressar em ponderação com outros princípios. Reputa insatisfatória essa

¹⁴⁵³ Paradigmaticamente, Habermas, cfe. acima, item 6.2.2.4.2.4.

¹⁴⁵⁴ Diversos críticos, especialmente Böckenförde, assim se manifestaram, como Jestaedt e Poscher, apenas para citar dois. Ver acima, item 7.5.1.3.2.1.2.1.1. Compare BOROSWKI, Martin. *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 99-128.

¹⁴⁵⁵ Uma análise detalhada dos problemas epistêmicos no trato dos direitos fundamentais encontra-se em RAABE, Marius. *Grundrechte und Erkenntnis: der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. Klatt e Schmidt sustentam, diversamente, que os três tipos de espaço (*Spielraum*) podem ser fundamentados independentemente de questões de competência e princípios formais. Cfr. KLATT, Matthias & SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, S. 104.

¹⁴⁵⁶ Cfr. ALLAN, T. R. S. *Constitutional rights and the rule of law*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 132-151. Allan critica a concepção de um conflito entre democracia e direitos fundamentais. Entre seus vários argumentos, consta o de que uma democracia liberal nega autoridade efetiva a intervenções governamentais excessivas nos direitos individuais; para tanto, o autor reporta-se a uma dimensão formal do *rule of law*, que estaria ligada à ideia de liberdade individual no sentido de independência da vontade arbitrária de outrem, seja o governo, seja o concidadão. Assim, a conformação dos direitos básicos como liberdade, igualdade e dignidade já estaria previamente concertada com a delimitação da liberdade do estado, de modo a evitar arbitrariedade. Inversamente, “os limites da autoridade do estado são postos pelo nosso melhor entendimento sobre o que requerem os direitos fundamentais de liberdade, igualdade e respeito à dignidade humana.” (Idem, p. 150.)

tentativa pelo caráter controverso da categoria dos princípios formais e também das suas aplicações concretas.¹⁴⁵⁷

Essa questão, à vista das críticas formuladas, subdivide-se em outras, a saber: (1) existem realmente princípios formais; (2) quantos e quais se ajustam a esse conceito; (3) tais princípios efetivamente ingressam na ponderação; (4) como podem ser operados os princípios formais num procedimento de ponderação; (5) qual é o risco em permitir a superação de princípios formais com base em melhores argumentos?

Pela ordem lógica, convém primeiro precisar a definição de princípios formais. Alexy essencialmente os caracteriza como aqueles princípios que, ao invés de conterem determinações de dever-ser materiais, possuem por objeto outras determinações, essencialmente regras, para acentuar o seu caráter *prima facie* e, dessa maneira, conferir ao ordenamento maior dureza, e assinar um ônus argumentativo para qualquer princípio em sentido contrário.¹⁴⁵⁸

Sua condição de princípios e, portanto, de normas providas de obrigatoriedade jurídica, está acima de questão. A diferença reside no seu objeto, ou seja, no seu conteúdo específico. Como Sieckmann assevera:

Princípios formais contêm, como também outros princípios, exigências normativas. Seu objeto são decisões ou assentamentos normativos de determinados órgãos ou atores jurídicos. Trata-se, com isso, de princípios relacionados com competências.¹⁴⁵⁹

¹⁴⁵⁷ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, S. 222 ff. O autor questiona, por exemplo, a tentativa de traduzir a competência de decisão do legislador num princípio formal, aduzindo vários argumentos, que se resumem nos seguintes: (1) a própria Lei Fundamental Alemã preferiu adotar outro mecanismo para assegurar a vinculação do legislador e a primazia da constituição, a saber, o de uma regra e não princípio; (2) pouca ou nenhuma utilidade prática, pelas dificuldades que surgiriam da tentativa de transpor e desenvolver o princípio formal em categorias dogmáticas confiáveis e úteis; (3) a derivação argumentativa do princípio formal da competência de decisão do legislador a partir do princípio democrático não convence e pode, se levada às últimas consequências, conduzir a que se percam determinações constitucionais de fixação taxativa de competências em favor de um equivocado monismo de poder centrado no parlamento.

¹⁴⁵⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 89. Ver acima, item 6.2.2.3.3.

¹⁴⁵⁹ Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 39-66, S. 56. No original: *Formelle Prinzipien enthalten, wie andere Prinzipien auch, normative Forderungen. Ihr Gegenstand sind Entscheidungen oder normative Festlegungen bestimmter rechtlicher Organe oder Akteure. Es handelt sich somit um auf Kompetenzen bezogene Prinzipien*.

Raabe reporta-se a Sieckmann e aponta como nuclear, no princípio formal, a característica de que se cogita, nele, de **norma de validez**, ou seja, de que nele se contêm critérios de validez para outras normas. Trata-se, porém, de uma validez *prima facie*, a ser apreciada em conjunto com outras.¹⁴⁶⁰

Cuida-se, portanto, de uma definição predominantemente funcional. Sua força vinculativa, como sustenta Sieckmann, liga-se à função de resguardar a **autoridade** do já assentado em outras estruturas procedimentais; sua autoridade, portanto, fundamenta-se em **decisões** que são **anteriores** e, via de regra, estranhas, na medida em que decorrem da necessidade de obedecer a atos de estatuição de normas, dentre os quais a lei, ou a decisões tomadas por outros órgãos do sistema jurídico, ainda que movidas por distintas concepções jurídicas, como é o caso dos precedentes e da delimitação do controle da competência jurisdicional.¹⁴⁶¹

Por isso, a sua natureza e função de **estruturas interprocedimentais**, na medida em que eles estatuiriam a vinculação ao resultado de processos anteriores; ou seja, os princípios democrático e da divisão dos poderes ordenam o respeito à decisão do procedimento legislativo, enquanto que o princípio da segurança jurídica possui natureza similar; na mesma linha a vinculação ao precedente, que se reporta a decisões prévias, e assim por diante.¹⁴⁶²

Similarmente, para Borowski princípios formais se caracterizam por vincular *prima facie* a uma **decisão anterior** aquele que tem uma colisão de princípios a decidir, enquanto que nos princípios materiais, ao contrário, o respectivo dever-ser *prima facie* não depende desse tipo de decisões, e o objeto de otimização está materialmente estabelecido de antemão.¹⁴⁶³

¹⁴⁶⁰ Cfr. RAABE, Marius. *Grundrechte und Erkenntnis: der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, S. 184. Raabe externa ainda, no tocante à validez, a sua adesão à tese de que o princípio formal ordena que prevaleça, no conjunto final, um estado em que valham (de uma determinada maneira) normas reconhecidas procedimentalmente.

¹⁴⁶¹ SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990, S. 152.

¹⁴⁶² SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990, S.14 ff. Essa ideia recorda e reforça a plausibilidade do modelo procedimental de 4 (quatro) níveis, de Alexy, cfe. item 3.2.9., acima.

¹⁴⁶³ Cfr. BOROSWKI, Martin. *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und*

De fato, a postulação da existência desses princípios formais se mostra essencialmente funcional ou operativa. A sua procedência não depende de que haja, no sistema jurídico, norma estabelecida com esse nome.

A existência de princípios com tal função, todavia, se faz necessária. Como sintetiza Borowski, com base em Alexy e Sieckmann, os princípios formais são necessários para qualquer sistema jurídico:

(...) princípios formais servem para a reconstrução de estruturas autoritativas no sistema jurídico e, por isso, formam “uma característica essencial e conceitualmente necessária de sistemas jurídicos”.

O característico dos princípios formais consiste, com isso, em que quem tem de decidir uma colisão de princípios é vinculado *prima facie* a uma decisão anterior.¹⁴⁶⁴

Sobre a questão do número e rol desses possíveis princípios formais, grassa controvérsia. Alexy cita alguns, como o princípio democrático e o da segurança jurídica.¹⁴⁶⁵ Sieckmann cita basicamente os mesmos.¹⁴⁶⁶ Raabe refere o princípio formal da competência de decisão do legislador¹⁴⁶⁷ e menciona outros princípios formais, como a liberdade de fixação das finalidades e a observância das decisões do constituinte.¹⁴⁶⁸

Argumentation: *Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 124-125. No original: *Das Charakteristikum formeller Prinzipien besteht damit darin, dass derjenige, der eine Prinzipienkollision zu entscheiden hat, prima facie an eine frühere Entscheidung gebunden wird. Das von materiellen Prinzipien prima facie Gebotene dagegen ist von derartigen Entscheidungen unabhängig, ihr Optimierungsgegenstand liegt in inhaltlicher Hinsicht von vornherein fest.*

¹⁴⁶⁴ Cfr. BOROSWKI, Martin. *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 99-128, S. 124. No original: *Sieckmann betont ebenso wie Alexy, dass formelle Prinzipien der Rekonstruktion autoritativer Strukturen im Rechtssystem dienen und deshalb ‘ein wesentliches, begrifflich notwendiges Merkmal von Rechtssystemen’ bildeten. Das Charakteristikum formeller Prinzipien besteht damit darin, dass derjenige, der eine Prinzipienkollision zu entscheiden hat, prima facie an eine frühere Entscheidung gebunden wird.*

¹⁴⁶⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 89, 267. 384. Nesse último, é mencionado o princípio formal da liberdade de configuração do legislador.

¹⁴⁶⁶ Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 39-66, S. 56 ff.

¹⁴⁶⁷ Cfr. RAABE, Marius. **Grundrechte und Erkenntnis: der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, S.210 ff. O autor faz aí clara associação entre princípios formais e espaços.

¹⁴⁶⁸ Cfr. RAABE, Marius. **Grundrechte und Erkenntnis: der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, S. 240 ff.

Em relação ao ingresso e tratamento dos princípios formais nas ponderações, Borowski identifica dois modelos.¹⁴⁶⁹

O primeiro é descrito como o modelo de concorrência de concepções jurídicas distintas – a saber, a concepção do aplicador do direito e a do legislador – ambas com respostas distintas e corretas de seu ponto de vista; em verdade, nele se veem ponderados, ao final, apenas princípios formais, pois se trata de saber se há de ser seguida a autoridade do legislador ou a independência do aplicador do direito. Porém, surge complexidade desse modelo, por engendrar duplicação da correção e por ser difícil verificar a influência dos princípios materiais em cada princípio formal concorrente; a par disso, outros fatores externos podem contribuir na determinação do peso de princípios formais.

No segundo modelo, de fase única, o princípio formal é sopesado conjuntamente com os demais, havendo concorrência entre princípios de natureza diversa. Perplexidades desse sistema surgem pela divergência entre o que é correto do ponto de vista de uma ponderação material (e que resultaria numa nulificabilidade por inconstitucionalidade material nesse plano) e aquilo que, pela ponderação com o princípio formal, acaba por se tornar aceitável.

Acerca do tema sob análise, põe-se ainda a questão do efeito possivelmente perturbador do sistema em se reconhecer, por um lado, que algo tão fundamental e caro como o estado de direito (ou o *rule of law* nos países de *common law*) e a separação dos poderes sejam convertidos em meros princípios e submetidos a uma ponderação em que possam ser superados por algo tão aberto e indefinido como argumentos melhores em sentido contrário num caso dado, incluindo uma variedade ilimitada de princípios materiais. Essa possibilidade, segundo Klement, enfraquece o modelo de regras/princípios de Alexy.¹⁴⁷⁰

¹⁴⁶⁹ Cfr. BOROSWIKI, Martin. *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 99-128, S.113-117.

¹⁴⁷⁰ Cfr. 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 Press, 2012, p. 196. Klatt e Schmidt reputam equivocada a posição alexyana no sentido de que princípios formais ingressem juntamente com os materiais na ponderação. Cfr. KLATT, Matthias & SCHMIDT, Johannes. **Spielräume im öffentlichen Recht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, S. 57 ff.

Além da obscuridade e variabilidade das possibilidades de inserção de princípios formais na ponderação, portanto, o seu emprego poderia conduzir à privação dos poderes constituídos de sua competência para produzir normas definitivas, transferindo-a para o poder judiciário?¹⁴⁷¹

Na perspectiva oposta, há o temor de que a possibilidade de recorrer aos princípios formais num procedimento de ponderação possa redundar em violações a direitos fundamentais, na medida em que, em consideração à esfera de liberdade do legislador, ou do administrador, sejam toleradas intervenções graves em direitos fundamentais.

Um exemplo crítico constitui a possibilidade de ponderação da dignidade humana levando-se em conta princípios formais como o da segurança jurídica ou de respeito à decisão do legislador ou ainda de separação dos poderes. Esse exemplo se estende a todos casos de ponderação de princípios considerados especialmente sensíveis. Seria, então, possível construir uma norma associada que implicasse uma ponderação do princípio da dignidade humana com algum outro princípio?¹⁴⁷²

A solução de Alexy consiste em identificar na determinação da LF duas normas da dignidade, uma regra e um princípio, o que lhe proporciona salvar a sua posição central junto com o caráter duro da regra (para tratar dos casos em que se dá uma

¹⁴⁷¹ Klement responde afirmativamente a essa indagação, cfr. 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 Press, 2012, p. 196.

¹⁴⁷² Nils Teifke enfrentou esse espinhoso tema da possibilidade, ou não, de ponderação do princípio da dignidade humana em relação a princípios opostos, assim como críticas à “flexibilidade” da dignidade humana. Ele partiu da concepção de Alexy da dupla estatuição (existência de um princípio e de uma regra da dignidade humana, ambos em posição lado a lado), que defendeu de objeções e de concepções discrepantes, como a de Martin Borowski, o qual entende haver apenas uma norma da dignidade humana. Teifke alega que a regra da dignidade humana, que permite falar em violação esta última, é semanticamente aberta, por causa da indeterminação do conceito de dignidade humana. Nesse âmbito de abertura, para a determinação de quando a dignidade humana é atingida, abre-se um espaço amplo, onde existe a possibilidade da ponderação, mas esta ocorre no plano dos princípios, permanecendo intocado o plano da regra imediato de direito fundamental. Cfr. TEIFKE, Nils. *Flexibilität der Menschenwürde? Zur Struktur des Art. 1 Abs. 1 GG*, in: BÄCKER, Carsten; BAUFELD, Stefan. *Objektivität und Flexibilität im Recht. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie IVR, im September 2004 in Kiel und im April 2005 in Hagen*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005, ARSP, Beiheft 103. Veja-se também sobre o problema da dignidade o texto NEUMANN, Ulfrid. *Die Tyrannei der Würde: argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip*. ARSP, v. 84, 1988, Heft 2, S. 153-166.

violação da dignidade) e, ao mesmo tempo, impedir que se cogite de um princípio absoluto,¹⁴⁷³ não obstante a impressão nesse sentido.¹⁴⁷⁴

Com relação aos dois riscos acima desenhados, o próprio Alexy teve oportunidade de se manifestar na resposta às objeções formuladas por T.R.S. Allan. Ele concorda, por um lado, em que uma interferência num direito fundamental que não seja justificada por razões substanciais viola o direito fundamental e não pode ser justificada por meio do apelo à competência do legislador, justamente por que os direitos fundamentais restringem a competência legislativa. Por outro lado, Alexy sustenta que o princípio formal adquire um peso independente em casos de incerteza epistêmica, seja empírica, seja normativa.¹⁴⁷⁵

O ponto central do argumento de Alexy, no entanto, consiste em afirmar a função do princípio formal de estabelecer o espaço de discricionariedade epistêmica na colisão de princípios materiais em cuja relação interna se verifique incerteza epistêmica, como segue:

O único ponto de importância no presente contexto é que, embora não participem diretamente na ponderação de princípios materiais, os princípios formais estão, contudo, presentes no fato de estabelecerem discricionariedade epistêmica. Esse é o sentido da frase reconhecidamente obscura “princípios formais procedimentais podem superar princípios de direito fundamental materiais somente em conexão com outros princípios materiais”. A cláusula “em conexão com” refere-se à relação de segunda ordem de um princípio formal para com uma relação de primeira ordem entre princípios materiais, a última marcada por incerteza epistêmica.¹⁴⁷⁶

¹⁴⁷³ Alexy afiança que a relação entre eles, quanto ao conteúdo, é assim definida: *A relação de preferência do princípio da dignidade humana com respeito a princípios postos decide sobre o conteúdo da regra da dignidade humana*. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 97. No original: *Die Präferenzrelation des Menschenwürde-Prinzips zu gegenläufigen Prinzipien entscheidet über den Inhalt der Menschenwürde-Regel*.

¹⁴⁷⁴ Alexy também assegura que a impressão de absolutidade quanto ao princípio da dignidade humana advém do fato de que existe uma regra da dignidade humana ao lado do princípio, assim como do fato de “(...) que existe uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade da pessoa, com um alto grau de certeza, precede a todos os demais princípios”. Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 97. No original: *(...) dass es eine Reihe von Bedingungen gibt, unter denen das Menschenwürde-Prinzip mit hoher Sicherheit allen anderen Prinzipien vorgeht*.

¹⁴⁷⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 5 to T.R.S. Allan*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 329-332. Merece transcrição o seguinte trecho: *An interference with a constitutional right that is not justified by substantive reasons violate the constitutional right. This violation cannot be justified with the argument that to allow it would enhance the competences of the legislature*.

¹⁴⁷⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 5 to T.R.S. Allan*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 329-332, p. 331. No original: *The only point of importance in the present context is that, while not directly participating in the balancing of substantive principles, formal principles are nevertheless present in that they establish*

Com essa manifestação, parecem respondidas as críticas quanto à existência e função dos princípios formais, assim como quanto à sua aplicabilidade na ponderação.

9.3.2. Da dogmática dos espaços

A atividade de ponderação e, por meio desta, de edificação de normas de direito fundamental para a solução de casos, especialmente no âmbito do controle de constitucionalidade evoca, de plano, a questão da primazia da constituição, enquanto fundamento de validade formal do direito infraconstitucional e a questão do seu controle. Em função, porém, da vinculação material e da inclusão de normas de caráter principiológico no texto constitucional – e a inevitabilidade da ponderação, como já mostrado –, surge a necessidade de pensar o fenômeno da expansão dos conteúdos constitucionais materiais, e, portanto, a controvérsia sobre em que medida possam e devam ser controlados.

Alexy encontra na dogmática dos espaços a possibilidade de harmonizar duas ideias de constituição, a saber, a de ordem jurídica fundamental da comunidade, referente ao aspecto em que contém a decisão de questões fundamentais, e enquanto constituição-quadro, referente àquilo que deixa em aberto.¹⁴⁷⁷

Distingue, com esse propósito, dois tipos principais de **espaço**: (1) **estrutural**, coincidente com aquilo que a constituição libera ou deixa livre definitivamente, correspondendo ao limite de toda a normatividade material da constituição e, conseqüentemente, ao limite negativo de toda atividade de controle do tribunal constitucional;¹⁴⁷⁸ e (2) **epistêmico**, que se identifica com a incerteza sobre a cognição

epistemic discretion. This is the sense of the admittedly unclear sentence '[p]rocedural formal principles can override substantive constitutional rights principles only in connection with other substantive principles'. The clause 'in connection with' refers to a second-order relation of a formal principle to a first-order relation between substantive principles, the latter marked by epistemic uncertainty.

¹⁴⁷⁷ Cfr. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71-92. A matéria relativa aos espaços também está desenvolvida em ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Separata de la **Revista Española de derecho constitucional**, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002.

¹⁴⁷⁸ Dentro do conceito de espaço estrutural, Alexy vê subdivisões em: a) o espaço de determinação da finalidade, quando o direito fundamental contém uma autorização para intervenção pelo legislador, seja selecionando finalidades, seja escolhendo a medida de sua realização, desde que atendida a

daquilo que é ordenado, proibido ou liberado pela constituição, ou seja, diz com o limite da capacidade de conhecer os limites da constituição.¹⁴⁷⁹

Registre-se, nesse tópico, que a teoria dos espaços de Alexy não representa uma completa inovação, uma vez que apenas agrega maior clareza e explicitude a alguns conceitos que já vinham sendo desenvolvidos pela jurisprudência e doutrina constitucionais alemãs, como o de conformação, prognose, prerrogativa de avaliação e espaço de avaliação ou estimativa.¹⁴⁸⁰

No que interessa primordialmente a este trabalho, destaca-se o terceiro tipo de espaço estrutural, que consiste no **espaço de ponderação**. A esse respeito, Alexy sustenta que, quanto aos subprincípios da idoneidade do meio e da necessidade, fica claro que traçam limites negativos ao legislador; porém, quanto ao terceiro subprincípio, o da ponderação (ou proporcionalidade em sentido estrito), a ordenação-quadro é preservada se é observado que **a ponderação não pode determinar tudo e também não pode aceitar qualquer coisa**, mas antes, deve seguir o procedimento estruturado em três passos,¹⁴⁸¹ escalonando-se a intervenção e a realização em graus (escala triádica),¹⁴⁸² e aplicando-se a lei da ponderação.

proporcionalidade; b) o espaço de escolha dos meios, que ocorre quando ao legislador se proíbe a intervenção e ainda se impõem deveres positivos, podendo ele escolher um meio dentre os igualmente bons para atingir o objetivo; e c) o espaço de ponderação, que condiz com o papel da proporcionalidade na dogmática-quadro. Cfr. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71-92. Borowski vislumbra, em se tratando das chamadas finalidades constitucionais relativas, onde ocorre outorga constitucional de competência ao legislador para dispor sobre a realização desta ou daquela finalidade, há também um espaço de fixação de finalidades (*Zwecksetzungsspielraum*) e, a par dessa, um espaço de fixação dos peso abstrato da finalidade. Cfr. BOROSWIKI, Martin. *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 126-127.

¹⁴⁷⁹ Compare-se, nesse tópico, KLATT, Matthias & SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

¹⁴⁸⁰ Compare-se, por exemplo, a bem elaborada construção de Hesse quanto à conformação e limitação de direitos fundamentais, tarefas que, em primeira mão, atribui ao legislador. O autor destaca, igualmente a prerrogativa de estimativa (*Einschätzungs prärogative*) do legislador em relação à prognose necessária à conformação do direito fundamental com vista à sua concretização, a qual se traduz na instituição de um espaço próprio de apreciação (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*), que não está sujeito ao controle da jurisdição constitucional. Cfr. HESSE, Konrad. *Bedeutung der Grundrechte*. In: BENDA, Ernst (Hrsg.) **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994, S. 154-156.

¹⁴⁸¹ O assunto foi examinado detalhadamente sob o item 7.

¹⁴⁸² O detalhamento da escalação triádica e da **fórmula peso** em geral encontra-se no artigo “*Die Gewichtsformel*”, de Alexy, datado de 2003, o qual está traduzido e publicado no Brasil na obra ALEXY,

O espaço estrutural da ponderação se evidencia quando no curso do procedimento se verifica que as classificações em graus resultam num empate, o que implica que a constituição não decide a colisão de princípios e libera o legislador para escolher, de modo a escapar ao controle do tribunal constitucional.

Isso tem relevância central para o tema desta tese na medida em que, havendo empate e, pois, liberdade de configuração pelo legislador, não pode o tribunal constitucional contrastar a norma legislada com uma outra norma que pudesse ser associada a um direito fundamental através de um procedimento de ponderação, como faria se os graus de intervenção e de realização do princípio contrário não estivessem em paridade.¹⁴⁸³

No que tange aos **espaços epistêmicos**, Alexy enumera dois tipos: **a) o espaço cognitivo empírico**, que diz com a incerteza sobre premissas empíricas, como ocorre frequentemente na verificação da necessidade e da idoneidade; para o exame da intervenção do legislador em direito fundamental, há de observar-se a **lei de ponderação epistêmica**;¹⁴⁸⁴ e **b) o espaço cognitivo normativo**, o qual contempla a incerteza sobre o limite do conteúdo material da constituição; nesse espaço os tribunais especializados exercem jurisdição constitucional material, em cooperação com o tribunal constitucional, mas sob vigilância deste.¹⁴⁸⁵

Robert. A fórmula peso. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, 131-153.

¹⁴⁸³ Ver a esse respeito a análise já realizada sobre as estruturas da aplicação do princípio da proporcionalidade (item 7.).

¹⁴⁸⁴ ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário - Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 91. Veja supra (item 7.3.) a redação da lei da ponderação epistêmica.

¹⁴⁸⁵ Como sumarizado por Alexy, a importância e o sentido da tarefa do tribunal constitucional são duplos: “Os problemas da constitucionalização deixam-se resolver em uma dogmática dos espaços. Essa descansa sobre duas colunas. A primeira, formam os espaços estruturais que expressam a limitação do conteúdo material da Constituição, a segunda, os espaços epistêmicos, pelos quais é transferida, em extensão limitada, jurisdição constitucional material aos tribunais especializados. Por tudo vela o tribunal constitucional federal com vista dupla. Uma é dirigida ao conteúdo constitucional material, a outra aos seus limites e incertezas.” Cfr. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário - Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 92. A questão da irradiação e da eficácia em relação a terceiros é abordada em ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 475 ff. Para mais elementos sobre a atuação do tribunal constitucional, ver acima itens 4.2.5. (exposição) e 4.3.1. (discussão crítica).

Em síntese, incumbe ao tribunal constitucional um papel insubstituível e decisivo para a preservação do conteúdo e da autoridade da constituição, sem prejuízo ao princípio democrático e às prerrogativas de cada função estatal (legislativa, administrativa e judiciária), ao mesmo tempo em que não deixa de estabelecer – através de associação – normas de direito fundamental que não estão diretamente estatuídas no texto constitucional, desde que observados os limites espaciais. Dentro deste, é de extrema relevância, no que tange à norma associada, o respeito que se há de mostrar em relação ao espaço estrutural de ponderação.

9.3.3. Precisão na ponderação: a fórmula peso

9.3.3.1. Apresentação da fórmula

A questão dos empates na determinação que pesos e importâncias, definitiva dos limites para a atividade do juiz na associação de normas de direito fundamental não estatuídas, ainda reclama aprofundamento.

Na apresentação que o próprio Alexy fez ao texto sobre a fórmula peso, no introito do livro “Constitucionalismo discursivo”, emprestou forte relevância ao tema e frisou o desenvolvimento experimentado na sua obra em geral, destacando que a fórmula vem **precisar** a lei da ponderação, de modo a contemplar mais adequadamente a possibilidade desses empates na ponderação.

Esse aspecto, por ser também decisivo para a limitação da possibilidade de extração de normas de direito fundamental associadas, merece um esclarecimento especial. A transcrição do texto de Alexy que segue serve a esse propósito:

A fórmula peso precisa a lei da ponderação pelo fato de ela distinguir, em cada lado, três fatores (...). Esses seis fatores somente se deixam pôr em relação com os meios da matemática. Desse modo, nasce uma fórmula peso que expressa o peso concreto de P_i ($G_{i,j}$). O peso concreto de P_i é o peso que P_i , no caso a ser decidido, tem relativamente a P_j . Na “Teoria dos direitos fundamentais”, somente a **primazia** concreta de P_i perante P_j e a primazia concreta de P_j perante P_i foi tratada sistematicamente (S. 82, página 92). Agora é acrescentado o empate ou a hierarquia igual que, para os espaços do dador de leis, tem importância decisiva.¹⁴⁸⁶

¹⁴⁸⁶ Cfr. ALEXY, Robert. Apresentação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 15. $G_{i,j}$ significa peso concreto

A fórmula peso, a qual apreende a estrutura da ponderação numa fórmula matemática, soa:

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

No tocante às variáveis da equação, $G_{i,j}$ designa o peso (*Gewicht*) concreto de P_i , ou seja o peso de P_i sob as circunstâncias do caso a decidir, relativamente ao princípio colidente P_j . Por seu turno, I_i representa a intensidade da intervenção em P_i por meio da medida M , cuja proporcionalidade está sob exame. I_j representa a intensidade da intervenção hipotética em P_j por meio da omissão da intervenção, portanto, mediante a não-intervenção em P_j . A intensidade da intervenção, por ser esta sempre concreta, é, por isso, também uma grandeza concreta. G_i e G_j designam, ao contrário, os pesos abstratos de P_i e P_j . O “peso abstrato de um princípio”¹⁴⁸⁷ P_i é o peso que condiz com P_i relativamente a outros princípios, independentemente das circunstâncias de um caso qualquer. S_i e S_j representam os graus da certeza (*Sicherheit*) de suposições empíricas sobre o que importa, no caso concreto, cada medida para a não-realização de P_i e realização de P_j .¹⁴⁸⁸

relativo em relação aos princípios P_j e P_i . Com relação ao conceito de primazia, é preciso esclarecer que ela consiste na posição de um princípio em relação a outro(s) que o faz ter a precedência na colisão, de modo a ser mais eficaz para a confecção da norma que decidirá o caso. Uma relação de primazia pode ser dita incondicionada, quando não depende das condições do caso e, portanto, um princípio determinado sempre terá a primazia em relação a outro, independentemente das condições de cada caso. Desse tipo de primazia se pode distinguir o da primazia abstrata, que diz respeito ao peso abstrato de certo princípio em relação a outro(s) princípio(s). Cfr. TEIFKE, Nils. *Flexibilität der Menschenwürde? Zur Struktur des Art. 1 Abs. 1 GG*, in: BÄCKER, Carsten; BAUFELD, Stefan. **Objektivität und Flexibilität im Recht. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie IVR**, im September 2004 in Kiel und im April 2005 in Hagen. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005, ARSP, Beiheft 103, S. 153. Teifke menciona ainda a existência de posição que defende a primazia abstrata absoluta, o que subtrairia algum princípio com tal característica de qualquer ponderação.

¹⁴⁸⁷ Sobre a definição de peso abstrato, Alexy observa o seguinte: “Muitos princípios da constituição não se distinguem em seu peso abstrato. Em alguns, todavia, é diferente. Assim, o direito à vida tem um peso abstrato superior do que a liberdade de atuação geral.” Cfr. ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 139.

¹⁴⁸⁸ TEIFKE, Nils. *Flexibilität der Menschenwürde? Zur Struktur des Art. 1 Abs. 1 GG*, in: BÄCKER, Carsten; BAUFELD, Stefan. **Objektivität und Flexibilität im Recht. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie IVR**, im September 2004 in Kiel und im April 2005 in Hagen. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005, ARSP, Beiheft 103, S. 153-154. Nils Teifke, em estudo que aproveitou a fórmula peso, observou que, havendo igualdade dentro de cada par de fatores, eles se neutralizam reciprocamente. Se se pode partir de que S_i e

A fórmula peso, assim desenhada, utiliza uma teoria da escalação¹⁴⁸⁹ que, segundo Alexy, “(...) é conveniente para a natureza discursiva do direito constitucional”;¹⁴⁹⁰ ela torna possível aquela transparência que se exige para poder discutir abertamente valorações levadas a termo na ponderação. Para efeitos de quantificação, é utilizada a escalação triádica dupla para os graus de intensidade e de importância, assim como se usa a triádica (simples ou dupla) para os de certeza. Provê, ainda, uma fórmula para a consideração de mais do que dois princípios em colisão, através da fórmula peso ampliada e, para o caso de mais direitos fundamentais em jogo, para uma fórmula peso completamente ampliada.¹⁴⁹¹

A relevância da fórmula peso não pode ser desmerecida, justamente por reunir, de forma prática e técnica, as cautelas extraídas pela teoria dos espaços e pelas leis da ponderação, para com isso permitir uma busca rastreável e controlável de soluções jurídicas no caso de ponderação diante de colisões de princípios.

Sua dificuldade se mostra particularmente mais profunda em se tratando da construção com normas de proteção, o que, todavia não representa, em princípio, razão suficiente para abandoná-la.¹⁴⁹²

9.3.3.2. Discussão da fórmula peso

9.3.3.2.1. Das objeções

A recepção da fórmula peso não poderia deixar de ser controversa, porquanto ela foi construída dentro de um contexto de polêmica acerca de uma construção teórica, como é o caso da ponderação de princípios dentro de uma teoria também debatida.

S_j são iguais e, logo, podem ser riscadas, o produto que resta no dividendo é o peso concreto não-relativo ou a importância (*Wichtigkeit*) de P_i : $W_i = I_i \cdot G_i$. (idem, S. 154).

¹⁴⁸⁹ Ver acima, item 7.3.

¹⁴⁹⁰ Cfr. ALEXY, Robert. Apresentação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 15.

¹⁴⁹¹ Cfr. ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 152-153.

¹⁴⁹² ALEXY, Robert. *Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz*. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 105-121.

Além disso, parte de seu caráter controverso advém da forma de apresentação, em que apela para a racionalidade que se associa aos instrumentos da matemática.

Jestaedt a considera um exemplo de como “aparências enganam”, uma vez que a precisão prometida finda por ser muito limitada, e a fórmula peso mais obscurece do que ilumina os limites de precisão no processo de ponderação.¹⁴⁹³ Receia também que, ao contrário da intenção da reconstrução de justificação de decisões, a fórmula peso contribua para esconder sob uma fachada retórica as decisões que são tomadas na resolução de conflitos.¹⁴⁹⁴

Há igualmente quem, como Sieckmann, a entenda desnecessária e pouco produtiva enquanto substituto de um esquema dedutivo, porque, assim como este, pode conduzir a resultados irracionais se as premissas estiverem incorretas; desse modo, assim como o aspecto central do êxito de qualquer decisão racional reside no emprego de premissas adequadas, na ponderação a aplicação da fórmula não dispensa nem substitui a exigência de uma estimativa pertinente dos fatores de ponderação relevantes; além disso, não exclui que se possa ter sucesso numa ponderação racional sem o emprego da fórmula na fundamentação de pesos concretos e relações de precedência.¹⁴⁹⁵

Sieckmann vai mais longe, para afirmar que a fórmula peso de Alexy, por depender da adequação das quantificações feitas em relação a cada fator de ponderação, pressuporia uma tese latente de um conteúdo essencial a ser respeitado em cada ponderação.¹⁴⁹⁶

¹⁴⁹³ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.163.

¹⁴⁹⁴ Cfr. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 165. Essa crítica soa similar à formulada por Aleinikoff à ponderação (*balancing*) em geral, a qual ele reputa, além de metodologicamente vazia, potencialmente manipulativa, sobretudo pelo fato de que o ponderar pressupõe, contra as evidências, a viabilidade de se estabelecerem e aplicarem escalas objetivas de avaliação e comparação. Cfr. ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 5 (apr., 1987), p. 982 ss.

¹⁴⁹⁵ Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 53. O autor entende que a formação de quociente entre os pesos concretos é supérflua para se obter uma relação de precedência.

¹⁴⁹⁶ Cfr. SIECKMANN, Jan-Reinard. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 53.

Sieckmann também questiona, em geral, se uma posição cognitivista para a racionalidade de decisões mediante ponderação, como a esposada por Alexy na defesa da fórmula peso, tem coerência com a concepção procedimental básica defendida na teoria do discurso sobre fundamentação de normas. Em seu lugar, sugere uma concepção autônoma das ponderações, que seria compatível com a variedade dos possíveis resultados e elidiria o problema da comensurabilidade dos critérios utilizados na ponderação.

Parte importante do debate, portanto, diz com o estabelecimento de uma escala para a definição de valores numéricos a considerar no cálculo.

Além da dificuldade inerente à comensurabilidade, a possibilidade de construção de escalas pressupõe que se possa estabelecer quantificações no universo de realidades contínuas e não discretas, o que também é discutível.

9.3.3.2.2. Da resposta

Preliminarmente, como o próprio Alexy adverte, a fórmula não pode ser supervalorizada, porquanto não representa uma varinha de condão para a solução de casos difíceis, nem implica a substituição do argumento por contas; apenas possibilita que as relações matemáticas sejam usadas a serviço do direito constitucional, para operá-lo de forma racional, tornando a matemática uma criada – não uma senhora – em relação àquele.¹⁴⁹⁷

Porém, o seu desempenho não parece irrisório, nem supérfluo, desde que se tenha em mente a preocupação em conferir controlabilidade e, pois, racionalidade às operações com princípios.

Quantificar fatores, portanto, confere transferência a operações que, de outro modo, estariam obscurecidas, seja quanto à identificação de ingredientes da valoração feita, seja quanto ao peso específico concretamente atribuído.

¹⁴⁹⁷ Cfr. ALEXY, Robert. Apresentação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 15-16.

Embora não se deva ignorar a dificuldade e o risco em estabelecer quantidades em realidades contínuas, é certo que a jurisprudência tem logrado estabelecer relações de precedência e, mais, utilizado adjetivações que implicam uma graduação, como Alexy demonstrou à sociedade em diferentes textos.

A respeito das pressuposições filosóficas inerentes à fórmula peso, em verdade, parece que o cognitivismo que Sieckmann reprocha no tema da ponderação constitui variante mais compatível com a teoria geral da argumentação jurídica sustentada por Alexy, a qual não pode ser considerada puramente procedimental.¹⁴⁹⁸

9.4. Resultado parcial (item 9.)

Ainda que todas as cautelas sugeridas anteriormente para a extração de NDFAs, não há repouso nessa área. No entanto, apesar de as críticas atingirem diversos aspectos desse conceito, o balanço parece positivo.

Em momentos anteriores, ainda no campo da filosofia prática e na filosofia do direito, emergiu a hipótese de que a proposta alexyana de operar argumentativamente no plano das normas de direito fundamental poderia resultar num desastroso enfraquecimento desse tipo especial de direito. Se pois, a despeito de todas as cautelas, a NDFA levasse ao solapamento dos direitos fundamentais, haveria de ser abandonada.

Porém, tem-se por demonstrado que os remédios sugeridos conferem uma chance significativa de se obter resultados racionais.¹⁴⁹⁹ A ponderação, ordenada de acordo com as leis da ponderação e com as precisões¹⁵⁰⁰ possibilitadas pela fórmula peso pode ser feita, observados os limites postos pela dogmática dos espaços,¹⁵⁰¹ e ao ser levada a

¹⁴⁹⁸ Ver acima, a diferenciação feita em relação a teoria procedimentais puras, item 3.2.4.2.5.2.

¹⁴⁹⁹ ALEXY dedica a essa crítica uma atenção especial, que aparece no texto “Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade”, correspondendo a um artigo publicado em 2002 na revista *Ars Interpretandi*, p. 113-115, traduzido ao português no seguinte livro: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 105-116.

¹⁵⁰⁰ Diz Alexy: “A fórmula peso é uma precisão da lei da ponderação, que já se encontra na ‘Teoria dos direitos fundamentais’, do ano de 1985 (S. 146, versão espanhola: página 160 e seguinte).” Cfr. ALEXY, Robert. Apresentação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 15.

¹⁵⁰¹ Klatt e Schmidt aprofundaram a relação dos espaços com a fórmula peso, sobretudo quanto ao tema da determinação de graus de incerteza na classificação da intensidade de intervenção. Tanto que sugerem um refinamento da segunda lei da ponderação para a seguinte redação: “Quanto mais gravemente pesar a intervenção num princípio P_i , tanto mais certas têm de ser aquelas premissas que sustentam a

termo, reforça o vigor normativo dos direitos fundamentais, agregando-lhe a elasticidade e resistência necessárias para solucionar os variáveis e complexos casos da vida real.

9.5. Resultado parcial adicional quanto à definição da NDFA

Em momento anterior, obteve-se, para fins de trabalho, uma definição provisória da NDFA.¹⁵⁰² Submetida ao crivo da discussão de sua utilidade científica em face de alternativas teóricas disponíveis, assim como de suas bases filosófico-práticas, filosófico-políticas e filosófico-jurídicas, revelou-se consistente. Por sua vez, a explicitação e a discussão dos conceitos mais importantes da definição – como fundamentação, argumentação, norma, direito fundamental, princípio, ponderação, regra e subsunção – tornam o conceito apto à aplicação, de modo que se pode reputar assentada a definição anteriormente sugerida a título precário.

classificação da intensidade de intervenção I_i .” Cfr. KLATT, Matthias & SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, S. 104. No original: *Je schwerer der Eingriff in ein Prinzip P_i wiegt, desto sicherer müssen diejenigen Prämissen sein, die die Einstufung der Eingriffsintensität I_i tragen.*

¹⁵⁰² A NDFA era então definida 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 o qual pode ser subsumido o mesmo caso e também outros do mesmo tipo”. (Veja item 1.4.)

10. Aplicação prática da NDFA

10.1. Considerações gerais

Após o estudo precedente acerca da NDFA quanto às bases teóricas e características dinâmicas, resta agora examinar, ainda que brevemente, a sua aplicação.

Primeiramente, será adotada a abordagem direcionada à definição do espaço de emprego da NDFA, conforme concebida e analisada acima.

Num segundo momento, haverá lugar para o estudo de alguns casos em que se averigua a possibilidade de que a NDFA seja empregada com sucesso e correção como ferramenta na casuística do STF.

10.2. Espaço da NDFA

10.2.1. Ambiente e oportunidade da construção da NDFA

Restou discutido acima o mecanismo central da obtenção da NDFA, e também um dos seus pilares arquitetônicos, o princípio da proporcionalidade, bem como a regra especial que se constrói no procedimento.

Torna-se, então, oportuno estudar, num viés voltado à utilidade, a ambientação normativa dessa construção, o que levanta novos e sérios problemas, na medida em que revolve temáticas igualmente controvertidas, como o controle da constitucionalidade e a irradiação, que comungam do problema da justiciabilidade dos direitos fundamentais.

10.2.1.1. NDFA e justiciabilidade

A prestabilidade da NDFA para a aplicação repousa em característica dinâmica derivada da sua regulatividade, que é a sua possível justiciabilidade, isto é, a capacidade de armar uma pretensão judicial viável.

Ainda que não se ignore a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a operatividade judicial de maior relevo liga-se à possibilidade de subjetivação. Erguem-se, por isso, as seguintes indagações: (1) Ela se faz possível? (2) Se sim, em que medida?

A justiciabilidade liga-se à vinculatividade dos direitos fundamentais, porém não se confunde com ela.

Uma vez extraída a NDFA, apresenta-se a questão da vinculatividade inerente ao direito fundamental e, portanto, da incidência do exame da validade dos atos jurídicos que dela divirjam ou com ela entrem em rota de colisão. Com efeito, a vinculatividade resulta da norma fundamental que impõe a vinculação de todos os poderes e órgãos aos direitos fundamentais, seja por norma expressa nesse sentido, como o art. 1º, alínea 3ª, da LF, ou por atribuição de caráter vinculante a um catálogo de direitos fundamentais por força da sua inserção em texto constitucional. Desse modo, a violação de uma norma de direito fundamental pode ser apurada por algum órgão judicial de controle,¹⁵⁰³ mas isso pressupõe, segundo Alexy, a possibilidade de serem associadas às determinações de direito fundamental normas de direito fundamental justiciáveis.¹⁵⁰⁴ Um texto de Alexy assim coloca a questão:

Mas, então, aquele que toma a sério a cláusula de vinculação do art. 1º, alínea 3ª, da Lei Fundamental pode associar às determinações de direito fundamental somente normas que sejam passíveis de controle judicial constitucional e, neste sentido, juridicamente vinculantes. Isso significa que um conceito de acordo com a constituição e nesse sentido correto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais apenas então pode surgir quando para eles só forem contadas normas juridicamente vinculantes, isto é, justiciáveis.¹⁵⁰⁵

¹⁵⁰³ Com relação ao exame e efeitos dessa violação, veja-se o estudo comparativo realizado em PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

¹⁵⁰⁴ ALEXY, Robert. *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 265-266.

¹⁵⁰⁵ ALEXY, Robert. *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 266. No original: *Dann aber kann der, der die Bindungsklausel des Art. 1 Abs. 3 GG ernst nimmt, den Grundrechtsbestimmungen nur Normen zuordnen, die verfassungsgerichtlicher Kontrolle fähig und in diesem Sinne rechtlich bindend sind. Das bedeutet, dass ein dem Grundgesetz entsprechender und in diesem Sinne richtiger Begriff der objektiven Dimension der Grundrechte nur dann entstehen kann, wenn zu ihr nur rechtlich bindende, d.h. justitiable Normen gerechnet werden*. O artigo pode ser acessado em português em ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos e como normas objetivas. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 199-218.

Porém, o próprio Alexy afasta a redução do conteúdo das normas de direito fundamental a esse espectro do justiciável, o que faz através da lembrança das normas que contêm conteúdos ideais e apresentem caráter principiológico. Ou seja, os direitos fundamentais com caráter de princípio contemplam conteúdo ideal. A diferença entre o conteúdo principiológico e o juridicamente não-vinculante reside justamente em que, segundo o autor, o primeiro deve ser inserido em ponderações, enquanto o segundo não.

Uma NDFA, tomada em sentido próprio, como acima definido,¹⁵⁰⁶ obtida num procedimento concreto, envolvendo ponderação de princípios e o balanço dos argumentos correlacionados a um caso, assim se apresenta como justiciável. Do contrário, não teria reunido conteúdo de fixação vinculante, ou o engate a uma determinação de direito fundamental com lastro constitucional tenha falhado, o que, em ambos os casos, pode ser caracterizado como um insucesso na construção da NDFA.

O domínio da justiciabilidade da NDFA, em verdade, encontra-se no conjunto de fixações do que é ordenado, proibido ou permitido no texto constitucional, para além do que diretamente está estatuído, o que há de ser apurado caso a caso, como já anteriormente apontado, no exame das peculiaridades da regulatividade da NDFA.

O exemplo dos direitos sociais fundamentais – acima visto como um lugar por excelência de afloramento de NDFA – serve para aclarar essa questão. Tal exemplo propicia o apontamento de uma característica operacional relevante daquela. Trata-se do seu papel decisivo para a subjetivação dos direitos, e, particularmente, dos direitos fundamentais em matérias de baixa densidade regulativa do texto constitucional. Ela permite conciliar o caráter de princípio das normas fundamentais e a sua impositividade, ou seja, permite estabelecer a justiciabilidade dos direitos prestacionais em tela, mas não só destes.¹⁵⁰⁷

¹⁵⁰⁶ Ver acima item 9.5.

¹⁵⁰⁷ Não se diz aqui que as normas associadas sempre correspondam a direitos subjetivos, porquanto podem corresponder a outros tipos de posições dentro do conceito de direito fundamental, tomado como feixe de posições. Ver acima item 6.2.2.2.

10.2.1.2. NDFA e controle de constitucionalidade

Como anteriormente dito, a ligação interna entre a NDFA e a vinculadade geral dos direitos fundamentais desemboca no problema do controle judicial daquela vinculatividade, o que se realiza de modo particularmente solene no campo do controle da constitucionalidade.

Deveras, uma vez que a constituição estabeleça que as normas de direito fundamental vinculam o legislador e o administrador (além do julgador) e, assumindo-se o reconhecimento de estatuto de norma de direito fundamental à NDFA, está determinada a inescapável união desta última com toda a problemática do controle da constitucionalidade. Dito de outro modo, como o faz Klatt, “[a] ponderação concerne à dimensão metodológica da revisão constitucional.”

Por um lado, essa circunstância representa ensejo para a conhecida crítica de Böckenförde no sentido de que a operação com princípios e – acrescente-se, a consequente extração de uma NDFA como resultante da ponderação – implica a expansão indevida da constituição, à revelia do direito ordinário.¹⁵⁰⁸

É claro, por outro lado, que não faltará quem conteste que a NDFA tenha idêntico status de direito fundamental que as determinações imediatamente postas no texto constitucional.

De um ponto de vista estático, analisando-se *prima facie* o conteúdo de direito constitucional de uma ordem dada, é difícil recusar uma diferença de status, ante o primado do texto. Todavia, a normatividade apresenta aspecto dinâmico e pragmático, porque a interpretação se enlaça à argumentação e se desenvolve em níveis que não se resumem à superfície do texto. Somente ao final do procedimento de interpretação é que se poderá afirmar a existência da condição de norma de direito fundamental até mesmo para aquilo que teor literal do texto parece consagrar como óbvio direito fundamental.¹⁵⁰⁹

¹⁵⁰⁸ Essa crítica está discutida nos itens 6.2.2.4.2.4. (teoria dos princípios em geral) e 7.5.1.3.2.1.2.2. (desempenho da proporcionalidade).

¹⁵⁰⁹ Ver acima a relação entre interpretação e argumentação (itens 3.2.2.2 e 3.2.7.).

Além da questão da vinculatividade da NDFA, a conexão desta com o controle da constitucionalidade se vislumbra, também, pela sua colagem ao princípio da proporcionalidade, na medida em que esse último exerce um papel central nessa área enquanto ferramenta de revisão de atos legislativos com respeito a possível excesso na intervenção em direitos fundamentais ou insuficiência da proteção.¹⁵¹⁰

Disso não segue, porém, que a NDFA esteja exclusivamente voltada para o controle da constitucionalidade, como sugere Pulido, quando dá a entender que a concreção somente está destinada a estabelecer a norma associada relevante, definida como aquela que, ou é idêntica à norma infraconstitucional sob exame (e esta então é declarada constitucional), ou então é contrária, de modo que se impõe a declaração de inconstitucionalidade. Pulido, dessa maneira, assimila “compatibilidade” à “identidade”.¹⁵¹¹

Contudo, pode-se cogitar, diversamente, de normas associadas que tão somente sejam compatíveis (mais amplas, ou coextensas, mas alternativas, ou simplesmente indiferentes) em relação à lei examinada, ainda que não idênticas à mesma.¹⁵¹²

Esta última possibilidade – norma associada nem contraditória nem idêntica à norma legal impugnada quanto à constitucionalidade – é mais bem equacionada pela teoria dos espaços, por conferir ao legislador maior abertura e amplitude para a atividade configuradora, e, assim, emprestar maior extensão à presunção de constitucionalidade.¹⁵¹³

¹⁵¹⁰ Cuida-se de temas já exauridos no item 7.

¹⁵¹¹ Ao invés de identidade, o controle da constitucionalidade opera com o conceito de relação de compatibilidade: se ela está presente, há constitucionalidade; do contrário, há inconstitucionalidade.

¹⁵¹² Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 120. Transcrevo: *En este caso, cuando se declara la inconstitucionalidad de la ley examinada, es porque se ha concretado una norma adscrita contraria a la que había sido actualizada por el Legislador. Por el contrario, si se declara la constitucionalidad de la ley examinada, es porque se ha concretado una norma adscrita idéntica a aquélla que había sido actualizada por la ley.*

¹⁵¹³ Cfr. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 130-131. Não por acaso, Pulido parece converter essa presunção num princípio entre outros a serem ponderados, o que talvez decorra de que no exame do princípio ele utilize cinco passos, e tome a própria lei questionada como objeto do teste de idoneidade, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* da lei, ao invés da medida por ela proposta. Os cinco passos do procedimento são os seguintes, na ótica do autor: 1) a adscrição *prima facie* de uma norma de direito fundamental, e, de sua posição respectiva, a uma disposição de direito fundamental; 2) a verificação de que a lei examinada no controle de constitucionalidade constitui uma intervenção no âmbito da disposição de direito fundamental relevante; 3) o exame de idoneidade da lei; 4) o exame de necessidade da lei; 5) o exame da proporcionalidade em sentido estrito da lei. Como se vê, Pulido coloca o foco na lei (não na medida), o que pode conduzir a equívocos, porque seguramente a necessidade de

As demais questões quanto as reflexos do exercício do controle da constitucionalidade com base no princípio da proporcionalidade, bem como o emprego da ponderação nessa área e, por fim, o impacto desta na política foram apreciados acima.¹⁵¹⁴

10.2.1.3. NDFA e irradiação

Além do aparelhamento do controle de constitucionalidade, onde os direitos fundamentais marcam a verticalidade de sua força vinculante em face do direito ordinário, a questão acerca da justiciabilidade da NDFA reflete-se no plano infraconstitucional, através do fenômeno da irradiação ou do efeito contra terceiros.

Essa controvérsia não foi diretamente enfrentada por Alexy em relação especificamente à NDFA. Todavia, não se pode ignorar a atuação da NDFA nesse âmbito, porque, a “Teoria dos direitos fundamentais” expressamente procura explicar o fenômeno da irradiação e, mais do que isso, atribui-lhe uma posição de relevância.¹⁵¹⁵ Como Alexy sustenta, somente se pode compreender efetiva e precisamente o efeito dos direitos fundamentais e das normas correspondentes no sistema jurídico quando se consegue reconstruir corretamente a forma de sua atuação ao nível do direito civil.¹⁵¹⁶

A relação entre NDFA e o efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*), porém, torna-se mais clara quando se verifica a forma como Alexy a constrói, fazendo-o justamente na inserção dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no bojo do sistema jurídico, logo após assentar a fundamentalidade daquelas. Utiliza

uma lei não implica necessariamente a necessidade daquela medida que foi endossada pela lei. Isso pode embaralhar conceitos como de reserva legal e regulamentação, apenas para citar um exemplo. Lothar Michael também propõe um procedimento de cinco etapas, mas um pouco diverso do recomendado por Pulido, e mais próximo da proposta de Alexy. Neste mesmo trabalho, pode ser compulsada a sua sugestão, no tópico referente a cautelas na aplicação dos diferentes modelos de argumentação com base no princípio da proporcionalidade (item 7.). Cfr. MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189-206.

¹⁵¹⁴ Sobre as questões gerais de teoria política implicados pela NDFA, veja-se o item 4; sobre a proporcionalidade e críticas ao seu emprego, veja-se o item 7.

¹⁵¹⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 475 ff.

¹⁵¹⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 484-485. Diz Alexy, no original: (...) *weil ohne die richtige Konstruktion ein treffendes Bild der Wirkung der Grundrechte und Grundrechtsnormen auf das Rechtssystem nicht möglich ist.* (Idem, S. 485.)

para tanto o termo efeito perante terceiros ou horizontal (*Dritt- oder Horizontalwirkung*).

Antes de tudo, há que se afastar a versão axiologizante própria da concepção de que os direitos fundamentais constituam uma ordem de valores objetiva, a determinar o restante do sistema por meio de normas dela diretamente derivadas. Em lugar de valores, propõe trabalhar com os princípios, porém, reputa insatisfatório conceber um modelo de princípios de alto nível de abstração que sejam associados às determinações de direito fundamental e irradiem para todo o sistema. Prefere reformular o problema, dividindo-o em dois: (1) de **construção**, para responder “como” se dá a irradiação; e (2) de **colisão**, ou material, sobre “qual a sua abrangência”.

A **construção** é desenvolvida a partir, conjuntamente, da análise das três correntes doutrinárias acerca do tema, cujos acertos e contribuições parciais, assim como suas limitações, reúnem-se num modelo composto de três níveis, que são correlacionados com decisões paradigmáticas do TCF.¹⁵¹⁷

Da análise comparativa das construções obtém-se, então, a equivalência dos seus resultados do ponto de vista do direito judicial e o compartilhamento da característica de que, embora de alcances diferentes, em algum momento todas as construções admitem **ponderação**, a qual pode levar a regras segundo as quais determinados direitos fundamentais em determinados domínios experimentam um recuo total ou significativo. No aspecto **material** emergente da comparação das construções, portanto, a questão está em como regular o convívio entre um direito fundamental com caráter de princípio e as regulações do direito ordinário.

¹⁵¹⁷ Mostra, assim, a insuficiência da teoria dos efeitos meramente indiretos, onde, pelo destaque à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o efeito se resume à simples influência na interpretação (Dürig); também aponta, na perspectiva inversa, a insatisfatoriedade de um efeito imediato e absoluto (Nipperdey) que tornasse dispensável o direito civil; também afasta a alternativa de compreender todas as violações aos direitos fundamentais dos cidadãos como intervenções ilícitas do estado por força do status negativo (Schwabe). Os textos clássicos dos autores aqui referidos encontram-se acessíveis em português sob o título HECK, Luís Afonso (org./rev.). **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. Os três níveis, que não possuem entre si uma relação hierárquica mas de mútua implicação, são assim definidos: (1) dever estatal, que é focado pela teoria dos efeitos indiretos com apoio na decisão Lüth; (2) direitos em face do estado (status negativo), que é enfatizada por Schwabe e reforçada pela parte dispositiva da sentença Lüth; e (3) das relações jurídicas entre sujeitos privados, onde se extraem deveres de proteção do estado, como iluminado pelo caso Blinkfüer.

Com relação a isso, um ponto central, enfatizado pelo autor, é que não se pode negar a irradiação por mera referência à autonomia privada, porquanto esta é protegida e configurada desde o direito fundamental. Da mesma forma, a simples alusão ao papel mediador do direito civil não exclui a irradiação e nem o seu efeito imediato, cuja possibilidade se desenha por contraste com a hipótese da inexistência desse efeito.¹⁵¹⁸

O direito fundamental, contudo, em muitos casos comporta diferentes possibilidades de concretização, de modo que, se por um lado existe a probabilidade de violação de alguma de suas potenciais concretizações, ao mesmo tempo, por outro lado, levantam-se limites à liberdade do julgador, pela incidência da primazia *prima facie* devida em favor da normatividade assentada autoritativamente.

Isso implica que, nas ponderações a serem feitas, é preciso observar os princípios formais, que justificam a atribuição de um ônus argumentativo a ser suportado pelo juiz que, com base em princípios fundamentais, pretenda afastar-se do autoritativamente posto, ou seja, da vinculação à lei, ao precedente e à dogmática.

Havendo sido estabelecida a irradiação, resta ainda indagar se, na hipótese de violação de um direito sustentado por direito fundamental intitulado por terceiro, considera-se violado algum direito fundamental deste terceiro, ou então que restou violado um direito privado constitucionalmente necessário, integrante do feixe de posições do direito fundamental como um todo, e nesse sentido, por extensão também estaria violado este?

¹⁵¹⁸ O contraste aparece na seguinte transcrição: “Tal conceito de efeito imediato perante terceiros, porém, perderia o ponto decisivo, consistente em que os princípios de direitos fundamentais, em razão de sua influência no sistema de normas do direito civil, requerem ou excluem a existência de determinados direitos e não-direitos, liberdades e não liberdades, assim como competências e não-competências na relação cidadão-cidadão, os quais, sem a vigência desses princípios fundamentais, ou seja, apenas com base em um sistema de direito civil não influenciado por direitos fundamentais, não seriam considerados necessários ou impossíveis do pontos de vista do direito constitucional. Nesse sentido, há um efeito imediato perante terceiros.” Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 492-493. No original: *Ein solcher Begriff der unmittelbaren Drittwirkung würde aber den entscheidenden Punkt verfehlen. Dieser besteht darin, dass die grundrechtlichen Prinzipien aufgrund ihrer Einwirkung auf das System zivilrechtlicher Normen die Existenz bestimmter Rechte und Nicht-Rechte, Freiheiten und Nicht-Freiheiten sowie Kompetenzen und Nicht-Kompetenzen in der Bürger/Bürger-Relation fordern oder ausschliessen, die ohne die Geltung der grundrechtlichen Prinzipien, also allein auf der Basis eines grundrechtlich nicht beeinflussten Zivilrechtssystems, nicht als verfassungsrechtlich notwendig oder unmöglich ausgezeichnet wären. In diesem Sinne besteht eine unmittelbare Drittwirkung.*

Para Alexy, ambas as concepções são aceitáveis e possuem suas vantagens e desvantagens. Para o caso brasileiro, todavia, o questionamento assume proporções importantes, uma vez que faz depender da sua resposta a espécie de recurso (extraordinário ou especial) e o tribunal *ad quem* (STF ou STJ), haja vista a predominância, no STF, do entendimento de que somente a violação direta ao texto constitucional aparelha o recurso extraordinário.¹⁵¹⁹

No Brasil, além dessa peculiaridade acerca da organização judiciária na instância dita extraordinária, a questão se agrava pela opção do codificador civil de delegar ao juiz parte importante da configuração do direito privado através de janelas normativas amplas, como são a significativa remissão a princípios e a estatuição de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.¹⁵²⁰

Nessas aberturas do direito privado, portanto, tem lugar a irradiação de direitos fundamentais com caráter de princípio e, observados os princípios materiais e formais incidentes, cabe a ponderação e a edição de uma norma de solução do caso. Considerando-se que tal norma tem influxo de materialidade fundamental, parece que se

¹⁵¹⁹ Veja-se, a propósito, o seguinte julgado: Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. PASSAGEM AÉREA. FALTA OU DEFEITO DO SERVIÇO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. 1. A violação indireta ou reflexa das regras constitucionais não enseja recurso extraordinário. Precedentes: AI n. 738.145 - AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ 25.02.11; AI n. 482.317-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma DJ 15.03.11; AI n. 646.103-AgR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJ 18.03.11. 2. A alegação de ofensa aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se ocorrente, seria indireta ou reflexa. Precedentes: AI n. 803.857-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ 17.03.11; AI n. 812.678-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 08.02.11; AI n. 513.804-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 1ª Turma, DJ 01.02.11. 3. A Súmula 279/STF dispõe verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 4. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 5. In casu, o acórdão originariamente recorrido manteve a sentença monocrática que julgou procedente o pedido da ora recorrida condenando a recorrente ao pagamento da quantia de R\$ 1.556,04 (Um mil e quinhentos e cinquenta e seis reais e quatro centavos), por danos materiais, bem como ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de indenização por danos morais. 6. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, STF, ARE 681000 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012).

¹⁵²⁰ Sobre a relação entre cláusulas gerais do direito privado e o modelo de princípios, cfr. HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**: uma releitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 15-28.

pode também considerar, ainda que indiretamente, norma de direito fundamental associada, embora a ser aplicada no plano infraconstitucional.

Os problemas doutrinários e teórico-processuais que essa interpretação evoca, no entanto, escapam aos propósitos deste trabalho.

10.2.2. Resultado parcial (item 10.2.)

Todos os empregos da NDFA acima analisados configuram potencialidades decorrentes de capacidade e função regulatória, cujo uso correto ou equivocado ou ainda abusivo dependem em grande parte dos sujeitos que a aplicam e do arcabouço institucional em que são aplicadas.

Não há, como abundantemente demonstrado neste trabalho, obter resultados racionais na operação com o direito fundamental sem que haja pessoas dispostas ao discurso racional, bons argumentos e meios institucionais onde se possam veiculá-los com eficácia.

Nesse viés, convém analisar a jurisprudência do STF à luz das virtualidades técnicas exibidas pela NDFA.

10.3. Estudo de casos

O estudo da jurisprudência do STF parece mais promissor quando se inicia com a reunião de alguns casos difíceis, porquanto mais propícios ao dimensionamento da forma como o órgão judiciário local da guarda da constituição tem exercido essa importante função e, eventualmente, teve oportunidade de, expressamente, associar normas de direito fundamental ao texto constitucional. Além da característica do caso como difícil, outro fator de relevo na eleição dos casos consistiu na forma como o tribunal abordou o tema da relação entre moral e direito na construção dos fundamentos da decisão.¹⁵²¹

¹⁵²¹ Não se trata de estudo exaustivo, porquanto isso sequer seria possível nas circunstâncias deste trabalho e, também, porque possui a finalidade mais ilustrativa e comparativa do que uma reconstrução analítica de julgados.

10.3.1. Das uniões homoafetivas¹⁵²²

A ação direta de inconstitucionalidade protocolada sob o número 4.277-DF (ADI 4277), mediante reatuação da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 178,¹⁵²³ atraiu atenção geral da opinião pública brasileira em face de algumas características particularmente explosivas: (1) objeto sensível, ligado à pretensão de reconhecimento de direitos a uma minoria no âmbito dos conflitos de gênero, com choque de mundividências e controvérsias acerca de moral e religião; (2) constatação de resistência no próprio parlamento à solução legislativa, o que evoca o problema do chamado ativismo judicial;¹⁵²⁴ (3) caráter analítico do texto constitucional, em grande parte idêntico ao da disposição ordinária questionada (art. 1.723 do CC),¹⁵²⁵ o que trouxe embaraços à identificação do remédio jurídico-processual adequado e ensejava a discussão sobre a possibilidade de conflito dentro do corpo constitucional e, em caso de procedência, a efeito da correção do texto ou da norma.¹⁵²⁶

¹⁵²² Utiliza-se aqui o termo “homoafetivo” e seus cognatos, e não “homossexual”, como poderia ser preferível, ou “homorótico”, como ocorre em diversos textos, em face da opção realizada, no trato jurídico da questão posta, pelo Supremo Tribunal Federal. Compreende-se essa escolha, porquanto na questão jurídica sob comento está em causa não tanto a expressão em geral da sexualidade, em suas múltiplas variações e, sim, a constituição de laços afetivos de cunho duradouro por pessoas de mesmo sexo biológico.

¹⁵²³ Houve outra ação dessa natureza (ADPF 132-RJ), cujo julgamento iniciou em conjunto com a ADI 4277, a qual foi dada como prejudicada e conhecida, também, como arguição de inconstitucionalidade, e como tal julgada procedente, conforme decisão final de maio de 2011, com Relatoria do mesmo Min. Ayres Britto. Nesse caso, o STF também assentou interpretação conforme para legislação do Estado do Rio de Janeiro acerca de direitos em face da administração concernentes a pessoas em situação de relação homoafetiva.

¹⁵²⁴ Essa questão, por sua magnitude, não comporta exame aqui, senão sob o enfoque, já contemplado acima (em diversos lugares, especialmente sob os itens 7.5.1.3.2.1.2.2. e 6.2.2.4.2.5.) da questão da ampliação da jurisdição constitucional em decorrência da expansão dos conteúdos constitucionais e dos limites que a teoria da NDFA sugere.

¹⁵²⁵ CC - Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

¹⁵²⁶ Tanto é assim que, a título de fundamento da ação de inconstitucionalidade, não se indicou qualquer dispositivo do capítulo específico referente à família, tendo, ao invés disso, constado disposições do texto constitucional que estão localizadas entre os “princípios fundamentais”, ora especificados como fundamentos (art. 1º, inc. III – dignidade da pessoa humana) ou como objetivos da República (art. 3º, inc. IV - IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), ora ainda como direitos fundamentais de caráter principiológico, como a igualdade (art. 5º, *caput* - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...) e a liberdade de consciência (VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias:). É verdade que também se aduziu uma norma que possui uma determinação um pouco mais fechada, como é a da proibição de

A solução encontrada pelo relator e seguida pelo tribunal consistiu em converter a ADPF 178 (que não tinha propriamente disposição textual a embasar o preceito tido por violado) em ação direta de inconstitucionalidade para conferir interpretação conforme ao art. 1.723 do CC.

O julgamento, que se encerrou em 05-05-2011 (acórdão publicado no DJ em 14-10-2011),¹⁵²⁷ foi de procedência para conferir interpretação conforme ao art. 1.723 do CC no seguinte sentido:

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

A despeito da unanimidade do tribunal no dispositivo final, grandes divergências aportaram no enquadramento da controvérsia e na fundamentação da solução.

A primeira grande discussão diz com a própria forma de encaminhamento da demanda como ação direta de inconstitucionalidade para aplicação de interpretação conforme ao art. 1.723 do CC, uma vez que ausente dúvida sobre o conteúdo do texto. Mais, a disposição codificada pouco diferia, no teor, da norma constitucional que se punha a regulamentar, a saber, o art. 226, § 3º, da CF/88.¹⁵²⁸

subsvenção de religião (Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público), mas dela a ação apenas aproveitava o princípio da igualdade de crença e de tratamento subjacente no âmbito da crença religiosa.

¹⁵²⁷ A ementa encontra-se em anexo, item 1.

¹⁵²⁸ CF/88 - Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

(...).

Essa dificuldade foi demarcada em sede preliminar nos votos dos Ministros Gilmar Mendes¹⁵²⁹ e Ricardo Lewandowski.¹⁵³⁰ No mérito, todavia, houve convergência. Como a solução foi construída a partir de diferentes fundamentos, a ementa do julgado fez constar a menção à divergência quanto à compreensão e extensão da matéria examinada, ante a repulsa dos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso em catalogar a união homoafetiva como alguma das espécies de família da constituição.

O que interessa para o presente estudo, no entanto, reside na grande diversidade e dificuldade para a construção do argumento em favor da pretensão e, assim, de visualizar um contraste com uma solução pela via da NDFA.

Contudo, algumas considerações podem ser feitas.

Primeira, trata-se de um caso difícil¹⁵³¹ na acepção genuína do termo, porquanto o material autoritativo não fornecia uma solução jurídica para a proteção dos direitos de um contingente bastante significativo da população, após reconhecida alteração dos costumes. Por isso, a necessidade de avaliações adicionais e o apelo a princípios de alta abstratividade, como efetivamente se fez na fundamentação da ação.

Segunda, o caso revelou a importância de pelo menos duas considerações fáticas a título de premissas empíricas: (1) a existência de um contingente social significativo representado pela existência de dezenas de milhares de cidadãos autodeclarados conviventes em relação homoafetiva em censo do IBGE realizado recentemente (2010);¹⁵³² (2) o fracasso de projetos legislativos de regulação da matéria, em face da

¹⁵²⁹ A primeira parte do voto praticamente fulmina a possibilidade dessa via (interpretação conforme), tendo transcrito extenso e contundente artigo do doutrinador Lênio Streck, veementemente contrário à pretensão posta na ação. Na segunda parte, no entanto, acolhe a demanda ao fundamento de que haveria risco de interpretação do texto da norma civil como se contivesse uma proibição constitucionalmente não coberta.

¹⁵³⁰ Embora tenha concordado com a disposição final do acórdão, o Min. Ricardo Lewandowski claramente rejeitou o fundamento da interpretação conforme, tendo optado pela constatação de uma lacuna e proposto a sua colmatação por meio da analogia.

¹⁵³¹ O Min. Gilmar Mendes descreveu a situação dos casais homoafetivos, cuja proteção estava em causa, como um “limbo jurídico”.

¹⁵³² Vários votos, como o do Relator Min. Ayres Britto, do Min. Luiz Fux e do Min. Celso de Mello, consignaram a referência à contagem de 60 mil casais autodeclarados homoafetivos.

pressão de grupos de interesse contrários, ligados a entidades religiosas, ou seja, o insucesso de várias tentativas do estado em outorgar a proteção no plano legislativo para o grupo minoritário.

Terceira, a construção envolveu o enfrentamento da questão de como a moralidade se relaciona com o jurídico. Procedeu-se a um refinamento do conceito de moralidade, expurgando-o de injunções moralizantes ligadas a nichos culturais e religiosos avessos à dimensão moral própria que se encontra nos direitos humanos, enquanto reconhecimento da dignidade intrínseca do ser humano.

Quarta, a dificuldade da solução normativa em face de o direito brasileiro, curiosamente, ter optado por inscrever no texto constitucional uma proteção especial à família e, nesta, desceu a algumas minúcias sobre tipos de entidades a serem protegidas, fazendo-o pela inserção da cláusula relativa ao sexo dos integrantes da união (o homem e a mulher). A codificação civil viu-se, assim, compelida a seguir o mesmo arcabouço protetivo, mas dessa forma de proteção emergia um efeito excludente em relação a outras formas de agrupamento entre pessoas.

Por isso, a construção do argumento envolvia esquemas estruturais próprios da aplicação da proporcionalidade nos direitos fundamentais de proteção, mas, também, incidiam questões sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na tocante ao direito geral de igualdade, afora complexo tratamento do princípio da dignidade, igualmente invocado.

Uma dificuldade adicional dizia com o argumento da interpretação com base em texto e vontade, os quais são de valia *prima facie* no âmbito dos direitos fundamentais, mas que nos casos difíceis pouco têm a ajudar, segundo Alexy.¹⁵³³ Porém, o problema real do texto não estava na amplitude da proteção material outorgada, mas, sim, na delimitação específica, referida ao sexo dos endereçatários do direito (que outros comandos constitucionais proibiriam). E a vontade do legislador – o constituinte histórico – acusava o influxo de ideários religiosos na formatação do texto, a saber, na inclusão do dispositivo interpretando por iniciativa de parlamentar da bancada religiosa,

¹⁵³³ Cfr. ALEXY, Robert. *Reply 7 to Jan Henrik Klement*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 337.

particularmente interessado em afastar a possibilidade de reconhecimento de proteção constitucional como entidade familiar à união entre pessoas de mesmo sexo biológico.¹⁵³⁴

Da análise da decisão extrai-se que, embora fosse realmente difícil a construção de uma regra, seja para julgar improcedente a ação, seja para dar-lhe procedência, poderia ter havido uma estruturação mais adequada das ponderações e da analogia que efetivamente nortearam a solução.

A analogia foi expressamente aduzida e explicitada pelo Min. Ricardo Lewandowski. As ponderações afloraram em diversos votos, embora sem a estruturação explícita.

Assim, a norma do caso que se erigiu resultou não só da associação a diferentes determinações constitucionais, mas também de estruturas argumentativas paralelas, que praticamente não se comunicaram, embora a convergência final.

A par disso, na doutrina ouviram-se vozes críticas à solução engendrada, uma vez que, a rigor, o texto do art. 1.723 do CC não acusava polissemia nem contradição direta com a letra do art. 226, § 3º, da CF/88.¹⁵³⁵ Ingo W. Sarlet, por isso, entendeu ter havido verdadeira mutação constitucional pela via interpretativa, com posterior interpretação conforme do CC à luz do novo sentido reconhecido ao texto constitucional.¹⁵³⁶

¹⁵³⁴ O voto do Min. Ricardo Lewandowski transcreveu parcialmente a ata da deliberação em plenário correspondente, pelo qual restou claro que, por força da iniciativa de um parlamentar bispo de alguma igreja, inseriu-se o parágrafo em liça. Citou, para tanto, o Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209.

¹⁵³⁵ Ainda antes do julgamento, houve quem se opusesse publicamente à pretensão veiculada nas ADPFs 178 e ADI 4277, cfr. STRECK, Lenio Luiz et al. **Normas constitucionais inconstitucionais**, acessível em <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>., acesso em 26.09.2012. Os autores sustentaram o seguinte: “*Trata-se da (tentativa de) regulamentação de uniões homoafetivas via jurisprudência do STF, como se fosse possível fazer um “terceiro turno” no processo constituinte.*”

¹⁵³⁶ Assim se manifestou o autor: “Outro exemplo possível de ser enquadrado na categoria das mutações constitucionais pela via interpretativa pode ser vislumbrado no julgamento do STF sobre a exegese do dispositivo constitucional que trata sobre a união estável entre homem e mulher, que, a despeito do texto, foi estendido às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, inclusive para efeitos de interpretação conforme a constituição (ao novo sentido atribuído ao texto constitucional) do Código Civil.” Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang et alii. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 207.

Ocorre que a mudança do sentido do texto constitucional, levada a termo pelo STF, efetivamente constitui pressuposto da interpretação conforme que se afirmou, ao final.

Essa releitura do texto, para além e mesmo com efeito corretivo, passou pela analogia, como demonstrado pelo voto do Min. Ricardo Lewandowski. Seria possível reconstruir uma NDFa para essa interpretação?

A questão pode ser respondida em parte.

Com efeito, embora tenha sido citada no julgamento a “Teoria dos direitos fundamentais”, de Alexy, não se procedeu a uma estruturação analítica da decisão nos moldes por ele propostos.¹⁵³⁷

Todavia, como acima ilustrado, a analogia, ou raciocínio comparativo, constitui um dos esquemas legítimos e eficazes de interpretação e aplicação do direito, ao lado da subsunção e da ponderação, embora em interação necessária com estas. O que tem que ser analisado, portanto, é como se processou a analogia e o emprego dos demais esquemas.

O voto do Min. Lewandowski não efetuou a análise de todos os argumentos que pesaram na adoção da solução alvitrada, pela via analógica, mas parece ter aduzido os principais fundamentos.

Superada a questão técnica aventada, a melhor análise, no entanto, teria de ser feita pelo prisma da interpretação da igualdade, em esquema que foi acima explicitado. No caso, embora não dissessem, os ministros realizaram a aplicação do princípio da proporcionalidade na ótica da proteção e encontraram uma ausência de proteção com efeito discriminatório. Nesse sentido, embora não seja o escopo central deste trabalho e

¹⁵³⁷ Foram citadas, em verdade, duas obras, a saber: (1) ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Tradução de Luís Afonso Heck. In: **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999; e (2) _____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 395 e seguintes, 435 e seguintes. As citações foram feitas pelos Ministros. Luiz Fux e Gilmar Mendes, sendo que este último aduziu o conceito de representação argumentativa.

sem ignorar a dificuldade prática que acarretaria – mesmo porque não há notícia de que Alexy tenha explicitado e exemplificado como funcionaria a fórmula peso no caso de analogia –, parece que a reformulação da decisão com esse viés seria possível e, assim, poderia ser encontrada, como NDFA, a solução do caso.

Outra alternativa, que não passaria pela analogia, superada a questão inicial quanto à legitimidade de uma interpretação conforme, consiste em reconstruir a questão como ponderação de diversos princípios, com associação a diferentes determinações textuais, dentro de uma estrutura de direitos fundamentais de proteção.

O STF efetivamente encetou boa parte dessa via, ao encontrar que havia, na verdade, a possibilidade de que várias posições jurídicas se pudessem associar à determinação de direito constitucional do art. 226, § 3º, da CF/88. Havia pelo menos uma delas que implicava a estatuição de uma proibição, dirigida ao Poder Judiciário e à Administração, para que reconhecessem efeitos civis próprios do direito de família às uniões que não tinham o componente da diferenciação sexual que fora feita nesse parágrafo.

O STF não encontrou nesse dispositivo uma determinação de direito fundamental válida em favor de algum titular que, valendo-se da presença da diferenciação, pudesse pedir a proteção do estado contra quem não a possuísse ou que pudesse ser encontrada uma proibição no texto constitucional ao reconhecimento jurídico das relações homoafetivas.¹⁵³⁸ Essas alternativas seriam, de fato, leituras muito equivocadas, embora posições retrógradas pudessem ser definidas dessa forma, a saber, que ainda lessem aquele dispositivo como se estivesse e estatuir uma proteção especial em favor da família para defesa da moralidade e do status desta em detrimento de outros tipos de união, reputadas potencias ameaças àquela.¹⁵³⁹

Nesse tópico, o voto do Min. Marco Aurélio iluminou a questão da relação entre direito e moral, refutando, com base em Hart, a apreensão vulgar da moralidade como

¹⁵³⁸ O Min. Joaquim Barbosa ressaltou no seu voto que a CF/88 em nenhum momento proibiu o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas.

¹⁵³⁹ O Min. Luiz Fux, entre outros, afastou a alternativa de que o estado pudesse estar autorizado a reconhecer maior ou menor dignidade ou status a determinadas pessoas em razão de suposta superioridade moral.

aquela definida pelo senso do homem normal, ordinariamente vitimado por preconceitos. Tratou a questão em nível de proteção dos direitos fundamentais, mais particularmente do princípio da dignidade, pensada a partir da função contramajoritária do tribunal constitucional.¹⁵⁴⁰

De modo similar, o Min. Celso de Mello enfatizou esse papel de proteção das minorias contra maioria e trouxe também à baila os direitos fundamentais da igualdade, da liberdade e mesmo o da busca da felicidade, este último expressamente reconhecido pelo direito comparado, no caso, o direito norte-americano, e defendeu a outorga de proteção como uma hermenêutica construtiva. Ele afastou a hipótese de que o art. 226, § 3º, da CF/88, contivesse lacuna voluntária, impossível de ser preenchida; sustentou que se trata de norma inclusiva e não exclusiva.¹⁵⁴¹

O STF associou, portanto, ao dispositivo uma única norma de proteção, que é a dirigida em favor de quem reúna as condições nele estabelecidas, mas uma proteção em face do estado.

O restante da posição de proteção jurídica dos casais homoafetivos foi construído pelo STF por meio de uma conjunção de outras determinações de direito fundamental nítidas, com caráter de princípio, como a igualdade e a dignidade.

E o acerto da decisão do STF parece consistir nessa sofisticada solução de visualizar na posição de proteção a um grupo minoritário, desassistido no plano parlamentar, a partir da associação a um conjunto de determinações de direito fundamental, o que, como visto acima, não é estranho à técnica da NDFA, uma vez que se leve em conta que o TCF construiu da mesma forma grande parte dos direitos sociais a partir de outras determinações constitucionais.¹⁵⁴²

O Min. Gilmar Mendes efetivamente encaminhou a questão como direito de proteção, conquanto tivesse expressado sua resistência quanto à legitimidade da via eleita, e agregou importante argumento relacionado à insegurança jurídica resultante da

¹⁵⁴⁰ Do debate se extrai que se trata da função do tribunal de proteger os direitos fundamentais contra as decisões da maioria.

¹⁵⁴¹ De modo similar, o voto da Min. Carmen Lúcia.

¹⁵⁴² Cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 396.

precariedade e discrepância das iniciativas de proteção já conhecidas em algumas esferas administrativas.

O Min. Luiz Fux buscou, em seu voto, justamente construir um direito de proteção, tendo citado diretamente o conceito de Alexy a respeito. Ele trabalhou, no plano semântico, com o conceito de família, mas foi até o nível ontológico, onde encontrou o elemento característico do amor (não a possibilidade de reprodução) para estabelecer a subsunção inicial do caso, isto é, buscou estabelecer ponderações a partir da subsunção da união homoafetiva num conceito de família, para então verificar os princípios fundamentais incidentes relativamente à sua proteção.

Poderia ser alegado contra essa via que o conceito que interessava examinar é o normativo, isto é, aquele que se encontra fixado em normas do direito constitucional. E de fato, vários votos procuraram, desde o Relator, esse conceito normativo que pudesse abrigar as considerações subsequentes quanto à limitação da proteção expressa no parágrafo terceiro do art. 226.

Nesse afã, estabeleceu-se uma diferenciação entre um sentido mais adequado, que seria o do *caput* do mesmo artigo, e o especificado no parágrafo, que foi reputado excessivamente restritivo para efeitos de interpretação conforme.¹⁵⁴³

Em síntese, superada a questão do efeito de mutação constitucional e a despeito de algumas discrepâncias e do caráter não-analítico de algumas fundamentações, poderia ser reconstruída a decisão do STF na ADI 4277 em termos de NDFA.

10.3.2. Da chamada “marcha da maconha”

Outro caso que o próprio STF qualificou como difícil e que pode ser tratado do ponto de vista da ponderação de direitos fundamentais com caráter de princípio consta do objeto da ADI 4274 e que, na essência, se repete na ADPF 187. Em ambos os casos, o tribunal se debruçou sobre o pleito de interpretação conforme de legislação criminal

¹⁵⁴³ Daí a expressão inusitada na técnica mas relevante do Min. Relator, a ponto de constar da própria ementa, de um jogo de palavras para apontar a superioridade normativa do *caput*: “Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ‘entidade familiar’, não pretendeu diferenciá-la da ‘família’.”

referente a drogas em face dos direitos fundamentais da liberdade de reunião e de expressão. A diferença entre as ações constitucionais dizia com a legislação discutida, sendo no primeiro caso o § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006,¹⁵⁴⁴ e no segundo, o art. 287, do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (CP).¹⁵⁴⁵

No meio jornalístico, o tema foi batizado como a questão da “marcha da maconha”. Evidentemente, trata-se de uma simplificação de um debate profundo sobre direitos fundamentais e, em tese, presta-se para a análise de acordo com a NDFA.

Em ambos os casos, o tribunal deu pela procedência.

Na ADPF, o dispositivo, na parte essencial, tem a seguinte redação:

(...) o Tribunal julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (...).

Na ADI, por seu turno, foi estabelecido o seguinte:

Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas.

No tocante aos fundamentos, pode-se vislumbrar, primeiramente, que todos os votos fizeram alguma análise quanto aos limites e à restringibilidade de direitos fundamentais de caráter principiológico, afastando, portanto, a sua caracterização como regras e a atribuição de absolutidade.

¹⁵⁴⁴ Lei nº 11.343/2006 – Art. 33. (...)

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Penas - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

¹⁵⁴⁵ CP - Art. 287 - Fazer, publicamente, a apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Penas - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

A construção dos fundamentos e da forma da restrição, no entanto, não recebeu tratamento uniforme.

Houve diversas manifestações no sentido de que a restringibilidade dos direitos fundamentais mencionados haveria de passar por limites materiais ou substanciais da própria constituição.

Na fundamentação dos votos, a maioria centrou-se no desenvolvimento do princípio da liberdade de reunião, mas as construções foram diferentes.

O Min. Ayres Britto, relator da ADI 4274, trabalhou o direito de reunião como uma projeção da dignidade na cidadania. O Min. Celso de Mello, relator da ADPF 187, frisou a relação interna entre o princípio da liberdade de reunião com o princípio democrático e a liberdade de manifestação do pensamento. Nesse tópico, foi acompanhado pelo Min. Gilmar Mendes, que caracterizou o direito fundamental de liberdade de reunião como individual e, ao mesmo tempo, institucional, não podendo ser dissociado, na interpretação, da liberdade de expressão.

O que parece ter faltado foi uma visão estrutural da ponderação que, implicitamente, o tribunal realizou. A esse propósito, a estruturação da fundamentação da decisão final com base no princípio da proporcionalidade não se levou a termo, embora pudesse ter sido feita sem maiores dificuldades.

Sobre a proporcionalidade, aliás, somente houve menções passageiras.

O Min. Gilmar Mendes apenas referiu *en passant* o juízo de proporcionalidade a ser feito, ainda, quanto à criminalização da maconha e posicionou-se, quanto aos limites dessa discussão e da criminalização de outras condutas em geral, em favor do entendimento de que a Constituição de 1988 conteria determinados “mandatos de criminalização”,¹⁵⁴⁶ o que limitaria o campo do debate e a liberdade de atuação do tribunal.

¹⁵⁴⁶ Tese que procura, a exemplo do que o TCF encontrou ao estudar o aborto, extrair a necessidade da criminalização com vista à suficiência da proteção de determinado bem. No Brasil, a questão foi estudada em profundidade por Luciano Feldens. Cfr. FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; e _____.

O Min. Luiz Fux chegou a referir que, no caso de outras situações semelhantes, a pretensão de reunião e de realização de marchas para discussão aberta de temas altamente polêmicos, como a pedofilia, não teria êxito no teste do princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Porém, não submeteu expressamente o pedido feito nas duas ações ao mesmo exame.

Também não houve clareza nem uniformidade sobre quais princípios opostos ingressariam no juízo de proporcionalidade da restrição daqueles direitos fundamentais. Foram referidos avulsamente alguns bens coletivos, como a “paz social” (Min. Lewandowski), e a segurança pública, esta pela menção à exigência da pacificidade da reunião e também pelas referências aos fins da persecução penal de condutas.

Vários temas poderiam ter sido apreciados, como os princípios formais.

A esse propósito, o julgado apresenta uma forma interessante de utilização do princípio democrático na fundamentação. Ele não foi concebido como princípio formal, mas como materialmente embutido na liberdade de reunião e de expressão do pensamento, sugerindo que o tribunal, quanto a esse aspecto, utilizou uma teoria interna do tipo.

A conclusão do tribunal foi no sentido de que as razões de limitação opostas – embora não expostas cristalinamente quanto à identidade e peso – não superavam o peso dos princípios de liberdade de reunião e de expressão do pensamento. Por isso, fulminou o fundamento constitucional da criminalização da conduta de quem, pacificamente, se reúne em praça pública ou faz marcha pública, para discutir ou simplesmente para protestar contra a política criminal referente às drogas ou outros temas.

Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Todavia, essa tese carece de alguns cuidados quanto à extensão, porquanto da afirmação da necessidade de uma determinada proteção penal não se segue que o tribunal possa estabelecer punições à revelia da atuação do legislador e da observância dos princípios penais gerais, como legalidade prévia, estrita e certa, tipicidade etc.

Em, suma, parece correta a decisão, embora ela pudesse agregar maior transparência e justificabilidade se tivesse sido construída como NDFA, isto é, se tivesse sido estruturada adequadamente quanto à ponderação e se tivessem sido elencados os pesos dos princípios incidentes.

10.3.3. Da política pública do meio ambiente

Na ADI nº 4.029-4/DF, questionaram-se diversos dispositivos da Lei Federal nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, que dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, ao fundamento de violação do art. 62, § 9º, (inconstitucionalidade formal)¹⁵⁴⁷ e art. 225, *caput*, e § 1º e incisos (inconstitucionalidade material), ambos da CF/88.¹⁵⁴⁸

No caso, o tribunal julgou improcedente a ADI, afastando a inconstitucionalidade material; quanto à formal, declarou incidentalmente inconstitucionais dispositivos de

¹⁵⁴⁷ CF/88 - Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela EC nº 32, de 2001)

(...)

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela EC nº 32, de 2001)

¹⁵⁴⁸ CF/88 - Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(...)

Resolução do Senado que trata da aprovação de medidas provisórias, mas adotou técnica de modulação de efeitos.¹⁵⁴⁹

O argumento que norteou a decisão consistiu em que o tribunal não deveria se imiscuir na política pública em causa. Embora se trate de uma saída aparentemente evasiva e surrada, trouxe um elemento importante, que diz com a identificação de um **espaço epistêmico**. Veja-se, a propósito, a ementa, no item específico:

10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente.¹⁵⁵⁰

Embora não se tenha utilizado a expressão espaço epistêmico, é importante destacar da leitura do aresto que o STF entendeu de não ingressar no tema de fundo para fulminar a validade de disposições legais questionadas, por julgar que assim estaria interferindo em política pública na área ambiental, para o que não disporia de conhecimento técnico bastante.

Indiretamente, também aplicou princípio formal, ao reconhecer que o espaço do tribunal não era o idealizado pela constituição para o debate em torno da questão, ou seja, reputou que tal espaço ideado pela constituição estava inserido na competência do legislador para configurar a proteção ambiental.

Assim, o tribunal adotou uma atitude de *self restraint*, ao fundamento de que não dispunha de informações empíricas bastantes, ou pelo menos não melhores que as do legislador utilizadas na estruturação da normatividade.

¹⁵⁴⁹ Veja-se o resumo constante da ementa: “(...)11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo.” (ADI nº 4.029-4/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2012, DJ 27.06.2012)

¹⁵⁵⁰ BRASIL, STF, ADI nº 4.029-4/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2012, DJ 27.06.2012.

Essa compreensão está em sintonia com uma percepção interessante do tribunal quanto à relação entre sistema jurídico, princípio democrático e moralidade, manifestada pelo Relator. Com efeito, ele citou expressamente Alexy, ao afirmar que a abertura do sistema jurídico é para a moral, o que significaria que decisões importantes como a ambiental deveriam ser deixadas à apreciação legítima do povo, através dos seus representantes, no parlamento.¹⁵⁵¹

Curioso notar, igualmente, que o princípio da proporcionalidade não foi invocado nesse momento e, sim, somente na modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade formal incidental de resolução do Senado.¹⁵⁵²

De fato, como se colhe do voto do Min. Gilmar Mendes e do debate que se seguiu, o tribunal procurou, ao definir o destino das medidas provisórias indevidamente confirmadas, atentar ao princípio da segurança jurídica e à separação dos poderes.

Também demonstrou prudência o tribunal no exame do cumprimento, pelo Chefe do Poder Executivo, dos requisitos materiais da edição de medidas provisórias

¹⁵⁵¹ Eis a citação:

“Segundo Robert Alexy, o sistema jurídico é um sistema aberto em face da moral (Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. *passim*), precisamente pela necessidade de conferir significação a princípios abstratos como dignidade, liberdade e igualdade. Sendo assim, seria iniquamente antidemocrático afastar a participação popular desse processo de transformação do axiológico em deontológico.

Nesse contexto, a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira. Como o Judiciário não é composto de membros eleitos pelo sufrágio popular, sua legitimidade tem supedâneo na possibilidade de influência de que são dotados todos aqueles diretamente interessados nas suas decisões. Essa a faceta da nova democracia no estado brasileiro, a democracia participativa, que se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais. Sobre o tema, Häberle preleciona: “‘El dominio del pueblo’ se debe apoyar en la participación y determinación de la sociedad en los derechos fundamentales, no sólo mediante elecciones públicas cada vez más transparentes y abiertas, sino a través de competencias basadas en procesos también cada vez más progresistas” (em tradução livre: “O domínio do povo deve se apoiar na participação e determinação da sociedade nos direitos fundamentais, não somente mediante eleições públicas cada vez mais transparentes e abertas, senão também através de competências baseadas em processos também cada vez mais progressistas”. HABERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Madrid: Tecnos, 2002, p. 137).” (BRASIL, STF, ADI nº 4.029-4/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2012, DJ 27.06.2012, voto do Relator, p. 2-3. O argumento chama a atenção, na medida em que o conceito de abertura do sistema para a moral, em Alexy, não está diretamente relacionado à consequência da prerrogativa do legislador.

¹⁵⁵² Diz o Relator: “A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, primeiramente idealizada no direito norteamericano, com a admissão do prospectivo *overruling* nos casos *Linkletter v. Walker* (381 U.S. 618) e *Stovall v. Denno* (388 U. S. 293), não significa uma afronta à Carta Magna, mas uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5º, caput), sob o prisma do princípio da proporcionalidade.” BRASIL, STF, ADI nº 4.029-4/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2012, DJ 27.06.2012, voto do Relator, p. 17.

(relevância e urgência), tendo o Min. Gilmar Mendes enfatizado que o controle não pode ter intensidade tal que inviabilize o trato adequado no campo da política.

10.3.4. Da progressão de regime em crimes hediondos

Outra boa oportunidade que o STF teve para estruturar uma ponderação de princípios e obter expressamente uma NDFA consistiu no julgamento da constitucionalidade da legislação acerca do regime de cumprimento dos chamados crimes hediondos.

A questão diz com a compatibilidade, ou não, entre o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990¹⁵⁵³ e o art. 5º, inc. XLVI, da CF/88.¹⁵⁵⁴

O tribunal já havia enfrentado a questão e exarado decisões no sentido de rejeitar a tese da inconstitucionalidade, como no HC 69.657/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado ainda em 1992, onde utilizara um argumento semântico para afirmar que a individualização da pena pelo julgador não estava excluída pela determinação legal de regime integralmente fechado, uma vez que ele ainda poderia dar trato individual à pena com relação à sua intensidade.

Naquele julgado, o tribunal entendera, por maioria, que o exame das circunstâncias individuais do art. 59 do CP, como antecedentes, personalidade e outras,¹⁵⁵⁵ supria a exigência contida no comando constitucional.

¹⁵⁵³ Lei nº 8.072/1990 - Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

(...)

¹⁵⁵⁴ CF/88 - Art. 5º, inc. XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

(...)

¹⁵⁵⁵ CP - Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

No exame do Hábeas Córpus nº 89.959-7/SP, porém, o STF revisou o seu entendimento sobre o tema, conforme ementa que se transcreve:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

(HC 82.959-7/SP, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

O que se percebe de especial nessa tomada de posição é que o tribunal enfrentou a matéria no plano dos princípios e efetuou ponderação. Primeiramente, o Relator, Min. Marco Aurélio, que sempre votava vencido nessa questão, destacou que a individualização da pena constituía um princípio constitucional e, mais do que isso, uma garantia individual e, portanto, insuscetível até mesmo de reforma constitucional, por constituir uma das cláusulas pétreas.

Lê-se, pois, do voto condutor do julgado que o tribunal enfrentou a questão como um direito fundamental com caráter de princípio e, a partir disso, releu a vedação de progressão posta na lei.

O Min. César Peluso identificou a restrição semântica feita no julgamento anterior, ao reduzir o alcance do princípio da individualização da pena à sua dosimetria, olvidando a execução. E de fato, a tese de que o exame das circunstâncias subjetivas do art. 59 bastava para o atendimento do princípio da individualização da pena era especiosa, porquanto o inc. III do art. 59 remetia expressamente ao regime de cumprimento da pena como um dos itens obrigatórios da individualização judicial da pena.

O argumento central da nova posição encontra-se didaticamente exposto na seguinte passagem do voto do Min. Cézar Peluso:

Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia nomológica.¹⁵⁵⁶

Registre-se, também, que o tribunal fez um exame da finalidade da individualização de pena em relação ao cumprimento do regime, inspirando-se para tanto na principiologia da reforma de 1984, que tendia a reforçar o fim da ressocialização do preso. Concluiu, então, o STF, que a norma infraconstitucional rompia com a finalidade inserida no princípio constitucional.¹⁵⁵⁷

Poderia ter sido feita uma análise mais técnica, à luz do princípio da proporcionalidade, para, mediante a invocação dos princípios opostos (segurança jurídica e efetividade da persecução penal, provavelmente) e dos pesos respectivos, analisar a idoneidade e necessidade, bem como a proporcionalidade em sentido estrito da medida legislativa restritiva em face das finalidades da individualização da pena.

Se isso tivesse sido feito – e não seria dificultoso – certamente ficaria evidenciada a construção de uma NDFA que estabelece a precedência das finalidades da individualização em relação razões em contrário e, portanto, que era desproporcional a restrição à progressão de regime.

¹⁵⁵⁶ BRASIL, STF, HC 82.959-7/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795), Voto do Min. Cézar Peluso, p. 16-17.

¹⁵⁵⁷ BRASIL, STF, HC 82.959-7/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795). Além do relator e do Min. Cézar Peluso, também o Min. Ayres Britto invocou expressamente o princípio constitucional da individualização da pena (p. 2).

Há, também, um argumento adicional, contido no voto do Min. Ayres Britto, que consiste em que a vedação de progressão de regime equivaleria atribuir ao estado a prerrogativa de, no campo dos delitos hediondos, adotar medida retaliativa pura, já superada, quando a evolução do direito recomenda a adoção das sanções premiaias, que instigam a adesão do sancionado a modificar o comportamento social.¹⁵⁵⁸

Aliás, o Min. Carlos Velloso, no primeiro paradigma, chegara a perceber a incongruência entre a medida legislativa penal e a sua finalidade, na medida em que o preso sem perspectiva de progressão não vê incentivo ao bom comportamento prisional. Todavia, por não trabalhar com a principiologia e a ideia de finalidade e de ponderação que lhe é intrínseca, o seu voto não avançou no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade por desproporcionalidade.

10.3.5. Benefício para ex-governador

A ADI 3853 provocou interessante debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal e merece análise porquanto diz com a estruturação da argumentação em tema sensível, como o da moralidade.

A ação fora proposta pelo Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), tendo como requerida a Assembleia Legislativa local. Nela discutia-se a compatibilidade com a CF/88 de uma emenda constitucional aprovada pelo Estado do Mato Grosso do Sul, a qual instituía um subsídio vitalício para ex-governadores e pensão para cônjuge supérstite.

Na fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, elencaram-se diversos dispositivos da CF/88 (art. 22, inc. XXIII; art. 25, §1º; art. 37, inc. XIII; art. 39, §4º; art. 139, § 5º; e art. 201, § 1º). O argumento central da inicial é que a assembleia legislativa local teria instituído um benefício rotulado de subsídio – que somente poderia ser pago a agente público em exercício da função (art. 39, §4º, da CF/88) – com características de

¹⁵⁵⁸ Seria igualmente “hediondo” o regime de cumprimento da pena, segundo o ministro citado. À parte o jogo de palavras, o argumento revela o princípio moral de que o estado não pode, ele próprio, ceder à tentação da mera vingança, simplesmente transportando para o público o que era privado. No trato da política criminal, portanto, incumbe ao estado propor-se finalidades dignas, como o fizera o reformador de 1984, ao prever a progressão de regime como forma de recuperação do preso ou, pelo menos, de progressiva reinserção na sociedade.

provento ou pensão, sem atendimento das prescrições constitucionais; aduziu também ter havido instituição de pensão gratuita.

Após intensa discussão, o tribunal deu pela procedência da ação, por maioria, estabelecendo que a norma impugnada:

4. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República). 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Importante aspecto desse caso consiste em como se interpreta a moralidade na CF/88, porquanto se trata de um princípio expreso, relacionado à administração pública; por outro lado, indaga-se, por força de sua peculiar natureza, se pode ser fundamento suficiente para a declaração da inconstitucionalidade.

No tópico, o Min. Gilmar Mendes, secundando opinião já manifestada pelo Min. Sepúlveda Pertence, sustentou que o princípio da moralidade isoladamente não suporta a declaração da inconstitucionalidade de leis expedidas pelo legislador democrático. Ele admitiu, no entanto, que a declaração de inconstitucionalidade poderia ter lugar se houvesse a adução de outros princípios, como os da proporcionalidade, isonomia e não-arbitrariedade.

O Min. Eros Grau, com esteio na concepção hegeliana, que distingue moralidade de eticidade, sustentou que o conteúdo da moralidade não deve ser buscado fora do direito para excluir a ética da legalidade; ou seja, não se pode aduzir esse princípio para fim de abertura do sistema jurídico para nele introduzir preceitos morais. Sustentou que o conteúdo do princípio da moralidade, dentro do sistema jurídico, deve limitar-se à questão do desvio de poder ou finalidade, ou seja, é referida à legalidade.¹⁵⁵⁹

¹⁵⁵⁹ BRASIL, STF, ADI 3853/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j.12/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00029 EMENT VOL-02295-04 PP-00632 RTJ VOL-00203-01 PP-00139), voto do Min. Eros Grau, p. 20 ss.

Na hipótese, prevaleceu o entendimento, por maioria, de que a moralidade enquanto princípio regente da administração (art. 37, *caput*, da CF/88), havia sido violada pela norma estabelecida pelo constituinte derivado do estado membro.¹⁵⁶⁰

A relação entre a moralidade geral e a moralidade administrativa foi objeto da atenção da eminente Relatora, Min. Cármen Lúcia, que assim se expressou ao argumentar ter havido violação do princípio da moralidade:

Desde a Antiguidade se observa, consoante ensina, dentre outros, Gustav Radbruch que uma lei que contravenha os princípios básicos da moralidade não é direito, ainda que formalmente válida (*In Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 181).

O conteúdo do princípio da moralidade põe-se no sentido de ser a norma ou o comportamento administrativo tendente a realizar interesse público específico, objetivamente determinado.¹⁵⁶¹

Também convém registrar que Alexy é citado em diferentes momentos pelos Ministros Gilmar Mendes¹⁵⁶² e Eros Grau¹⁵⁶³ quanto ao conceito de igualdade que consta na teoria dos direitos fundamentais, no sentido de que a igualdade está ordenada para a aplicação (igual) do direito e, também, para a própria formação do direito, valendo sempre que não houver fundamento bastante para o tratamento diferenciado.

De toda maneira, ao despeito das belas perorações acerca dos princípios da igualdade e da moralidade, os votos dos ministros deixaram de aparelhar a argumentação esgrimida em forma de uma ponderação entre os diversos princípios que mencionaram.

¹⁵⁶⁰ O voto do Min. Marco Aurélio dedica ênfase à necessidade de que o STF, enquanto guarda da constituição, tem que assegurar que o princípio da moralidade, que é expresso na constituição, não seja apenas um “penduricalho”, como provocou nos debates (fl. 727 do feito).

¹⁵⁶¹ BRASIL, STF, ADI 3853/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j.12/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00029 EMENT VOL-02295-04 PP-00632 RTJ VOL-00203-01 PP-00139), p. 16 do voto da Relatora.

¹⁵⁶² BRASIL, STF, ADI 3853/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j.12/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00029 EMENT VOL-02295-04 PP-00632 RTJ VOL-00203-01 PP-00139), p. 6 do voto-vista. O Min. Gilmar Mendes optou por limitar a declaração de inconstitucionalidade ao fundamento formal. Nesse tópico, foi seguido pela Min. Ellen Gracie e pelo Min. Celso de Mello.

¹⁵⁶³ BRASIL, STF, ADI 3853/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j.12/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00029 EMENT VOL-02295-04 PP-00632 RTJ VOL-00203-01 PP-00139), voto do Min. Eros Grau, *passim*.

O tribunal perdeu a oportunidade de trabalhar os princípios formais que foram indiretamente mencionados.

10.3.6. “Ficha limpa” para candidatos políticos

O caso da chamada “Lei da ficha limpa” merece estudo por reunir em si diversos elementos que conferem caráter polêmico e espinhoso para o trabalho com direitos fundamentais, moralidade e o princípio democrático.

Trata-se, em verdade, de um grupo de ações acerca da Lei Complementar nº 135/2010, que estatuiu normas acerca de elegibilidade. Por conta dessa legislação, propuseram-se a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.578 e as ações declaratórias de constitucionalidade de nºs 29 e 30. Some-se a isso o Recurso Extraordinário nº 633.703 (Rel. Min. Gilmar Mendes), em cujo julgamento, ao qual se conferiu repercussão geral, o tribunal já havia fulminado a aplicação das novas regras às eleições de 2010 e anteriores e, por conseguinte, aos mandatos em curso.

A turbulência do debate levou a algumas confusões.

O Min. Ricardo Lewandowski, por exemplo, chegou a citar Alexy para dizer que se estavam ponderando valores, embora certamente quisesse referir-se à ponderação de princípios e, mais, tivesse aludido indiretamente ao princípio formal que reconhece a prerrogativa estimatória do legislador.¹⁵⁶⁴

O mesmo Ministro questionou a licitude da aplicação “discricionária” do princípio da proporcionalidade em caso de lei de iniciativa popular, votada e aprovada com ampla margem no Legislativo e sancionada sem ressalvas pelo Executivo.¹⁵⁶⁵

¹⁵⁶⁴ Em meio a debates, assim declarou o Min. Ricardo Lewandowski: “– Ministro Celso de Mello, eu - com muito respeito, e Vossa Excelência é o Decano da Casa, sempre nos brinda com preciosíssimas lições - diria que, aqui, até tendo em conta os ensinamentos do grande jurista alemão Robert Alexy, nós estamos diante de ponderação de valores, nós temos dois valores de natureza constitucional de mesmo nível. E aí nós temos, exatamente, a proteger - e esta lei, Lei Complementar 135, busca proteger os valores que estão abrigados no artigo 14, § 9º da Constituição, e que são, exatamente, os valores da probidade administrativa, da moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e que, a meu ver, são valores de igual dignidade e peso constitucional. E é uma opção legislativa legítima que foi feita pelo Congresso Nacional.” (P. 221 do acórdão.)

¹⁵⁶⁵ A afirmação causa alguma estranheza, assim como a referência a “abuso” quando da análise superficial feita quanto à proporcionalidade. Veja-se o texto: “Ademais, considerando tratar-se de uma

Entretanto, a despeito das turbulências, o caso oportunizou ao STF o exame da proporcionalidade de uma forma que se revelou mais explícita e, como raramente ocorre, distinta do exame da razoabilidade.

Procurou-se estabelecer na ocasião uma contraposição em forma de ponderação entre direitos fundamentais (direitos políticos, segurança jurídica, devido processo legal, presunção da inocência, coisa julgada e irretroatividade das leis) e bens coletivos (moralidade e probidade públicas, normalidade e legitimidade das eleições, efetividade da Justiça Eleitoral) perseguidos pela legislação restrigente de direitos políticos.

Trabalharam-se finalidades interventivas e protetivas, princípios formais e núcleo essencial dos direitos.

Vejam-se, a propósito, os seguintes itens, extraídos da ementa:

6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus publico.

7. O exercício do ius honorum (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.

8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.

(...)

12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado.¹⁵⁶⁶

opção legislativa, de iniciativa popular, aprovada por ampla maioria congressual e sancionada, sem ressalvas, pelo Chefe do Poder Executivo, entendo que não seria lícito ao julgador aplicar, de forma discricionária, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade para restringir o âmbito de incidência da norma, pois tal equivaleria a permitir que este se substituísse ao legislador, em clara violação do princípio constitucional da separação dos poderes, salvo, evidentemente, em face de flagrante teratologia, o que, a toda evidência, não ocorre na espécie.” (P. 19 do seu voto, p. 247 do acórdão).

¹⁵⁶⁶ BRASIL, STF, ADC 29/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-02-2012, DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012, p. 3. Além do voto do Relator, também a Min. Rosa Weber debruçou-se sobre a questão da proporcionalidade, embora não tenha aprofundado (p. 23 ss.).

Mais do que isso, como raramente ocorre, o voto condutor do julgado procurou descer ao exame de cada um dos subprincípios da proporcionalidade em relação às medidas restritivas da elegibilidade postas na nova lei e aos seus efeitos,¹⁵⁶⁷ salvo quanto à retroatividade da sua aplicação, matéria já decidida pelo tribunal.¹⁵⁶⁸

Nessa linha também foi a tentativa de exame da proporcionalidade realizado pelo Min. Gilmar Mendes quanto à medida legislativa que fixava o prazo de restrição do direito eleitoral subjetivo por força de condenação.¹⁵⁶⁹

Um outro aspecto bastante discutido no julgamento diz com o limite do discurso sobre a moralização da política em face do núcleo dos direitos fundamentais, o que reforça o chamado “papel contramajoritário” que seria inerente à jurisdição constitucional, como foi destacado pelos Ministros Dias Toffoli¹⁵⁷⁰ e Gilmar Mendes.¹⁵⁷¹

Na apreciação desse caso, o STF discutiu vivamente sobre aplicabilidade da presunção da inocência ou da não-culpabilidade às normas que estabelecem causas de inelegibilidade, na medida em que estas últimas, segundo alguns ministros, configuram alguma espécie de sanção e não simplesmente uma questão de capacidade específica para a atuação na política. O Min. Gilmar Mendes esclareceu que a presunção da inocência ou não-culpabilidade não se trata simplesmente de uma regra aplicável apenas ao direito penal, mas um verdadeiro princípio constitucional.¹⁵⁷²

¹⁵⁶⁷ BRASIL, STF, ADC 29/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-02-2012, DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012, Voto do Relator, p. 17 ss.

¹⁵⁶⁸ Sobre o tema, assim se expressou: “Por oportuno, é de se salientar que, mesmo diante da constitucionalidade parcial da Lei Complementar nº 135/10, resta a mesma inaplicável às eleições de 2010 e anteriores e, por conseguinte, aos mandatos em curso, como já reconhecido por esta Corte no julgamento do RE 633.703 (Rel. Min. GILMAR MENDES), com repercussão geral. É aplicar, como naquela ocasião, a literalidade do art. 16 da Constituição Federal, de modo a que as inelegibilidades por instituídas pela nova lei sejam aplicáveis apenas às eleições que ocorram mais de um ano após a sua edição, isto é, a partir das eleições de 2012.” BRASIL, STF, ADC 29/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-02-2012, DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012, Voto do Relator, p. 29.

¹⁵⁶⁹ BRASIL, STF, ADC 29/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-02-2012, DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012, Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 46 ss. do voto e 307 ss. do acórdão.

¹⁵⁷⁰ BRASIL, STF, ADC 29/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-02-2012, DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012, Voto do Min. Dias Toffoli, p. 2 ss.

¹⁵⁷¹ Nos debates, o Min. Gilmar Mendes destacou que a liberdade de conformação do legislador tem nos direitos fundamentais o seu limite. (P. 176 do acórdão.)

¹⁵⁷² Assim se manifestou o julgador: “A norma prevista no art. 5º, LVII, da Constituição, pode ser obviamente qualificada como princípio desde diversas perspectivas, seja por sua estrutura normativa

10.4. Resultado parcial (item 10.3.)

Se é verdade que a casuística apreciada ainda não evidencia um emprego explícito do instrumento, é certo que o STF dá sinais de que caminhará no sentido de empregar mais consistente e amplamente os direitos fundamentais, os princípios e particularmente a proporcionalidade, de modo que terá oportunidades, cada vez mais, para aperfeiçoar tecnicamente os seus julgamentos com relação à construção da regra que solucionará os casos que lhe são trazidos.

Consequentemente, convém que o tribunal esteja preparado para lidar com as vantagens e também com os problemas que dizem com o emprego desse instrumental.

(aspecto estrutural), por sua forma de aplicação (aspecto funcional) ou mesmo por seu caráter fundamental não apenas no sistema jurídico penal, mas no ordenamento jurídico como um todo. Seria plenamente possível denominar esse princípio de regra, utilizando-se desse critério distintivo como um recurso interpretativo ou argumentativo; porém, isso não poderia ser feito para afastar a sua aplicação – o que seria um contrassenso – e sim para fazer sobressair as razões que fornece essa norma para sua aplicação ao caso.” BRASIL, STF, ADC 29/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-02-2012, DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012, Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 25-26 do voto, p. 286-287 do acórdão.

Conclusão

A partir dos estudos feitos neste trabalho, foi possível alcançar diversos propósitos. Parte desse êxito reflete-se nos **resultados parciais** que foram expressamente colhidos e anotados ao longo da exposição. Tal procedimento se justificou pela amplitude da investigação, assim como pelo propósito de evidenciar o desenvolvimento paulatino dos temas e a concatenação dos argumentos.

Neste momento, portanto, dão-se por ratificados os referidos resultados, progressivamente obtidos e devidamente identificados nos correspondentes itens.

Além disso, a visão de conjunto entrementes alcançada possibilita a extração de mais algumas conclusões e, assim, a elaboração de uma perspectiva global sintética. Nesse propósito, algumas conquistas acerca da NDFA merecem ser destacadas.

Em primeiro lugar, alguns temores dirigidos à NDFA podem ser descartados. Se não se pôde avançar tanto quanto desejado, pelo menos alguns receios podem ter-se, no mínimo, por neutralizados.

Assim, pode-se afirmar com segurança: (1) a asserção de uma norma associada A, ou B, não significa tão-somente dar revestimento jurídico para atuações judiciais ilegítimas, ou seja, emprestar outro nome para uma atividade judicial discricionária (de outro modo proibida), uma judicialização da política ou, simplesmente, mera arbitrariedade judicial travestida de bela nomenclatura; (2) a norma de direito fundamental associada não povoa indevidamente o universo dos direitos fundamentais, nem contribui para o seu desprestígio por uma suposta inflação do conteúdo de direitos humanos institucionalizados; (3) a norma associada não levanta mais problemas nem problemas mais graves do que aqueles que se propõe resolver; e (4) não persistem problemas teóricos ligados à NDFA que deixem de encontrar solução na teoria que a sustenta.

Em segundo lugar, a par do afastamento de alguns receios, há ganhos importantes, mais específicos, a serem destacados: (1) pode-se agora afirmar com algum

embasamento que são possíveis normas de direito fundamental não-estatuídas diretamente no texto constitucional; (2) que tais normas possuem caráter de regras e são passíveis de subsunção de casos concretos, (3) que podem engendrar posições jurídicas subjetivas dotadas de justiciabilidade; (4) que podem ser aplicadas no controle de constitucionalidade e, por efeito de irradiação, também no direito ordinário; (5) podem configurar precedente para casos similares e, enquanto expressão de relações de precedência, podem formar redes úteis para fins dogmáticos e jurisprudenciais.

Em terceiro lugar, o conceito de NDFA, pela sua centralidade e consistência, pode constituir um instrumento relevante para a superação de dificuldades enfrentadas não somente no campo do direito fundamental, mas também na teoria do direito, na teoria do estado e na teoria política.

Em quarto lugar, pela transcendência temática exigida no trato da interpretação, ponderação e argumentação, o conceito de NDFA comprovou ser uma ponte de contato com outros campos do pensamento, especialmente da filosofia e, nesta, particularmente da lógica, da hermenêutica, da retórica, da filosofia prática, da filosofia política e da filosofia do direito.

Em quinto lugar, a NDFA tornou viável o propósito de que o aplicador do direito suplante o positivismo sem se enredar em uma principiologia ou axiologia vagas, que nada dizem concretamente e, no entanto, justificam qualquer decisão pelo recurso direto à moralidade, a uma ordem de valores objetiva ou simplesmente pela derivação direta e intuitiva de regras concretas a partir de conceitos constitucionais abstratos, ensejando o que se cunhou de “tirania dos valores”. Com a norma associada é possível evitá-lo mediante uma aplicação precisa da proporcionalidade e, mais especialmente, dos passos sequenciais e corretos da ponderação, para que resulte, de uma colisão de princípios, uma regra aplicável ao caso concreto e que possa ser objeto de um controle racional.

Em sexto lugar, a NDFA produz um impacto importante na concepção da atividade judicial e, especialmente, do tribunal constitucional, assegurando-lhe legitimidade e tornando clara a sua responsabilidade institucional.

Em sétimo lugar, a NDFA pode representar um salto de qualidade na prestação jurisdicional, ao agregar maior racionalidade e controlabilidade ao exercício dessa função. Isso não significa que a norma associada constitua uma panaceia para os muitos problemas relativos aos direitos fundamentais ou um substituto para conceitos fundamentais dessa área. Isso, porque a NDFA (1) não é uma norma fundamental que consiga emprestar fundamento último de validade a todo o edifício das normas de direito fundamental; (2) não é a norma de reconhecimento que sirva para identificar o que é direito fundamental; (3) não é simulacro de um juiz Hércules para encontrar a solução correta em cada caso de direito fundamental.

Em oitavo lugar, embora a NDFA possa contribuir para a autocompreensão da prática de tribunais constitucionais e prestigie a busca da correção, não postula uma racionalidade forte nem esquece das limitações em que é extraída.

Em nono lugar, NDFA exemplica a contribuição da teoria de Alexy à ciência do direito e ao pensamento em geral, assim como às instituições, pela defesa dos direitos fundamentais e da democracia.

Em décimo lugar, constata-se que esse conceito de NDFA, além de cumprir a promessa feita pelo autor no sentido resolver mais problemas já existentes do que criar novos, revelou plena elegância teórica, pela sua simplicidade sem prejuízo da consistência interna e efetividade. A simplicidade foi demonstrada pela sua potencialidade de reunir num único construto teórico, que utiliza apenas 4 (quatro) termos linguísticos, dentro do universo de entidades normativas ou similares, um grande leque de problemas. A sua consistência interna foi testada e não se apresenta arranhada, ainda que a teoria dos princípios, com a qual opera, possa ter sofrido ataques fortes. A sua efetividade veio a ser comprovada pelas respostas satisfatórias aos problemas que se pôs a resolver, e que representavam um nó da metodologia tradicional, insatisfeita com os modelos até então propostos e com as teorias disponíveis.

Por derradeiro, como dito ao início, estudar a NDFA trouxe consigo um desafio adicional, porque Alexy, ainda que só para argumentar, considerou a hipótese de dispensar esse e, no entanto, encontrou bons motivos para mantê-lo e usá-lo. A investigação mostrou que esses bons motivos existem e se revelam certos.

Referências bibliográficas

AARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Trad. Josep Aguiló Regla. **Doxa** n. 8, 1990, p. 23-38.

_____. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997.

_____. *¿Una única respuesta correcta?* In: AARNIO, A. et al. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 9-45.

ALBERT, Hans. *Traktat über kritische Vernunft*. 5. Aufl. Tübingen: Mohr, 1991.

ALENIKOFF, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 5 (apr. 1987), p. 943-1005.

ALEXY, Robert. A análise lógica de decisões jurídicas. In: _____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 17-45.

_____. A fórmula peso. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 131-154.

_____. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 19-40.

_____. A interpretação de Ralf Dreier da definição do direito kantiana. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 171-188.

_____. *A theory of constitutional rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002.

_____. *An answer to Joseph Raz*. In: PAVLAKOS, George (ed.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 37-55.

_____. *Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung*. In: NEUMANN, Ulrich et al (Hrsg.). **Verantwortetes Recht: die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns**. Stuttgart: Franz Steiner, 2005 (ARSP-Beiheft 100), S. 47-66.

_____. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed.Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 55-69.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed.Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. *Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs*, in: ALEXY, Robert et alii. **Elemente einer juristischen Begründungslehre**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 113-122.

_____. *Die Konstruktion der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 9-19.

_____. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen* in: ALEXY, Robert et alii. **Elemente einer juristischen Begründungslehre**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 9-36.

_____. *Die Natur der Rechtsphilosophie*. In: BRUGGER, W. et alii (Hrsg.). **Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, S. 11-25.

_____. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71-92.

_____. Direito e moral. Trad. Paulo Gilberto Cogo Leivas. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115-122.

_____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos e como normas objetivas. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 199-218.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 41-54.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 105-116.

_____. *Discourse theory and fundamental rights*. In: MENÉNDEZ, Agustín J. & ERIKSEN, Erik O. (eds). **Fundamental rights through discourse: on Robert Alexy's legal theory. European and theoretical perspectives**. Oslo: Arena Report, n. 9, 2004, p. 35-51.

_____. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 127-164.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

_____. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. In: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf (Hrsg.). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ARSP – Beiheft 51. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993, S. 11-29.

_____. Entrevista a Robert Alexy. Alicante: **Revista Doxa**, n. 24, 2001, Cuadernos de Filosofía del Derecho, p. 671-687. Entrevista concedida a Manuel Atienza.

_____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Separata de la **Revista Española de derecho constitucional**, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002.

_____. *Epílogo*. In: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.^a Edición. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 511-562.

_____. *Ermessensfehler*. In: ALEXY, Robert et alii. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 251-286.

_____. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 117-130.

_____. *Grundrechte*. In: SANDKÜHLER, J. R. (Hrsg.) *Enzyklopädie Philosophie*. Bd. 1, Hamburg: Felix Meiner, 1999, S. 525-529.

_____. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*. In: Franz Steiner Verlag, **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, v. 95, 2009, Heft 2, S. 151-166.

_____. Interpretação jurídica. In: _____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61-76.

_____. *Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 165-174.

_____. *Juristische Interpretation*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 71-92.

_____. *La separación entre el derecho e la moral*. En: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (eds.). **Derecho y justicia em uma sociedade global**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39, Granada, Espanha, 2005, p. 729-793.

_____. *Law, morality, and the existence of human rights*. **Ratio Juris**, v. 25, n. 1, Mar 2012, p. 02-14.

_____. **Mauerschützen: Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit**. *Berichte und Sitzungen der Joachim Jungius Gesellschaft der Wissenschaften E.V., Hamburg, Jahrgang 11, 1993, Heft. 2*.

_____. *Menschenrechte ohne Metaphysik?* *DZPhil, Berlin 52 (2004) 1*, S. 15-24.

_____. *Normenbegründung und Normanwendung*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 52-70.

_____. *O conceito de Kant da lei prática*. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 153-169.

_____. *On balancing and subsumption. A structural comparison*. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4. Dez 2003, p. 433-449.

_____. *Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas*. In: FRANKENBERG, Günter & MOREIRA, Luiz (org.). **Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 119-139.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 155-165.

_____. Posfácio (2002). In: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 575-627.

_____. *Postscript*. Trans. Julian Rivers. In: ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002, p. 388-425.

_____. *Probleme der Diskurstheorie*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 109-126.

_____. *Recht und Moral*, in: HÄRLE, Wilfried; PREUL, Reiner (Hg.). *Ethik und Recht, Marburger Jahrbuch Theologie*, XIV, N.G. Elwert, 2002, p. 83-91.

_____. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

_____. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in: ALEXY, Robert et alii. **Elemente einer juristischen Begründungslehre**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 217-233.

_____. *Rechtssicherheit und Richtigkeit*. In: GERLOCH/TRYZNA/WINTR (eds.). **Metodologie interpretace práva a právní jistota**. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeňek, 2012, S. 378-393.

_____. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 213-231.

_____. *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*. En: VÁZQUEZ, Rodolfo (org.). **Derecho y moral: Ensayos sobre un debate contemporâneo**. Barcelona: Gedisa Editorial, mar 1998, p. 115- 137.

_____. *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre el derecho y la moral: la crítica de Bulygin*. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 95-115.

_____. Sobre o conceito do princípio de direito. In: _____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 137-161.

_____. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.^a Edición. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. Teoria do discurso e direitos do homem. In: _____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-127.

_____. Teoria do discurso e direitos fundamentais. Trad. Maria Cláudia Cachapuz. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 123-137.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **The argument from injustice: a reply to legal positivism**. Translated by Stanley L. Paulson et al. Oxford: Clarendon Press, 2002.

_____. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

_____. *Thirteen replies*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 333-366.

_____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95-113.

_____. *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Bd. 61. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2002, S. 7-30.

_____. Vícios no exercício do poder discricionário. Trad. Luís Afonso Heck. **RT** 89/779 (2000), p. 11-46.

_____. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 177-212.

ARANGO, Rodolfo. *Deontologische und teleologische Grundrechtspositionen*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 67-81.

ARENDDT, Hannah. *Between past and future*. New York: Penguin Books, 2006.

_____. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

_____. *On revolution*. London: Penguin Books, 1990.

_____. **Origens do totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *The origins of totalitarianism.* Orlando: Harcourt Books, 1985.

ARISTÓTELES. **A política.** Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Dos argumentos sofísticos.** Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987 (Os pensadores).

_____. **Ética a Nicômaco.** Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987 (Os pensadores).

_____. *Nikomachischi Ethik. Übersetzt, eingeleitet und kommentiert von Franz Dirlmeier.* Frankfurt am Main/Hamburg: Fischer Bücherei, 1957.

_____. *Politik. Übersetzt von Franz F. Schwarz.* Stuttgart: Reclam, 1989.

_____. *Rhetorik. Übersetzt und erläutert von Christof Rapp.* Berlin: Akademie Verlag, 2002.

_____. **Tópicos.** Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987 (Os pensadores).

_____. *Topik. Übersetzt und kommentiert von Tim Wagner und Christof Rapp.* Stuttgart: Reclam, 2004.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

AUSTIN, J. L. *How to do things with words.* 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

_____. Outras mentes. Trad. Marcelo G. S. Lima. In: RYLE et al. **Ensaio**s. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1989 (Os Pensadores), p. 19-47.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BÄCKER, Carsten. *Begründen und Entscheiden: Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2012.

_____. *Rationalität ohne Idealität. Grundzüge einer relativistischen Diskurstheorie des Rechts*. In: **Junge Rechtsphilosophie**. Stuttgart: Nomos, 2012, S. 09-21.

BACON, Francis. **Novum organum** ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988 (Os pensadores).

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (org) et alii. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2003, p. 01-48.

BENDA, Ernst (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994.

BERTEN, André. De uma justificação naturalista dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Nythamar de & SOUZA, Draiton Gonzaga de. **Justiça global e democracia**: homenagem a John Rawls. Porto Alegre: Edipucrs, 2009, p. 13-35.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BIX, Brian. Questões na interpretação jurídica. In: MARMOR, Andrei (edit.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 205-232.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*. **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 46, 1976, S. 2.089-2.144.

_____. *Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*. In: _____. **Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde**. Berlin: Suhrkamp, 2011, S. 189-229.

BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. **História da filosofia cristã**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

BOROSWKI, Martin. *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 99-128.

_____. **Grundrechte als Prinzipien**. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007.

_____. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003 (Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 25).

_____. *Prinzipien als Grundrechtsnormen*. In: Springer Verlag, **Zeitschrift für Öffentliches Recht**, n. 53, 1998, S. 307-335.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BROOME, John. **Weighing goods: Equality, uncertainty and time**. Oxford: Basil Blackwell, 1991.

BROŽEK, Bartosz. *Rechtssicherheit als strukturelle Stabilität*. In: GERLOCH/TRYZNA/WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeňek, 2012, S. 404-416.

_____. *The weight formula and argumentation*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 319-330.

BRUN, Jean. **Aristóteles**. Trad. Liz da Silva. Lisboa: Dom Quixote, 1986 (Mestres do passado).

BULYGIN, Eugenio. *La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral*. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 85-93.

_____. *Robert Alexy und der Begriff des Rechts*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 225-236.

BURDEAU, Georges. **O estado**. Trad. M.E.A.P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas. *Principles, precedents and their interplay in legal argumentation: how to justify analogies between cases*. In: BOROWSKI, Martin (ed.). *On the nature of legal principles*. Stuttgart: Nomos, 2010, p. 63-77.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma releitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006.

CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Trad. Álvaro Cabral; revisão técnica de Valério Rohden. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

CLÉRICO, Laura. *Das Untermassverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 151-164.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no direito moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COOKE, Maeve. *The dual character of concepts and the discourse theory of law*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 275-290.

COPY, Irwing M. **Introdução à lógica**. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed., São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CREIFELDS, Carl. **Rechtswörterbuch**. Hrsg. von Klaus Weber. Bearb. von Dieter Guntz. 17. neubearb. Aufl. München: Beck, 2002.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Introdução à edição brasileira. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. vii-xviii.

DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 10e. édition. Paris: Dalloz, 1992.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

D'ALBUQUERQUE, A. Tenório D'Albuquerque. **Dicionário Espanhol Português**. Belo Horizonte: Garnier, 2001.

DER SPRACH-BROCKHAUS. *Deutsches Bildwörterbuch von A-Z*. 9. Aufl. Wiesbaden: Brockhaus, 1984.

DESCARTES, René. **Discurso do método**: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987 (Os pensadores).

DICCIONARIO ANAYA DE LA LENGUA. Barcelona: Spes Editorial, 2002.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 22. ed., t.1, 2001.

DICIONÁRIO DE ALEMÃO-PORTUGUÊS. Porto: Porto Editora, 2006.

DICIONÁRIO DE OURO FRANCÊS-PORTUGUÊS, PORTUGUÊS-FRANCÊS. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, s.d.

DICIONÁRIO ESCOLAR FRANCÊS-PORTUGUES, PORTUGUÊS FRANCÊS. 7. ed. Rio de Janeiro: FENAME, 1982.

DICIONÁRIO HOUAISS da língua portuguesa. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

D'OLIVEIRA, Armando Mora. Apresentação. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1989 (Os pensadores).

DUDEN. *Deutsches Universal Wörterbuch A-Z*. 2. Aufl. Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich: Dudenverlag, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153-167.

_____. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 11. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2010.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsgewinnung*. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch, 1972.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989.

FINNIS, John. **Aquinas**: moral, political and legal theory. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. *Moral absolutes: tradition, revision and truth*. Washington, D.C.: The Catholic University of America Press, 1988.

FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschaft: Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. München: Verlag C. H. Beck, 1971.

_____. *Recht und Sprache: Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 317-356.

FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional government and democracy: theory and practice in Europe and America*. 4. ed. Massachusetts: Blaisdell Publishing Company, 1968.

_____. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

FULLER, Lon L. *The morality of law*. 2. ed. rev. New Haven/London: Yale University Press, 1969.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990.

_____. *Wahrheit und Methode*. Bd. 2. *Ergänzungen, Register*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1993.

_____. **Verdade e método**: complementos e índice. Trad. Enio Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, 325.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 255-269.

GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.

_____. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*. 3. Aufl. Heidelberg: C.F. Muller Juristischer Verlag, 1983.

_____. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer**. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

_____. *Diskurstheoretische Begründung der Grundrechte: Diskursprinzip, Rechtsform und Demokratieprinzip*. In: AUGSBERG, Ino & UNGER, Sebastian (Hrsg.). **Basistexte: Grundrechtstheorie**. Baden-Baden: Nomos, 2012, S. 239-249.

_____. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. *Nachwort*. In: _____. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 661-680.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995 (1. ed. 1981).

_____. *Was heisst Universalpragmatik?* In: _____. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 353-441.

HACKING, Ian. *Introductory essay*. In: KUHN, T. S. *The structure of scientific revolutions*. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012, p. vii-xxv.

HAFT, Fritjof. *Juristische Rhetorik*. 6. Aufl. Freiburg/München: Alber, 1999.

HARE, R. M. *Freedom and reason*. Oxford/London/New York: Oxford University Press, 1963.

_____. *The language of morals*. Oxford: Clarendon Press, 1952.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *The concept of law*. 2. ed., Oxford: Clarendon University Press, 1994.

HART, H.L.A. *Are there natural rights?* In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 77-90.

HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma releitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 11-30.

_____. As fontes do direito. São Paulo: **RT**, n. 677, mar. 1992, p. 59-81.

_____. **Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional:** teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 1, n. 1, p. 113-122, 2001.

_____. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais.** 2. ed. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. Posfácio. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 229-278.

_____. Prefácio. In: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao ambiente.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. Prefácio. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. 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. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.

HEIDBRINK, Ludger. *Ambivalenzen des Finalismus: Grundzüge einer Hermeneutik des Aufhörens.* In: FIGAL, Günter (Hrsg.). **Internationales Jahrbuch für Hermeneutik.** Band 3, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, S. 153-174.

HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo.* 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 17. Aufl. Tübingen: Niemeyer, 1993.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Die normative Kraft der Verfassung: Freiburger Antrittsvorlesung*. Tübingen: J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1959.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999.

_____. *Verfassung und Verfassungsrecht*. In: BENDA, Ernst (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994, S. 03-17.

HEYDE, Wolfgang. *Rechtsprechung*. In: BENDA, Ernst (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994, Bd. 2, S. 1479-1636.

HÖFFE, Otfried. *Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

_____. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Lexikon der Ethik*. 5. Aufl., München: Beck, 1997.

HÖHN, Reinhard. *Das subjektive Recht und der neue Staat*. In: AUGSBERG, Ino & UNGER, Sebastian (Hrsg.). *Basistexte: Grundrechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2012, S. 207-218.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HUME, David. **Ensaio morais, políticos e literários**. São Paulo: Nova Cultural, 1989 (Os pensadores).

JAEGER, Werner. **Paideia: a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

JANSEN, Nils. *Die normativen Grundlagen rationale Abwägens im Recht*. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 39-57.

_____. *Die Struktur der Gerechtigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. Aufl. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960.

_____. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1919.

_____. *Teoría general del estado*. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

_____. *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 152-172.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Trad. Marco Antonio Zingano. Porto Alegre: L&PM Editores S.A., 1989.

_____. *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* Werkausgabe, Bd. 11. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968.

_____. *Crítica da razão prática*. Edição bilíngüe, com tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Crítica da razão pura*. 2. ed. Trad. Manuela P. dos Santos e Alexandre F. Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. *Die Metaphysik der Sitten*. Werkausgabe, Bd. VIII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968.

_____. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Werkausgabe, Bd. VII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968.

_____. *Kritik der praktischen Vernunft*. Bd. VII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968.

_____. *Kritik der reinen Vernunft*. Werkausgabe, Bd. III-IV. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968.

_____. *Kritik der Urteilskraft*. Werkausgabe, Bd. X. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968.

_____. *Logik*. Werkausgabe, Bd. VI. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

_____. Primeira introdução à crítica do juízo. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. In: KANT, Immanuel. **Kant (II)**: Textos selecionados. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 163-203 (Os pensadores).

_____. *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. Werkausgabe, Bd. XI. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968.

_____. *Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*. Werkausgabe, Bd. viii. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968, S. 637-643.

_____. *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*. Werkausgabe, Bd. XI. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968.

KAUFMANN, Arthur. *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. 2. Aufl. Heidelberg: R.v.Decker & C.F.Müller, 1982.

_____. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57-208.

_____. *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2011.

KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manzsche Verlag, 1979.

_____. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2. Aufl., 2. Neudruck. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1984.

_____. A jurisdição constitucional. In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 121-186.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960.

_____. O que é positivismo jurídico? Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85-94.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Die Justiz*. Berlim: Walter Rotschild, v.6, p. 576-628, 1930/31.

_____. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1929.

_____. *Zur Theorie der Interpretation*. *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, v. 8, 1934, S. 9-17.

KERSTING, Wolfgang. *John Rawls: zur Einführung*. Hamburg: Junius, 2001.

_____. **Liberdade bem-ordenada**: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant. 3. ed. Trad./rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2012.

_____. *Politik und Recht: Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie*. Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000.

_____. *Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. 3. Aufl. Paderborn: Mentis, 2007.

KIRCHHOF, Paul. *Staats- und Verwaltungsrecht: Bundesrepublik Deutschland*. 27. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999.

KLATT, Matthias. *Robert Alexy's philosophy of law as a system*. In: _____. (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 01-26.

KLATT, Matthias & SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

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 Press, 2012, p.173-200.

KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 6. überarb. Aufl. – Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003.

_____. *Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987.

_____. Posfácio. In: _____. *A estrutura das revoluções científicas*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987, p. 244-257.

_____. *Postscript*. In: _____. *The structure of scientific revolutions*. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012, p. 173-208.

_____. *The structure of scientific revolutions*. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

KURBJUWEIT, Dirk. *Friede den Wehr-Christen: Warum Religionen Spott ertragen müssen*. In: *Der Spiegel* 33, 2012, S. 110-111.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: Pensamento, persuasão e poder*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LAFONT, Cristina. *Correctness and legitimacy in the discourse theory of law*. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 291-306.

LANGENSCHIEDTS *TASCHENWÖRTERBUCH – Portugiesisch-Deutsch/Deutsch-Portugiesisch*”, 7. ed. Berlin: Langenscheidt, parte 2.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. Berlin: Springer-Verlag, 1991.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A rejeição da conduta homossexual por John Finnis. In: RIOS, Roger Raupp (org.) et al. **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.73-87.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

LESKY, Albin. **A tragédia grega**. Trad. Moysés Baumstein. São Paulo: Perspectiva, 1971 (Debates).

LIEBER, Tobias. *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

LITT, Theodor. *Das Allgemeine im Aufbau der geisteswissenschaftlichen Erkenntnis*. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1980.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2. ed., Chicago/London: The University of Chicado Press, 1965.

_____. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo G. Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LUDWIG, Roberto José. Algumas observações sobre a possibilidade de fundamentação dos direitos humanos. Porto Alegre: **Revista Ajuris**, v. 117, p. 343-366, 2010.

_____. Princípios na relação entre direito e moral: algumas notas sobre o debate Habermas-Alexy. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 101, p. 183-204, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution: ein Beitrag zur politischen Soziologie*. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978 (with corrections 1994).

_____. *Why law makes no claims*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 59-67.

MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

_____. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Trad. Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.

_____. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 2. ed. Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

_____. *Whose justice? Wich rationality?* Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988.

MARCUSE, Herbert. **La sociedad oprimida**. Versión castellana de Ítalo Manzi. Caracas: Tiempo Nuevo, 1970.

MARMOR, Andrei. *An essay on the objectivity of law*. In: BIX, Brian (ed.). *Analyzing law: new essays in legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 3-31.

MARMOR, Andrei e ALEXY, Robert. Debate, *en*: ESCAMILLA, M. e SAAVEDRA, M. (eds.). *Derecho y justicia em uma sociedade global*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39, Granada, Espanha, 2005.

MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MCBAIN, Howard Lee. *The living constitution: a consideration of the realities and legends of our fundamental law*. Nova Iorque: The MacMillan Company, 1939.

MELISSARIS, Emmanuel. *Ubiquitous law: legal theory and the space for legal pluralism*. Surrey: Ashgate, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, et alii. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189-206.

_____. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. **JuS**, 2001, Heft 7, S. 654-659; Heft 8, S. 764-767; Heft 9, S. 866-870.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MITTELSTRASS, Jürgen (Hg.). *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*. Bd. 3. Stuttgart: J.B. Metzler, 2004.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOORE, G. E. *Principia ethica*. New York: Dover Publications, 2004.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Trad. Roberto L. F. A. Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MUGUERZA, Javier. *El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal*. In: VASQUES, Rodolfo (org.). **Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo**. Barcelona: Gedisa, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Moderne Theorie und Interpretation der Grundrechte, insbesondere auf der Basis der Strukturierenden Rechtslehre*. In: _____. **Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts: Neue Aufsätze (1995-1997)**. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, S. 9-19.

_____. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. diversos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MURPHY, Mark C. *Defect and deviance in natural law jurisprudence*. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 45-60.

NEUMANN, Ulfrid. *Die Tyrannei der Würde: argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip*. Neuwied, **ARSP**, v. 84, 1988, Heft 2, S. 153-166.

_____. *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986.

NEUSS, Jobst Joachim. *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache. Teil II. Deutsch-portugiesisch. Bearb. von Jobst Joachim Neuss. Hrsg. von Erik Jayme. Unter Mitarb. Von Hans Joachim Hansen*. München: Beck, 1990.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

OCKHAM, William of. *Ordinatio*. In: DUNS SCOT/OCKHAM. **Escritos filosóficos/Seleção de obras**. São Paulo: Nova Cultural, 1989 (Os pensadores).

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia. O debate Apel *versus* Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In: MOREIRA, Luiz (org). **Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia**. São Paulo: Landy, 2004.

OXFORD ADVANCED LEARNERS DICTIONARY. 4. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 1989.

PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição constitucional tributária*. São Paulo: Noeses, 2012,

PAULSON, Stanley L. *Ralf Dreiers Kelsen, in: ALEXY, Robert (Hg.). Integratives Verstehen: zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, S. 159-197.

PAVLAKOS, George. *Two concepts of objectivity*. In: PAVLAKOS, George (ed.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 83-108.

PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958.

_____. **Tratado da argumentação: a nova retórica.** Trad. Maria E. de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIEROTH/SCHLINK. **Grundrechte: Staatsrecht II. 23., neu bearbeitete Auflage.** Heidelberg/München/Landsberg/Berlin: C. F. Muller, 2007.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

PLATÃO. **Górgias.** 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

PONS STANDARDWÖRTERBUCH *Portugiesisch.* Suttgart/Porto: Klett/Porto Editora, 2002.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2000.

_____. **Logik der Forschung.** 7. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1982.

POSCHER, Ralf. *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie.* In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys.** Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 59-79.

_____. **Grundrechte als Abwehrrechte.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

_____. *The principles theory: how many theories and what is their merit?* In: KLATT, Matthias (Ed.) **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy.** Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 218-247.

_____. **Theorie eines Phantoms – die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand.** Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung, Nomos, Heft 4, 2010, S. 349-372.

POSNER, Richard A. **How judges think.** Cambridge: Harvard University Press, 2008.

PULIDO, Carlos Bernardo. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

_____. *Estudio introductorio*. In: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.^a Edición. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. xxv-lxxx.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo/Coimbra: RT/Coimbra Editora, 2009.

_____. **Direitos fundamentais**: (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

QUINE, Willard van Orman. *Grundzüge der Logik*. (*Methods of Logic*) Übersetzt von Dirk Siefkes. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1969.

RAABE, Marius. *Grundrechte und Erkenntnis: der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Aufl. Heidelberg: C. F. Muller Verlag, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1990.

_____. *The argument from justice, or how not to reply to legal positivism*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 17-35.

RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação**: o discurso e o excesso de significação. Trad. Artur Morão. Reimp., Lisboa: Edições 70, 2011 (Biblioteca de filosofia contemporânea: 2).

ROHDEN, Valério. Introdução à edição brasileira. IN: KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. xv.

RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROSENFELD, Michel. *Just interpretations: law between ethics and politics*. Berkeley: University of California Press, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*. Saint-Amand: Gallimard, 2010.

SALMON, Wesley C. *Logik*. Stuttgart: Reklam, 1983.

SANTOS, Luís H. Vida e obra. In: WITTGENSTEIN/MOORE. **Investigações filosóficas/Escritos filosóficos**. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 225-227 (Os pensadores).

SARLET, Ingo Wolfgang et alii. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SCHAUER, Frederick. *Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text*. In: KLATT, Matthias (Ed.) *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 306-316.

_____. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon, 1991.

_____. **Regras e justiça num mundo não-ideal**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito. Conferência de abertura do ano letivo de 2007 (13-04-2007).

SCHLAICH/KORIOTH. *Das Bundesverfassungsgericht*. 7. Aufl. München: C. H. Beck, 2007.

SCHLINK, Bernhard. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. In: BADURA, Peter & DREIER, Horst (Hrsg.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, S. 445-465.

SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl. Berlin: Dunker & Humblot, 1996.

_____. *Die Grundrechte*. In: AUGSBERG, Ino & UNGER, Sebastian (Hrsg.). *Basistexte: Grundrechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2012, S. 139-156.

_____. *Die Tyrannei der Werte, in: Säcularization und Utopie*, F Schr. f. E. Forsthoff, Stuttgart/Berlin/Köln, Mainz 1967.

SCHWABE, Jürgen. *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte - Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*. München: Wilhelm Goldmann Verlag, 1971.

_____. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais: para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Trad. Roberto José Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org./rev.). *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 91-133.

SEARLE, John R. **Expressão e significado**: estudos da teoria dos atos de fala. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Speech acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 1969.

SIECKMANN, Jan-Reinard. *Argumentation und demokratische Legitimation*. In: _____ (Hrsg.). *Argumentation und politische Legitimation*. Baden-Baden: Nomos, 2006, S. 57-68.

_____. *Human rights and the claim to correctness in the theory of Robert Alexy*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 189-205.

_____. *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*. In: CLÉRICO, Laura & SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 58-60.

_____. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso da. Nota do tradutor. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 9-13.

SOMEK, Alexander. *Rechtliches Wissen*, Frankfurt am Main, 2006.

STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer**. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 98-134.

_____. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11-52.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail U. Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

TEIFKE, Nils. *Flexibilität der Menschenwürde? Zur Struktur des Art. 1 Abs. 1 GG*, in: BÄCKER, Carsten; BAUFELD, Stefan. *Objektivität und Flexibilität im Recht. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie IVR, im September 2004 in Kiel und im April 2005 in Hagen*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005, ARSP, Beiheft 103.

_____. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental. Trad. Roberto José Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito**

natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 171-188.

TORRES FILHO, Rubens Rodrigues. Vide de Obra. In: NIETZSCHE, Friedrich. **Obras incompletas.** 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. vii-xvii (Os pensadores).

TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument.* Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. **Usos do argumento.** Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TSCHENTSCHER, Axel. *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit: rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht.* Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

TUGENDHAT, Ernst. *Probleme der Ethik.* Stuttgart: Reclam, 1984.

_____. *Vorlesungen über Ethik.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. **Lições sobre ética.** Trad./rev. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1996.

TUGENDHAT, Ernst & WOLF, Ursula. **Propedêutica lógico-semântica.** 2. ed. Trad. Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. Petrópolis: Vozes, 2005.

VIEHWEG, Theodor. *Rechtsphilosophie und rhetorische Rechtstheorie: gesammelte kleine Schriften.* Baden-Baden: Nomos, 1995.

VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho.* Buenos Aires: La Ley, Faculdade de Derecho – Universidade de Buenos Aires, 2006.

_____. **Interpretação jurídica.** Tradução de Susana Mura. Revisão de Alfredo Flores. SP: RT, 2005.

VILANOVA, Lourival. **Lógica jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

VOLTAIRE. *Candide ou l'optimisme*. Paris: Librio, 2010.

_____. **O filósofo ignorante**. Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Nova Cultural, 1988 (Os pensadores).

_____. *Traité sur la tolérance à l'occasion de la mort de Jean Calas*. Barcelona: Gallimard, 2011.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Legislation and moral neutrality*. In: _____. **Liberal rights: collected papers 1981-1991**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 143-167.

WEINBERGER, Ota. *Objectivity and impartiality in moral and legal argumentation*. In: _____. **Aus intellektuellem Gewissen: Aufsätze von Ota Weinberger über Grundlagenprobleme der Rechtswissenschaft und Demokratietheorie**. Berlin: Dunker & Humblot, 2000, S. 323-326.

_____. *Überzeugung als Aufgabe*. In: _____. **Aus intellektuellem Gewissen: Aufsätze von Ota Weinberger über Grundlagenprobleme der Rechtswissenschaft und Demokratietheorie**. Berlin: Dunker & Humblot, 2000, S. 347-366.

_____. *Zur Theorie der politischen Argumentation*. In: _____. **Aus intellektuellem Gewissen: Aufsätze von Ota Weinberger über Grundlagenprobleme der Rechtswissenschaft und Demokratietheorie**. Berlin: Dunker & Humblot, 2000, S. 329-346.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Legal reason. The use of analogy in legal argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

WILMS, Heinrich. *Von der Aktualität der Rechtsphilosophie Thomas von Aquins*, in DÖRR, Dieter et alii (Herausgeber). *Die Macht des Geistes*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2001, S. 21-39.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. 5. Aufl. Werkausgabe, Bd. 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

_____. *Tractatus logico-philosophicus*. 5. Aufl. Werkausgabe, Bd. 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

_____. *Über Gewissheit*. 3. Aufl. Werkausgabe. Bd. 8. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The application of law*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Madrid: Ed. Trotta, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Turin: Einaudi, 1992.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre: (Politikwissenschaft)*. 13. neubearb. Aufl. München: Beck, 1999.

_____. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. *Geschichte der Staatsideen*. 9. verb. Aufl. München: Beck, 1994.

Documentos e endereços eletrônicos

<ftp://ftp.cle.unicamp.br/pub/kant-e-prints/Zeljko-2-1-2-2006.pdf>.

<http://jus.com.br/revista/texto/16676/da-competencia-penal-na-justica-do-trabalho#ixzz1vckpn9H7>

<http://ldhhr.free.fr/DDHC.pdf>.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Bar%C3%A3o_de_M%C3%BCnchhausen

<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>

<http://www.cooncreek-and-tumbleweed-springs.co.uk/33313534/>

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.htm>

<http://www.db-thuringen.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-3081/Gretschner.pdf>,

http://www.documentarchiv.de/da/fs-notverordnungen_reichspraesident.html

http://www.law.yale.edu/documents/pdf/The_consequences_of_centralizing_constitutional_review.pdf

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/crossheading/legislation?view=plain>

http://www.notapositiva.com/diccionario_economia/optimopareto.htm.

http://www.rechtswissenschaft.nomos.de/fileadmin/rechtswissenschaft/doc/Aufsatz_ReWiss_10_04.pdf

<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035079.html>

http://www.steiner-verlag.de/uploads/tx_crondavtitel/datei-datei/9783515096089_p.pdf.

<http://www.thesmos.org/thesmos.php>

<http://www.univie.ac.at/staatsrecht-kelsen/index.htm>

ANEXO

EMENTAS DE JULGADOS DO STF

1) ADI 4277

Ementa

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição

privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em

sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(ADI 4277 / DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, j. 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011; EMENT VOL-02607-03 PP-00341, RTJ VOL-00219- PP-00212)

2) ADI 4274

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUTAS DE “INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA”. 1. Cabível o pedido de “interpretação conforme à Constituição” de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal. 2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente). 3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes. 4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV). 5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas.

(ADI 4274, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012)

3) ADPF 187

EMENTA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares de não-conhecimento da arguição e a de ampliação do objeto da demanda. No mérito, também por unanimidade, o Tribunal julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”, tudo nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes o Senhor Ministro Gilmar Mendes, representando o Tribunal na Comissão de Veneza, Itália, e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira e, pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Estudos Sociais de Psicoativos – ABESUP e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, respectivamente, o Dr. Mauro Machado Chaiben e o Dr. Luciano Feldens. Plenário, 15.06.2011. (ADPF 187-1/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Melo, j. 15.06.11.)

4) ADI 4029

EMENTA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de "entidade de classe de âmbito nacional" previsto no art. 103, IX, da CRFB.

2. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional.

3. In casu, a entidade proponente da ação sub judice possui ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente.

4. As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.

5. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que "O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias". Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: 'No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário'. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustenta-se serem

inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes." (In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. *Processo Legislativo - atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: RT, 2008. p. 285)

6. A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. Precedentes (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004; ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998; ADI 2736/DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998).

7. A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional.

8. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, caput, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas com efeitos *ex tunc*.

9. A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso sub judice a denominada *pure prospectivity*, técnica de superação da jurisprudência em que "o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese" (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. *RePro*, vol. 198, p. 389, ago/2011).

10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente.

11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo.

(ADI nº 4.029-4/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2012, DJ 27.06.2012)

5) ADI 3853

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2006, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ACRÉSCIMO DO ART. 29-A, CAPUT e §§ 1º, 2º E 3º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE. INSTITUIÇÃO DE SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO AOS EX-GOVERNADORES DAQUELE ESTADO, DE NATUREZA IDÊNTICA AO PERCEBIDO PELO ATUAL CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. GARANTIA DE PENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, NA METADE DO VALOR PERCEBIDO EM VIDA PELO TITULAR.

1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em 'caráter permanente', receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. Conquanto a norma faça menção ao termo 'benefício', não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. 4. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República). 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação direta, vencido o Senhor Ministro Eros Grau, que a julgou improcedente em voto proferido na assentada anterior. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Não votou o Senhor Ministro Menezes Direito por suceder ao Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, que já proferira voto. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Eros Grau. Plenário, 12.09.2007.

(ADI 3853/MS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j.12/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00029 EMENT VOL-02295-04 PP-00632 RTJ VOL-00203-01 PP-00139.)

6) ADC 29

EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. 1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). 2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 não viola o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 5. O direito político passivo (ius honorum) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, in casu, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político. 6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei

Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus publico. 7. O exercício do ius honorum (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares. 8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9.º, da Constituição Federal. 10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 53, § 6º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé. 11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (ius honorum), mas também ao direito de voto (ius suffragii). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. 12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado. 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes (repercussão geral).

Decisão

Após o voto do Senhor Ministro Luiz Fux (Relator), conhecendo em parte da ação e nessa parte julgando-a parcialmente procedente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo requerente, o Dr. Renato Campos Galuppo; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 09.11.2011.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Luiz Fux (Relator), que julgava parcialmente procedente a ação declaratória, nos termos do voto ora reajustado, apenas para dar interpretação conforme à alínea "e", inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, com a redação dada pela LC nº 135/2010, e o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que a julgava inteiramente procedente, nos limites conhecidos pelo Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.12.2011.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Dias Toffoli, julgando procedente a ação para declarar a constitucionalidade da aplicação da Lei Complementar nº 135/10 a atos e fatos jurídicos que tenham ocorrido antes do advento do referido diploma legal, e os votos das Senhoras Ministras Rosa Weber, que julgava totalmente procedente a ação, e Cármen Lúcia, que acompanhava o Relator para julgar parcialmente procedente a ação, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 15.02.2012.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, contra os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux (Relator), que a julgava parcialmente procedente, e Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Plenário, 16.02.2012.
(ADC 29/DF, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-02-12, DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012.)