

## 2

### A Estrutura da Teoria Jurídica de Robert Alexy: a proposta do 'trialismo'

Entre todas as propostas de reintrodução de uma noção de justiça no Direito apresentadas e refinadas a partir da década de 50 até nossos dias, a teoria de Robert Alexy pode ser considerada uma das mais completas, por ser muito articulada e procurar com seriedade, detalhamento e sofisticação, reabilitar a razão prática. Permite assim que o Direito encontre bases racionais para sua sustentação e justificação, adquirindo, desta forma, um alto grau de legitimidade.

Alexy possui uma obra vasta e em constante expansão, pois sua produção intelectual é intensa. No entanto, três são seus principais trabalhos, correspondendo as três linhas que se dedica em sua teoria: (1) 'Teoria da Argumentação Jurídica' [ *Theorie der juristischen Argumentation*] de 1978, sua tese de doutorado; (2) 'Teoria dos Direitos Fundamentais' [ *Theorie der Grundrechte*] de 1985, sua tese de livre docência e que no ano de 2002, por ocasião do lançamento da tradução para o inglês, sofreu uma complementação através da inserção de um posfácio a esta versão e (3) 'O Conceito e a Validez do Direito' [ *Begriff und Geltung des Rechts*] de 1992.<sup>1</sup>

No entanto, a teoria de Alexy não é sistemática. Encontrar vínculos entre suas principais obras e entender sua produção intelectual como um todo é difícil, sobretudo, porque apesar de inter relacionados, há um lapso temporal entre seus trabalhos e as revisões que são feitas em um destes, apesar de afetar aos demais, não é acompanhada de uma atualização dos outros pontos que foram, por conseguinte, alterados. Este é o caso da 'Teoria da Argumentação Jurídica', a qual, após as alterações efetuadas na obra 'Teoria dos Direitos Fundamentais', necessitaria passar por uma revisão e atualização.

Em sede de mestrado, iniciamos uma abordagem panorâmica da obra de Alexy, que nos permitiu agora, traçar um fio condutor e construir um aspecto circular de seu pensamento, no qual cada parte se articula com a outra formando um todo coerente e coeso. Esta sistematização foi levada ao conhecimento do

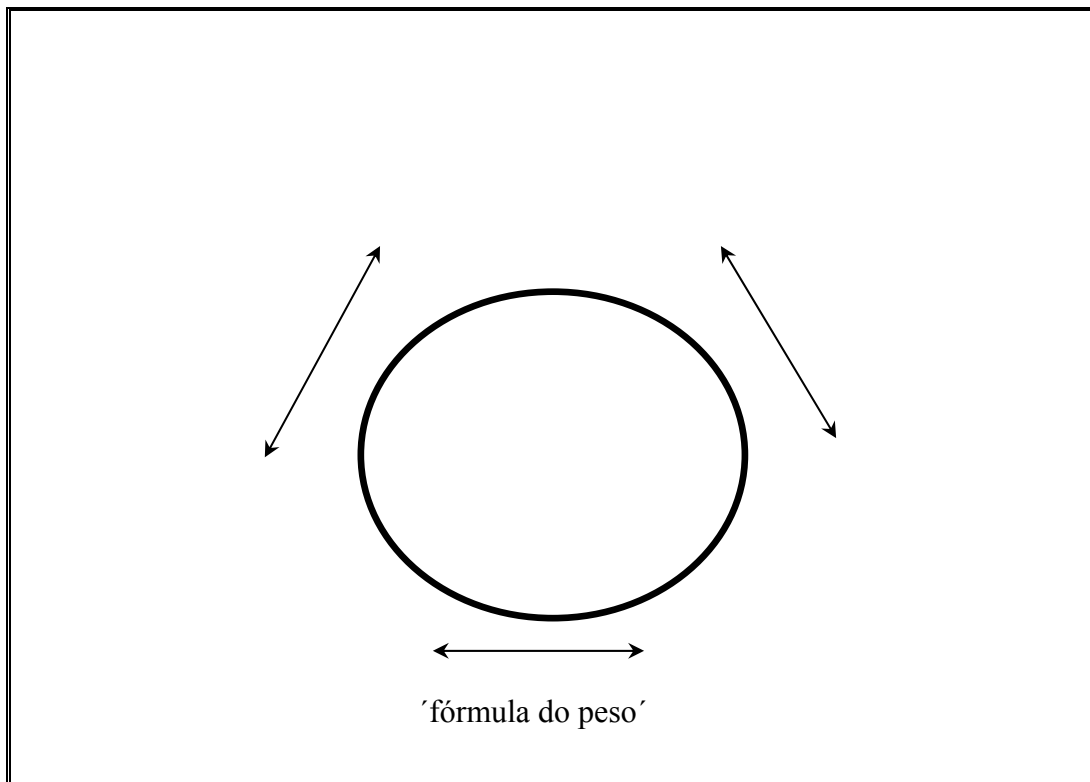
---

<sup>1</sup> Apesar de apresentarmos neste momento as obras de Robert Alexy de acordo com um critério cronológico, nossa exposição do 'trialismo', que trataremos a seguir, terá outra ordem de explanação, de viés mais lógico e que promove um melhor encadeamento da teoria de Alexy.

Prof. Alexy que por ela se encantou e incorporou-a à sua teoria, denominando-a de 'trialismo'.

A observância do 'trialismo', segundo Alexy, é algo incontornável a todo jusfilósofo que pretender advogar a viabilidade da razão prática e quiser reabilitá-la de modo satisfatório. Respeitar o 'trialismo' significa necessariamente, passar por três pontos: (1) estabelecer um conceito de Direito relacionado à moral, (2) construir uma 'teoria dos direitos fundamentais' (3) e elaborar uma 'teoria da argumentação jurídica'. Neste contexto, o aspecto circular do pensamento alexiano se consubstancia no 'trialismo' através da chamada 'teoria da relatividade do ponto de partida e identidade do ponto de chegada'. Não importa por qual elemento dos três pilares do 'trialismo' o jusfilósofo inicie, será impelido necessariamente a abordar os dois restantes.

Podemos visualizar o 'trialismo' através do seguinte esquema:



*Fluxograma 1 – 'trialismo'*<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Como esta conclusão trata de uma visão pessoal da doutoranda, visando ser fiel ao pensamento de Alexy, enviou-lhe o gráfico com sua explicação, obtendo a seguinte resposta em e-mail datado do dia 09 de julho de 2003: "I think that the triadic construction of my theory (Concept of Law, Constitutional Rights, Legal Argumentation) which you visualize with the scheme you have send me as an attachment, is correct. The unity of these three elements implies the thesis of the

O 'trialismo' possui um fio condutor, a razão prática, que une cada um dos seus componentes estruturando e organizando o pensamento de Alexy numa unidade.

“ minha tese é que existe uma relação interna entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da argumentação jurídica, e que uma teoria da argumentação jurídica adequada pressupõe uma teoria dos direitos fundamentais. Mas isto é só o primeiro passo. Não é suficiente conectar a teoria dos direitos fundamentais com a teoria da argumentação jurídica. É preciso uma razão que torne a conexão necessária. Esta razão pode ser encontrada na teoria do discurso racional, a qual é uma base para todo o sistema.”<sup>3</sup>

A reabilitação da razão prática no Direito corresponde a um movimento de racionalização do campo da moral e reintrodução desta no conceito de Direito, levando a uma complementação da abordagem positivista. Neste sentido, conforme Alexy:

“minha tese é a de que existe uma conexão conceitual necessária entre Direito e moralidade o que significa que o Positivismo legal fracassa enquanto uma teoria compreensiva.”<sup>4</sup>.

O modelo de Direito alexiano deriva de uma articulação de duas dimensões: uma dimensão institucional composta pelas características do Positivismo de eficácia social<sup>5</sup> e elaboração da lei consoante o procedimento formal estabelecido; e uma dimensão ideal ou discursiva, composta pela correção, elemento que tomado isoladamente corresponderia uma abordagem de Direito Natural. A proposta de Alexy é justamente conciliar ambas as dimensões em uma teoria compreensiva do Direito, através de um modelo que leve em consideração a

---

*relativity of the beginning step and the identity of the arrival step. You ask for the correct name of this. I do not have a name. Perhaps, one might speak of "Trialism", but I am not sure. It might be better to describe the structure without labelling it; but, on the other hand, often a label is useful. In short, the question is open.*”

<sup>3</sup> “My thesis is that there is an internal relation between the theory of rights and the theory of legal reasoning. You cannot have an adequate theory of rights without having a theory of legal reasoning, and a theory of legal reasoning presupposes a theory of rights. But this is only the first step. It is not enough to connect the theory of rights with a theory of legal reasoning. One needs a reason for making this connection a necessary one. This reason can be found in the theory of rational discourse which is the basis of the whole system.” ALEXY, Robert. “Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse”. *Ratio Juris*, Oxford: Blackwell Publishers, vol 5, no.2, (1992). p. 143.

<sup>4</sup> “ my thesis is that there is a conceptually necessary connection between law and morality which means legal positivism fails as a comprehensive theory.” \_\_\_\_\_. “On Necessary Relations Between Law and Morality”. *Ratio Juris*, Oxford: Blackwell Publishers, vol 2, no.2, (1989). p. 167.

<sup>5</sup> Com esta terminologia por nós pouco utilizada, Alexy refere-se a teorias como a kelseniana.

aplicação de normas positivadas, legalmente estabelecidas e válidas e também exige que as mesmas apresentem um conteúdo compatível com a correção.

A dimensão discursiva representada pela correção é o que nos interessa abordar. A razão prática segundo Alexy é a racionalidade que permite justificar a 'pretensão de correção', tornando-a válida e aceita pelos participantes daquele ordenamento jurídico.

Alexy filia-se à concepção kantiana de razão prática revista discursivamente por Habermas, constrói uma teoria discursiva, procedimental e universalista, através da elaboração de um sistema de regras do discurso denominado 'código da razão prática'<sup>6</sup>. Para Alexy, portanto, razão prática é "a habilidade de alcançar julgamentos práticos de acordo com este sistema de regras"<sup>7</sup>.

As regras do 'discurso prático racional geral' podem ser separadas em dois grupos: I) regras relacionadas imediatamente à estrutura dos argumentos e II) regras relacionadas ao procedimento discursivo.

As regras relacionadas imediatamente à estrutura dos argumentos (I) possuem uma natureza monológica e se referem à características de clareza, não contradição, univocidade conceitual e sinceridade. São as chamadas 'regras fundamentais' do 'código da razão prática'<sup>8</sup> e constituem requisitos procedimentais básicos de coerência e inequivocidade. Deste modo, ao exteriorizar o meu argumento, serei compreendido pelo meu ouvinte. Um ótimo exemplo é fornecido pelo professor Danilo Marcondes em seu livro 'Filosofia, Linguagem e Comunicação'<sup>9</sup>, a partir do diálogo de Alice com Humpty Dumpty

<sup>6</sup> O 'código da razão prática' pode ser abordado de dois modos: - uma classificação completa que pode ser encontrada na obra *Teoria de la Argumentación Jurídica*.(p.187 e ss.), sendo composto por 28 regras e formas as quais se organizam em uma escala decrescente com relação à sua amplitude; - e uma classificação simplificada encontrada em seu artigo 'A Discourse Theoretical Conception of Practical Reason'. Aqui trabalharemos com a versão simplificada.

<sup>7</sup> "(...) the ability to arrive at practical judgments according to this system of rules." \_\_\_\_\_. "A Discourse Theoretical Conception of Practical Reason". *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell Publishers, v. 5, no. 3, (1992). p. 235.

<sup>8</sup> 'regras fundamentais':

- nenhum orador pode se contradizer; (1.1)
- todo orador só pode afirmar o que ele mesmo crê; (1.2)
- todo orador que aplique um predicado F a um objeto B deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a outro objeto que apresente as mesmas características relevantes de B; (1.3)
- distintos oradores devem usar a mesma expressão com o mesmo significado;(1.4)

\_\_\_\_\_. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 183 e ss.

<sup>9</sup> MARCONDES. Danilo. *Filosofia, Linguagem e Comunicação*. 3. ed. r.a. São Paulo: Cortez. 2000.p. 102 e ss.

em ‘Alice Através do Espelho’ de Lewis Carrol, observa que a ausência dos pressupostos de clareza, coerência e unidade de significado, tornam a fala de Humpty Dumpty completamente ininteligível e impedem uma comunicação bem sucedida<sup>10</sup>. Neste sentido, ainda que as regras referentes à estrutura dos argumentos sejam monológicas, elas são pressupostos indispensáveis para o êxito em qualquer prática comunicativa.

Já as regras relacionadas ao procedimento discursivo (II), possuem uma natureza dialógica, sendo denominadas ‘regras específicas do discurso’. Segundo Alexy, “a finalidade destas regras é a imparcialidade do discurso. Este objetivo pode ser realizado assegurando-se a liberdade e a igualdade da argumentação.”<sup>11</sup> Trata-se das ‘regras de razão’ do ‘código da razão prática’<sup>12</sup>:

<sup>10</sup> “No capítulo VI de Alice através do Espelho de Lewis Carroll, encontramos a história do encontro de Alice com Humpty Dumpty. O diálogo que aí ocorre entre ambos é um dos melhores exemplos de pseudocomunicação que se encontra na literatura moderna que usa o absurdo como técnica. Alice tenta várias vezes fazer-se entender por Humpty Dumpty e entender o que ele está dizendo, e as diferentes maneiras em que ela falha representam muito bem a complexidade da estrutura pragmática da linguagem e os vários fatores que podem interferir em seu uso na comunicação. É um exemplo típico de uma troca não-cooperativa, na medida em que Alice acaba por ofender, embora involuntariamente, Humpty Dumpty ao chamá-lo de ovo, o que ele de fato é, dando início assim a um verdadeiro conflito verbal entre ambos. Alice imediatamente percebe que o diálogo ‘ não parece nem um pouco uma conversa’ e logo vemos o porquê. Quando Alice pergunta por que Humpty Dumpty está sentado no muro sozinho, ele responde que está sozinho porque não há ninguém com ele. E sua atitude permanece a mesma, respondendo a todas as perguntas dela de maneira que, explorando a ambigüidade de termos e expressões e jogando com o significado dúbio das palavras, impede uma comunicação real e bem sucedida. De fato, Humpty Dumpty explicitamente se refere ao diálogo como composto de enigmas ou charadas, como se na comunicação os falantes tivessem realmente que decifrar e interpretar com desconfiança uma intenção secreta do interlocutor, cujo objetivo passa a ser considerado como uma tentativa de ocultar algo e despistar o falante de alguma maneira. Alice, na verdade, observa em um dado momento: ‘Ele fala como se isto fosse um jogo!’ (...) Tome-se por exemplo a passagem em que após perguntar a Alice ‘ que idade você tem’, tendo como resposta ‘ sete anos e meio’, Humpty Dumpty replica triunfantemente: ‘ Errado! Você não havia dito sua idade antes!’ Quando Alice protesta, dizendo ‘ eu pensei que você queria dizer qual sua idade?, ele lhe responde ‘ se eu quisesse dizer isto, eu o teria dito.’

Um dos momentos mais significativos do diálogo é quando Humpty Dumpty insiste que quando ele usa uma palavra, esta palavra significa o que ele quiser. (...) Embora Alice e Humpty Dumpty falem essencialmente a mesma língua, não jogam o jogo lingüístico segundo as mesmas regras. Há um mínimo de entendimento mútuo, caso contrário o diálogo simplesmente não seria possível. Contudo, Humpty Dumpty sistematicamente interpreta mal o sentido do que Alice diz, usa palavras com duplo sentido explorando sua ambigüidade, distorce o significado literal de fórmulas convencionais e faz com que Alice se sinta perplexa e sem palavras, frustrando todas as tentativas de se comunicar.” MARCONDES. Danilo. *Filosofia, Linguagem e Comunicação*. 3. ed. r.a. São Paulo: Cortez. 2000.p. 102 -104 ( grifo nosso).

<sup>11</sup> “ *Their aim is the impartiality of the discourse. This aim is to be realized by securing the freedom and equality of the argumentation.*” \_\_\_\_.”Discourse Theory and Human Rights”. *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell Publishers, v. 9, no. 3, (1996). p. 211.

<sup>12</sup> “ ‘regras de razão’:

- quem pode falar pode participar do discurso (2.1)
- liberdade de discussão ( 2.2)

✓Todos podem problematizar qualquer afirmação (a)

Estas regras garantem o direito de cada ser humano a participar do discurso e de inserir qualquer argumento. Constituem a base normativa da teoria discursiva, introduzindo as idéias de liberdade e igualdade nos argumentos. Neste sentido afirma Habermas:

“ A propósito disto, darei gora algumas explicações. A regra (3.1) determina o círculo dos participantes potenciais no sentido de uma inclusão de todos os sujeitos, sem exceção, que disponham da capacidade de participar em argumentações. A regra (3.2) assegura a todos os participantes chances iguais de contribuir para a argumentação e de fazer valer seus próprios argumentos. A regra (3.3) exige condições de comunicação que tornem possível o prevalescimento tanto do direito a um acesso universal ao discurso, quanto do direito a chances iguais de participar dele, sem qualquer repressão, por sutil e dissimulada que seja ( e, por isso, de maneira igualitária)<sup>13</sup>

Porém, a ampla liberdade dada aos participantes do discurso será limitada de um modo não excludente. Eu digo não excludente porque não se trata de uma impossibilidade discursiva, no sentido de que *ab ovo*, se retiram do discurso certas pessoas, entendendo-as como incapazes de nele participar; mas cuja restrição se pauta na justificação. Deste modo, para que se negue a participação em um discurso deverá a negativa ser justificada. Também é vedado a exclusão permanente de indivíduos, pois configuraria uma discriminação. A partir de um fator limitante não excludente, situações discriminatórias ficam proibidas como, por exemplo, o impedimento da participação de mulheres em uma discussão.

A limitação da ampla liberdade se dá em princípio em dois momentos:

- (1) o primeiro se situa nas ‘regras sobre a carga de argumentação’<sup>14</sup>.

Estas regras irão estipular que todas as vezes que um participante intervier no

---

✓*Todos podem introducir cualquier afirmación no discurso (b)*

✓*Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades (c)*

- *nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos anteriores mediante qualquer coerção interna ou externa ao discurso (2.3)”*

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 187 e ss.

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. “Notas Programáticas para uma fundamentação de uma Ética do Discurso”. in: *Consciência moral e Agir Comunicativo*. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 2003, p. 112 Aqui cabe realizar um ajuste. Nos parece que na versão do ‘código da razão prática’ utilizada por Habermas, a numeração está diferente da atual. Por isto, quando menciona a numeração (3.1), (3.2) e (3.3); na realidade está se referindo às respectivas regras de razão (2.1), (2.2), (2.3).

<sup>14</sup> “ ‘regras sobre a carga de argumentação’:

- *Quem pretende tratar uma pessoa A de modo distinto de uma pessoa B está obrigado a fundamentar. ( 3.1 ) ( 2 + 1.3)*

discurso do falante seja para questionar qualquer afirmação feita, seja para introduzir qualquer afirmação ou ainda seja para expressar seus desejos, opiniões ou necessidades, deverá dar razões que justifiquem esse ingresso ativo no discurso.

-(2) o segundo se situa nas ‘regras de fundamentação’<sup>15</sup>, as quais afirmam que somente os argumentos passíveis de universalização podem ser objeto de um discurso prático, ou seja, se tais argumentos satisfizerem a ‘condição de aprovação universal’ (AU)<sup>16</sup>:

“AU: uma norma só pode alcançar um acordo universal em um discurso se as conseqüências de sua observância geral para a satisfação de todos os interessados puder ser aceita por todos.”<sup>17</sup>

- 
- *Quem ataca uma proposição que não é objeto da discussão tem que dar uma razão para fazê-lo. (3.2)*
  - *Quem aduziu um argumento só está obrigado a dar outros em caso de contra argumentos. (3.3)*
  - *Quem introduz uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos, ou necessidades, que não se refira a um argumento anteriormente manifestado no discurso, deverá fundamentar a causa que levou-a a introduzir esta manifestação ou opinião. (3.4)”*

\_\_\_\_\_. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 191.

<sup>15</sup> ‘regras de fundamentação’:

- Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as conseqüências desta mesma regra, na hipótese de se encontrar em situação idêntica. (5.1.1)
- As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um, devem ser aceitas por todos (5.1.2)
- Toda regra deve poder ser elaborada de forma aberta e geral (5.1.3)
- As regras morais que servem de base às concepções morais do orador, devem ser passíveis de prova de sua gênese histórico crítica, exceto: (5.2.1)
  - ✓ se ainda que originariamente fosse possível esta justificação racional, esta perdeu-se depois;
  - ✓ se não for originariamente possível a justificação racional;

\_\_\_\_\_. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 197.

<sup>16</sup> As ‘regras de razão’ e suas limitações, sobretudo a ‘condição AU’, revelam o caráter discursivo universal do sistema de regras proposto por Alexy. Nota-se que AU é uma combinação dos princípios ‘PU’ e ‘PD’ de Habermas. Para maiores aprofundamentos vide: \_\_\_\_\_. “My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason”. in: *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 29. e HABERMAS, Jürgen. “Notas Programáticas para uma fundamentação de uma Ética do Discurso”. in: *Consciência moral e Agir Comunicativo*. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 2003, p.115 a 117.

<sup>17</sup> “UA: a norm can only find universal agreement in a discourse if the consequences of its general observance for the satisfaction of everyone’s interest can be accepted by all.” \_\_\_\_\_. “Discourse Theory and Human Rights”. *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell Publishers, v. 9, no. 3, (1996). p.211.

Trata-se de uma situação reflexiva, pois a validade do argumento se perfaz somente se as suas conseqüências para um indivíduo puderem ser aceitas por todos os participantes deste discurso, quando estiverem na mesma situação.

O conceito de razão prática alexiano desemboca em uma divisão tripartite que corresponde ao 'trialismo'. Neste passo, faz-se necessária uma análise ainda que suscinta de cada um dos seus três elementos: conceito de Direito(1), 'teoria dos direitos fundamentais'(2) e 'teoria da argumentação jurídica'(3).

- O primeiro elemento do 'trialismo' é o conceito de Direito (1) que Alexy elabora e que se desdobra na maneira como irá organizar o sistema jurídico. O Direito em Alexy possui uma conexão necessária com a moral, diferenciando sua proposta da do Positivismo; para quem, em termos gerais, o conteúdo da norma possui importância apenas secundária. A proposta apresentada por Alexy enfoca a questão do conteúdo, tornando-o relevante. Neste sentido, procura preencher racionalmente o conteúdo da norma realizando um *upgrade* na sua estrutura: acrescenta-se internamente à norma jurídica positivada uma 'pretensão de correção' que lhe confere legitimidade e a atrela a um conteúdo de moralidade. Segundo Alexy:

“Não se pode pôr de lado a lei positiva, mas é necessário incorporar a lei positiva em uma justificação moral. A lei positiva é necessária por razões morais, pois se não tivéssemos a lei positiva, estaríamos não somente sem a segurança e eficiência legal, mas também sem a proteção dos direitos que são requeridos pela moralidade. Por outro lado, desde o momento que temos a lei positiva, no interior da mesma, a moralidade é necessária. Então há uma necessidade moral externa de lei positiva e uma necessidade interna de moralidade no interior da lei positiva.”<sup>18</sup>

Deste modo, o conteúdo da norma passa a ter importância primordial para que a mesma possa ser considerada como válida e legítima.

A 'pretensão de correção', então, torna-se o grande diferencial entre os enfoques de norma positivista e não 'positivista'. Mas o que Alexy entende ser 'pretensão de correção'<sup>19</sup>? No nosso entender, 'pretensão de correção' é: uma 'pretensão de justiça',<sup>20</sup> e se refere à observância de um procedimento discursivo,

<sup>18</sup> WOLF, Alice. Entrevista com Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil –RTDC*. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 4, v. 16, outubro a dezembro 2003. p.319-320

<sup>19</sup> Vide a nota 22 na qual Alexy tece alguns comentários interessantes a respeito da 'pretensão de correção'.

<sup>20</sup> Para Alexy falar em 'pretensão de correção' é falar em pretensão de justiça. São sinônimos. “La justicia es corrección (*Richtigkeit*) en la distribución y en la compensación”. \_\_\_\_\_. “Justicia



de acordo com o 'código da razão prática', extremamente democrático e equânime, sendo requisito para a juridicidade do ordenamento jurídico, condicionando a legitimidade da norma à sua satisfação. Através da 'pretensão de correção', a moral e o Direito se interrelacionam<sup>21</sup>.

Inicialmente Alexy aceitou que esta abordagem fosse chamada de 'pós Positivismo'<sup>22</sup>. No entanto, atualmente, apesar da base teórica da sua proposta ter-se mantido, prefere usar o termo 'não Positivismo', que inclusive vem sendo adotado na Europa para marcar a divisão entre os positivistas e seus críticos. No seu entender, 'pós Positivismo' aponta para uma superação do Positivismo que não é o que pretende; o termo 'não Positivismo' expressa melhor o caráter de complementaridade ao Positivismo e é, por isto, mais coerente com sua abordagem. O 'não Positivismo' pode ser visualizado na figura 1, a qual foi desenhada por Alexy em palestra acerca de seu debate com Raz, ministrada para seus doutorandos em junho de 2005.

---

como Corrección". *Doxa - Cuadernos de Filosofía Del derecho* Alicante: Universidad Alicante. vol.26,(2003).p.163

<sup>21</sup> Esta definição de "pretensão de correção" foi elaborada pela autora, tendo sido revista e aceita por Alexy em um dos encontros de orientação que tiveram em Kiel no primeiro semestre de 2005.

<sup>22</sup> "Sua posição intelectual pode ser compreendida como uma posição 'pós positivista'? O que o sr. pensa a respeito do 'pós Positivismo'? O sr. pode ser considerado um jusfilósofo 'pós positivista'? R: Todos estes conceitos opostos são difíceis e devem ser usados com cuidado. Naturalmente, o conceito de 'pós Positivismo' pode encontrar significado em dois sentidos: Eu sempre fui profundamente influenciado especialmente por Hans Kelsen, Herbert Hart e Alf Ross, que são todos positivistas. Eu nunca desistiria do que aprendi com eles. Neste aspecto penso que estamos todos sustentados nos ombros dos grandes positivistas do século vinte. Mas não é suficiente ser um positivista, porque a lei positiva, que é o primeiro passo, suscita uma "pretensão de correção". E não é a partir de um ponto de vista metafísico externo que trago a "pretensão de correção" para o campo jurídico. A "pretensão de correção" já se encontra na lei positiva, está sempre implícita na lei positiva e alcançou enorme importância devido ao que Hart intitula "textura aberta", ou seja a textura aberta de cada e toda lei positiva. A "pretensão de correção" consiste no Direito em uma pretensão de justiça, porque a justiça não é nada além do que uma distribuição correta e balanceamento. Se pusermos ambas juntas, a "pretensão de correção" e a textura aberta da lei, poderemos ver que a lei positiva é, de um lado, importante para a democracia por razões democráticas, pois em uma democracia, a lei positiva está procedimentalmente justificada pelo processo democrático público o qual dá os contornos à lei positiva; mas contudo, sempre existe, por outro lado, uma "pretensão de correção" e uma textura aberta. Não há outra opção que não seja a de preencher a textura aberta de acordo com a "pretensão de correção"; a qual necessariamente inclui uma pretensão de justiça. Isto torna necessária a relação entre Direito e moral. Se vocês quiserem chamar isto de 'pós Positivismo', por favor o façam. Este conceito se refere a uma relação histórica de minha teoria com o Positivismo e não com a relação lógica entre ambos.

Não se pode pôr de lado a lei positiva, mas é necessário incorporar a lei positiva em uma justificação moral. A lei positiva é necessária por razões morais, pois se não tivéssemos a lei positiva, estaríamos não somente sem a segurança e eficiência legal, mas também sem a proteção dos direitos que são requeridos pela moralidade. Por outro lado, desde o momento que temos a lei positiva, no interior da mesma, a moralidade é necessária. Então há uma necessidade moral externa de lei positiva e uma necessidade interna de moralidade no interior da lei positiva." WOLF, Alice. Entrevista com Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil –RTDC*. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 4, v. 16, outubro a dezembro 2003. p.319-320 ( grifo nosso)

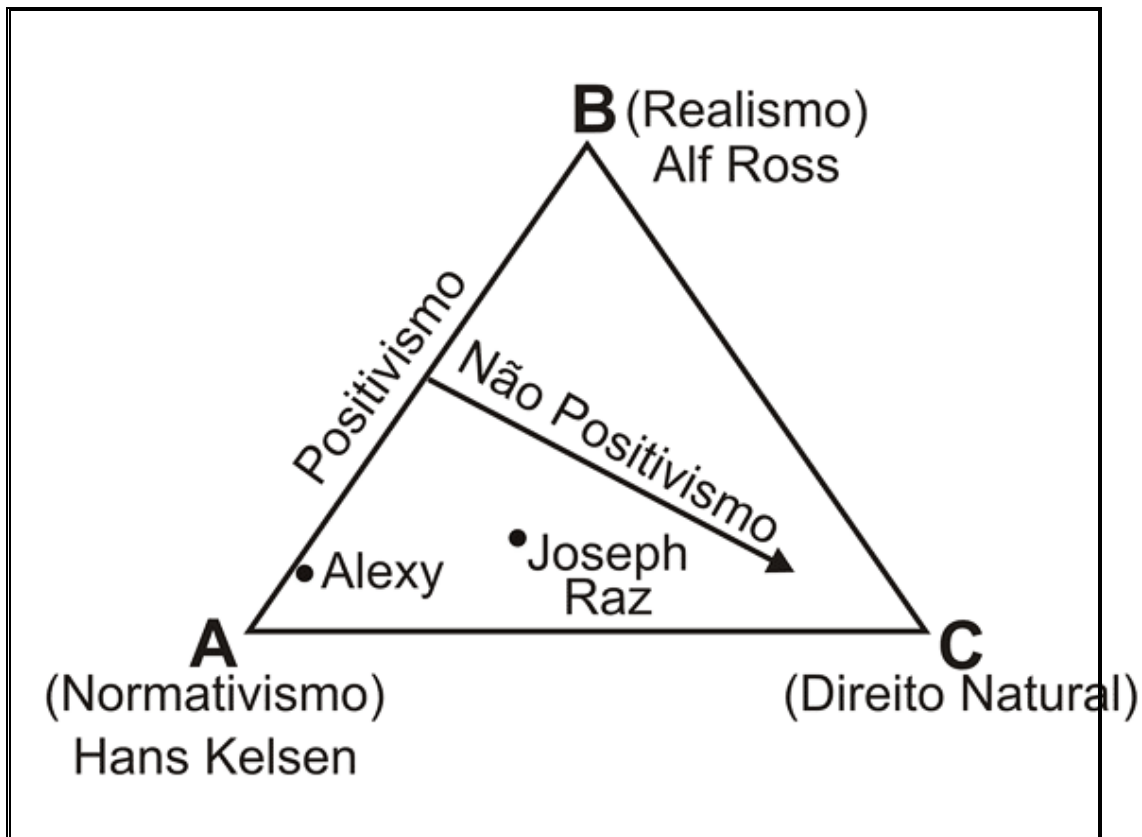


Figura 1 – Triângulo relações Positivismo/ 'não Positivismo'

Este gráfico representa a posição atual de Alexy com relação ao Positivismo e a Joseph Raz. Por paradoxal que possa parecer, Alexy se considera próximo a Kelsen, e se auto intitula um 'não positivista' próximo ao Positivismo de Kelsen. O lado AB corresponde a uma régua de gradação que comporta os principais pensadores positivistas sendo que num extremo encontramos Kelsen e no outro Alf Ross. O gráfico também permite perceber que todas as teorias 'não positivistas' têm como base e ponto de partida as premissas do Positivismo; uma vez que todas elas partiriam do lado AB, teriam-no como uma base. O 'não Positivismo' possui, no entanto, um aspecto complementar ao Positivismo, por incorporar a 'pretensão de correção' no interior da estrutura do Direito. Outro aspecto é que Alexy afirma que qualquer afastamento do Positivismo corresponde a uma aceitação em maior ou menor medida do Direito Natural. Isto pode ser observado no gráfico pela seta que representa o 'não Positivismo', pois parte do Positivismo em direção ao vértice C (Direito Natural); e também pelo ponto que

marca a posição de Alexy, o qual tangencia o lado que representa o Positivismo, mas é interno ao triângulo, mostrando que a teoria é afetada pelo Direito Natural, ainda que em pequena medida. Já Joseph Raz, por estar mais distante do lado AB, estaria mais influenciado pelo Direito Natural.

Todo sistema jurídico é organizado consoante o modelo de Direito adotado. Em Alexy este modelo inclui a moral; logo, temos que, o sistema irá refletir a 'pretensão de correção' em suas esferas legislativa, executiva e judiciária; e se desdobrará em uma parcela passiva composta pelos princípios e regras; e uma parcela ativa, dada pelo procedimento argumentativo. Segundo Alexy:

“...a segunda via que se abre com a compreensão de que a adição de um nível dos princípios ao das regras, não leva, contudo, a um modelo completo de sistema jurídico. Os princípios, como as regras, não regulam por si mesmos sua aplicação. Se se quer alcançar um modelo adequado de sistema jurídico, então se deve acrescentar a estes dois níveis que expressam, em relação com a questão da correção da decisão, o lado passivo do sistema jurídico, outro lado ativo referente a esta questão. Aos níveis das regras e dos princípios, devem certamente complementar-se com um terceiro, a saber, com uma teoria da argumentação jurídica, que diz como, sobre a base de ambos os níveis, é possível uma decisão racionalmente fundamentada.”<sup>23</sup>

- o segundo elemento do 'trialismo' consiste na 'teoria dos direitos fundamentais' (2), cuja tarefa é conceituar direitos fundamentais<sup>24</sup> e apresentar seu modo peculiar de aplicação.

<sup>23</sup> “La segunda via se abre com la comprensión de que la adición de un nivel de los principios al de las reglas no lleva todavía a un modelo completo del sistema jurídico. Los principios, como las reglas, no regulan por si mismos su aplicación. Si se quiere lograr un modelo adecuado del sistema jurídico, entonces se debe añadir a estos dos niveles que expresan, en relación con la cuestión de la corrección de la decisión, el lado pasivo del sistema jurídico, otro lado activo referido a esta cuestión. Los niveles de la regla y de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica, que dice como, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada.” ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, principios jurídicos e Razão Prática”. in: *Derecho y Razón Práctica*, México, Distribuciones Fontamara, 1993, p. 19-20

<sup>24</sup> Os direitos fundamentais para Alexy correspondem a priorização e positivação nas constituições dos direitos humanos elaborados na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, os quais possuem conteúdos que consubstanciam um núcleo básico para a natureza humana. A natureza jurídica dos direitos fundamentais é dupla: regras e princípios. Uma norma fundamental possui um caráter duplo porque, nos casos em que é regra, esta possui uma amplitude que leva a uma restrição referente à princípios. Desta forma, a norma apresenta a face de regra toda vez que for aplicada diretamente por subsunção; mas quando o caso cair na restrição imposta, deverá se proceder à 'ponderação de princípios'. Nos casos em que é princípio, todas as vezes em que houver a 'ponderação de princípios' e for formulada a regra X que regulará o caso concreto, esta norma constitucional adscrita, que complementa e dá concretude ao princípio, por estar intimamente ligada a ele, funciona como um apêndice. Assim, também podemos dizer que, mesmo nos casos em que a norma jusfundamental for um princípio, terá um caráter duplo. Segundo Alexy:

Alexy percebeu na noção de 'textura aberta'<sup>25</sup> trabalhada por L. A. Hart, zonas de abertura jurídica, que se entrelaçavam à moral mas que, segundo Hart, seriam preenchidas de modo arbitrário e externo ao Direito. Porém, quando se trabalha com um Direito conectado necessariamente à moral, nestes espaços de abertura, os princípios, constituem uma válvula de escape, uma área intersticial, que permite esta articulação de modo racional. Os princípios passam a integrar o Direito enquanto normas e possuem um modo de aplicação através dos conceitos de 'ponderação' e 'otimização', que lhes confere um patamar razoável de racionalidade.

Por esta razão é que, apesar de ser denominada uma 'teoria dos direitos fundamentais', Alexy se preocupa em apresentar um conceito estrutural de princípio e seu peculiar modo de aplicação. Isto é possível porque a relação entre direitos fundamentais e princípios é de articulação. Tal interface é necessária em casos complexos, para os quais a subsunção não proporciona uma solução satisfatória e a abordagem principiológica dos direitos fundamentais possibilita uma conexão do Direito com a moral através da aplicação da 'ponderação' para solução do conflito.

- o terceiro elemento se refere a 'teoria da argumentação jurídica' (3), a qual complementa o 'procedimento da ponderação' de princípios. Trata-se de um procedimento justificatório, que clarifica as decisões e estabelece cadeias

---

*“ A Teoria dos Princípios logra não apenas estruturar a solução de colisões de direitos. Essa teoria tem uma outra qualidade que é extremamente relevante para o problema teórico do direito constitucional. Ela permite uma via intermediária entre vinculação e flexibilidade. Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A Teoria dos Princípios pode levar a sério a Constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, não de passar pelo processo de ponderação. E assim, 'sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade'. Assim, a Teoria dos Princípios apresenta não apenas uma solução para o problema da 'colisão', como também para o problema da vinculação dos direitos fundamentais”. (ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar- Fundação Getúlio Vargas. no. 217. julho-dezembro (1999). p. 78-79)*

<sup>25</sup> Hart aceita que o Direito não apresenta resposta para todos os casos. Por vezes no campo da aplicação, haverá uma indeterminação ou vaguedade que representam uma abertura ou espaço no Direito o qual será sanado através da discricionariedade. Por exemplo a polivalência da linguagem, que exigirá o uso da interpretação. Para maiores aprofundamentos vide HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. 2ed. Lisboa: Fundação Calhoute Gulbenkian, 1994, cap VII.

argumentativas para corroborar as escolhas tomadas durante a 'ponderação de princípios'.

O sistema jurídico possui uma parcela passiva, composta pelas regras e princípios e uma parcela ativa, composta pela 'argumentação jurídica'. De acordo com a teoria 'não positivista' de Alexy, a aplicação adequada do Direito passa pela adoção de uma 'teoria dos direitos fundamentais' que se complementa pela justificação argumentativa da solução apresentada. Isto significa dizer que o papel da 'argumentação jurídica' é primordial. É através dela que o 'procedimento da ponderação' ganha legitimidade, pois as escolhas tomadas durante o mesmo, são acrescidas de razões que as justificam. Como veremos mais adiante, não são quaisquer razões que poderão ser aduzidas, mas as que estiverem de acordo com a 'pretensão de correção', a qual sobrepõe e controla a justiça de todo o ordenamento jurídico.

A 'argumentação jurídica' possui diversos tipos de discurso: existem as discussões da ciência jurídica, as discussões dos tribunais, as jurídicas – que se dão entre estudantes de Direito, entre advogados – ou ainda aquelas que levam em conta argumentos jurídicos e são travadas pela população em geral através do acesso pela mídia. Estes discursos podem ser divididos em subcategorias; institucionalização, limitação temporal, obrigatoriedade da decisão, etc. Porém, em todos vigora a argumentação jurídica e obedecem as suas características de ser vinculante ao Direito Vigente e de ocorrer sob certas condições limitativas.

Alexy defende a 'tese do caso especial', a qual estabelece que o 'discurso jurídico' é uma espécie do 'discurso prático racional geral', limitada por condições peculiares. Se fundamenta em três pontos:

- (a) as discussões jurídicas se referem a questões práticas: tal qual o 'discurso prático racional geral', o 'discurso jurídico' se refere a soluções de questões práticas.

- (b) encerram uma 'pretensão de correção': quanto a 'pretensão de correção' que deve estar presente em ambos os discursos, há uma diferença de como esta é entendida no 'discurso jurídico'. Não se pretende que o conteúdo alcançado na sentença seja correto absolutamente, mas que possa ser racionalmente fundamentado no contexto do ordenamento jurídico em vigor. "O que é correto em um sistema jurídico depende essencialmente do que é fixado

autoritariamente e institucionalmente."<sup>26</sup> Atender a 'pretensão de correção' é assegurar o reto funcionamento do Direito vigente. A 'pretensão de correção' aparece nos discursos jurídicos de vários ordenamentos jurídicos, na obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, mas igualmente se acha presente nas diversas atividades jurídicas: nas largas discussões travadas nos tribunais, na ampla literatura científico - jurídica ou na mídia e até mesmo no direito que possui um ser racional de que uma decisão contrária a seus interesses lhe seja explicada racionalmente.

As duas primeiras características que acabamos de ver ( a e b), qualificam o 'discurso jurídico' como uma espécie do 'discurso prático racional geral', pois constituem traços comuns a ambos os discursos; já a terceira característica, estabelece uma diferença entre ambos os discursos, sendo peculiar e constitutiva do 'discurso jurídico'. Passemos ao seu estudo.

- (c) os 'discursos jurídicos' possuem limitações que lhe são inerentes: esta terceira característica se refere às condições limitadas sob as quais o 'discurso jurídico' se desenvolve:

(c.1) Em primeiro lugar, por ser uma espécie do 'discurso geral', o 'discurso jurídico' sofre as mesmas limitações daquele, sendo também passível a ocorrência da 'impossibilidade discursiva' e da 'possibilidade discursiva'. Um detalhe importante é que estas limitações do 'discurso prático racional geral' apontam para a necessidade da construção do 'discurso jurídico'. Vejamos isto com mais vagar a seguir.

O 'discurso prático racional geral', ainda que garanta uma certa racionalidade às discussões, não torna definitivo o acordo chegado naquele momento, nem assegura um acordo para cada questão. É sempre possível a revisão periódica marcada pela 'pretensão de correção' possibilitada pelas 'regras de razão', "que estabelecem que qualquer um a qualquer momento podem atacar a qualquer regra ou proposição normativa."<sup>27</sup> Neste sentido, o 'discurso prático racional geral' encontra dois tipos de limitações: (I) a primeira trata da

<sup>26</sup> "(...) lo que es correcto en un sistema jurídico depende esencialmente de lo que es fijado autoritativa o institucionalmente."<sup>26</sup> \_\_\_\_\_. "La Tesis del Caso Especial". *Isegoria - Revista de Filosofía Moral e Política*. Madrid: Instituto de Filosofía (CSIC), no. 21, nov. 1999. p. 25.

<sup>27</sup> "(...)que establecen que cualquiera puede en cualquier momento atacar cualquier regla y cualquier proposición normativa(...)" ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 201.

'impossibilidade discursiva' e acontece quando existem regras que excluem certas pessoas do discurso<sup>28</sup>. (II) A segunda trata da 'possibilidade discursiva', que ocorre quando é possível fundamentar duas proposições normativas incompatíveis entre si. A 'possibilidade discursiva' pode ser objeto de um 'discurso prático' o qual pretenderá fundamentar regras que possibilitem a decisão entre duas soluções contraditórias discursivamente possíveis.

Assim sendo, o 'discurso prático racional geral' abre caminho para a necessidade de um 'discurso jurídico', já que é incapaz de produzir uma solução vinculante, somente alcançável através da observância da lei. Segundo Alexy:

"Os limites da determinação de um resultado do procedimento do 'discurso prático racional geral' (  $P^p$  ) fundamentam assim, a necessidade de fixar precisões no âmbito do discursivamente possível através da legislação positiva.(...) A aceitação de uma regra por todos os participantes do discurso não traz, necessariamente como consequência, sua obediência por parte de todos."<sup>29</sup>

Além disto, a possibilidade discursiva encontrará um limite no 'discurso jurídico' através da observância do processo judicial<sup>30</sup>, uma vez que nele há um termo imposto à lide, findando a discussão através do instituto da 'coisa julgada'.

<sup>28</sup> Alexy cita o exemplo de pessoas que possuem o status jurídico de escravos e que, portanto, estariam excluídas de participar do discurso.

<sup>29</sup> "Los limites de la determinación del resultado del  $P^p$  fundamentan as, la necesidad de fijar precisiones em el ámbito de lo discursivamente posible a través de la legislación positiva. (...) La aceptación de una regla por todos los participantes em el discurso não trae necesariamente como consecuencia, su obediencia por parte de todos." \_\_\_\_\_. "La Idea de uma Teoria Procesal de la Argumentacion Jurídica". in: *Derecho y Razón Práctica*, México, Distribuciones Fontamara, 1993, p. 70.

<sup>30</sup> A necessidade do Direito, fundada em  $P^p$  ( procedimento do 'discurso prático geral'), pode dividir-se na necessidade de outros três procedimentos: o da criação estatal do Direito (  $P^d$  ), o da argumentação jurídica (  $P^a$  ) e o do processo judicial (  $P^j$  ). Para Alexy, o sistema jurídico deve ser criado de acordo com  $P^p$ ; mas, dentro deste sistema jurídico existirão lacunas de racionalidade - "com relação ao material autoritário produzido por  $P^d$ , são possíveis várias decisões jurídicas. (...) o que orienta para o papel da argumentação jurídica de fechar estas brechas." \_\_\_\_\_. "La Idea de uma Teoria Procesal de la Argumentacion Jurídica". in: *Derecho y Razón Práctica*, México, Distribuciones Fontamara, 1993, p. 71.

O ponto de partida de  $P^a$  é  $P^d$ . Já com relação a  $P^p$ , tem-se que o procedimento de argumentação jurídica é formado por regras específicas do 'discurso jurídico' e por regras do 'discurso prático racional geral' ( neste sentido as regras da argumentação jurídica são casos especiais das regras do 'discurso prático racional geral'). Porém,  $P^a$  apontará para os limites da argumentação racional e das debilidades de  $P^d$  como critério de correção exsurge o procedimento do processo judicial para o qual se agrega o caráter decisório. Logo, restringe-se a 'possibilidade discursiva', impondo-se para um caso uma só solução. Esta será racional porque obedece a  $P^p$ ,  $P^d$  e  $P^a$  respectivamente.

(c.2) Em segundo lugar, uma outra limitação ao 'discurso jurídico', esta já exclusiva deste, reside no fato da 'teoria da argumentação jurídica' estar vinculada à lei, ao precedente e à dogmática.

Esta vinculação, contudo, não é intransponível e nem é salutar que o seja. Nos sistemas jurídicos que formulam uma 'pretensão de correção', uma combinação com este elemento é sempre necessária.. Todo sistema jurídico possui aberturas ou lacunas e estas deverão ser racionalmente fechadas; o que é obtido pela utilização da argumentação jurídica. A princípio, a decisão terá como divisas a lei, a dogmática e o precedente, mas há de se ter uma certa flexibilidade, já que, às vezes, a fim de se atender à 'pretensão de correção', chegaremos a uma decisão *contra legem*. Nesta hipótese, há uma confluência com o 'argumento da injustiça'<sup>31</sup>. A decisão *contra legem* corresponde à 'pretensão de correção' nas hipóteses de injustiça intolerável<sup>32</sup>. Conforme será visto com maior minúcia adiante, quando tratarmos das 'regras de justificação externa' da 'teoria da argumentação jurídica'<sup>33</sup>, um afastamento das fronteiras institucionais (lei, dogmática e precedente) há de ser sempre fundamentado.

Nos capítulos que se seguem apresentaremos cada pilar do 'trialismo' de forma mais aprofundada. Aperfeiçoamentos recentes propostos pelo autor na

<sup>31</sup> Para elucidar esta questão vide o item 1.1 e, mais aprofundadamente ALEXYY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa. 1994. cap. 2.

<sup>32</sup> A 'pretensão de correção' possui duas vertentes: a primeira relativa à forma (refletir uma fundamentação válida) e a segunda relativa ao conteúdo ( ser justa e racional). Na hipótese de uma decisão *contra legem*, o primeiro aspecto da 'pretensão de correção' seria desprezado em favor do segundo. Atienza tece algumas críticas a esta hipótese. Entende ele que a impossibilidade de se satisfazer simultaneamente os dois lados da 'pretensão de correção', faz com que a 'tese do caso especial' pressuponha a justiça do Direito Positivo. Porém, ao contrário do que Atienza tenta defender, desta impossibilidade, não decorre que a 'tese do caso especial' pressuponha a justiça do Direito Positivo. Inicialmente, Atienza se equivoca ao dizer uma decisão *contra legem* é "(...)falha por não ter sido tomada dentro da moldura do ordenamento jurídico válido." ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito- Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy. 2000.p. 294. Alexy demonstra que, quando o juiz decide contra a lei nas hipóteses de injustiça intolerável está correlacionando o argumento da correção com o argumento da injustiça, e, neste sentido, a 'pretensão de correção' é adimplida completamente, produzindo uma decisão perfeita, a despeito de não estar conforme o ordenamento jurídico vigente. A divisão bipartide da 'pretensão de correção' revela, não um caráter ingênuo e ineficaz, conforme Atienza nos quer levar a crer, mas a sua flexibilidade diante de situações limite, uma vez que possibilita, tanto criticar uma decisão injusta ou irracional, como, nas hipóteses de injustiça intolerável, combinar-se com o argumento da injustiça e viabilizar uma solução *contra legem*. Assim, a 'tese do caso especial' não pressupõe a justiça do Direito Positivo. Podemos até afirmar que as duas características da 'pretensão de correção' só ocorrem se uma decisão for válida e justa. Todavia, as situações limite e especialmente a decisão *contra legem* são uma prova de que a 'tese do caso especial' visa, ao contrário, dar conta justamente dos casos nos quais o Direito não é justo.

<sup>33</sup> Para maiores esclarecimentos, veja o item 2.3.2 que trata da 'justificação externa'.



‘teoria dos direitos fundamentais’, apontam para uma abordagem de direitos fundamentais mais ciente de seus limites, reduzindo o espaço da ‘ponderação’, e introduzindo novos elementos a favor de uma maior racionalidade do procedimento. Também novas luzes atualmente estão sendo lançadas na teoria de Alexy em seus mais novos trabalhos, voltados para a ‘pretensão de correção’ e relação do Direito com a moral. Com isto, o ‘realismo’ vem se sofisticando e se articulando melhor e a teoria alexiana se torna mais eficaz e precisa, alcançando maior credibilidade e aceitação.

## 2.1

### O Conceito de Direito ‘não positivista’ de Alexy

Alexy defende a tese da vinculação do Direito com a moral, relação esta conceitual e a partir da qual há uma transferência de prioridade, na aferição da legitimidade da norma jurídica, da legalidade para a análise de sua correção procedimental, que é, a seu turno, propiciada pelo 'código da razão prática', mais especificamente pela 'teoria da argumentação jurídica'. Em outras palavras, se por um lado temos decisões jurídicas que observam um certo patamar de justificação, por outro temos os participantes daquele ordenamento jurídico fiscalizando-as e aceitando-as na medida em que discursivamente se colocam na mesma posição de destinatários daquele direito e o aceitam como legítimo.

A definição de Direito de Alexy é a seguinte:

"O Direito é um sistema de normas que (1) formula uma ‘pretensão de correção’, (2) consiste na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição em geral eficaz e que não são extremamente injustas, como igualmente à totalidade das normas promulgadas consoante a Constituição, as quais também possuem um mínimo de eficácia social e não são extremamente injustas e (3) ao qual pertencem os princípios e os outros argumentos normativos nos quais se apóia o procedimento de aplicação do Direito e deve se apoiar a fim de satisfazer a ‘pretensão de correção’." <sup>34</sup>

<sup>34</sup> “ *El Derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste em la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución em general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también em la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo com esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos em los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.*” ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994, p. 123.

Este conceito parte de duas primícias; primeiro é uma definição que inclui a noção de validez, ou seja, "o contexto institucional da promulgação, aplicação e imposição do Direito"<sup>35</sup>; segundo, é uma definição formulada a partir de uma visão interna, ou seja, da ótica de um participante, de um membro do ordenamento jurídico, sobretudo de um juiz. Feitas estas observações, pode-se averiguar que a tripartição do significado de Direito corresponde aos seus três argumentos norteadores que visam reforçar a existência de um nexos conceitual entre moral e Direito: a) o 'argumento da correção', b) o 'argumento da injustiça' e o c) 'argumento dos princípios'.

a) O 'argumento da correção' é a base dos demais. Para explicá-lo, o jusfilósofo alemão diferencia três ordenamentos sociais extremos, nos quais a violência é permitida e o povo é explorado: 'ordem absurda', 'depredatória' e 'de dominação'. Na 'ordem absurda' uma maioria é governada por uma minoria armada sem conhecer os fins dos governantes nem tampouco poder perseguir seus objetivos pessoais. As ordens emanadas do poder dominante são contraditórias e variáveis e os dominados as cumprem por medo da violência. Esta ordem se transforma em uma 'ordem depredatória' quando esta minoria armada transmuda-se em um grupo de bandidos organizados. Passa a haver uma hierarquia entre os bandidos e uma proibição de uso da violência em certas situações, como, por exemplo situações que interfiram na exploração pretendida. Finalmente, esta 'ordem depredatória' se converte em uma 'ordem de dominação' quando todos os atos de exploração só são permitidos se seguirem a uma prática regrada a qual só será tida como correta se servir a uma finalidade superior, por exemplo, o desenvolvimento do povo. Deste modo, um ato de violência só estará justificado publicamente se seguir o procedimento predeterminado e objetivar o desenvolvimento do povo. Este último ordenamento, não obstante ser claramente explorador, é um sistema jurídico, uma vez que formula uma 'pretensão de correção', ainda que neste caso extremo ela seja uma mera fachada.

A 'pretensão de correção', com relação aos sistemas jurídicos, quando não for formulada nem explícita, nem implicitamente, possui um aspecto

---

<sup>35</sup> " ... *el contexto institucional de la promulgación, aplicación e imposición del derecho.*" *Idem*, p.30.

classificante<sup>36</sup>, acarretando na perda da qualidade jurídica. Terá um aspecto qualificante<sup>37</sup>, no sentido de denotar uma deficiência, uma falha, sem contudo perder a juridicidade, quando for formulada mas não for satisfeita. Com relação às normas isoladas, a 'pretensão de correção' será sempre qualificante e as normas serão deficientes, seja quando não forem formuladas, como quando não forem satisfeitas<sup>38</sup>.

Uma vez que a legitimidade da norma se funda na existência desta 'pretensão de correção', esta deve ser possível de ser constatada por qualquer membro do ordenamento jurídico, sob pena da norma ser considerada ilegítima. Cada cidadão deve poder visualizá-la tanto na norma abstratamente considerada (aspecto de criação do Direito, atividade do legislador), como na decisão judicial (aspecto da aplicação do Direito - atividade do juiz ou Tribunal). Aqui se revela uma relação importante entre esta pretensão e democracia, pois o procedimento da 'pretensão de correção' é dado pelo 'código da razão prática', discursivo, e inclusivo, pois se fundamenta na capacidade comunicacional do participante, impedindo qualquer tipo de exclusão que não a argumentativa (você só estará excluído de um debate se não tiver argumentos para nele se inserir). Deste modo, cada membro do referido ordenamento se sujeita às normas e decisões porque as legítimas, constatando nelas a satisfação da 'pretensão de correção'.

b) O 'argumento da injustiça' parte da fórmula de Radbruch:

"O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser solucionado no sentido de que o Direito Positivo assegurado por sua sanção e poder têm prioridade ainda quando seu conteúdo seja injusto e não funcional, a menos que a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, enquanto 'Direito injusto', tenha que ceder ante a justiça." <sup>39</sup>

<sup>36</sup> Critério classificante: uma norma perde sua juridicidade se os requisitos exigidos (no caso em questão a formulação da 'pretensão de correção'), não forem satisfeitos. Em outras palavras, a norma perde a classificação enquanto norma jurídica.

<sup>37</sup> Critério qualificante: caso a norma não cumpra os requisitos exigidos (no caso em questão a observância da 'pretensão de correção') ela apresenta uma falha ou deficiência, mas mantém a característica de ser norma jurídica, ou seja a desobediência ao requisito não acarreta a perda da juridicidade da norma.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994, p. 41.

<sup>39</sup> "El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el Derecho Positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insuportable que a ley, en tanto 'Derecho injusto', tenga que ceder ante la justicia." Apud. ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho* Barcelona: Gedisa Editorial, 1994, p. 34.

Sempre que for ultrapassado um certo limite de injustiça, ou seja, quando se tratar de injustiça extrema, intolerável, a norma injusta perde seu caráter jurídico. Se o 'argumento da injustiça' se referir a normas isoladas, possui um aspecto classificante, ou seja a norma perde seu atributo de jurídica. Já com respeito aos sistemas jurídicos, estes só perdem sua juridicidade quando muitas normas forem consideradas injustas, sobretudo se forem normas fundamentais para este ordenamento, não sobrando normas suficientes para a manutenção do sistema jurídico.<sup>40</sup>

c) O 'argumento dos princípios' é o argumento ponte entre Direito e moral, é através dele que se perfaz a conexão. Todo ordenamento jurídico possui um âmbito de abertura, *locus* dos casos duvidosos, ou '*hard cases*', para os quais não há regra aplicável. Nesta hipótese, o juiz se valerá de princípios ou seja, todas as vezes que o juiz estiver diante de um 'caso difícil'<sup>41</sup> irá realizar uma 'ponderação' através dos princípios nucleares colidentes<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994, p. 37-40.

<sup>41</sup> Consoante Alexy, nem sempre uma decisão jurídica decorre de uma subsunção, pois o Direito, como afirma Hart é dotado de uma textura aberta. Quatro são as razões: a vagueza da linguagem jurídica, a possibilidade de conflitos de normas, a existência de lacunas no Direito Positivo e a possibilidade de decisões *contra legem*. ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa. 1994. p. 74.

É preciso saber quando se está diante de um 'caso difícil'. Atienza segue a MacCormick e estabelece uma distinção quadripartite de situações nas quais um caso é considerado difícil: problemas de interpretação, qualificação, relevância e prova. Um problema de interpretação acontece quando a norma aplicável ao caso admite mais de uma leitura e pairam dúvidas sobre qual interpretação deverá prevalecer. Há um problema de qualificação quando existem incertezas se um determinado enunciado de fato se encontra sob o campo de aplicação da norma. "(...) são suscitados quando não há dúvida sobre a existência de determinados fatos primários (que se consideram provados), mas o que se discute é se os mesmos integram ou não um caso que possa ser subsumido no caso concreto da norma." ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel. 1995. p. 181. O exemplo citado por Atienza é referente às técnicas de inseminação artificial poderem ou não ser consideradas como adultério. Um problema de relevância dá-se quando há dúvidas quanto a qual norma deverá ser aplicada ao caso. É anterior ao problema da interpretação. Finalmente, um problema de prova é suscitado quando existem incertezas referentes à ocorrência ou não de um fato. "Os problemas de prova se referem ao estabelecimento da premissa menor (*p*). Provar significa estabelecer proposições verdadeiras sobre o presente e, a partir delas, inferir proposições sobre o passado." *Idem*. p. 180. Um exame de prova é sempre relativo às questões fáticas.

Após as alterações trazidas pela inserção da 'fórmula do peso', que veremos mais adiante, segundo o próprio Alexy, 'caso difícil' não seria sinônimo de um caso onde fosse necessária a 'colisão' de princípios. Um caso difícil é aquele em que não existe regra permitindo uma subsunção e há dúvidas razoáveis sobre como balancear os princípios relevantes. Se aproxima, em alguma medida, dos espaços de jogo epistêmicos.

<sup>42</sup> Neste ponto é relevante a bipartição de norma em regras e princípios empreendida por Robert Alexy. Não tratarei aqui desta distinção, remetendo os leitores para ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, capítulo 3.

O argumento dos princípios, por sua vez, se desdobra em três teses: (c.1) 'tese da incorporação', (c.2) 'tese moral' e (c.3) 'tese da correção'.

c.1) A 'tese da incorporação' afirma que todo ordenamento jurídico minimamente desenvolvido possui necessariamente princípios, pois, nos casos duvidosos, há uma exigência jurídica, estipulada pela 'pretensão de correção', de que o juiz se valha de princípios e realize uma 'ponderação'.

c.2) A 'tese moral' reza que sempre encontraremos alguns princípios que terão cunho moral. Deste modo, os princípios possuem uma dupla característica: pertencem tanto ao Direito - 'tese da incorporação' - quanto à moral - 'tese moral'.

c.3) A 'tese da correção', a seu turno é a aplicação do 'argumento da correção' no 'argumento dos princípios'. Através desta tese se afirma que há uma relação necessária entre o Direito e a moral, mas não a qualquer moral senão à moral correta. Entende-se por moral correta aquela que obedece a um procedimento discursivo universal baseado na fundamentação e que irá aferir o maior grau possível de racionalidade à razão prática. Este procedimento Alexy desenvolveu e nomeou 'código da razão prática'.<sup>43</sup> A moral será correta quando observar, no mais possível, o procedimento preconizado pelo dito código<sup>44</sup>.

Outro aspecto a ser considerado é a relevância do procedimento para aferição de uma moral correta. A 'ponderação' de princípios, por si só, não dá conta de combater a arbitrariedade no manejo com os princípios, pois o ato de elencar os princípios colidentes, a resolução da 'colisão' e em que medida um princípio irá preceder a outro, são pontos que o 'método da ponderação' deixa em aberto, necessitando ser complementado pela 'teoria da argumentação jurídica' que é uma espécie do 'discurso prático racional geral' do qual cuida o 'código da razão prática'<sup>45</sup>. O procedimento argumentativo regerá o procedimento de fundamentação dos passos da 'ponderação de princípios', de modo que, o participante do ordenamento jurídico poderá verificar a correção da 'ponderação' efetuada pelo juiz.

---

<sup>43</sup> Para aprofundamentos vide ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989, parte B.

<sup>44</sup> Quero ressaltar, contudo, o caráter ideal, contrafático do 'código da razão prática'. Só pode ser cumprido de modo aproximado e possui, assim, uma função negativa, atuando como um parâmetro para a averiguação da correção moral.

<sup>45</sup> Para maiores aprofundamentos sobre esta relação entre 'teoria da argumentação jurídica' e 'código da razão prática', a qual é chamada de 'tese do caso especial', vide ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989, parte C, item 1.

Esta definição tríplex de Direito feita a partir dos argumentos da 'injustiça', 'correção' e 'princípios'; conduz ao estabelecimento de um sistema jurídico, igualmente tripartite: um 'sistema de regras, princípios e procedimentos'. Segundo Alexy:

"O nível da regra e o do princípio não proporcionam um quadro completo do sistema jurídico. Nem os princípios, nem as regras regulam por si mesmas a sua aplicação. Eles representam só a parte passiva do sistema jurídico. Se se quiser obter um modelo completo, há de se agregar à parte passiva uma ativa referida ao procedimento de aplicação das regras e dos princípios."<sup>46</sup>

De um lado temos a importância em se conceituar regras e princípios e seus respectivos procedimentos de aplicação. De outro, o procedimento que irá assegurar um patamar razoável de racionalidade regando a fundamentação normativa.

A presença deste procedimento de correção moral se faz sentir não somente no campo de aplicação das regras e dos princípios, mas também no campo de sua criação. A relação que é feita é a seguinte: o sistema jurídico deverá ser elaborado levando em consideração o procedimento do 'código da razão prática', e será considerado correto na medida em que for resultado do procedimento preconizado pelo 'discurso prático racional geral'  $P^p$  (procedimento do 'discurso prático geral'). Este procedimento geral  $P^p$  é organizado em três procedimentos: o da criação estatal do Direito ( $P^d$ ), o da argumentação jurídica ( $P^a$ ) e o do processo judicial ( $P^j$ ). A criação das normas jurídicas ( $P^d$ ) deve se dar através da observância de  $P^p$ . Isto aponta para a tarefa do legislador que igualmente se sujeita à 'pretensão de correção' e permite a sua verificação por parte dos participantes do ordenamento jurídico. No entanto, dentro do sistema jurídico existirão lacunas de racionalidade, pois "em relação ao material dotado de autoridade produzido por  $P^d$ , são possíveis várias decisões jurídicas"<sup>47</sup>, sobretudo nos casos difíceis para os quais a 'ponderação' será exigida. Este fato indica para o papel da argumentação jurídica de fechar estas brechas. É a 'argumentação

<sup>46</sup>"El nivel de la regla y el de los principios no proporciona un cuadro completo del sistema jurídico. Ni los principios, ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan solo el costado pasivo del sistema jurídico. Se se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y principios." ALEXY, Robert. "Sistema Jurídico e Razón Práctica". in: *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1994, p. 173.

<sup>47</sup>"con relación al material autoritativo producido por  $P^d$ , son posibles varias decisiones jurídicas" ALEXY, Robert. "La Idea de una Teoría Procesal de la Argumentación Jurídica". in: *Derecho y Razón Práctica*, México, Distribuciones Fontamara, 1993, p. 71.

jurídica' que irá organizar os esquemas de argumento a favor e contra a tese sustentada.

O ponto de partida de  $P^a$  é  $P^d$ . Já com relação a  $P^p$ , tem-se que o procedimento de 'argumentação jurídica' é formado por regras específicas do 'discurso jurídico' e por regras do 'discurso prático racional geral' (neste sentido estas regras do da argumentação jurídicas são casos especiais das regras do 'discurso prático racional geral'). Porém,  $P^a$  apontará para os limites da argumentação racional e das debilidades de  $P^p$  como 'critério de correção' exsurge o procedimento do processo judicial  $P^j$  para o qual se agrega o caráter decisório. Logo, restringe-se a 'possibilidade discursiva' (viabilidade de elaboração de duas soluções contraditórias discursivamente possíveis, o que se evidencia pela existência constante em cada caso de duas teses contrárias, uma a favor e outra contra), impondo-se para um caso uma só solução. Esta será racional porque obedece a  $P^p$ ,  $P^d$  e  $P^a$  respectivamente.

Em resumo, em sua concepção sobre o conceito de Direito, Alexy defende a 'tese da vinculação', a partir da qual há uma relação necessária entre o Direito e a moral, relação esta fundamentada em três argumentos - 'da correção', 'da injustiça' e 'dos princípios' - os quais em última análise trazem para o interior do universo jurídico valores morais e deslocam a legitimidade do Direito da legalidade formal para a observância de um procedimento discursivo. Este deslocamento confere um maior patamar democrático ao sistema.

A teoria de Alexy só pode ser compreendida dentro deste viés sistemático. Somente um conceito de Direito que se relacione intensamente com a Moral, e mais precisamente com a justiça, irá evidenciar a importância de se introduzir no sistema jurídico os princípios, os quais realizam esta função de conectar Direito e moral por possuírem juntamente com o caráter deontico, elementos morais. Há então, a necessidade de oferecer um procedimento que venha a diminuir a subjetividade quando de sua utilização. Este procedimento é oferecido pela 'teoria da argumentação jurídica' a qual vem justificar as escolhas tomadas em sede de 'ponderação', permitindo a diminuição da arbitrariedade.

## 2.2

### Teoria dos Direitos Fundamentais: a chave encontrada no ‘comando de otimização’

Desde o seu lançamento em 1985, a ‘teoria dos direitos fundamentais’ de Alexy tem sofrido uma série de aperfeiçoamentos sobretudo no que tange à estrutura dos princípios<sup>48</sup>; seja do ponto de vista interno ( sua forma lógica representacional), seja do ponto de vista externo (refinamentos promovidos em sua aplicação, no ‘procedimento de ponderação’, com a ‘fórmula do peso’). Segundo Alexy, dois *insights* marcam o seu desenvolvimento: considerar os princípios como mandados de ‘otimização’ e a introdução de uma ‘teoria de escalas’.<sup>49</sup> Através da noção de ‘otimização’, a aplicação dos princípios por meio da ‘ponderação’ se aproxima muito do conceito de ‘justa medida’ aristotélica e ainda que explicitamente Alexy não faça a relação, em um de seus últimos trabalhos<sup>50</sup> apresenta um liame entre ‘pretensão de correção’, justiça e ‘justa medida’ que nos confirma esta inferência. Vale a citação:

<sup>48</sup> Tratamos da relação entre direitos fundamentais e princípios no item 1 deste capítulo quando abordamos sucintamente o ‘segundo elemento do ‘trialismo’, a ‘teoria dos direitos fundamentais’.

<sup>49</sup>“( ... )Nesta palestra tentei aplicar a idéia de justificação interna o famoso ‘caso Lebach’ da corte constitucional alemã, e demonstrei que há igualmente uma estrutura dedutiva na ‘justificativa interna’ definida na ‘Teoria da Argumentação Jurídica’, mas eu fui forçado pela análise, a reconhecer que lá também havia uma ‘estrutura de ponderação’. Neste artigo, escrito no ano de 1978, pode-se já fazer uma leitura da ‘lei da ponderação’. Já está explicitamente formulada lá, mas mesmo assim, não estava completamente consciente de sua importância, embora já estivesse pela primeira vez explicitamente elaborada. Então, foi um processo natural, quando escrevi o primeiro artigo sobre princípios, o próximo passo da teoria- posso dizer que foi o principal passo de minha teoria, foi o desenvolvimento do comando de ‘otimização’. A respeito de princípios pode-se encontrar uma vasta literatura. Esser, Wilburg e Dworkin falaram sobre princípios, mas a pista, a chave para uma teoria dos princípios completamente elaborada, não havia ainda sido descoberta. A verdadeira chave é o conceito de ‘otimização’, com o qual eu tentei, então reconstruir toda a teoria de sopesamento ou balanceamento.

Em suma, podemos afirmar que eu desenvolvi a teoria dos princípios desde meus primeiros escritos, antes de me tornar plenamente consciente disto. A tarefa da teoria dos princípios, após alcançar o nível do comando de ‘otimização’, era o desenvolvimento de uma articulada teoria de escalas. E isto teve lugar somente nos últimos dois anos, e foi, talvez, para mim, a parte mais difícil, mas, por outro lado, o mais importante desenvolvimento na teoria dos princípios. Neste ponto pude desenvolver uma nova fórmula a qual chamei ‘fórmula do peso’ e confesso que fiquei surpreso quando a inventei. É do mesmo tipo que uma regra na ‘argumentação jurídica’, como uma forma mais geral de justificação interna. Então, podemos dizer que retornei ao ponto que iniciei, ou seja, a um esquema dedutivo de estrutura matemática, o qual se compara, neste aspecto, completamente com a justificação interna. Eu retornei ao começo, mas espero, em um nível mais elevado.” WOLF, Alice. Entrevista com Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil –RTDC*. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 4, v. 16, outubro a dezembro 2003. p. 315 e 316 ( grifo nosso)

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. “Justicia como Corrección.” *Doxa - Cuadernos del Filosofia del Derecho*. Alicante: Universidad Alicante. no. 26, (2003) p. 161-171.



“A justiça como equilíbrio tem, pois, uma vantagem adicional: ela expressa a idéia ( uma idéia clássica para o tema da justiça) de justa medida. Com isto, ela exclui toda forma de fanatismo. O postulado da disponibilidade ao equilíbrio é um postulado essencial do discurso racional em torno da justiça, um postulado que expressa o respeito pelos princípios de justiça dos outros, e que em consequência, é um corolário do reconhecimento dos outros como companheiros ( partner) discursivos a todos os efeitos, e como membros de uma sociedade de livres e iguais.”<sup>51</sup>

Os princípios são a ferramenta para se alcançar a justiça nos casos complexos, logo, ao balanceá-los busca-se fazer justiça no caso concreto. Ainda que a filiação maior de Alexy seja a Kant , aprimorada por uma versão procedimental de moral, isto não invalida a absorção de elementos da ‘ética eudaimônica’ de Aristóteles já que muitas são as aproximações possíveis entre ambas as propostas.<sup>52</sup> Pelo contrário, ao que nos parece Alexy consegue fazer uma leitura discursiva e procedimental da justa medida aristotélica, aproveitando os elementos em Aristóteles, e relacionando-a a uma visão de moral universal kantiana revista discursivamente por Habermas.

Os avanços ocorridos em 2002 devem-se, sobretudo, a uma resposta de Alexy a duas ordens de críticas<sup>53</sup> ao ‘procedimento da ponderação’: a) ‘subracionalidade’ e b) ‘super/sobre racionalidade’

a) A crítica de ‘subracionalidade’ [*too little*] é proveniente de Habermas e Schlink que entendem que se os direitos constitucionais forem aplicados como princípios restariam esvaziados. “ os direitos constitucionais são primeiramente

<sup>51</sup> “*La justicia como equilibrio tiene, pues, una ventaja ulterior: ella expresa la idea ( una idea clásica para el tema de la justicia) de la justa medida. Con esto, ella excluye toda forma de fanatismo. El postulado de la disponibilidad al equilibrio es un postulado esencial del discurso racional en torno de la justicia, un postulado que expresa el respeto por los principios de justicia de los otros, y que, en consecuencia, es un corolario del reconocimiento de los otros como compañeros ( partner) discursivos a todos os efectos, y como miembros de una sociedad de libres e iguales*” *Idem*, p.170.

<sup>52</sup> Neste sentido vide: SHERMAN, Nancy. *Making a necessity of virtue : Aristotle and Kant on virtue*. Cambridge : Cambridge University Press, 1997

<sup>53</sup> Um fenômeno parecido ocorreu no Brasil em final da década de 90, quando os estudos acerca do papel dos princípios ganharam vulto o que se evidenciou com a grande quantidade de obras e discussões que ocorreram em âmbito nacional sobre a temática. (como os trabalhos de :Ricardo Lobo Torres; Luis Roberto Barrosos,Humberto Ávila; Daniel Sarmiento, Fabio Ferreira, Ana Paula Barcellos)O movimento de super constitucionalização foi notado, em trabalhos como a horizontalização dos direitos fundamentais e a tentativa de aplicação em diversas áreas com a criação de subtítulos como Direito Civil Constitucional, por exemplo. Houve uma tendência, hoje superada em se limitar o debate somente ao aspecto principiológico, sem contudo observar a necessidade de complementação tanto por teorias argumentativas, como por uma razão prática que sustente toda a construção teórica. ( Neste sentido alguns trabalhos já demonstram avanços vide Fernando Galvão de Andréa Ferreira e Luis Virgílio, Menelick)

suavizados a partir de sua compreensão enquanto ‘comandos de otimização’ e depois correm o risco de desaparecerem todos juntos num turbilhão de uma ‘ponderação’ irracional.”<sup>54</sup> O ‘procedimento de ponderação’ ao trabalhar com a gradação dos valores, repousa na contingência, não alcançando um patamar de universalidade. Reflete, portanto opções parciais e subjetivas que não podem ser consideradas racionais. “não há padrão racional para a ‘ponderação’”.<sup>55</sup>

b) A crítica de ‘super/sobre racionalidade’ [*too much*] parte de Böckenförde. Para ele os princípios constitucionais possuem um efeito de irradiação por todo o sistema jurídico. O seu caráter de ‘otimização’ faria com que os mesmos fossem aplicáveis potencialmente a todas as situações, bastando concretizá-los através do ‘procedimento de ponderação’. “A tendência para a ‘otimização’ do nível dos princípios faz com que o sistema jurídico como um todo já esteja contido na Constituição. Simplesmente precisa de concretismo..”<sup>56</sup> Tal situação corresponderia ao que Forsthoff denomina ‘ovo jurídico do mundo’ ou “Constituição como um genoma jurídico, a partir da qual tudo deriva: do Código Criminal até a lei que regula a produção de termômetros médicos.”<sup>57</sup>. Deste modo tal qual o genoma, os princípios constitucionais já conteriam em si a resposta para todas as questões jurídicas em todos os níveis e áreas específicas.

As críticas de ‘sub/super racionalidade’ se encontram em extremos opostos. O que Alexy busca fazer é alcançar o equilíbrio, um meio termo entre ambas. Os princípios não podem ser esvaziados em seu conteúdo, nem tampouco centralizarem em si a solução de todos os problemas.

Para combater a crítica de ‘superracionalidade’ Alexy restringe o ‘procedimento de ponderação’ a algo que denomina ‘espaços para jogo’ e os organiza em tipos: ‘estrutural’ e ‘epistêmico’. Para rebater a crítica de ‘subracionalidade’ Alexy introduz no ‘procedimento de ponderação’ a ‘fórmula do peso’ e da ‘teoria de escalas’, as quais importam num notável avanço de racionalidade ao procedimento, tornando-o muito mais preciso. Veremos isto com

<sup>54</sup> “constitutional rights are first of all softened into optimization requirements and then risk disappearing altogether in a maelstrom of irrational balancing”. ALEXY, Robert. “Postscript”, in: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press. 2002.p.388-389

<sup>55</sup> “... there are no rational standards for balancing” *Ibidem*

<sup>56</sup> “at the level of principles having a optimizing tendency, the legal system as a whole is already contained in the constitution. It simply needs concretism.” *Ibidem*

<sup>57</sup> “constitution as a juridical genome, from which everything derives from the Criminal Code to the law that regulates the production of medical thermometers.” *Ibidem*

mais detalhamento no item a seguir quando tratarmos das ordens ‘marco’ e ‘fundamental’.

### 2.2.1

#### A Teoria dos Direitos Fundamentais revisitada após as alterações de 2002

Para explicarmos a posição atual pretendida pela ‘ponderação’ de princípios, com a incorporação das modificações e aperfeiçoamentos introduzidos após 2002, é preciso retornar ao emblemático ‘caso Lüth’<sup>58</sup> (1958). Lüth, então presidente da associação de imprensa de Hamburgo, após 1945, incitou o público, as distribuidoras de filmes e as salas de exibição a boicotarem os filmes de Veit Harlan, em especial referia-se a ‘Amantes Imortais’ [*Unsterbliche Geliebte*]. Sua finalidade era evitar que Harlan reconquistasse a fama e voltasse a ser um diretor representativo, uma vez que havia produzido diversos filmes de cunho anti-semita como ‘Judeu Doce’ [*Jud Süß*] () e apesar de ter passado por um processo de desnazificação, não havia sido condenado a nenhuma penalidade pelos crimes nazistas cometidos. Em primeira e segunda instâncias, Lüth foi condenado a se abster de qualquer atitude de boicote ao filme de Harlan, dado o entendimento do Tribunal de que sua conduta violava os bons costumes prescritos pelo art. 826 do Código Civil alemão. Lüth interpõe uma apelação à corte constitucional que decide favoravelmente a ele no sentido de que a liberdade de expressão do art. 5 (1) da Lei fundamental deveria prevalecer em uma ‘ponderação’ efetuada entre ela e uma norma infraconstitucional (no caso o Direito Civil). Portanto, o art. 826 do CC alemão devia ser interpretado á luz desta prioridade. Três aspectos importantes emanam desta decisão:

- primeiro, o reconhecimento explícito por parte do Tribunal de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão principiológica uma vez que “... a garantia constitucional dos direitos individuais não é simplesmente a garantia dos clássicos direitos de defesa dos cidadãos frente ao Estado. (...) os direitos fundamentais substanciam ao mesmo tempo, uma ordem objetiva de valores”<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> BVerfGE 7

<sup>59</sup> “... la garantía constitucional de los derechos individuales no es simplemente la garantía dos clásicos derechos del defensa de lo ciudadanos frente al Estado. (...) los derechos fundamentales

- segundo, "os valores ou princípios encontrados nos direitos fundamentais não são somente aplicáveis à relação entre indivíduo e Estado, senão a todas as demais áreas do Direito"<sup>60</sup>, é o chamado 'efeito de irradiação' ou ubiqüidade dos direitos fundamentais que geram um 'efeito horizontal', sendo aplicados em demandas de jurisdição ordinária.

- terceiro, o reconhecimento no caso em tela a subsunção não seria suficiente:

"Se seguimos a construção de regras a tarefa consistiria, simplesmente, em contestar duas perguntas. A primeira, se em realidade a apelação de boicote de Lüth é um caso a ser incluído sob a liberdade de expressão. A propósito, o Tribunal Constitucional deu uma resposta positiva, e eu considero que é correto. A segunda pergunta é se o artigo 826 do Código Civil alemão é aplicável ao caso. Este é o suposto através do qual o boicote seria contrário a ordem pública.(...) Em tal caso, o chamado boicote deveria ser declarado, no mesmo sentido que o Tribunal de Hamburgo, como contrário às convicções democráticas do Direito e da moral do povo alemão. O Tribunal sustentou que fazer isoladamente duas subsunções anteriores não era suficiente, mas que se exigia efetuar uma 'ponderação' ou balanceamento de princípios constitucionais em questão, na qual se indicaria sob que condições as regras de Direito Civil podem limitar um direito constitucional."<sup>61</sup>

Cunhou-se partir daí que o procedimento adequado para uma 'colisão' de princípios seria a 'ponderação', sendo esta, no entender de Alexy, a conclusão mais importante deste caso<sup>62</sup>.

As conclusões alcançadas no 'caso Lüth' representaram um grande avanço no que tange à densidade material normativa e ao alcance dos direitos

---

*substancian a lo mismo tiempo, una orden objetiva del valores". ALEXY, Robert. "Los Derechos Constitucionales y el Sistema Jurídico". in: Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales. México: Distribuciones Fontamara, (2005) p.74 e 75*

<sup>60</sup> "los valores o los principios encontrados en los derechos fundamentales no sao solamente aplicabeis a la relación entre individuo y el Estado, senon a la todas las demas areas del Derecho"<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> "Si seguimos la construcción de reglas la tarea consistiría, simplemente, en disputar dos preguntas. Primer, si en realidad la súplica del boicot de Lüth es un caso que se incluirá bajo libertad del discurso. A propósito, la corte constitucional dio una contestación positiva, y considero que él está correcto. La segunda pregunta es si el artículo 826 del código civil alemán es aplicable al caso. Ésta es la presunción con la cual el boicot sería contrario la orden pública.(...) En tales en caso de que ésa, la llamada haya boicoteado tendría que ser declarada, en la misma se sentía que la corte de Hamburgo, como contrario a las certezas democráticas del derecho y a la moraleja de la gente alemana. La corte apoyó eso para hacer dos subsunções anteriores que no era por separado bastante, sino que eso fue exigido para efectuar un equilibrio o el equilibrio constitucional de principios en la pregunta, en la cual si indicaria debajo de eso condiciona las reglas de la ley civiles puede limitar una ley del constitucional." Ibidem.

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. "Los Derechos Constitucionales y el Sistema Jurídico". in: Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales. México: Distribuciones Fontamara, (2005) p. 75

fundamentais. No entanto há o risco de se interpretar Lüth de forma abusiva, estendendo em demasia o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais. Segundo Alexy, o próprio Hans Kelsen já rejeitava a introdução dos princípios no ordenamento jurídico<sup>63</sup>, sob o argumento da imprecisão de conteúdo. Não é anacrônico retornar a Kelsen, pois, se observarmos, as críticas de ‘super constitucionalização’ vão na mesma linha, no risco de que os direitos fundamentais se transformem em um coringa utilizado em todas as situações, sufocando o ordenamento jurídico ao transformar cada lesão de Direito, em uma lesão a um direito fundamental. Seria banalizar demais o seu uso, seria transformar a Constituição no ‘ovo jurídico de Forsthoff’, em um genoma que contém em si a resposta para tudo. Mas como estabelecer os limites da ‘ponderação’ e conseqüentemente da aplicação de princípios? Como equilibrar o efeito de irradiação?

Para Alexy a resposta a estas perguntas se encontra “em meios que são imanentes à estrutura dos princípios constitucionais e à estrutura da Constituição que os prescreve.”<sup>64</sup> Uma Constituição deve apresentar um equilíbrio em sua normatividade, no sentido de que nem deve conter a resposta para todos os casos, nem deve deixar todos os temas em aberto, regulando basicamente só a forma, como se fosse uma mera moldura. Este meio termo é alcançado em Alexy através de uma combinação de dois critérios de classificação das constituições<sup>65</sup>: o de

<sup>63</sup> “ Assim, por exemplo, nas Jornadas de Viena da Associação Alemã de professores de Direito do Estado no ano de 1929, Hans Kelsen não somente associou sua alegação a favor da existência de uma corte Constitucional com a exigência de que a Constituição ‘determinasse com a máxima precisão possível (...) os princípios, diretivas e restrições ‘materiais que a Corte houvesse que controlar, senão também com a advertência do papel altamente perigoso os ‘valores’ ou ‘princípios’, como a ‘liberdade’ e a ‘igualdade’, ‘poderiam jogar’, ‘no âmbito da jurisdição constitucional’, ‘por carecer de uma determinação mais precisa’. (...) De acordo com a advertência de Kelsen, então, a máxima de validade formal unicamente é admissível sob a condição de que a densidade normativa esteja suficientemente delimitada e determinada” ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.42 e 43.

<sup>64</sup> “de las maneras que son imanes a la estructura de los principios constitucionales y a la estructura de la constitución que los prescribe.”ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.52.

<sup>65</sup> Cumpre aqui esclarecer que Alexy não abordará as relações entre constitucionalização direta e indireta, mas somente a constitucionalização direta, no âmbito da relação entre Legislativo e Corte constitucional por entender que ao analisar sob este enfoque, como os questionamentos apresentados são próximos, estará apresentando soluções a ambas as problemáticas. “ *Minhas considerações se limitarão por completo à constitucionalização material ou direta. Nos nexos que existem entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, esta constitucionalização suscita os*

Constituição como ‘ordem marco’ [*Rahmenordnung*] (I) e o de Constituição como ‘ordem fundamental’ [*Grundordnung*]. (II) . Esta via média é denominada ordem constitucional ‘marco fundamental’ (III) e será tratada após a exposição das ordens ‘marco’ e ‘fundamental’.

#### I) Constituição como ‘ordem marco’

Enquanto ‘marco’ ou ‘moldura’, a Constituição é analisada quanto aos limites negativo e positivo que estabelece para a ação legislativa. O limite negativo é o da Constituição puramente procedimental. Segundo Alexy:

“que não contém em absoluto, nenhum mandado ou proibição substancial que restrinjam as competências do legislador. Desde que se sujeite às prescrições constitucionais de competência, procedimento e forma, ao legislador é permitido tudo.”<sup>66</sup>

A atuação do legislador é, portanto, ilimitada. Neste modelo não há espaço para os direitos fundamentais, pois de *per si* já constituiriam uma limitação material a qual na hipótese não é pretendida. Já o limite positivo é o de uma Constituição puramente material, que contenha para toda decisão imaginável do legislador, um mandado ou uma proibição. O espaço de atuação do legislador agora é nulo, não possui nenhuma competência autônoma, pois a Constituição já conteria em si, implicitamente em seus direitos fundamentais, a resposta, bastando para isto realizar uma ‘ponderação’. É a hipótese de Forsthoff e do ‘ovo jurídico originário’.

Uma Constituição é uma ‘ordem marco’ ou ‘moldura’ quando efetivamente a ‘teoria dos princípios’ estiver em condições de ordenar ( mediante os direitos de proteção) e proibir ( mediante os direitos de defesa) algumas coisas ao legislador e deixe o restante (que não estiver ordenado nem proibido) para sua discricionariedade. A ‘moldura’ se conforma então, pelos limites do constitucionalmente impossível (proibições) e do constitucionalmente necessário (ordens). O constitucionalmente possível se situa no interior da ‘moldura’, e é

---

*mesmos questionamentos que surgem quando se analisa o vínculo que existe entre a Corte Constitucional e o Legislador, que tem seu fundamento na idéia essencial de Schumann, segundo a qual nenhum Tribunal pode basear sua decisão em uma regra que o legislador não possa adotar.” Idem., p.49.*

<sup>66</sup> “ no contiene en absoluto, mandatos o prohibiciones sustanciales que restrinjan las competencias del legislador. Mientras se sujeta a las prescripciones constitucionales de competencia, procedimiento y forma, al legislador se le permite todo.”ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propriedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 24

denominado ‘espaço para jogo’ [*Spielraum*], sendo entendido como “ um conjunto integrado de decisões que o legislador pode adotar.”<sup>67</sup>, Estes ‘espaços para jogo’ são aberturas constitucionais, que propiciam a liberdade de ação legislativa, dada a ausência de proibição ou ordem constitucional.

Percebe-se que a classificação enquanto ‘marco’ é uma classificação de cunho formal. Como veremos a seguir, o critério de ‘ordem fundamental’ enfoca a questão do conteúdo.

## II) Constituição como ‘ordem fundamental’

Uma Constituição pode ser ‘fundamental’ sob dois prismas: quantitativo(a) e qualitativo(b). Será quantitativo(a) quando não permite aberturas, apresentado para tudo uma ordem ou proibição. Nesta hipótese estamos diante de uma ‘super constitucionalização’ pois para todas as áreas e circunstâncias os princípios poderiam ser irradiados e forneceriam uma resposta. Será qualitativo(b), quando apresentar mandados ou proibições somente para as questões fundamentais da comunidade.

III) o alcance de uma via intermediária: a ordem constitucional ‘marco fundamental’

O conceito de ‘ordem fundamental quantitativo’ representa a contrapartida da ‘ordem marco’. Enquanto esta é puramente formal, a ‘ordem fundamental quantitativa’ é puramente material. São, portanto, incompatíveis. O conceito de ‘ordem fundamental qualitativo’, ao contrário, é compatível com o de ‘ordem marco’. De acordo com Alexy:

“Uma Constituição pode resolver assuntos fundamentais e neste sentido ser uma ‘ordem fundamental’ e deixar outras questões sem resposta, e, portanto, ser uma ‘ordem marco’”<sup>68</sup>.

Alcança-se com isto o meio termo. Mas será a mera constatação de ‘espaços para jogo’ suficiente para calar as críticas de sub e superconstitucionalização?

Aceitar a incompletude da Constituição, bem como a existência dos ‘espaços para jogo’, não é o bastante. “Uma constitucionalização adequada só

<sup>67</sup> “al conjunto integrado por las decisiones que el legislador puede adoptar.” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2004. p. 25

<sup>68</sup> “Una Constitución puede decidir asuntos fundamentales, y en ese sentido ser un ‘orden fundamental’, y, sin embargo, dejar muchas preguntas abiertas, y por tanto ser un ‘orden marco’” *Idem.*, p. 31

pode se construir pelo caminho pedregoso e árduo da dogmática dos 'espaços para jogos'.<sup>69</sup> Um equilíbrio entre os dois tipos de ordem: 'marco' e 'fundamental' se encontra: 1) na identificação do 'espaço para jogo' e 2) na capacidade de se ponderá-los racionalmente, ou seja de se fechar racionalmente a abertura.

1) identificação do 'espaço para jogo':

Limitar o 'espaço para jogo' da 'ponderação de princípios' é a resposta dada por Alexy aos que são favoráveis à crítica de 'superconstitucionalização'. Deste modo, a 'ponderação' só é usada em alguns momentos especiais, tornando-se inadequada em outras horas. Esta tarefa de identificação dos 'espaços' é possível através da sistematização das situações em que tais 'espaços' se configuram, entendendo-se que as demais situações se encontram na 'moldura', conformando o 'marco', e que por conseguinte, estão reguladas pela Constituição e dispensam a 'ponderação'. Este primeiro movimento consiste na organização dos 'espaços' em dois tipos: os 'espaços estruturais' e os 'espaços epistêmicos'; ambos comportando subdivisões.

2) Capacidade racional de 'ponderação' de um 'espaço para jogo':

A resposta dada por Alexy aos que advogam a tese da 'subconstitucionalidade' consiste em reforçar a racionalidade do 'procedimento da ponderação'. Estes reforços são alcançados com a introdução da 'fórmula do peso' [Gewichtsformel] e da 'teoria de escalas'. Ambos os conceitos serão apresentados entremeados à exposição dos tipos de 'espaços para jogo', justamente por estarem intimamente relacionados à sua compreensão sendo deles indissociáveis.

Com a adoção da 'fórmula do peso' [Gewichtsformel] e da 'teoria de escalas', Alexy aperfeiçoa o 'procedimento da ponderação', alcançando os lindes da 'ponderação' racional dos 'espaços para jogo'. São as chamadas 'situações de empate' [Pattfälle]. Nos casos de 'empate' fatores políticos, sociais, subjetivos resolverão a abertura. Todos estes fatores são extrajurídicos e arbitrários por excelência.

---

<sup>69</sup> "Una constitucionalización adecuada sólo puede construirse por el camino pedregoso y arduo de la dogmática de los márgenes de acción" ALEXY, Robert. "Derecho Constitucional e Derecho Ordinario- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria" in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.53.



Voltemos pois à identificação dos ‘espaços para jogo’. Existem dois tipos de ‘espaços’: a) os ‘estruturais’ e b) os ‘epistêmicos’ também ditos ‘cognitivos’.

a) O ‘espaço estrutural’ se constitui na possibilidade de ação legislativa, em face de ausência de uma proibição ou obrigação constitucional. Neste caso, fica ao arbítrio do legislador se quer intervir e em que medida; é portanto, o que se encontra no interior da moldura de uma ‘ordem constitucional marco-fundamental’, e se caracteriza pelo que é constitucionalmente possível, por não estar nem proibido, nem ordenado.

b) O ‘espaço epistêmico’ existe quando há um desconhecimento, uma ignorância quanto ao que está ordenado, proibido ou deixado ao arbítrio do legislador. Paira a dúvida se existe uma proibição ou ordem, ou se há a discricionariedade. Portanto, o ‘espaço cognitivo’ “se origina a partir dos limites da capacidade para conhecer os limites da Constituição”<sup>70</sup>. Tal desconhecimento pode se dar devido a incertezas de premissas de ordem empírica ou de ordem normativa.

Nos ‘espaços epistêmicos’ os princípios formais ganham uma maior relevância. Poderíamos afirmar que diante da incerteza das premissas, os princípios fundamentais deveriam prevalecer, a símile do brocardo *‘in dubio pro reu’*, ou seja, “ em caso de incerteza deve optar-se sempre pela premissa mais favorável aos direitos fundamentais”<sup>71</sup>. Porém se assim se procedesse, estar-se-ia vedando totalmente a ação do legislador, o que feriria o princípio da democracia e da separação dos poderes. O poder legislativo é eleito para representar os interesses do povo e não pode ver sua função ordinária, limitada por um freio e contrapeso não legítimo. Portanto, estes princípios formais da democracia e da separação de poderes alicerçam a existência dos ‘espaços epistêmicos’.

Percebamos a diferença entre ambos os ‘espaços’. No ‘espaço estrutural’ há a certeza da existência de um ‘espaço para jogo’, por se tratar de uma brecha entre o que a Constituição proíbe ou ordena. No ‘espaço epistêmico’ em vez de

<sup>70</sup> “se origina a partir de los límites de la capacidad para conocer los límites de la Constitución” ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p. 59

<sup>71</sup> “ en caso de incertidumbre debe optarse siempre por la premisa más favorable a los derechos fundamentales” ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p. 83

uma certeza, há uma dúvida. E é justamente a incerteza quanto à existência da própria brecha, que caracteriza o 'espaço'.

Perpassadas em linhas gerais as diferenças entre os espaços estruturais e epistêmicos, passemos em primeiro lugar, a um estudo mais aprofundado do espaço estrutural de suas subdivisões.

### 2.2.1.1

#### O 'Espaço Estrutural'

O 'espaço estrutural' pode ser organizado em três outros 'espaços', a saber; i)'espaços para a fixação de fins', ii)'espaços para a eleição de meios' e iii)'espaços para a ponderação'.

i) O 'espaço para fixação de fins' se refere a bens coletivos e se configura nas hipóteses de um direito fundamental possuir uma reserva de competência de intervenção que, ou deixa em aberto as razões para intervenção legislativa, ou apresenta razões que justificam a intervenção sem obrigá-la; conferindo a faculdade ao legislador de interferir ou não. No caso de deixar em aberto as razões da intervenção, a liberdade do legislador é maior, pois além de decidir promover a intervenção, apresenta também as razões que levaram-no a fazê-la. Um bom exemplo é o art. 27 da LF alemã que estabelece o fim de manter uma frota mercante nacional. Fica a critério do legislador perseguir este fim ou não. Um aspecto interessante é que o 'espaço para fixação de fins' não se reduz a eleger uma finalidade, mas também a determinar a medida de sua realização. Vejamos outro exemplo: há na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão o fim de se promover a participação do empregador no custo do seguro desemprego, quando seus antigos empregados estiverem impossibilitados de reingressar no mercado de trabalho devido a vedação de competirem com seu antigo empregador.<sup>72</sup> O legislador pode escolher perseguir este fim e em que montante se configurará a participação do empregador no seguro desemprego.

---

<sup>72</sup>Para maiores detalhes, vide ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2004. p. 34

ii) O ‘espaço para eleição de meios’ trabalha com direitos individuais e deveres positivos. Um dever negativo como a proibição de matar, já veda todos os meios que possam levar ao homicídio. De acordo com Alexy:

“As normas de direito fundamental não somente proíbem certas intervenções legislativas como ordenam a execução de algumas condutas positivas, como é o caso dos deveres de proteção.”<sup>73</sup>

O legislador tem liberdade de ação, pois há diversos meios igualmente idôneos e que não entram em choque com outros princípios relevantes, de sorte que é indiferente qual o meio escolhido. O legislador pode optar pelo meio que preferir. Por exemplo, se há o dever de se resgatar a vida de um indivíduo que está se afogando, isto pode ser feito lançando um jaleco salva vidas, nadando ao seu encontro ou com ajuda de um bote.<sup>74</sup>

No entanto, se os meios fomentarem o fim em medidas diversas ou quando não se tem certeza de em que medida o fazem, ou ainda, se alguns dos meios concorrem negativamente com outros princípios ou fins relevantes para o caso, ou se não se sabe em que medida o fazem; a escolha entre os meios existentes deixa de ser indiferente. Afirma Alexy:

“A decisão depende então da prática de distintas ponderações e da possibilidade de identificar em que medida os diversos meios favorecem ou prejudicam realmente os princípios que entram em jogo.”<sup>75</sup>

Estas situações escapam ao ‘espaço para eleição de meios’, configurando um limite a este. São casos de ‘espaço para jogo estrutural para a ponderação’ que passaremos a analisar a seguir.

iii) O ‘espaço para jogo da ponderação’ é fundamental para a compreensão de uma Constituição enquanto ‘ordem marco’ e a questão nos remete à racionalidade do ‘procedimento da ponderação’. Se o balanceamento for efetuado

<sup>73</sup> “las normas de derecho fundamental no sólo prohíben ciertas intervenciones legislativas sino también ordenan la ejecución de algunas conductas positivas, como cuando se trata de los deberes de protección.” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2004. p. 35

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> “La decisión depende entonces de la práctica de distintas ponderaciones y de la posibilidad de identificar en qué medida los diversos medios favorecen o perjudican realmente a los principios que entran en juego” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2004. p. 36.

racionalmente teremos que o 'marco' foi eficazmente estabelecido e a discricionariedade foi contornada, estabeleceu-se um limite.

Falar de 'ponderação' é falar de princípios, pois, devido a estrutura dos princípios, quando estes forem aplicados em casos concretos, serão ponderados; ou seja, o 'procedimento de ponderação' é intrínseco ao campo de aplicação dos princípios. Um princípio é um 'mandado de otimização', "uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas"<sup>76</sup>.

Uma das teses fundamentais em 'Teoria dos Direitos Fundamentais' é a conexão existente entre a 'otimização' e 'proporcionalidade', intrínseca à estrutura dos princípios<sup>77</sup>. O caráter de princípio enquanto 'mandado de otimização' implica a 'proporcionalidade em sentido amplo' e esta é dedutível daquele, são duas faces da mesma moeda.<sup>78</sup> "Esta equivalência significa que os três subprincípios da proporcionalidade definem o que deve se entender por

<sup>76</sup> "una norma que ordena que algo sea realizado em la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas e jurídicas" ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.38

<sup>77</sup> Cumpre ressaltar que existem estudos atuais que diferenciam a estrutura dos princípios entre 'mandados de otimização' ['comands to be optimized'] e 'mandados para otimizar' ['comands to optimize']. "Os 'mandados de otimização' são os objetos da ponderação (...) já os 'mandados para otimizar' estão em um meta nível, o qual prescreve o que deve ser feito no nível objetivo. Eles impõem a obrigação de que os 'mandados de otimização' sejam realizados no maior grau possível." ALEXY, Robert. "On the Structure of Legal Principles." *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell Publishers, v. 13, no. 3, (2000). p.300. Estes estudos encontram um aprofundamento em Jan-Reinard Sieckmann.

Neste sentido, Alexy concorda que a distinção existe e acompanham seu entendimento Peczenik e Aulis Aarnio. No entanto, Alexy também considera que para uma abordagem panorâmica de sua obra, deve-se adotar o conceito de princípio como 'mandado de otimização' sem realizar tal diferenciação estrutural que tem espaço somente em discussões mais específicas. Nos orientou no sentido de não trabalhar a mesma, como era inicialmente de nosso interesse.

Esta orientação se encontra inclusive explícita em passagem que passamos a transcrever: "Tudo aconselha manter a caracterização dos princípios como 'mandados de otimização', e somente quando a análise exigir, realizar diferenciações mais refinadas." ALEXY, Robert. "Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária" in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.110.

<sup>78</sup> O Tribunal Constitucional Alemão formulou um enunciado pelo qual "a máxima de proporcionalidade resulta, no fundo, da própria essência dos direitos fundamentais" (TDF p. 112), o que "constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da 'teoria dos princípios' que os três subprincípios da proporcionalidade decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e estas da própria idéia de proporcionalidade" (ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar-Fundação Getúlio Vargas. no. 217. julho-dezembro (1999). p. 77. )

‘otimização’.”<sup>79</sup> Balancear é otimizar, ou seja, buscar uma situação de posições relacionadas em que se melhora uma sem prejuízo para a outra, alcançando-se um patamar intermediário de equilíbrio<sup>80</sup>.” Nenhuma ‘ordem marco’ seria razoável se admitisse sacrifícios desnecessários por parte dos direitos fundamentais.”<sup>81</sup>

A ‘proporcionalidade’, empregada no seu sentido amplo, abrange três elementos parciais, a saber; I) a ‘adequação’ (do meio utilizado para a persecução do fim colimado), II) a ‘necessidade’ (preferir-se o meio mais benigno, que acarrete na menor violação possível ao direito fundamental - "um meio não é necessário se se dispõe de um meio mais ameno ou menos interventor"<sup>82</sup>, e III) a ‘proporcionalidade em sentido estrito’ (que é o postulado de ‘ponderação’ propriamente dito). As formulações de ‘adequação’ e de ‘necessidade’ se relacionam com o caráter principiológico referente às ‘possibilidades fáticas’ e a ‘proporcionalidade em sentido estrito’ se relaciona com o caráter principiológico referente às ‘possibilidades jurídicas’.

O exame de ‘proporcionalidade em sentido amplo’ sempre obedecerá a estes três passos que constituem etapas incontornáveis. Diante de uma ‘colisão de princípios’ faz-se um exame de ‘adequação’ e de ‘necessidade’ e quando tais não restarem suficientes para solucionar a ‘colisão’, somente então se emprega a ‘ponderação’ (ou ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’). Ambos os subprincípios de ‘adequação’ e ‘necessidade’ devem ser otimizados e tratam de uma relação entre meios e fins.

#### I) subprincípio da ‘adequação’

<sup>79</sup> “Esta equivalencia significa que los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por ‘otimización’.” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2004. p.38

<sup>80</sup> Esta situação de equilíbrio em que ambos os lados da ponderação são aplicados na maior medida possível sem que haja prejuízo para nenhum deles, é grosso modo, uma conceituação superficial do ‘ótimo de Pareto’, termo que tantas vezes vemos referido na obra de Alexy. No entanto a ‘otimização’ de Pareto é deveras complexa e interdiciplinar, ingressando na economia e na matemática. Para os fins deste trabalho utilizaremos somente o termo ‘otimização’, o qual é suficiente para a proposta que nos dispusemos a fazer.

<sup>81</sup> “Ningún ‘orden marco’ sería razonable se admitiera sacrificios innecesarios por parte de los derechos fundamentales.” ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário-Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p. 64

<sup>82</sup> "un medio no es necesario sino si dispone de uno medio mas ameno o menos interventor"  
*Ibidem*

O subprincípio da ‘adequação’ é compatível com a Constituição enquanto ‘ordem marco’, porque estabelece um limite negativo ao legislador apresentando quais meios não são idôneos. “ Um critério negativo deste tipo não fixa tudo, mas somente exclui algo: os meios não adequados.”<sup>83</sup> Tomemos alguns exemplos:

Pensar em ‘adequação’ é saber se o meio empregado é coerente com o fim almejado. Todo bom médico sabe que para se curar uma dor de garganta comum não se prescreve um remédio para dor de estômago, por exemplo. Este medicamento em nada adiantaria para a solução do problema, não é adequado.

O exemplo apresentado por Alexy é o ‘caso-cabeleireiro’<sup>84 85</sup>: Um cabeleireiro decidiu instalar uma máquina de vender cigarros em seu salão de beleza sem obter a permissão explícita da Administração. Recebeu uma multa por ter desobedecido a lei de comércio. No entanto, esta permissão só poderia ser obtida se o mesmo demonstrasse possuir o conhecimento necessário para exercer a atividade comercial, o que era comprovado tanto pela prática em se levar um estabelecimento comercial por vários anos, como também através de um exame específico onde comprovasse seus conhecimentos. Ocorre, porém, que a finalidade da vedação ao cabeleireiro de ter em seu salão uma máquina de vender cigarros, visava proteger a saúde do povo. Coloca-se portanto uma ‘colisão’ entre a liberdade profissional do cabeleireiro  $P_1$  e a proteção aos consumidores  $P_2$ . A comprovação de conhecimentos específicos, meio M apontado é inadequado, pois além de não favorecer a  $P_2$ , impede a realização de  $P_1$ . Segundo Alexy:

“Se ao contrário M for descartado, Não se apresentam perdas para nenhum dos dois princípios e ambos poderão se realizar em sua maior medida de acordo com as possibilidades fáticas”<sup>86</sup>.

Na hipótese acima temos uma expressão da ‘otimização’. A partir desta análise o Tribunal Constitucional alemão entendeu que a exigência de comprovação de conhecimento específico para o manuseio de máquinas de cigarro, a qual lesa a liberdade de profissão garantida pelo art. 12 da LF, não era

<sup>83</sup> “ *Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos*” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 41.

<sup>84</sup> BVerfGE 19

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. “Postscript” in: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press. 2002. p.398

<sup>86</sup> “ *Thus  $P_1$  and  $P_2$  taken together may be realized to a higher degree relative to what is factually possible if M is abandoned.*” *Ibidem*.

adequada para promover a proteção aos consumidores nem em termos econômicos nem com relação à sua saúde. Tal exigência estava então proibida, de acordo com o princípio da idoneidade, por vulnerar o princípio da liberdade profissional.

## II) subprincípio da ‘necessidade’

A aferição de ‘necessidade’ procurará, entre meios igualmente adequados, o que seja mais benigno ou mais suave. Trata-se também da ‘otimização’, pois “na existência de um meio mais brando e igualmente idôneo, pode se melhorar uma posição sem que isto represente custo para a outra.”<sup>87</sup> Mais uma vez nos valem de exemplos da medicina. Se houver dois medicamentos que igualmente curem uma patologia, a escolha recairá sobre o que apresentar menor efeitos colaterais, ou seja, cujos efeitos sejam mais brandos. Do mesmo modo que na aferição de ‘adequação’, o que se estará fazendo é uma eleição de meios otimizáveis, na qual se busca um equilíbrio onde os princípios possam se manifestar na maior medida possível. No entanto, consubstancia um critério positivo e não negativo, como no caso da idoneidade, pois não se trata de um procedimento de exclusão, mas efetivamente se apontará o meio menos gravoso que otimize a aplicação dos princípios em ‘colisão’.

Alexy também traz um exemplo clássico de ‘necessidade’. Trata-se do ‘caso- flocos de arroz’<sup>88 89</sup>: Uma regra do Ministério Federal da Saúde, família e juventude proibia a venda de chocolate em pó que consistisse substancialmente de flocos de arroz. A finalidade da lei era proteger os consumidores de adquirirem o produto erradamente, pensando que estavam adquirindo cacau. Aqui temos em ‘colisão’ a liberdade de profissão  $P_1$  e a proteção ao consumidor  $P_2$  e dois meios igualmente idôneos para resolvê-la, a proibição de venda  $M_1$  e a colocação de uma tarja informando a composição do produto  $M_2$ . Com relação  $P_2$  é indiferente a escolha entre os meios  $M_1$  e  $M_2$ , mas para  $P_1$ , a escolha do meio impõe uma ‘otimização’ das ‘possibilidades fáticas’, pois, a eleição de  $M_2$  permitirá a realização em uma maior medida de  $P_1$  do que se se escolhesse  $M_1$  que nele

<sup>87</sup> “de la existencia de un medio mas benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 43.

<sup>88</sup> BVerfGE 53

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. “Postcript” in: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press. 2002. p.398

interfere de modo muito intenso. A partir desta análise, a proibição de venda  $M_1$ , apesar de adequada, revela-se muito severa ao caso, podendo se adotar um meio igualmente idôneo, porém mais brando, qual seja, a colocação de uma tarja informando a composição do produto  $M_2$ . Tal tarja já é suficiente para promover a proteção ao consumidor e permite, em contrapartida, que a liberdade de profissão seja realizada na maior medida possível. O consumidor estaria sendo previamente informado de que os chocolates eram fabricados com flocos de arroz e assim não incorreria em erro, pensando estar adquirindo um produto composto por cacau e em contrapartida, a colocação de um aviso informando a composição do produto constitui uma intervenção mais suave à liberdade profissional que resta otimizada na ‘ponderação’.<sup>90</sup>

Alexy chama a atenção para o fato de que nem sempre os exames de ‘adequação’ e de ‘necessidade’ conduzem com tanta facilidade a um resultado. Duas hipóteses se configuram aqui:

- primeiro, a constatação de que o ‘espaço para jogo’ em análise não é de ‘ordem estrutural’ mas ‘epistêmica’.

Os exames de ‘necessidade’ e ‘adequação’, por tratarem da relação meio-fins, envolvem questões empíricas que nem sempre estarão seguramente delimitadas, acarretando em um desconhecimento sobre o grau de ‘interferência’ nos direitos fundamentais e com isto estaremos diante de um ‘espaço epistêmico’. Isto fica nítido na análise do ‘caso-cannabis’<sup>91 92</sup>, uma vez que a falta de conhecimento científico quanto aos malefícios da erva, implica a linha decisória do Tribunal, que justifica a sanção penal pela existência de uma ‘discricionariedade epistêmica empírica’<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Um terceiro exemplo que encontramos em Alexy é o caso- testamento. Havia uma norma de Direito Civil que pretendia impedir mudos analfabetos de testar. A finalidade da norma era garantir a segurança jurídica e a proteção das pessoas sem capacidade de autodeterminação da vontade. A corte constitucional argumentou que a proibição era um meio muito severo, pois haveria um meio mais brando de se garantir a proteção, a autorização notarial, sem que se retirasse a capacidade testamentária dos mudos analfabetos, pois a deficiência física e o analfabetismo, não caracterizam por si só a ausência de capacidade para os atos da vida civil.

<sup>91</sup> BVerfGE 90

<sup>92</sup> Neste momento mencionamos o caso em linhas gerais. O caso será analisado em detalhe quando trabalharmos os ‘espaços epistêmicos’.

<sup>93</sup> A análise dos ‘espaços epistêmicos’ será vista com vagar mais adiante e portanto aqui nos limitamos a apontar uma situação na qual os exames de ‘necessidade’ e ‘adequação’ conduzem a identificação de um ‘espaço para jogo epistêmico’.



- segundo, na insuficiência das ‘possibilidades fáticas’ da ‘ponderação’ para resolução da ‘colisão’, devendo-se passar para a terceira etapa da ‘ponderação’; a ‘proporcionalidade em estrito senso’.

Esta insuficiência das duas primeiras etapas da ‘ponderação’ é percebida quando, ao realizarmos o exame de ‘necessidade’, alcançamos um limite. Constelações de ‘colisões’ mais complexas, envolvendo mais de dois princípios, podem acarretar em um impasse para o exame de ‘necessidade’, quando qualquer dos meios brandos elencados impedir que seja feita uma ‘otimização’. Nas palavras de Alexy:

“Frecuentemente aparecen medios mas benignos ao direito fundamental afetado, que a sua vez favorecem efetivamente em igual medida o fim perseguido pelo legislador, mas que também implicam a desvantagem de restringir um terceiro princípio ou fim.”<sup>94</sup>

Ou seja, ainda que ultrapassemos os exames de ‘adequação’ e ‘necessidade’, estes não serão capazes de resolver a ‘colisão’ de princípios. A ‘otimização’ não é alcançada somente com o exame das ‘possibilidades fáticas’, sendo preciso ingressar na terceira etapa da ‘ponderação’, a ‘proporcionalidade em sentido estrito’.

### III) subprincípio da ‘proporcionalidade em sentido estrito’

De acordo com a segunda hipótese apresentada acima, quando os exames de ‘adequação’ e ‘necessidade’ se tornam insuficientes, requer-se a utilização da ‘proporcionalidade em sentido estrito’. Isto significa dizer que o campo das ‘possibilidades fáticas’ não é capaz de solucionar a ‘colisão’ e, logo, o âmbito jurídico estrutural dos princípios em ‘colisão’ precisará ser analisado.

A decisão do Tribunal Constitucional Alemão que tratava da vedação de empresários que trabalhavam com terceirização de mão de obra na construção civil, nos serve de exemplo<sup>95</sup>. A prática de terceirização significava o descumprimento de diversas normas trabalhistas, sociais, econômicas e tributárias. Existiam, no entanto aqueles que observavam corretamente as normas e estes alegavam que a proibição de seu ofício era algo muito severo, que o

<sup>94</sup> “Frecuentemente aparecen medios mas benignos com el derecho fundamental afectado, que a su vez favorecen efectivamente en igual medida el fin perseguido por el legislador, pero que tambien implican la desventaja de restringir un tercer principio o fin” ALEXY, Robert. *Epilogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 45-46

<sup>95</sup> BVerfGE 77

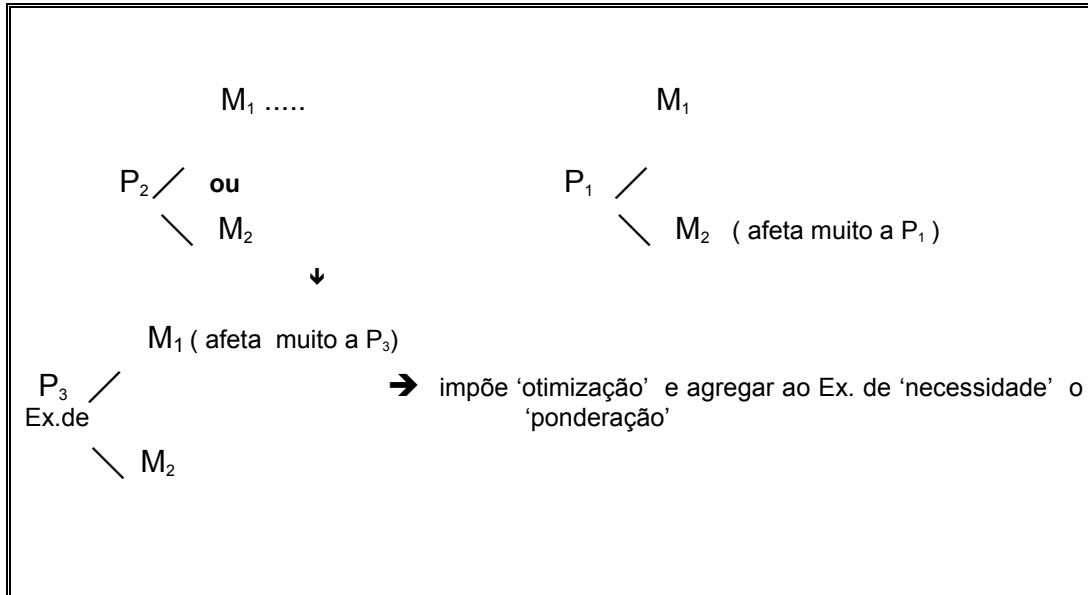
alcance da finalidade pretendida pelo legislador (lutar contra as práticas ilegais), se daria eficazmente através de um meio mais suave: um controle efetivo nas obras em construção por parte dos órgãos públicos. Se a análise se perfizer, considerando-se somente o princípio da liberdade profissional  $P_1$  e o princípio da luta contra as práticas ilegais  $P_2$ , tal argumento seria sustentável, pois o controle  $M_1$  e a proibição  $M_2$ , são meios igualmente ‘adequados’, sendo que o primeiro é mais ameno. No entanto, o Tribunal introduziu um terceiro princípio, o uso adequado de recursos públicos  $P_3$ , ganhando a decisão novos contornos. Surge a questão de sendo os recursos públicos limitados, qual medida de seu uso estaria justificada e seria razoável para a sociedade, no sentido de formação de um pessoal qualificado para lutar contra as ditas irregularidades e de se impedir uma grande intervenção em um direito fundamental de um particular. A escolha ente  $M_1$  e  $M_2$  não pode ser feita mais somente com relação a  $P_1$  e  $P_2$ , inclusive porque  $P_2$  é neutro, lhe sendo indiferente a escolha entre os meios  $M_1$  e  $M_2$ . Transfere-se a questão para a ‘colisão’ entre  $P_2$  e  $P_3$  e solucioná-la significa responder a seguinte pergunta:

“Admite a Constituição neste caso uma intervenção relativamente intensa no direito fundamental através de  $M_2$ , para que os recursos públicos não sejam sobrecarregados, ou, pelo contrário, a utilização excessiva dos recursos se justifica, para que a finalidade de se lutar contra as práticas ilegais  $P_2$ , possa realizar-se através de uma intervenção mais suave através de  $M_1$ ?”<sup>96</sup>

A utilização do subprincípio de ‘necessidade’ somente permite optar, pelo mais benéfico dos dois meios em análise. Porém independente da escolha feita, no caso em tela, haverá uma repercussão em algum dos dois princípios analisados, sem que se possa realizar uma ‘otimização’. Desta forma, quando nenhum dos dois meios puder ser eleito, sem um prejuízo para um dos princípios em ‘colisão’, chega-se a um limite das ‘possibilidades fáticas’ e, logo, do exame de ‘necessidade’. A resposta se encontra no campo das ‘possibilidades jurídicas’, passando a ser uma questão de ‘ponderação’ entre  $P_1$  e  $P_3$ . Assim, “a pergunta é se  $P_2$  e  $P_3$  justificam conjuntamente a intervenção relativamente intensa em  $P_1$

<sup>96</sup>“Admite la Constitución neste caso una intervención relativamente intensa em el derecho fundamental  $M_2$ , para que los recursos públicos no sean sobrecargados em demasía, o por el contrario exige una afectación mucho más alta de los recursos públicos, para que el fin de luchar contra las prácticas ilegales  $P_2$  pueda realizarse mediante una intervención relativamente menor del derecho fundamental  $M_1$ ?” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2004. p. 47

que a proibição  $M_1$  representa.”<sup>97</sup> Só a ‘proporcionalidade em sentido estrito’ pode oferecer uma resposta racional. Estas hipóteses podem ser visualizadas no fluxograma 2.



*Fluxograma 2- Hipóteses do subprincípio de ‘necessidade’*

A ‘ponderação em sentido estrito’ corresponde ao nível das ‘possibilidades jurídicas’, há um mergulho no interior da estrutura jurídica do princípio e seus elementos são postos em relação. De acordo com a lei de ‘ponderação’, que veremos logo adiante, a ‘possibilidade jurídica’ de um princípio é relacionada com a ‘possibilidade jurídica’ do princípio oposto. Desta forma o peso dado ao princípio não é determinável em si mesmo, senão de um modo relativo, sendo mais apropriado falar-se de pesos relativos<sup>98</sup>. A limitação jurídica que um

<sup>97</sup> “ *la pregunta es si  $P_2$  y  $P_3$  justifican conjuntamente la intervención relativamente intensa em  $P_1$  que la prohibición  $M_1$  representa*” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2004. p. 47

<sup>98</sup> Por oportuno, cabe distinguir entre uma ordem forte e fraca dos princípios. Por ordem forte se entende a possibilidade de criação de uma lista exaustiva e fechada de princípios. Significa elencar todos os princípios existentes e mais, hierarquizá-los. Quanto à sua hierarquia esta pode ser cardinal ou ordinal. Será cardinal quando para cada princípio for atribuído um valor numérico e será ordinal quando simplesmente forem dispostos consoante a preferência que exercem uns sobre os outros. Estabelece-se assim, um catálogo que enumera os princípios e atribui-lhes relações de prioridade absolutas. Uma ordem forte dispensa a necessidade de ponderação caso a caso, uma vez que as relações de precedência já se encontram pré-estabelecidas. Todavia, se já é impossível determinar quais princípios são relevantes na montagem de sua listagem completa, quão mais não o é a elaboração de uma hierarquização absoluta. A seu turno uma ordem débil dos princípios é perfeitamente viável. É composta por três elementos: um sistema de condições de prioridades, um

princípio realizará em outro se processa através da análise do 'grau de importância' de um, em relação ao 'grau de interferência' do outro. Como os princípios são 'mandados de otimização' que devem ser realizados na maior medida possível, se buscará uma solução por meio da qual o princípio precedente seja realizado no maior grau possível, em um patamar no qual afete/ restrinja em um menor grau possível o princípio precedido. Trata-se de otimizar e de buscar um equilíbrio, uma 'mediania' no sentido aristotélico do termo. A figura abaixo ilustra a situação de 'colisão'.

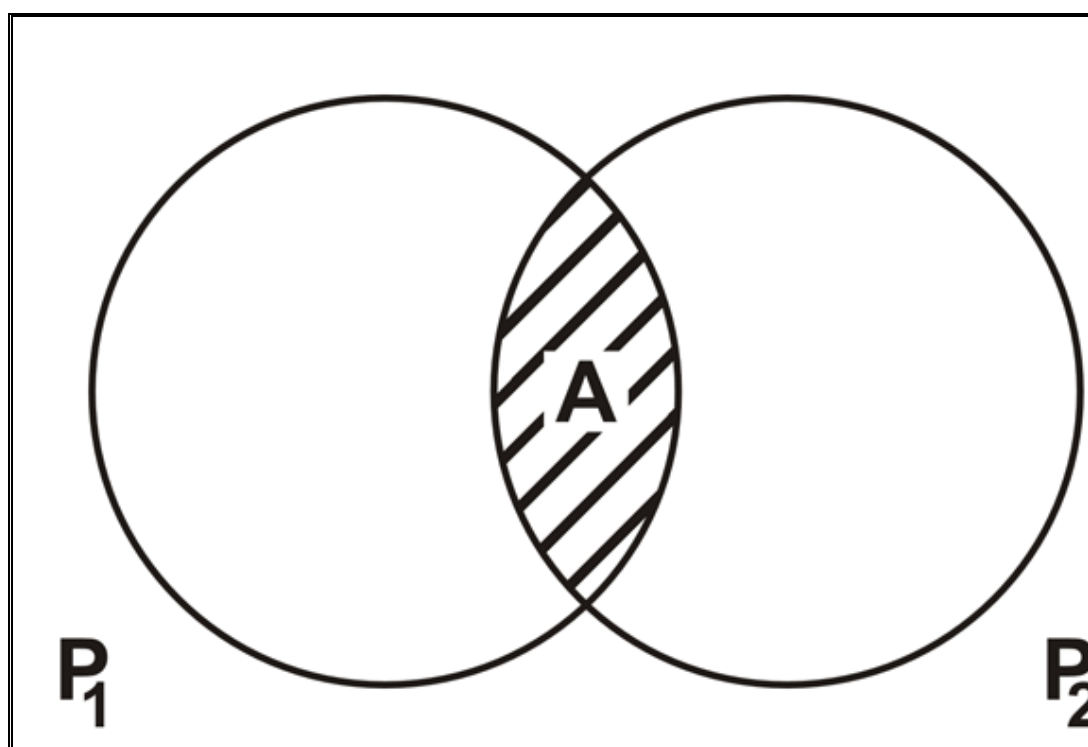


Figura 2 – Situação de 'colisão'

sistema de prioridades *prima facie* e um sistema de estruturas de ponderação. O primeiro elemento consiste na indicação de certas circunstâncias sob as quais um princípio preferirá a outro, no exame de uma 'colisão' de princípios. A seu turno, um sistema de prioridades *prima facie* é consiste em uma precedência geral abstrata. Por exemplo, em geral a liberdade de imprensa precede a proteção à personalidade. Uma prioridade *prima facie* não é absoluta, apresenta uma carga de argumentação. É certo que possibilita uma certa ordenação entre os princípios, mas a relação de preferência pode ser invertida diante de novos argumentos. Por fim, um sistema de estruturas de ponderação é aquele que, no caso concreto irá precisar qual o nível de importância do princípio precedente com relação ao grau de restrição do princípio precedido. As características de uma ordem fraca dos princípios, não propicia um catálogo exaustivo dos princípios, tampouco uma ordenação hierárquica rígida e incondicionada. Contudo, veicula relações de preferência casuísticas e fixa prioridades *prima facie*, permitindo a construção de regras adscritas que informarão a solução em casos semelhantes. (Para maiores informações vide ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais. 1997. p. 152 e ss.)

A partir da figura observamos que princípios em ‘colisão’ estão em intersecção, ou seja interferindo-se mutuamente. A situação de ‘colisão’ é, portanto, uma ‘zona de intersecção de interferências’, representada na figura pela letra A. O ‘procedimento de ponderação’ buscará justamente minimizar as ‘interferências’ recíprocas.

Segundo Alexy, a compatibilidade entre a ‘ordem marco’ e a ‘ponderação’ depende da mesma determinar alguns resultados e deixar outros em aberto, ou seja, das existência de ‘espaços para jogo’. Isto corresponderia a defesa da ‘correção relativa’ em resposta à impossibilidade de advogar a ‘tese da única resposta correta’<sup>99</sup>:

“ A tese radical assinala que a ‘ponderação’ estabelece um resultado de forma racional para todos os casos. A teoria dos princípios não defendeu nunca esta tese e pelo contrário, sempre enfatizou que a ‘ponderação’ não é um procedimento que em cada caso conduza necessariamente a um único resultado. Com isto, tudo leva à tese moderada. Esta tese sustenta que, com ajuda da ‘ponderação’, certamente não em todos, mas em alguns casos, pode estabelecer-se um resultado

<sup>99</sup> Gostaria de incluir aqui, por oportuno a discussão sobre a possibilidade de uma única resposta correta. Dworkin acredita que a 'teoria dos princípios' forneça uma única resposta correta para as hipóteses nas quais as regras não lha ofereçam. Apresenta a figura do ‘juiz Hércules’ - juiz dotado de habilidade, sabedoria, paciência e agudeza sobre-humanas - o alcance ideal de uma única solução correta a qual caberia ao juiz comum se aproximar. Alexy afirma que a tese da única resposta correta é impossível do ponto de vista da 'teoria dos princípios', porque não se pode de forma definitiva, estabelecer todas as relações de prioridade que os princípios assumirão. Não é viável uma ordem forte dos princípios, na qual se forneça uma hierarquia entre eles e pesos relativos numéricos, de sorte que sejam fixadas todas as relações de prioridade possíveis. "Se fosse possível uma 'teoria dos princípios' na forma forte, seria sem dúvida acertada a tese de Dworkin de uma única resposta correta." ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos e Razon Practica”. in: *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara. 1993. p. 15. Tampouco o complemento obtido pela 'teoria da argumentação jurídica' vem a facultar um único resultado. Em primeiro lugar, o procedimento não determina o ponto de partida da discussão, este será elencado de acordo com o interesse dos participantes; segundo, as regras do discurso não prescrevem todos os passos de argumentação; terceiro, várias regras só possuem uma realização aproximada. O professor de Kiel afirma que a idéia de uma única resposta correta deve ser pressuposta e assume, assim, um caráter regulativo. "As respostas que se encontrem, no marco desde intento, sobre a base do nível das regras e dos princípios, de acordo com os critérios da argumentação jurídica racional, que incluem os da argumentação prática geral, também respondem então, ainda que não sejam as únicas respostas corretas, as exigências da razão prática e, neste sentido, são ao menos relativamente corretas. " ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos e Razon Practica”. in: *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara. 1993. p. 22. - grifo nosso.

Desta forma, a adoção de um procedimento racional aproxima a solução encontrada do ideal de uma única resposta correta e fala-se então não de um conceito absoluto de correção, mas de um conceito relativo de correção. O caráter relativo se refere a quatro aspectos: as regras do discurso, a medida de seu cumprimento, os participantes, a duração do discurso. Este conceito é correspondente ao de possibilidade discursiva.

O alcance de uma única resposta correta só pode ser previsto em condição idealizada que, no 'discurso prático racional geral' assume cinco vertentes: tempo ilimitado, informação empírica completa e ilimitada, clareza lingüística e conceitual ilimitada, capacidade e disposição ilimitada para o intercâmbio de regras ( adoção das regras de transição); e ausência total de discriminação.

de maneira racional e, que a classe destes casos, é suficientemente interessante para justificar a ‘ponderação’ enquanto método”<sup>100</sup>

A averiguação desta compatibilidade entre ‘ordem marco’ e ‘ponderação’ exige que se penetre no âmago desta ‘ponderação’ o que é atingido através da ‘lei de ponderação substantiva’: “quanto maior é o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deverá ser a importância de satisfação do outro”.<sup>101</sup>

Esta fórmula revela que a ‘ponderação’ se realiza em três etapas: primeiro se define a necessidade de ‘intervenção’, segundo se estabelece a importância dos “fundamentos justificadores da ‘intervenção’”<sup>102</sup> e na terceira etapa acontece efetivamente a ‘ponderação’, quando então os dois primeiros planos, ‘intervenção’ e ‘importância’ são abordados de forma relacionada.

As ‘curvas de indiferença’, geralmente usadas para representar a substituição de bens, são bastante esclarecedoras na explicação da ‘lei de ponderação’. É chamada ‘curva de indiferença de segundo grau’, e estabelece a relação ideal entre a ‘importância’ de um princípio  $P_1$  ( na abscissa) e o ‘grau de satisfação’ (ou não afetação)<sup>103</sup> do princípio oposto  $P_2$  (na ordenada) (Gráfico 1). A solução ideal será um ponto na curva no qual o princípio precedente tiver o maior índice de realização possível e, concomitantemente, o princípio precedido for restringido no menor grau possível<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> “ La tesis radical señala que la ‘ponderación’ establece un resultado de forma racional para todos los casos. La teoría de los principios no ha defendido nunca esta tesis y por lo contrario, siempre ha enfatizado que la ‘ponderación’ no es un procedimiento que en cada caso conduzca necesariamente a un único resultado. Con ello todo confluye a la tesis moderada. Esta tesis sostiene que, con ayuda de la ponderación, ciertamente no en todos, pero si en algunos casos, puede establecerse un resultado de manera racional y que la clase de estos casos es suficientemente interesante como para que la existencia de la ‘ponderación’ como método esté justificada” ALEXY, Robert. *Epilogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.50 (grifo nosso).

<sup>101</sup> “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro”ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais. 1997. p. 161.

<sup>102</sup> ALEXY, Robert. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar-Fundação Getúlio Vargas. no. 217. julho-dezembro de 1999. p. 78 ( o qual é similar a uma tradução livre de palestra proferida por Robert Alexy, no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa em 10.12.1998 a qual leva o mesmo título - “Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais”.)

<sup>103</sup> Atente para o fato de que a relação satisfação/ afetação é inversa. Quanto mais o princípio for realizado, for satisfeito, menor será a lesão ou afetação a ele. Quanto mais for atingido o princípio, menor será o seu grau de satisfação.

<sup>104</sup> Se observarmos atentamente a curva de indiferença concluiremos que quando falamos em ponderação, esta nunca deverá importar em uma anulação total de um princípio frente a outro.

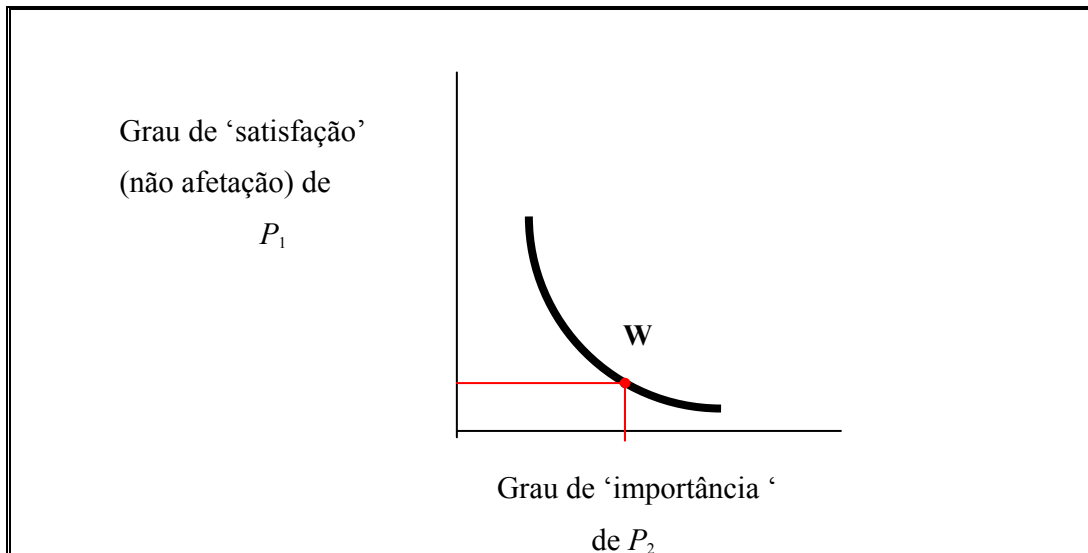


Gráfico 1- 'Curva de indiferença' representando a 'ponderação em sentido estrito'<sup>105</sup>

Sempre se deve encontrar um patamar intermediário, no qual o princípio precedido tenha alguma margem de atuação, mesmo que diminuta. A ponderação estabelece critérios de razoabilidade e proporcionalidade de modo que a restrição ao princípio precedido não poderá ser completa, importando em seu afastamento por inteiro. Se assim fosse estaríamos diante de uma anulação e não de uma ponderação, desprezando completamente os critérios de razoabilidade e proporcionalidade da ponderação.

Um exemplo elucidativo é o caso estudado por Manuel Atienza ( ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel. 1995. p. 89-145.). Trata-se de membros de um mesmo grupo político (GRAPO) que se encontravam presos e entraram em greve de fome procurando pressionar o governo a reuni-los em uma única penitenciária (estavam dispersos em várias penitenciárias por ser esta uma política do governo). Diante da continuidade da greve de fome, já que o Governo não cedeu às exigências dos grevistas, colocou-se a questão de se e quando deveriam ser os presos alimentados forçadamente, pois corriam risco de vida. Três linhas decisórias afloraram: alimentação forçada estando os presos conscientes, alimentação forçada em caso de inconsciência e não alimentar forçadamente os presos e deixá-los morrer. Não me aterei aos argumentos utilizados em cada posição, remetendo os leitores ao respectivo capítulo caso se interessem, mas particularmente à 'ponderação de princípios' efetuada.

Antes de mais nada, cumpre esclarecer que os princípios em 'colisão' são de um lado a liberdade de expressão/ manifestação política e de outro o direito à vida. O Tribunal Constitucional Espanhol decidiu alimentar forçadamente os presos, mesmo em estado de consciência ( faço a ressalva que a ponderação realizada pelo Tribunal, não se deu entre os dois princípios supra mencionados, mas entre o princípio da integridade física e o direito à vida, optando-se pela prevalência do segundo princípio. Tal escolha diversa do cerne principiológico colidente, consistiu em uma estratégia para fugir da questão política fundamental que se punha.). Manuel Atienza defendeu a postura contrária, rechaçando a alimentação forçada e permitindo que a greve de fome chegasse ao resultado morte. Acredito que nem a solução preconizada pelo Tribunal Constitucional Espanhol, nem a solução apontada por Atienza sejam razoáveis, já que ambas importam em uma anulação total do princípio precedido, seja este a liberdade de expressão ou o direito à vida respectivamente. Me parece que a solução mais condizente com o procedimento da 'teoria dos princípios' de Alexy seja o de alimentar forçadamente em caso de inconsciência, posto resultar em um patamar intermediário, no qual nenhum dos dois princípios tem sua importância ou restrição maximizadas ao extremo.

Cabe, no entanto valorizar a proposta de Atienza, que brilhantemente demonstra a complementaridade que a 'teoria da argumentação jurídica' possui com relação à 'teoria dos direitos fundamentais'.

<sup>105</sup> Este gráfico foi completamente alterado por força da inserção da 'fórmula do peso' e da 'teoria de escalas'. No entanto, dada a grande complexidade das alterações efetuadas, optamos por não incluir neste trabalho.

Através da análise do ponto w do gráfico se evidencia uma grande restrição a  $P_1$  só será justificada quando o grau de importância de  $P_2$  for muito elevado. Se considerarmos por  $P_1$  a liberdade de imprensa e por  $P_2$  a segurança externa, ver-se-á que uma grande limitação à liberdade de imprensa só estará justificada se o grau de importância da segurança externa for muito elevado<sup>106</sup>.

A 'lei de ponderação substantiva' não deve ser tomada como uma tentativa de se precisar o grau ideal de 'afetação' para um referente grau de 'importância' e, assim, decidir definitivamente todos os casos em que colidirem os mesmos princípio. Sua utilidade se encontra na demonstração de como se trava a relação entre estes dois parâmetros e de que modo se justifica o 'enunciado de preferência condicionado' resultante da 'ponderação'. Uma justificação racional será a que se der através dos graus de 'importância' e de 'afetação'. A 'lei de ponderação substantiva' indica o que deve ser fundamentado racionalmente.

No entanto, entendemos que o procedimento ainda estava inacabado e que sendo imparciais, deveríamos ceder às críticas de Schlink e Habermas, no sentido de que as valorações efetuadas pela 'ponderação' possuem um caráter subjetivo. A relação entre interferência e importância era ainda débil. Pelo modo como a

<sup>106</sup> Uma exposição muito elucidativa é a do caso-tabaco (BVerfGe 95) (este caso versa sobre uma 'colisão' entre a liberdade profissional e o direito à saúde, com relação às indústrias tabagistas serem obrigadas a colocar nos maços de cigarro, tarjas informativas quanto aos seus malefícios) em comparação ao caso-padeiro (este caso é fictício e versa sobre uma 'colisão' entre a liberdade profissional e o direito à saúde, com relação a proibir as padarias de fabricarem pães, bolos e doces, exceto o pão preto, dado os malefícios à saúde que podem ser causados pelo alto consumo de açúcar e farinha): "No caso tabaco, a intensidade de intervenção na liberdade profissional é bastante reduzida. A indústria do tabaco deverá continuar atuante, podendo inclusive fazer propaganda. Ao fumante, tal como a Corte Constitucional já reconheceu, cabe tão somente dar uma razão quanto ao atual estágio de conhecimento medicinal. As razões que fundamentam a intervenção como objetivo de reduzir os danos à saúde do fumante, que pode ter como consequência a própria morte, são, em contrapartida, extremamente relevantes. A ponderação leva assim quase a solução da 'colisão'. A restrição do direito de profissão é compatível com a Constituição. No caso-padeiro, as coisas estão um tanto quanto invertidas. A proibição de produção de doces, bolos e tortas afeta drasticamente a profissão do padeiro. Isto se agrava ao considerar ainda que houve a proibição do pão comum. Sem dúvida, a saúde é, como o caso-tabaco revela, um bem de valor elevado. Porém deve-se fazer uma diferença. Trata-se aqui, de evitar doenças dentárias com a não utilização de açúcar e outras comidas doces. Evitar isso não é sem importância, mas se trata no limite de algo de peso ou relevância média. Com isso, também tem-se, no caso- padeiro um resultado: a regulação proposta seria inconstitucional." ALEXY, Robert. "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar- Fundação Getúlio Vargas. no. 217. julho-dezembro de 1999. p. 77 (o qual é similar a uma tradução livre de palestra proferida por Robert Alexy, no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa em 10.12.1998 a qual leva o mesmo título - "Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais".) – (grifo nosso).



‘otimização’ se perfazia na terceira etapa, notava-se certa opacidade na racionalidade, já que o estabelecimento do ponto na curva era parcialmente aleatório. Apesar de se afastar dos extremos, dentro da faixa de mediania qualquer ponto poderia ser escolhido com êxito. Deste modo, a escolha do ponto no interior desta faixa poderia ser discricionária, ainda que fosse mascarada pela justificação racional dada ao índices escolhidos.

Alexy reconhece a pertinência da crítica de Habermas e Schlinck e então procura aprimorar o procedimento, introduzindo gradações dentro da faixa de mediania. Nas palavras de Alexy:

“ Estes cétricos não acreditam que seja possível realizar juízos racionais sobre a intensidade da intervenção e sobre o grau de importância dos princípios que jogam em sentido contrário. Sem dúvida deve reconhecer-se que é fácil encontrar exemplos nos quais é possível se efetuar juízos desta natureza.”<sup>107</sup>

A guisa de ilustração tomemos o ‘caso tabaco’<sup>108</sup>. A colocação de advertências nos maços de cigarros é uma ‘interferência leve’ à liberdade profissional e contrariamente proibir totalmente a atividade seria uma ‘interferência severa’. Poderíamos pensar em uma situação intermediária como limitar os locais de venda ou restringir os locais permitidos a fumantes. O princípio oposto tem um alto grau de ‘importância’, uma vez que os malefícios causados pelo fumo à saúde são graves, como câncer e doenças cardiovasculares. O resultado da ‘ponderação’ entre a ‘intervenção leve’ de pôr tarjas e a ‘grande importância’, é pois, evidente, conforme afirma a corte constitucional alemã. Com a análise do ‘caso tabaco’ Alexy comprova que, “ desta maneira se forma uma escala com os graus ‘leve’, ‘médio’ e ‘severo’. Nosso exemplo, mostra que é possível conceber uma ordenação válida de ditos graus.”<sup>109</sup> Com isto o ponto deixa de ser aleatório e torna-se mensurável quantitativamente.

<sup>107</sup> “ *Estos escépticos descreen de que pueda ser posible realizar juicios racionales sobre la intensidad de la intervención y sobre el grado de importancia de los priniiptos que juegan en sentido contrario. Sin embargo debe reconocerse que es fácil encontrar ejemplos en donde es posible efectuar juicios de esta naturaleza*” ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.67

<sup>108</sup> BverfGe 95

<sup>109</sup> “ *de esta manera se forma una escala com los grados ‘leve’, ‘medio’ y ‘grave’. Nuestro ejemplo, muestra que es posible concebir una ordenación válida de dichos grados.*” ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción

Diante da possibilidade de que uma mensuração realizada no caso acima pode ser vista como atrelada a direitos fundamentais “que de um lado tratam de atividades econômicas e de outro de fatos constatados empiricamente”<sup>110</sup>; ou seja, direitos fundamentais quantificáveis, esclarece Alexy que, “também é possível operar com escalas de margens amplos, como a ‘escala triádica’, quando o objeto não puder ser medido em números”<sup>111</sup>. Vejamos, neste sentido o ‘caso Titanic’<sup>112</sup>, onde ocorre a clássica ‘colisão’ entre a liberdade de expressão e do direito a honra:

Uma revista de grande circulação pública e de cunho humorístico chamada Titanic descreveu um oficial da reserva que, tendo conduzido com sucesso as suas responsabilidades, fora chamado novamente à ativa, qualificando-o primeiro como “assassino nato” e depois como “aleijado”. Inconformado, propôs ação judicial, tendo a corte regional de apelação de Düsseldorf decidido contrariamente a revista Titanic, condenando-a ao pagamento de indenização na ordem de 12000 marcos alemães. A revista Titanic interpôs um recurso de amparo à corte constitucional alemã. Esta realiza uma ‘ponderação’ entre o princípio da liberdade de expressão dos produtores da revista Titanic P<sub>1</sub> ( art. 5 (1) (1) LF) e do princípio da personalidade / honra do oficial P<sub>2</sub> ( art. 2 (1) + art. 1 (1) LF, que é uma combinação entre o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana). Em primeiro lugar avaliou-se a medida da ‘interferência’ que se pretendia aplicar. A indenização foi considerada uma ‘interferência severa’ na liberdade de expressão, pois afetaria a maneira como os produtores da revista passariam a conduzir suas atividades. Em segundo lugar avaliou-se os termos pejorativos usados. O termo ‘assassino nato’ foi considerado como dentro do contexto satírico da revista, que estava acostumada a fazer jogo com as palavras colocando-as em duplo sentido, como era o caso. Assim foi considerada uma ‘intervenção’ de intensidade ‘média’ e talvez mesmo ‘leve’. Já com relação ao

---

Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.67

<sup>110</sup> “que de un lado se trata de actividades económicas y del otro de hechos constatados empíricamente” *Idem.*, p.68

<sup>111</sup> “también es posible operar con escalas de márgenes amplios, como la ‘escala triádica’, cuando el objeto que se encuadra en la escala no puede ser medido en cifras” ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.68

<sup>112</sup> BverfGE 86

termo 'aleijado' a situação era diferente. Tal xingamento vulnera gravemente o direito a honra e possui uma 'grande' 'importância', pois expressa um menosprezo grave, uma humilhação e uma falta de respeito.<sup>113</sup> A corte constitucional concluiu que com relação ao termo 'assassino nato' o pagamento de indenização não se sustentava, era "carente de fundamento"<sup>114</sup> pois a 'intervenção' na liberdade de expressão era desproporcional e portanto não justificada. Com relação ao termo 'aleijado' era ao contrário plenamente justificada, uma vez que a uma 'interferência severa' na liberdade de expressão da revista correspondia uma 'grande' 'importância' à honra do oficial.

O 'caso-tabaco' e o 'caso Titanic' mostram como os direitos fundamentais colidentes na 'ponderação' podem se submeter a uma 'escala triádica', com a avaliação da 'intensidade' em nível 'leve' [*leicht*] l, 'médio' [*mittel*] m e 'severo' [*schwer*] s. Também são compatíveis na escala o uso de sinônimos como suave e débil para o nível 'leve', e grave, forte ou elevado para o nível 'severo'. Coloca-se aqui a pergunta de qual seria o número mínimo e máximo de divisões que uma escala pode conter. Decerto que acima de um, sendo dois para uma escala rudimentar e 9 para uma 'escala duplo triádica', para colisões mais sofisticadas na qual a cada um dos níveis se procede a uma nova tripartição em l,m,s, teríamos assim os seguintes índices: (1) ll, (2) lm, (3) ls, (4) ml, (5) mm, (6) ms, (7) sl, (8) sm, (9) ss. O próprio 'caso Titanic' nos serve como exemplo: a lesão ao direito à honra, no caso de chamar-se o oficial de 'aleijado' é não somente grave, mas extremamente grave o que poderia ser expresso pela notação ss. Já o uso do termo 'assassino nato' corresponderia a uma lesão medianamente leve ml ou levemente grave ls. O refinamento da 'escala em duplo triádico', tem, como veremos mais adiante, um importante papel na redução dos 'casos de empate'. A sofisticação da escala, contudo, possui limites. Com certeza um modelo 'triplo triádico' já escaparia à compreensão humana, o que entender por 'muito gravemente leve' ssl ou por 'levemente medianamente grave' lms? Como ensinava Aristóteles cada objeto do conhecimento deve utilizar o instrumental adequado. "Não podemos

<sup>113</sup> ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propriedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 56

<sup>114</sup> "carente de fundamento" *Ibidem*.

alcançar a exatidão da mesma maneira em todos os objetos, senão em cada caso somente de acordo com a matéria dada.”<sup>115</sup>

Temos com a introdução da ‘escala triádica’ um *upgrade* de racionalidade, mas que importa em se rever as três etapas da ‘ponderação em sentido estrito’ e realizar uma análise diferente das variáveis ‘interferência’ e ‘importância’.

- A primeira etapa da ‘ponderação em sentido estrito’ é o estabelecimento do ‘grau de não satisfação’ ou de ‘afetação’ de um princípio.

A ‘proporcionalidade em sentido estrito’ consiste numa relação na estrutura jurídica dos princípios em ‘colisão’. Em uma ‘colisão’ temos dois princípios que tomados isoladamente levam a ‘juízos reciprocamente contraditórios’<sup>116</sup>. Por exemplo, no caso de uma ‘colisão’ entre  $P_1$  e  $P_2$ , se optarmos por utilizar  $P_1$  algo se tornar obrigatório e se optarmos por utilizar  $P_2$  este mesmo algo se tornar proibido.

A existência destes ‘juízos reciprocamente contraditórios’ revela que os princípios possuem ‘pesos relativos’ que não são atribuídos isoladamente, mas dependem de seu choque com o outro princípio em ‘colisão’. Há, portanto, na ‘colisão’ uma zona de interpenetração mútua, na qual a efetivação de um princípio ‘interfere’ na efetivação do outro.

Por esta razão, falar em ‘não satisfação’ é o mesmo que falar de ‘interferência’ e podemos usar a notação  $IP_i$ , para representar a ‘interferência’ em  $P_i$ , por exemplo, no ‘caso Titanic’, a liberdade de expressão.

Um detalhe importante é que as ‘interferências’ são sempre grandezas concretas, ou seja, só podem ser estabelecidas nas situações *in concreto*, o que também resulta nítido pela visualização da figura 2, ilustrativa da ‘situação de colisão’. Inclusive, a notação utilizada por Alexy é bastante elucidativa:  $IP_iC$ . Esta notação atrela a ‘interferência’ à análise do caso concreto C. Cabe por derradeiro mencionar que a ‘interferência’ de  $P_i$  será graduada segundo a ‘escala triádica’ em l, m ou s.

<sup>115</sup>ARISTÓTELES. *Nikomachische Ethik*, no m. 1098 a. *Apud.* ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003),p. 79

<sup>116</sup> Vide mais adiante na página 75 fluxograma 3

- A segunda etapa da ‘ponderação’ consiste no estabelecimento do grau de ‘importância’ do outro princípio em ‘colisão’.

Em 1986 ‘importância’ era definida como o peso das razões que justificavam a precedência e conseqüente interferência no princípio precedido. Conforme vimos na ‘curva de indiferença’, a medição da ‘importância’ ficava a cargo de argumentos e era em certo sentido aleatória, um pouco solta.

Em 2002 o conceito é sofisticado. Já havia uma relação entre ‘interferência’ e ‘importância’, que também já podia ser observada pela análise do gráfico da ‘curva de indiferença’. A ‘importância’ passa a ser vista como uma grandeza integrada, composta por uma parcela hipotética e por uma concreta. Por exemplo, podemos falar de uma ‘importância geral abstrata’ dada ao direito à vida e de uma ‘importância em uma situação concreta’ de risco. “Então, a importância que terá a proteção à vida em uma situação determinada, é estabelecida de acordo com o peso abstrato da vida e segundo seu risco no caso concreto”<sup>117</sup>. Os ‘pesos abstratos’ (GA) dos princípios em ‘colisão’ passam a ser relevantes para a análise da ‘importância’ e quando forem diferentes interferirão bastante no resultado. No entanto, na maioria das vezes os ‘pesos abstratos’ se equivalem e podem ser descartados. A ‘importância’ pode então ser medida levando-se em consideração somente o aspecto concreto e também será graduada segundo a ‘escala triádica’. A notação que expressa a ‘importância concreta’ [*Wichtigkeit*] é  $WP_jC$ , nos quais W corresponde à ‘importância’ e C o caso concreto. No entanto, a medição do conceito de ‘importância’ não é dada mais pelos argumentos que sustentam a precedência do princípio, mas pelo resultado que adviria se houvesse uma ‘omissão de interferência’ do princípio oposto,<sup>118</sup> ou seja, se o princípio oposto não fosse limitado e perfizesse todos os efeitos no mundo jurídico. Este conceito adquire a seguinte formulação: “ *a importância concreta de  $P_j$  se mede segundo*

<sup>117</sup> “Entonces, la importancia que tenga la protección de la vida en una situación determinada, puede determinarse a la vez, según el peso abstracto de la vida y según su riesgo en el caso concreto” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2004. p.61

<sup>118</sup> Agradeço ao Prof. Fernando Galvão Ferreira pelos estudos acerca do conceito de importância que nos permitiram esclarecer como se dá a ‘omissão de interferência’.

*o grau de intensidade da intervenção em  $P_j$  que é produzida pela não intervenção em  $P_i$ .*”<sup>119</sup>

A fim de jogarmos luzes sobre este ponto, retomemos o ‘caso Titanic’ e o termo pejorativo ‘aleijado’. A ‘importância’ do direito à honra  $P_j$  é então mensurada pela não ‘interferência’ na liberdade de expressão  $P_i$ , não sancionando a revista Titanic ao pagamento de indenização, permitindo que tais termos continuassem a ser usados nas matérias publicadas. Exsurge evidente que a lesão ao direito à honra é severa; logo a ‘importância concreta’ de  $P_j$  é severa.

Um detalhe interessante é que, ao tratarmos da ‘importância’ através da ‘intensidade de interferência’, podemos equiparar as grandezas, pois a importância de um princípio é o mesmo que a interferência do outro. “A contrapartida de  $IP_iC$  é  $WP_jC$ .”<sup>120</sup>; ou seja, na realidade, quando nos referimos à ‘importância’ de  $P_j$ , estamos nos referindo à ‘interferência’ de  $P_i$ .

- A terceira etapa da ‘ponderação’ consiste em uma comparação entre as grandezas ‘interferência’ e ‘importância’, demonstrando o caráter relativo dos princípios, já ilustrado na ‘curva de indiferença’. Observe-se que devido a equiparação efetuada o que ocorre na verdade é uma relação entre as ‘interferências’. De acordo com a ‘escala triádica’ nove situações são possíveis.

Há três constelações nas quais a interferência em  $P_i$  é mais intensiva do que em  $P_j$ , ou seja onde  $P_i$  precede a  $P_j$ , de acordo com a ‘lei de colisão’ ( $P_i \mathbf{P}P_j$ )C:

- (1)  $IP_iC: s / IP_jC: l$
- (2)  $IP_iC: s / IP_jC: m$
- (3)  $IP_iC: m / IP_jC: l$

A estes três casos de precedência de  $P_i$  correspondem três casos de precedência de  $P_j$ , ou seja ( $P_j \mathbf{P}P_i$ )C:

- (4)  $IP_jC: l / IP_iC: s$
- (5)  $IP_jC: m / IP_iC: s$
- (6)  $IP_jC: l / IP_iC: m$

<sup>119</sup>“ *la importancia concreta de  $P_j$  se mide según el grado de intensidad en la intervención en  $P_j$  que la no intervención en  $P_i$  produzca.*” \_\_\_\_\_. *Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2004. p. 63

<sup>120</sup> “la contrapartida de  $IP_iC$  es  $WP_jC$ ” *Idem.*, p. 64

Além destes seis casos, os quais podem ser decididos sobre a base da 'escala triádica', há três 'casos de empate'. Nestas situações, de 'empate', estamos diante do limite do 'procedimento da ponderação', configurando-se o 'espaço estrutural'. Nestas hipóteses, há ausência de uma solução racional, que se torna discricionária, a ser decidida de acordo com a vontade do legislador:

$$(7) IP_iC: 1 / IP_jC: 1$$

$$(8) IP_iC: m / IP_jC: m$$

$$(9) IP_iC: s / IP_jC: s$$

A partir da análise das três etapas apresentadas, Alexy elabora a 'fórmula do peso' que complementa a 'lei de colisão' e a 'lei da ponderação substantiva':

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

Esta fórmula leva em consideração as grandezas concretas e abstratas da 'importância', que devido à possibilidade de equiparação, aparece também com a notação de interferência I. O símbolo GA significa 'peso abstrato' que só interfere na fórmula quando forem diferentes. A vantagem desta fórmula é que ela mostra que a 'ponderação de princípios' se dá de forma relativa e vinculada ao caso concreto.

Além de elaborar a 'escala triádica', há a introdução de valores numéricos na mesma.<sup>121</sup> São escolhidos os valores  $2^0$ ,  $2^1$  e  $2^2$ , ou seja, 1, 2 e 4, respectivamente para as graduações leve, média e severa da 'escala triádica' simples. Com isto, a terceira etapa da 'ponderação' ganha maior concretude.

<sup>121</sup> Algumas foram as tentativas de gradação. Inicialmente pensou-se em um intervalo aritmético de 1-9 e pensava-se inclusive nesta etapa em uma comparação entre as grandezas importância e interferência através de uma 'fórmula da diferença' na qual as grandezas seriam subtraídas. Viu-se no entanto que não se alcançaria a amplitude necessária no manejo com os direitos fundamentais em 'colisão'. A possibilidade de se refinar a escala em duplo triádica, exigia uma gradação mais dinâmica capaz, inclusive, de mostrar as oscilações entre ambas as grandezas no movimento de resistência dos direitos fundamentais ou 'superproporcionalidade'. Este movimento é verificado pois quanto maior for a importância de um princípio, cresce proporcionalmente a exigência de que a interferência para estar autorizada deve ser de igual ou maior patamar. Chegou-se a conclusão de que o intervalo em progressão geométrica  $2^0$  a  $2^9$  era o mais adequado, e que a relação entre as grandezas deveria ser através da 'fórmula do quociente', na qual as grandezas seriam divididas. Esta abordagem permitia um intervalo muito mais amplo que ia até 256 facilitando a compreensão da 'superproporcionalidade' e revelava com maior clareza o caráter relativo dos direitos fundamentais. ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2004 p. 69 s.

Em todos os casos nos quais  $P_i$  possui uma precedência sobre  $P_j$ , o valor ' $G_{i,j}$ ' é maior do que 1:

$$(1) s, l = 4/1 = 4$$

$$(2) s, m = 4/2 = 2$$

$$(3) m, l = 2/1 = 2$$

Se  $P_j$  tiver precedência sobre  $P_i$ , o valor é inferior a 1:

$$(4) l, s = 1/4 = \frac{1}{4}$$

$$(5) m, s = 2/4 = \frac{1}{2}$$

$$(6) l, m = 1/2 = \frac{1}{2}$$

Em todos os 'casos de empate' o 'peso concreto' de  $P_j$  é o mesmo, respectivamente 1:

$$(7) l, l = 1/1 = 1$$

$$(8) m, m = 2/2 = 1$$

$$(9) s, s = 4/4 = 1$$

As situações de 'empate' são aquelas nas quais não se consegue chegar a um resultado através da 'ponderação'. Os casos de 'empate' fazem ruir a tese de Böckenförde de que os direitos fundamentais são ubíquos uma vez que neles se materializa o 'espaço estrutural da ponderação'.

O 'espaço estrutural da ponderação' possui uma dupla característica: Ilustremos através do 'caso Stern'<sup>122</sup>. A revista Stern publicou trechos contendo citações literais de um processo penal, antes da audiência pública, o que é punível de acordo com o art. 353 d,3 do Código penal. A finalidade da norma era proteger a honra dos envolvidos no processo, assegurada pelos arts. 2º (2) e 1º (1) LF; a presunção de inocência (art. 6.2 da Convenção Européia de Direitos Humanos) além de garantir a imparcialidade das partes e do juiz ( arts. 97 e 101 LF). O Tribunal de Hamburgo entendeu que a norma era inconstitucional por não alcançar os fins colimados, ou no máximo por fazê-lo em uma medida reduzida. A liberdade de expressão e de imprensa art. 5 (1) LF , também, a seu turno, era limitada de um modo pequeno, pois somente a reprodução literal era vedada.

---

<sup>122</sup> BVerfGE 71



Temos então configurado o empate 1,1. “ Ao legislador está permitido proteger com a mesma intensidade com que intervém, mas não está obrigado a fazê-lo.”<sup>123</sup>

A discricionariedade do legislador não é ilimitada. Ele só está autorizado a agir dentro dos limites do empate 1,1. Se quiser proteger mais a honra, imparcialidade e inocência, conseqüentemente a interferência na liberdade de imprensa também aumenta. No entanto a solução só estará justificada se paralelamente ao aumento da interferência na liberdade de expressão; a importância à honra, à imparcialidade e à inocência também aumentar. De acordo com Alexy:

“ Se se concluir que a intervenção deverá ter uma intensidade média, para se tornar constitucional, o grau de importância da proteção efetiva teria que alcançar também a escala média. Do mesmo modo uma proteção mais intensa só poderia estar justificada se fosse correlata a um grau de importância de proteção efetiva que fosse também elevado.”<sup>124</sup>

Isto mostra que o ‘espaço para jogo estrutural’ “se desenvolve sobre a linha em que se apresentam os diferentes ‘empates’”<sup>125</sup> e revela um duplo aspecto no ‘empate’: há uma igualdade no ‘empate’ (1,1 =1) e uma igualdade entre os ‘empates’ ( 1,1 / m,m / s,s = 1). A figura do trem nos trilhos pode nos ajudar a explicar a possibilidade do legislador passar de um empate 1,1 para um m,m e s,s respectivamente. Desde que a relação entre interferências continue a mesma (=1), o legislador está legitimado a proceder discricionariamente. Deste modo quando houver um ‘empate’, o legislador está livre para decidir se age e em que intensidade.

<sup>123</sup> “ Al legislador le está permitido proteger com la misma intensidad en que interviene, pero no está obligado a hacerlo” ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003),p.75

<sup>124</sup> “ Si llegara a la conclusión de que esta intervención debía tener una intensidad media, para poder ser constitucional, el grado de importancia de la protección efectiva tendría que alcanzaren todo caso también la escala média. Asimismo, una intervención más intensa solo podría estar justificada se fuera correlativa a un grado de importancia de protección efectiva que fuera equivalentemente elevado.” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.75

<sup>125</sup> “se desarrolla sobre la línea en que se presentan los diferentes ‘empates’ ” \_\_\_\_. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003),p. 75

Poderia se objetar que no caso de refinamento da ‘escala’, o ‘empate’ desapareceria. No entanto, já vimos que a sofisticação da ‘escala’ não é ilimitada, pois acima de um patamar ‘duplo triádica’, a mesma se torna incompreensível. Uma ‘escala duplo triádica’ diminui os casos de ‘empate’, mas não os exclui. O ‘caso do filho ilegítimo’<sup>126</sup> ilustra esta hipótese. Trata-se de um filho que desconhecia a seu pai biológico e que ingressou com uma ação contra a mãe para que ela divulgasse a identidade de todos os homens com os quais mantivera relação durante o provável período de concepção de acordo com a lei. Foi efetuada uma ‘ponderação’ entre os direitos materiais do filho em perceber alimentos e ter direito à herança amparadas pelos art.6º (5) e art.14 (1) da lei fundamental e os direitos imateriais de personalidade amparados pelos art.1º(1) e art. 2º (1); e o direito à honra da mãe protegido pelos art. 2º (2) e art. 1º (1).A decisão da corte constitucional foi a de reconhecer um ‘espaço para jogo’, entendendo que a honra da mãe “ tinha num peso maior quando estavam envolvidos vários homens e não um só.”<sup>127</sup> A vergonha que ela experimentaria por expor sua vida íntima representava o grau da ‘escala duplo triádica’ ‘muito severo’ ss e em contrapartida os direitos de personalidade e materiais do filho também representavam o grau ‘muito severo’ ss. Este caso comprova que mesmo em escalas ‘duplo triádicas’ o ‘empate’ pode acontecer.

Vistos os tipos de ‘espaço estruturais’, onde há a certeza da existência de abertura, passemos ao ‘ espaço epistêmico’, onde tal certeza inexistente e que, no entender de Alexy, são hipóteses mais interessantes e complexas do que os anteriores, por envolverem princípios formais e se relacionarem com os aspectos fulcrais da ‘democracia deliberativa’.

---

<sup>126</sup> BVerfGE 96

<sup>127</sup> “ tiene un peso mayor cuando están implicados varios hombres que cuando el implicado es sólo un hombre.”.ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.74

### 2.2.1.2

#### O 'Espaço Epistêmico'

Apesar de já termos conceituado este tipo de espaço, vale repetir o que já dissemos<sup>128</sup>.

O 'espaço epistêmico' existe quando há um desconhecimento, uma ignorância quanto ao que está ordenado, proibido ou deixado ao arbítrio do legislador. Paira a dúvida se existe uma proibição ou ordem, ou se há a discricionariedade. Portanto, o 'espaço cognitivo' "se origina a partir dos limites da capacidade para conhecer os limites da Constituição"<sup>129</sup>. Tal desconhecimento pode se dar devido a incertezas de premissas de ordem empírica ou de ordem normativa.

O 'espaço epistêmico' é classificado em dois: i) 'espaço normativo' e ii) 'espaço empírico'.

i) O 'espaço epistêmico de tipo normativo' se caracteriza, nas palavras de Alexy;

“ quando não se tem a certeza sobre qual a maneira apropriada para se ponderar os direitos fundamentais que estão em jogo, e se reconhece que o legislador dispõe de determinado marco, dentro do qual pode adotar uma decisão de acordo com sua própria valoração.”<sup>130</sup>

Neste sentido é elucidativo o 'caso de despedida trabalhista'<sup>131</sup>. Este caso visava proteger os trabalhadores contra a despedida arbitrária. Tratava-se de saber se as rigorosas regras de proteção contra despedida podiam ser dispensadas no caso de empresas com menos de cinco empregados. Ocorre uma 'colisão' entre a liberdade de profissão e ofício do empregador ( art. 12 (1) LF) com a proteção aos

<sup>128</sup> Remeto os leitores á pagina 42/43, onde tecemos considerações iniciais acerca deste tipo de 'espaço'.

<sup>129</sup> “se origina a partir de los limites de la capacidad para conocer los límites de la Constitución” ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.59

<sup>130</sup> “ cuando no se tiene la certeza sobre cuales la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en juego, y se reconoce que el legislador dispone de un determinado marco, dentro del cual puede adoptar una decisión según su propia valoración” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propriedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.84

<sup>131</sup> BVerfGE 97

trabalhadores por parte do Estado também proveniente do ( art. 12 (1) ). Temos aqui uma ‘colisão referente a direitos fundamentais idênticos’ na qual “ trata-se de um mesmo direito de defesa na acepção liberal de alguém e enquanto direito de proteção de outrem.”<sup>132</sup> Ou seja, entre dois aspectos do mesmo direito fundamental que devem ser aplicados a agentes diferentes. O Tribunal Constitucional Alemão estabeleceu que:

“as posições jusfundamentais que entram em ‘colisão’ devem ser compreendidas em seu efeito recíproco e devem ser delimitadas de tal modo que sejam efetivas na maior medida possível para todos os afetados.”<sup>133</sup>

Têm-se então um requisito de obrigatoriedade de se observar um mínimo de proteção ou garantia aos direitos fundamentais envolvidos na ‘colisão’. Observado este mínimo a liberdade do legislador está permitida, caso contrário o direito fundamental estará sendo violado em uma medida inaceitável. Aplicando ao ‘caso de despedida trabalhista’, o Tribunal entendeu que existia no código civil alemão uma proteção mínima aos trabalhadores e que por isso este requisito estava preenchido. O legislador pode optar por dar uma precedência ao direito do empresário e neste sentido suavizar as normas de despedida no caso de empresas com menos de 5 empregados, ou priorizar os trabalhadores incluindo as pequenas fábricas sob o campo de aplicação da lei de proteção à despedida. Sua liberdade no entanto é limitada pelo respeito ao mínimo de proteção existente no Código Civil. Configura-se assim um marco, um espaço para jogo limitado pela proteção civil que de um lado beneficia os trabalhadores e de outro protege os empresários. Como pode-se reparar, a solução da ‘colisão’ de princípios em um ‘espaço epistêmico’ normativo repousa nos limites que puderem ser traçados por outras normas do ordenamento jurídico.

<sup>132</sup> ALEXY, Robert. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático” . *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar-Fundação Getúlio Vargas. no. 217. julho-dezembro de 1999. p. ???( o qual é similar a uma tradução livre de palestra proferida por Robert Alexy, no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa em 10.12.1998 a qual leva o mesmo título - “Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais”.)

<sup>133</sup> “Las posiciones iusfundamentales que entran en ‘colisión’ deben ser comprendidas en su efecto recíproco y deben ser delimitadas de tal modo que sean efectivas en la mayor medida posible para todos los afectados”. ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.85.

ii) O ‘espaço epistêmico de tipo empírico’ pode ser visualizado no ‘caso cannabis’. Saber se a proibição penal dos derivados de cannabis se legitima, depende da averiguação de se a intervenção na liberdade ocasionada com esta imputabilidade criminal é ‘adequada’ e ‘necessária’ para “diminuir os perigos associados a esta droga”<sup>134</sup> e a *contrario sensu*, se não for ‘adequada’ ou ‘necessária’, a proibição estará jusfundamentalmente proibida. Para justificar a intervenção, o Tribunal Constitucional Alemão precisaria afirmar a certeza das premissas empíricas mas a sua decisão é no sentido inverso: “não se dispõe de conhecimentos cientificamente fundados que falem necessariamente a favor da correção de uma ou outra alternativa”<sup>135</sup> Com isto deixa uma incerteza de ordem empírica e uma liberdade para o legislador agir se e em que medida julgar conveniente.

O ‘grau de certeza ou segurança’ das premissas também é escalonado consoante a ‘escala triádica’, que também comporta a versão mais refinada em ‘dupla triádica’. Um grau de segurança ou certeza pode ser então, intensivo ou certo [*sicher*] (g), plausível, provável ou justificável [*vertretbar*] (p) e evidenciável ou possível [*nicht evident falsch*] (e). Também são atribuídos valores para cada nível: g tem o valor de  $2^0 = 1$ , p o valor de  $2^{-1} = \frac{1}{2}$  e finalmente e o valor de  $2^{-2} = \frac{1}{4}$ .

Para que o cálculo da ‘certeza’ se dê de maneira arquimediana, equilibrada, deve ser relacionado com o grau de ‘intervenção’ dos princípios em jogo e com seus ‘pesos abstratos’.

Supondo-se novamente que os ‘pesos abstratos’ são equivalentes, a relação entre ‘grau de segurança’ e ‘intensidade’ se dá da seguinte forma: “quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção”<sup>136</sup>

<sup>134</sup> “disminuir los peligros que están asociados con esa droga” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.83.

<sup>135</sup> “no se dispone de conocimientos científicamente fundados que hablen necesariamente a favor de la corrección de una o de otra alternativa” *Ibidem*.

<sup>136</sup> “cuanto más intensas sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención” ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.93.

Esta lei passou a se chamar 'lei da ponderação epistêmica', justamente por se referir às premissas que fundamentam, que subjazem à 'intervenção'.

Com isto, a 'fórmula do peso' ganha mais uma variável, a 'segurança ou certeza' das premissas subjacentes. (S). A fórmula então adquire a seguinte estrutura:

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

Importante observar que a grandeza S só faz sentido em 'espaços epistêmicos'<sup>137</sup>, pois nos 'estruturais' há a 'certeza' quanto a estas premissas e por isso uma equivalência nas variáveis que faz com que se anulem mutuamente.

### 2.2.1.3

#### Etapas complementares ao 'procedimento de ponderação'

Terminada a exposição dos 'espaços epistêmicos empíricos' e apresentação da variável, 'grau de certeza', temos, por conseguinte, também o término da explanação da 'fórmula do peso', a qual indica os passos do 'procedimento de ponderação'.

Observemos que o resultado da 'fórmula do peso' (dado pela relação entre as suas três variáveis, a saber, uma grandeza abstrata G consoante a escala *prima facie*, uma grandeza empírica S e uma grandeza mista I) consiste no estabelecimento da 'relação de precedência' entre os princípios em 'colisão'.

Porém o 'procedimento ponderação' precisa de um complemento que é alcançado em dois momentos posteriores: por meio da 'lei de colisão'(I) e da 'norma constitucional adscrita'(II). Ultrapassadas estas etapas, a 'ponderação'

<sup>137</sup> Apesar de Alexy apresentar a terceira variável da Fórmula do Peso como adequada tanto para os espaços epistêmicos empíricos, como para os espaços epistêmicos normativos, entendemos que só será aplicável aos espaços epistêmicos empíricos. Os espaços de tipo normativo, ainda pouco desenvolvidos na teoria alexiana, não tratariam de premissas empíricas, mas normativas, como veremos esboçado a seguir. Tal característica poderá futuramente ou não se revelar na introdução de uma quarta variável à Fórmula do peso, mas dada a raridade destes espaços no ordenamento e a sua extrema complexidade e a estarem os mesmos somente embrionariamente apresentados por Alexy, acreditamos que o mesmo julgará inócuo despreender o esforço de inserir uma quarta variável especificamente para este espaço.

ganha concretude e seu resultado se reveste da forma de regra, sendo aplicado através da subsunção para os casos semelhantes.

#### I) A 'Lei de colisão'

Após todo o 'procedimento da ponderação', aplica-se a ''lei de colisão'' cujo resultado será uma norma, com caráter de regra a qual orienta os casos semelhantes. Através do estudo do 'caso sobre incapacidade processual'<sup>138</sup> será possível resumir a estrutura das soluções das 'colisões' de princípios na 'lei de colisão'.

O 'caso sobre incapacidade processual' versa sobre a admissibilidade de realização de uma audiência oral, e o fato de que o acusado, portador de doença cardíaca, diante do estresse que é inerente à audiência oral, corre o risco de sofrer um enfarto. Há uma tensão entre o dever do Estado de garantir a aplicação do Direito Penal e o direito constitucional à vida e à integridade física do acusado, a cuja proteção o Estado se encontra igualmente obrigado.

Diante da impossibilidade de se solucionar esta tensão através de uma prioridade absoluta, a 'colisão' deve ser resolvida utilizando-se a 'ponderação' que se dá quando de um lado tem-se a obrigação de manter o maior grau possível de aplicação do Direito Penal e, de outro, a obrigação de afetar o mínimo possível a vida e a integridade física do acusado. Como já visto, 'mandados de otimização' têm um valor relativo diante das 'possibilidades jurídicas e fáticas' para o seu cumprimento.

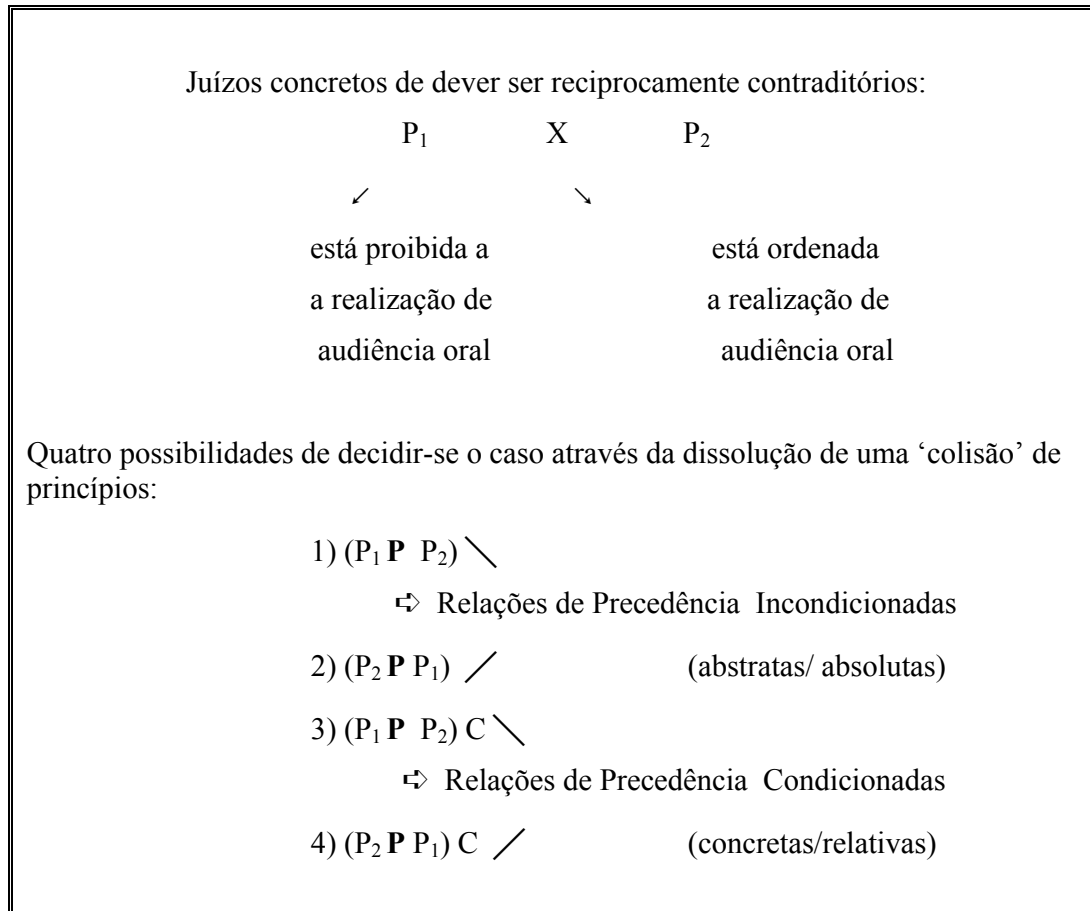
Visualizemos melhor a 'colisão' de princípios: se somente existisse o princípio da aplicação efetiva do Direito Penal, a audiência oral seria uma ordem, no mínimo uma permissão. Já, se existisse somente o princípio de proteção à vida e à integridade física, a audiência oral estaria proibida. Tomados isoladamente, os dois princípios conduzem a uma contradição, pois cada um deles limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro. A solução para esta situação consiste em que, considerando-se as circunstâncias do caso, se estabelecer uma 'relação de precedência condicionada'. Através da 'relação de precedência', são indicadas as condições sob as quais um princípio precede a outro, o que significa

---

<sup>138</sup> BVerfGE 51

a *'contrario sensu'* que, sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de modo inverso.

O conceito de 'relação de precedência' tem importância fundamental para a compreensão da 'colisão' de princípios. Para uma explicação minuciosa observe o fluxograma 3.



*Fluxograma 3- 'Relações de precedência'*

Nas 'colisões' de princípios do Direito Constitucional entende-se por 'relações de precedência incondicionadas' aquelas que ocorrerão sempre, independente das condições do caso concreto. São também denominadas 'relações de precedência absolutas' Portanto, não haverá necessidade de 'ponderação'.

No que se refere às 'relações de precedência condicionadas', temos que  $(P_1 \mathbf{P} P_2)$  dependendo das condições  $C$  do caso concreto. A questão de se saber qual princípio terá precedência e qual deverá ceder, passa pela 'ponderação'. Um



princípio  $P_1$  precederá a outro princípio  $P_2$ , quando sob as condições  $C$ , dadas em um caso concreto,  $P_1$  tiver um peso maior que  $P_2$ . Neste sentido, a menção das ‘condições de precedência’  $C$ , fundamentam a solução dada à ‘colisão’ de princípios. Na hipótese de  $(P_1 \text{ P } P_2) C$ , ou seja, na ‘relação de precedência condicionada’ em que  $P_1$  precede a  $P_2$ , a condição de precedência de  $P_1$  obtém uma formulação geral com o enunciado:

"Se existe perigo concreto, manifesto, que o acusado, em caso de levar-se a cabo a audiência oral, perca a sua vida ou experimente graves danos à sua saúde, então, a continuação do processo o lesa em seu direito fundamental"<sup>139</sup>.

Este enunciado chama a atenção para o fato de que, nas ‘relações de precedência condicionada’, se mencionam condições sob as quais se produz uma lesão de um direito fundamental, qual seja, quando ocorrer  $C$ , haverá uma lesão do direito fundamental à vida e à integridade física do acusado. Se uma ação lesa um direito fundamental, significa que está proibida desde o ponto de vista jusfundamental. Na hipótese em análise, qualquer ação tendente à realização da audiência oral está veementemente proibida. A formulação geral pode então ser entendida como a elaboração de uma regra formal: *"Se uma ação satisfaz as condições  $C$ , então sobre ela pesa uma proibição jusfundamental"*<sup>140</sup>.

No caso em estudo, se uma ação acarretar em um risco de vida ou grave dano à saúde do acusado, pesa sobre ela uma proibição jusfundamental (qual seja, a realização de audiência oral).

A ‘condição de precedência’ tem um duplo caráter oriundo da estrutura do ‘enunciado de precedência’:  $C$  é um pressuposto (1) e também é um suposto de fato de uma norma(2).

1) É um pressuposto porque é sob ele  $C$  que se dá a ‘precedência’ de  $P_1$ ,  $(P_1 \text{ P } P_2) C$ . Em outras palavras, o direito à vida e à integridade física do acusado ( $P_1$ ) possui preferência sobre a realização de audiência oral ( $P_2$ ), quando se perfizerem certas circunstâncias concretas ( $C$ ).

<sup>139</sup>"Si existe el peligro concreto, manifesto, que el acusado, en caso de llevarse a cabo la audiencia oral, pierda su vida o experimente graves daños en su salud, entonces, la continuación del proceso lo lesiona en su derecho fundamental" ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. p. 93

<sup>140</sup> "Se una acción satisface las condiciones  $C$ , entonces pesa sobre ella pesa una prohibición jusfundamental" *Ibidem*.

2) C é um suposto de fato de uma norma, porque a consequência jurídica que resulta da 'ponderação' em que temos a precedência de  $P_1$ , vale somente quando se dão as circunstâncias C. Como se verá mais adiante, será formulada uma regra que expressará justamente esta consequência jurídica, dando concretude ao 'procedimento da ponderação'.<sup>141</sup>

Diante deste panorama pode-se formular uma 'lei de colisão' K, que é uma lei sobre a conexão das relações de precedência e regras.

"K = Se o princípio  $P_1$ , sob as circunstâncias C, precede ao princípio  $P_2$ : ( $P_1 \succ P_2$ ) C, e se de  $P_1$  sob as circunstâncias C resulta a consequência jurídica R, então vale uma regra que contém a C como suposto de fato e a R como consequência jurídica:  $C \rightarrow R$ . Uma formulação menos técnica reza: K = as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem um suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente"<sup>142</sup>.

Através da 'lei de colisão' fica claro que os princípios não estão sujeitos a relações absolutas de precedência, sendo essencial a análise das condições de precedência, as quais levarão à 'ponderação' e embasarão a solução da 'colisão' de princípios.

Esta regra, a qual se refere a 'lei de colisão' tem um nome. Chama-se 'norma constitucional adscrita'. Através do estudo do 'caso Lebach'<sup>143</sup> é possível uma melhor compreensão do que seja e quais são as características desta regra. Passemos então à sua análise.

Segundo o 'caso Lebach', uma emissora de televisão (TVZ) planejava a emissão de um documentário sobre o assassinato de quatro soldados de um grupo de guarda de um depósito de munições do exército federal, localizado próximo a Lebach. Os soldados haviam sido mortos enquanto dormiam e suas armas subtraídas com o intuito de se praticar outros atos delituosos. Ocorre que, uma pessoa que havia sido condenada por cumplicidade neste crime, e que estava

<sup>141</sup> "(...) de um 'enunciado de preferência' sobre uma 'relação de precedência condicionada' se segue uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão as condições de preferência." ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. p.94

<sup>142</sup> "K = Si el principio  $P_1$ , bajo las circunstancias C, precede al principio  $P_2$ : ( $P_1 \succ P_2$ ) C, y si de  $P_1$  bajo las circunstancias C resultala consecuencia jurídica R, entonces vale una regla que contiene a C como suposto de fato y a R como consecuencia jurídica:  $C \rightarrow R$ . Una formulación menos técnica reza: K = las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen un suposto de fato de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente" *Ibidem*.

<sup>143</sup> BVerfGE 35

cumprindo pena, encontrando-se em data próxima para sair da prisão, considerou a emissão deste filme violadora de seu direito fundamental de proteção à sua personalidade, uma vez que, a referida exibição prejudicaria a sua ressocialização; uma vez que no filme sua fotografia aparecia e seu nome era expressamente mencionado. Decidiu então ingressar com uma ação judicial para impedir a exibição do filme.

A solução da ‘colisão’ de princípios do ‘caso Lebach’ se dá por meio de três etapas hierarquicamente consideradas. Em um primeiro grau, constatou-se que a ‘colisão’ ocorria entre princípios de mesma hierarquia (ambos eram princípios constitucionais). Designemos, por  $P_1$ , a proteção da personalidade e, por  $P_2$ , a liberdade de informação. Cada norma considerada individualmente conduziria a resultados contraditórios; se levássemos em conta somente o primeiro princípio, teríamos uma proibição para se exibir o documentário e, se levássemos em conta somente o segundo princípio, teríamos uma permissão para a dita exibição. Novamente a decisão dependerá das circunstâncias inerentes ao caso.

Em um segundo grau, o Tribunal Constitucional Alemão chega a uma ‘precedência geral básica’ da liberdade de informação da emissora  $P_2$  na hipótese de uma informação atual sobre atos delituosos  $C_1$ , ou seja ( $P_2 \mathbf{P} P_1$ )  $C_1$ . Com isto, nem toda informação atual está permitida. Afirma Alexy:

"A condição de precedência e, com ela, o tipo de regra correspondente à ‘lei de colisão’ segundo a proposição de preferência inclui, pois, uma cláusula *ceteris paribus*<sup>144</sup> que permite estabelecer exceções"<sup>145</sup>.

Esta cláusula determina que, nos casos iguais, na hipótese acima - em havendo uma informação atual sobre o ato delituoso -, o tratamento deverá ser o mesmo, qual seja, a liberdade de informação precederá à ressocialização do criminoso. Contudo, há a possibilidade de serem efetuadas exceções de acordo com as peculiaridades da situação aventada.

<sup>144</sup> *ceteris* = para todos; *paribus* = iguais, pares.

<sup>145</sup> "La condición de precedencia y, con ello, el tipo de la regla correspondiente a la 'lei de colisión' según la proposición de preferencia incluye, pues, una cláusula *ceteris paribus*<sup>145</sup> que permite establecer excepciones" ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais.1997.p. 97.

No terceiro grau a decisão é tomada e a ‘colisão’ é resolvida. O Tribunal Constitucional Alemão decidiu que, no caso de " repetição de uma informação sobre um delito grave que não responda a interesses atuais de informação e que ponha em risco a ressocialização do autor  $C_2$  " <sup>146</sup>, a proteção à personalidade  $P_1$  terá preferência sobre a liberdade de informação  $P_2$ , pesando sobre esta última uma proibição jusfundamental, ou seja, vale o enunciado de precedência ( $P_1 \mathbf{P} P_2$ )  $C_2$ . Observe que  $C_2$  se divide em quatro condições, a saber; repetição  $S_1$ , nenhum interesse atual na informação  $S_2$ , fato delituoso grave  $S_3$  e perigo para a ressocialização  $S_4$ . Aplicando-se a ‘lei de colisão’ tem-se que a regra X conseqüente de  $C_2$ , ( $C_2 \rightarrow R$ ), é, pois, uma regra com quatro características de enunciados de fato:  $S_1$  ( uma informação televisiva repetida ) +  $S_2$  ( que não responda a um interesse atual de informação ) +  $S_3$  ( sobre um fato delituoso grave ) +  $S_4$  ( que ponha em risco a ressocialização )  $\rightarrow R$  ( está jusfundamentalmente proibida). A regra X que corresponde à conseqüência jurídica do princípio preferido é denominada ‘norma de direito fundamental adscrita’.

## II) A ‘norma constitucional adscrita’

Já falamos da ‘norma constitucional adscrita’ ao longo do trabalho, de modo esporso. Todavia, cabe tecer algumas considerações mais aprofundadas sobre o instituto em questão. Passemos pois ao seu estudo.

Segundo Alexy, a ‘norma constitucional adscrita’ é a conseqüência da aplicação da lei de ‘colisão’. É chamada ‘adscrita’, pois não se encontra de forma expressa no texto constitucional, mas é formulada visando precisar o sentido de uma norma de direito fundamental positivada. O fato de não estar formulada não faz com que tenha um caráter infraconstitucional. Normas de direito fundamental são tanto aquelas que estão escritas na Constituição como as adscritas. O requisito para tanto além de ser resultado da ‘lei de colisão’, estar embasada em uma fundamentação jusfundamental correta. Em outras palavras deverão ser aduzidos argumentos, que atendam a ‘pretensão de correção’ e que estejam de acordo com a tradição constitucional. Pode-se utilizar todos os argumentos possíveis a uma

<sup>146</sup> " repetición de una información sobre un delito grave, que no responde ya a intereses actuales de información e que pone en peligro la resocialización del autor  $C_2$ " *Ibidem*.

‘argumentação jusfundamental’<sup>147</sup>. Além destes argumentos gerais há argumentos específicos da ‘ponderação’ que são retirados das grandezas expressas na ‘fórmula do peso’. Se a ‘norma constitucional adscrita’ possuir uma fundamentação jusfundamental correta será então, uma norma de direito fundamental.<sup>148</sup>

A precisão é necessária quando a ‘norma jusfundamental escrita’ deve ser aplicada a um caso concreto. No exemplo apresentado a ‘norma constitucional adscrita’ X cujo enunciado é:

‘restringe-se a liberdade de imprensa proibindo-se a emissão de filme, documentário ou reportagem, todas as vezes que houver uma informação repetida que não responda a um interesse atual sobre um fato delituoso grave e que ponha em risco a ressocialização’;

A ‘norma adscrita’ determina no caso concreto o resultado da ‘ponderação’ entre duas normas de direito fundamental escritas, nesta hipótese, a liberdade de imprensa e o direito à ressocialização.

Sendo normas fundamentais poderia se pensar que possuem o mesmo ‘caráter duplo das normas fundamentais escritas’. No entanto a estrutura das ‘normas fundamentais adscritas’ é a de regra. Ou seja, do resultado da ‘ponderação de princípios’ emana uma regra, de caráter binário, que orienta definitivamente a ‘colisão’. Portanto, ainda que na ‘ponderação’ tenhamos a gradação o resultado não é gradual, mas determinado. A regra regerá um novo caso semelhante se, através da realização de uma subsunção, as características do novo caso, se incluírem na *protasis* ( campo de aplicação) da regra. Com base no exemplo acima, uma situação análoga em que ao invés de reprisar um documentário televisivo, se reprisasse um filme no cinema, também estaria debaixo do campo de aplicação da mesma regra, sendo desnecessário efetuar-se nova ‘ponderação’.

<sup>147</sup> "Exemplos de argumentos jusfundamentais: referência à vontade do legislador constitucional, conseqüências negativas de uma determinação alternativa de preferência, consensos dogmáticos, decisões anteriores, etc." ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais.1997. p. 159.

<sup>148</sup> "(...) é uma regra sob a qual o estado de coisas pode ser subsumido, de forma semelhante a uma norma legislada, o que pode se observar no caso Lebach. Desta forma, conclui-se que como resultado de toda ponderação jusfundamental correta, pode se formular uma ‘norma de direito fundamental adscrita’ com caráter de regra sob a qual o caso pode ser subsumido." (*Idem*, p. 98) .

As 'normas constitucionais adscritas' possuem um papel fundamental nas constituições modernas. Cada norma funciona como um apêndice ao direito jusfundamental ( princípio) que precedeu à 'relação de precedência' fruto da 'colisão' que a originou. A 'norma constitucional adscrita' densifica o princípio precedente, lhe dá concretude no campo da aplicação, orientando casos semelhantes, os quais poderão ser, portanto, da mesma forma decididos. Com o passar do tempo estará formada uma rede de 'normas jusfundamentais adscritas' que elucidarão as normas principiológicas jusfundamentais e lhe darão bases para tomar futuras decisões nas quais houver 'colisão' de princípios.<sup>149</sup> Com o tempo de vigência de uma Constituição teremos ao redor de cada princípio uma teia de 'normas constitucionais adscritas', de sorte que a 'ponderação' só será necessária para situações que ainda não foram 'tramadas'. Todas as demais cairão no campo de aplicação de alguma das 'normas adscritas' e serão enquadradas através da subsunção.

### 2.3

#### **A Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy: a nova proposta após a inserção da 'fórmula do peso'**

O terceiro elemento do 'trialismo' é a 'teoria da argumentação jurídica'. Como vimos no início deste trabalho, a partir do conceito de Direito, Alexy depreende que um sistema jurídico adequado é composto por regras, princípios e procedimentos.

"Nos níveis das regras e dos princípios, devem certamente complementar-se com um terceiro, a saber, com uma 'teoria da argumentação jurídica', que diz como,

---

<sup>149</sup> "Ou seja, os cânones tradicionais ou regras de interpretação não auxiliam muito na justificação externa no contexto do balanceamento, mas o que é muito importante na lei constitucional é o uso do precedente. Se houver uma Constituição nova – e eu tive a sorte de ser engajado no desenvolvimento de uma Constituição nova para a Estônia – então a corte constitucional, quando prolatar a sua primeira decisão sobre direitos básicos, não poderá apoiá-la em quase nada. Mas, quanto mais antiga for uma Constituição, haverá mais material, o qual consiste nas normas de decisão concretas, produzidas de acordo com a lei de 'colisão'. Isto pode ser usado como uma base para o argumento constitucional." WOLF, Alice. Entrevista com Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil –RTDC*. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 4, v. 16, outubro a dezembro 2003. p.316. ( grifo nosso)

sobre a base de ambos os níveis, é possível uma decisão racionalmente fundamentada." <sup>150</sup>

O 'procedimento da ponderação' apresentado na 'teoria dos direitos fundamentais' não estabelece um resultado, mas somente nos indica a direção do argumento. "Teremos que investigar a intensidade de interferência (...) e a importância das razões para tal interferência." <sup>151</sup> Neste momento, torna-se evidente "a urgência com que a 'teoria dos princípios' necessita de um complemento através de uma 'teoria da argumentação jurídica de maior alcance.'" <sup>152</sup> Será a 'teoria da argumentação jurídica' que apontará razões, estabelecerá cargas de argumentação, que justificarão as escolhas tomadas em sede de 'ponderação'.

Ainda que aqui não nos ocupemos disto, vale frisar que a adição da argumentação jurídica, porém, não leva a uma determinação definitiva; sob outras circunstâncias, argumentos mais fortes podem conduzir a uma solução diversa da anterior<sup>153</sup>.

Antes de ingressarmos no estudo da 'teoria da argumentação jurídica' é oportuno, porém, tecermos algumas considerações: quando Robert Alexy redigiu a sua 'teoria da argumentação jurídica', que constituiu sua tese de doutorado, ainda não havia desenvolvido a 'teoria dos direitos fundamentais', cujos alicerces são o conceito de 'otimização' e 'ponderação'. Em 'teoria dos direitos fundamentais' regras e princípios têm suas estruturas diferenciadas. Enquanto as regras possuem uma estrutura lógica e sua aplicação se dá sempre através da subsunção, os princípios possuem uma estrutura matemática e sua aplicação sempre se dá através da 'ponderação'. Logo, um leitor mais atento, pode perceber

<sup>150</sup> "Los niveles de la regla y de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica, que dice como, sobre la base de ambos los niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada." \_\_\_\_\_. "Sistema Jurídico, principios jurídicos e Razão Prática". in: *Derecho y Razón Práctica*, México, Distribuciones Fontamara, 1993, p. 19-20

<sup>151</sup> "tenemos que investigar ala intensidad de la interferencia (...) y la importancia de las razones para tal interferencia" \_\_\_\_\_. "Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional". in: *Derecho y Razón Práctica*, México, Distribuciones Fontamara, 1993, p. 33.

<sup>152</sup> "(...)la urgencia con que la teoría de los principios necesita un complemento a través de una teoría de la argumentación jurídica de mayor alcance." \_\_\_\_\_. "Sistema Jurídico, principios jurídicos e Razão Prática". in: *Derecho y Razón Práctica*, México, Distribuciones Fontamara, 1993, p. 18.

<sup>153</sup> Este entendimento corresponde a defesa de Alexy de uma 'correção relativa' das decisões, rechaçando a tese de Dworkin que para cada decisão judicial existiria uma única resposta correta. Para maiores aprofundamentos veja a nota 99 que trata da 'tese da única resposta correta'.

que a conexão e complementariedade entre as duas teorias não era efetuada satisfatoriamente. Enquanto o exame de proporcionalidade apresentava a necessidade de ser complementado pela argumentação jurídica, esta versava sobre um raciocínio de subsunção, referente às regras. Alexy solucionou este descompasso recentemente quando aperfeiçoou a sua teoria, introduzindo a 'fórmula do peso'. Esta fórmula consubstancia a estrutura formal para aplicação dos princípios, situando-a ao lado da 'fórmula da subsunção', que é a estrutura formal para aplicação das regras, já existente na versão da 'teoria da argumentação jurídica'.

Adentremos então no estudo da 'teoria da argumentação jurídica'.

A 'argumentação jurídica' deve ser estudada a partir de duas etapas:

(a) a primeira etapa é denominada 'justificação interna', fase de descoberta das premissas, quando a estrutura argumentativa é organizada segundo as estruturas formais das regras ou dos princípios

(b) a segunda etapa é denominada 'justificação externa', fase de justificação das premissas, quando as premissas elencadas na etapa anterior serão fundamentadas. É na 'justificação externa' que a relação entre fato e norma é completada. Consoante Alexy:

"para fundamentar as regras necessárias para cada particular nível de desenvolvimento, é necessário entrar em profundidade tanto nas especificidades dos fatos, como nas particularidades da norma."<sup>154</sup>

Por isto, se o estágio de 'justificação interna' garante, através da visualização do esquema argumentativo nas fórmulas, uma certa racionalidade das premissas aduzidas; será somente no estágio de 'justificação externa', com o embasamento argumentativo de cada premissa escolhida, que esta racionalidade repousará em um patamar suficiente para que a decisão possa ser considerada legítima.

A análise das regras e formas de 'justificação interna e externa' que se segue, exige que se entenda a simbologia usada. Para viabilizar a compreensão

<sup>154</sup> "para fundamentar las reglas necesarias para cada particular nivel del desarrollo, es necesario entrar en profundidad tanto en las especificidades de los hechos como en las particularidades de la norma."\_\_\_\_. Teoría de la *Argumentación* Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 221.



das formas lógicas, apresentamos abaixo uma tabela com os principais símbolos que serão utilizados.

<b>TABELA DE SÍMBOLOS LÓGICOS</b>	
$\neg$	= não
$\wedge$	= e
$\vee$	= ou
$\rightarrow$	= então
$\leftrightarrow$	= se e somente se
$(x)$	= para todo x
$\bigcirc$	= é obrigatório que...

### 2.3.1

#### A 'Justificação Interna'

A 'justificação interna' apresenta duas possibilidades: (a) a ' fórmula da subsunção', aplicável às regras; e (b) a 'fórmula do peso'<sup>155</sup> aplicável aos princípios. Cada uma destas duas formas, a seu turno, de subdivide em outras duas, possuindo uma elaboração mais simples e outra mais geral. Além disso, cada forma também possui meta regras que complementam sua aplicação.'

##### a) 'fórmula da subsunção'

A primeira forma de 'justificação interna' é a 'fórmula da subsunção', aplicável às regras. Se subdivide em duas formas de acordo com o nível de complexidade: (a.1) forma mais simples e (a.2) forma mais complexa. Ambas possuem a estrutura de um entimema<sup>156</sup>: a premissa maior é a regra, a premissa menor corresponde às condições de incidência da regra no caso concreto e a conclusão a que se chega por decorrência é a decisão judicial. No entanto, na forma mais complexa, há a necessidade de um maior desdobramento da premissa menor, para que se visualize o campo de aplicação da regra.

<sup>155</sup> Para maiores aprofundamentos veja \_\_\_\_\_. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.2002. p.388-425 ( posfácio).

<sup>156</sup> Designação dada ao silogismo jurídico no qual as premissas aduzidas são prováveis, não se enquadrando nas categorias verdadeiras ou falsas.

## a.1) forma mais simples

A forma mais simples da 'fórmula da subsunção' possui a seguinte estrutura:

- [J.1.1]<sup>157</sup> (1) (x) (Tx → ORx)
- (2) Ta
- (3) ORa<sup>158</sup>

Legenda:

x = uma variável de indivíduo

a = um indivíduo determinado

T = condições que estabelecem o campo de aplicação de R

R = ação impositiva ao destinatário da norma

Duas consequências decorrem desta primeira forma de 'justificação interna'. Podemos reparar que a estrutura do entimema repousa em um princípio de universalidade, através do qual aqueles que se encontram na mesma situação jurídica devem ser tratados de modo semelhante. Por sua vez, a estrutura do entimema faz com que a observância da regra exija que a decisão judicial se siga logicamente a ela. Disto sucedem as seguintes meta regras:

- [J.2.1] Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve se aduzir ao menos uma norma universal
- [J.2.2] A decisão jurídica deve se seguir logicamente ao menos de uma norma universal junto com outras proposições

Esta forma mais simples (a.1) funciona bem quando o caso for inequívoco, ou seja, quando se tiver certeza de que o caso concreto se encontra no

<sup>157</sup> A nomenclatura utilizada para numerar regras e formas a partir de agora, corresponde a organização por parte de Alexy de um conjunto de regras e formas de argumentação jurídica.

<sup>158</sup> Exemplo:

- (1) Todos os maiores de 18 anos são obrigados a votar. (art. 14 § 1º I C.F. 1988.)
- (2) Aurélio é maior de 18 anos.
- (3) Aurélio é obrigado a votar.

campo de aplicação daquela regra. Todavia, é insuficiente quando se está diante de um caso em que não resta claro de pronto, se o caso concreto integra o campo de aplicação da norma. Nesta hipótese, deverá se passar para a segunda forma de justificação interna.

a.2) forma mais complexa

A forma mais complexa da 'fórmula da subsunção' possui um desenvolvimento lógico mais detalhado, e a cada passo, caminha para a elaboração de normas cada vez mais concretas. Sua estrutura é esmiuçada a seguir:

- [J.1.2]      **(1) (x) (Tx → ORx)**
- (2) (x) (M<sup>1</sup>x → Tx)**
- (3) (x) (M<sup>2</sup>x → M<sup>1</sup>x)**
- (4) (x) (Sx → M<sup>n</sup>x)**
- (5) Sa**
- (6) ORa<sup>159</sup>**

Legenda:

x = uma variável de indivíduo

a = um indivíduo determinado

T = condições que estabelecem o campo de aplicação de R

R = ação impositiva ao destinatário da norma

M = característica

S = expressão que torna a aplicação da regra ao caso indiscutível

Esta forma revela que o campo de aplicação da norma está obscuro e que, por isso, é necessário um maior número de etapas para se alcançar um patamar de concretude onde não haja mais dúvida. Esta incerteza ocorre nos 'casos complexos', nos quais, nem sempre a subsunção é algo claro à primeira vista. A

<sup>159</sup> Esta forma também se traduz em um entimema, no qual (1) é a premissa maior, (5) é a premissa menor e (6) é a conclusão.

fim de auxiliar a compreensão desta forma mais complexa, o professor de Kiel toma como exemplo a justificação judicial da imposição de prisão perpétua a um assassino. Observe o encadeamento lógico a seguir:

- (1)(x) (Tx → ORx)
- (2) (x) ( M<sub>1</sub><sup>1</sup>x ∨ M<sub>2</sub><sup>1</sup>x ∨ ...M<sub>9</sub><sup>1</sup>x → Tx)
- (3) (x) ((M<sub>1</sub><sup>1</sup>x ∨ M<sub>2</sub><sup>1</sup>x ∨ ...M<sub>9</sub><sup>1</sup>x → ORx)
- (4) (x) (M<sub>5</sub><sup>1</sup>x → ORx)
- (5) (x) (M<sub>5</sub><sup>2</sup>x → M<sub>5</sub><sup>1</sup>x)
- (6) (x) (M<sub>5</sub><sup>3</sup>x → M<sub>5</sub><sup>2</sup>x)
- (7) (x) ( Sx → M<sub>5</sub><sup>3</sup>x)
- (8) Sa
- (9) ORa

Legenda:

x= uma variável de indivíduo

a= um indivíduo determinado

T= condições que estabelecem o campo de aplicação de R definido por nove características ( M<sub>1</sub><sup>1</sup> a M<sub>9</sub><sup>1</sup>)

M<sub>5</sub><sup>1</sup>= matar com traição

M<sub>5</sub><sup>2</sup>= mata com traição quem se aproveita da boa fé ou incapacidade de defesa da vítima

M<sub>5</sub><sup>3</sup>= é incapaz de defesa quem quando atacado só tem reduzidas chances de se defender

S= tem reduzidas chances de se defender quem é morto durante o sono

R= ação impositiva ao destinatário da norma

O campo de aplicação T pressupõe uma das nove características M. O desdobramento de uma das características, no caso a quinta ( M<sub>5</sub> ), em um segundo nível, terceiro e assim sucessivamente, permite o alcance a um patamar de concretude e estabelecimento de uma estrutura coesa, lógica e racional. A ocorrência de qualquer um dos desdobramentos da quinta característica,

juntamente com o desdobramento antecedente, é suficiente para que T se cumpra, e conseqüentemente, seja obrigatório R.<sup>160</sup> Estes desdobramentos são denominados por Alexy como 'regras de uso das palavras'. Resta claro que, no entanto, qualquer uma das nove características pode ser igualmente decomposta sucessivamente.

Esta forma mais complexa conduz a três meta regras:

- [J.2.3] Sempre que houver dúvida se *a* é um T ou um M, há de se aduzir uma regra que decida a questão

Esta regra estabelece a formulação de desdobramentos de uma característica, de modo a clarificar se aquelas circunstâncias sob as quais a se encontra, correspondem a T e, portanto, a regra R é incidente.

- [J.2.4] São necessários os passos de desenvolvimento que permitam formular expressões, cuja aplicação, ao caso em questão, não seja mais discutível
- [J.2.5] Devem ser articulados o maior número possível de passos de desenvolvimento

As regras [J.2.4] e [J.2.5] procuram estabelecer quantos passos de desenvolvimento são necessários até se poder afirmar, com certeza, que a se encontra submetido a T.

b) 'formula do peso'

A segunda forma de 'justificação interna', que se chama 'fórmula do peso', refere-se aos princípios e possui uma estrutura matemática. Também se subdivide em duas formas de acordo com o nível de complexidade: (b.1) forma mais simples e (b.2) forma mais complexa

(b.1) forma mais simples

---

<sup>160</sup> Este enunciado pode ser expresso na fórmula  $(x) (M_n^{n-1} \wedge M_n^n \rightarrow ORx)$ .

Esta forma estabelece a relação entre interferências. Os pesos abstratos (GA), como já esclarecido, podem ser eliminados da equação por serem considerados iguais.

$$\bullet [J.1'.1]^{161} \quad \mathbf{GP}_{i,j}C = \frac{I_i}{I_j}$$

Legenda:

$G_{i,j}$  = Peso concreto de  $P_i$  em relação à  $P_j$

$i$  = índice referente ao princípio I

$j$  = índice referente ao princípio j

$I$  = Intensidade de interferência

$C$  = caso concreto

(b.2) forma mais complexa

A forma mais complexa é denominada 'fórmula geral do peso', contém todos os elementos que podem ser levados em consideração, a saber: intensidade, peso abstrato e grau de previsibilidade das presunções empíricas ( grau de certeza, grau de segurança).

$$\bullet [J.1'.2] \quad \mathbf{GP}_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot S_i}{IP_jC \cdot GP_jA \cdot S_j}$$

Legenda:

$G_{i,j}$  = Peso concreto de  $P_i$  em relação à  $P_j$

$G_iA$  = Peso abstrato de  $P_i$

$G_jA$  = Peso abstrato de  $P_j$

$i$  = índice referente ao princípio I

<sup>161</sup> O Prof. Robert Alexy ainda não forneceu oficialmente os números para as formas e regras dos princípios, mas efetuou a numeração que se segue e autorizou a sua inserção neste trabalho.

j = índice referente ao princípio j  
 I = Intensidade de interferência  
 S = Previsibilidade das presunções empíricas ou grau de certeza  
 C= caso concreto

Destas duas formas da 'fórmula do peso' decorrem três meta-regras:

- [ J.1'.3] 'lei da ponderação substantiva': "quanto maior for o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deverá ser a importância de satisfação do outro".
- [J.1'.4] 'lei da ponderação epistêmica': "quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas, que sustentam a intervenção"
- [J.1'.5] 'lei de colisão' K: "K = Se o princípio  $P_1$ , sob as circunstâncias C, precede ao princípio  $P_2$ : ( $P_1 \mathbf{P} P_2$ ) C, e, se de  $P_1$ , sob as circunstâncias C, resulta a consequência jurídica R, então vale uma regra, que contém C como suposto de fato e a R como consequência jurídica:  $C \rightarrow R$ . Uma formulação menos técnica reza: K= as condições sob as quais um princípio precede a outro, constituem um suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente."

Com a introdução de novas formas e regras da justificação interna a partir da inserção da 'fórmula do peso', o 'procedimento da ponderação' passa a fazer parte também da argumentação jurídica, já pela adoção da 'fórmula do peso' surgirão as razões para justificar a decisão tomada. Com isto há uma melhor articulação entre os dois processos, fazendo com que a complementaridade entre ambos se torne clara<sup>162</sup>.

A fase de 'justificação interna' se dedica ao processo de descoberta das premissas que informam a decisão, ou seja, nesta etapa é construído um esqueleto encadeado de premissas que orientam a decisão. A fase seguinte, denominada

<sup>162</sup> Como a fórmula da ponderação e as leis já foram trabalhadas anteriormente, nos limitaremos neste item a citá-las, remetendo o leitor ao item correspondente.

‘justificação externa’, se dedica ao processo de justificação das premissas que informam a decisão. Nesta etapa, serão aduzidos argumentos que embasem e justifiquem a escolha das premissas que foram estruturadas na fase de ‘justificação interna’ consoante a ‘fórmula da subsunção’ ou a ‘fórmula do peso’. Adentremos, portanto, na etapa de ‘justificação externa’.

### **2.3.2**

#### **A ‘Justificação Externa’**

Este estágio de justificação apresentado originalmente em 1978, permanece inalterado na obra de Alexy, não obstante as várias modificações realizadas no corpo de sua obra, como as que vimos expondo até agora. Escolhemos, portanto, uma forma de abordagem que julgamos mais didática, razão pela qual apresentaremos resumidamente a ‘justificação externa’ de acordo com a versão de 1978 e, em um segundo momento, procuraremos mostrar alguns tópicos que merecem ser destacados, após, sobretudo, a revisão em ‘Teoria dos Direitos Fundamentais’ realizada em 2002.

#### **2.3.2.1**

##### **A ‘Justificação Externa’: versão de 1978**

O objeto da ‘justificação externa’ é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. As formas e regras de argumento de ‘justificação externa’ se dividem em seis grupos que, a seu turno se subdividem em novas formas e regras. São eles:

- a)Regras e formas da argumentação empírica
- b)Regras e formas de interpretação
- c)Regras e formas da argumentação dogmática ( dogmática)
- d)Regras e formas do uso de precedentes ( precedente)
- e)Formas especiais de argumentos jurídicos
- f)Regras e formas da argumentação prática geral ( razão)



Vejamos a seguir resumidamente cada grupo:

a) Regras e formas de argumentação empírica:

Alexy ressalta a importância dos argumentos empíricos, pois em quase todas as formas de argumentação jurídica, assim como em quase todas as formas de argumentação prática geral, eles estão presentes. Basta dizer que, em muitas questões jurídicas há acordo sobre os argumentos normativos e o conflito paira sobre questões de fato. Todavia, não elabora regras e formas de argumentação empírica. Os argumentos empíricos, justamente por serem encontrados em quase todas as formas de argumentação jurídica e geral, constituem argumentos de tipos totalmente diferentes.

" Algumas formas de argumentação pressupõem enunciados sobre fatos singulares, sobre ações concretas, motivos dos atores, sucessos ou estados de coisas. Em outros se requerem enunciados sobre regularidades das ciências naturais ou das ciências sociais. (...) Estes enunciados podem corresponder de novo a diversos campos científicos como a economia, a sociologia, a psicologia, a medicina, a lingüística, etc."<sup>163</sup>

Deste modo, um estudo abrangente e detalhado dos argumentos empíricos levaria a uma operação interdisciplinar que, além de não ser determinante para a teoria que Alexy pretende explicitar, escapam aos seus objetivos teóricos.

b) Regras e formas de interpretação da lei :

As regras e formas de interpretação da lei pretendem justificar a adoção de uma interpretação legal adotada<sup>164</sup>; "justificar a passagem de R para R'." <sup>165</sup> Alexy

<sup>163</sup>"(...) algunas formas de argumentación presuponen enunciados sobre hechos singulares, sobre acciones concretas, motivos de los actores, sucesos o estados de cosas. En otros se requieren enunciados sobre regularidades de las ciencias naturales o de las ciencias sociales. (...) Estos enunciados pueden corresponder de nuevo a diversos campos científicos como la economía, la sociología, la psicología, la medicina, la lingüística, etc." ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 224.

<sup>164</sup> A forma lógica geral do argumento de interpretação tem como ponto de partida de sua demonstração uma expressão abreviada da 'fórmula da subsunção' em sua versão mais complexa [J.1.2]. Alexy denomina esta expressão de [J.1.2']:

- [J.1.2']
  - (1) (x) ( Tx → ORx) **R**
  - (2) (x) ( M x→ Tx) **W**
  - (5) Ma
  - (6) ORa

formaliza e organiza os cânones de interpretação tradicionais desde Savigny, dividindo as regras e formas de interpretação da lei em seis grupos<sup>166</sup>: (b.1) argumentos semânticos, (b.2) argumentos genéticos, (b.3) argumentos teleológicos, (b.4) argumentos históricos, (b.5) argumentos comparativos e (b.6) argumentos sistemáticos .

b.1) 'argumentos semânticos' - se referem à compreensão do significado da norma, de seus termos. É o que conhecemos como 'interpretação literal'.

b.2) 'argumentos genéticos' – são aqueles cuja interpretação corresponde à vontade do legislador.

b.3) argumentos teleológicos - aludem a finalidades racionais ou prescritas objetivamente no interior do ordenamento jurídico vigente. São, portanto, fins caracterizados normativamente.

b.4) 'argumentos históricos' - nestes tipos de argumentos são considerados fatos referentes à história do problema jurídico, levantando-se razões a favor ou contra uma interpretação. Por outro lado, em caso jurídico anterior semelhante obteve-se um resultado não desejado a partir de uma interpretação R'; então esta interpretação será descartada para a solução do caso atual. Este tipo de argumentação inclui a exigência de uma premissa normativa a qual deverá ser fundamentada.

b.5) 'argumentos comparativos' – são chamados comparativos porque tomam por base casos de outras sociedades. Segundo Alexy: "É aquele em que se aduz uma situação jurídica anterior ocorrente em outra sociedade diferente

---

A partir da regra R e da regra de uso das palavras W, chega a uma interpretação de R, chamada R' ; cuja formulação lógica, por sua vez, assume a seguinte moldura:

$$(2') (x) (Mx \rightarrow ORx) \quad R'$$

Outra expressão de R' pode ser  $R' = I_w^R$ ; ou seja, R' é a interpretação de R através de W.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 225 e ss.

<sup>165</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito- Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy. 2000.p. 257.

<sup>166</sup> Para os três primeiros grupos (b.1, b.2 e b.3) criou formas lógicas especiais que são desdobramentos da forma lógica geral explicitada na nota acima ( nota 14). Para os três grupos restantes (b.4, b.5, b.6), não foram criadas formas específicas, valendo a forma geral. Entendemos que estas formas específicas escapam ao objetivo panorâmico de nossa apresentação, razão pela qual remetemos os leitores interessados em aprofundar-se a obra de Alexy pertinente ao tema. \_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 225 e ss.

daquela onde o problema jurídico se verifica."<sup>167</sup> Igualmente aos argumentos históricos, pressupõem uma premissa normativa.

b.6) argumentos sistemáticos - Entendem a norma como uma parte do sistema jurídico, devendo com ele ser harmônica. Assim, uma interpretação *R'* de *R* que leve a uma contradição no interior do sistema deverá ser abandonada. Busca-se, assim, evitar uma incompatibilidade no interior do ordenamento jurídico.

Dois são os tipos de argumentos sistemáticos. O primeiro é denominado 'lógico sistemático', ou 'argumento sistemático em sentido estrito', e se funda na relação lógica da norma com outras normas; "se apóia na situação de uma norma no texto legal, ou no sistema de leis, é aquele referente às relações lógicas entre normas."<sup>168</sup> O segundo é chamado 'sistemático teleológico' e se refere "(...) às relações teleológicas de uma norma com fins ou finalidades."<sup>169</sup> Logo, se baseia nas relações da norma com os fins prescritos no ordenamento jurídico.

Ultrapassada a análise das formas de interpretação, mister indicar as regras de interpretação que são comuns a todas as formas de interpretação da lei apresentadas. Alexy elabora quatro regras de interpretação: i) regra de saturação; ii) regra de hierarquia; iii) regra de ponderação e iv) regra de liberdade

i) A 'regra de saturação'<sup>170</sup> reza que uma vez escolhido o argumento de interpretação, este deve ser utilizado ao máximo, até sua exaustão. Conforme Alexy, "um argumento de determinada forma só é completo se contém todas as premissas pertencentes a esta forma."<sup>171</sup> Isto potencializa o argumento que é explorado de todas as maneiras possíveis, reforçando a carga de argumentação.

<sup>167</sup> BARROS, Cristiane Gouveia de. *Teoria Geral do Direito e Lógica Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1998. p. 27.

<sup>168</sup> *Ibidem*.

<sup>169</sup> *Ibidem*.

<sup>170</sup> Esta regra adquire em Alexy a seguinte formulação e numeração:

- [J.6] As formas de argumento dos cânones de interpretação devem ser saturadas

\_\_\_\_\_. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 236.

<sup>171</sup> "Un argumento de una determinada forma sólo es completo si contiene todas las premissas pertenecientes a esa forma" \_\_\_\_\_. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 236.

ii) A regra de hierarquia<sup>172</sup> cuida da possibilidade de uma ordenação hierárquica entre os tipos de interpretação. Para impor uma vinculação da discussão ao Direito vigente, é conveniente que aqueles argumentos, que revelam esta vinculação ao sistema jurídico, prefiram *prima facie* àqueles que não possuem este conteúdo; logo, terão um peso maior do que os demais argumentos. Neste sentido, estabelece-se a seguinte hierarquia: 'interpretação semântica' → 'interpretação genética' → 'interpretação teleológica'

Desta maneira, diante de um caso em que hajam duas interpretações para uma regra, na qual cada uma delas conduz a uma solução diferente, sendo uma interpretação consoante o teor da lei ou a vontade do legislador e a outra teleológica, a precedência deverá ser dada à primeira forma interpretativa.

No entanto, esta ordem hierárquica não é fixa. A interpretação a ser adotada será estabelecida no decorrer da discussão e se puderem ser apresentadas razões que indiquem um peso maior a outro tipo de argumento este será preferido, e a ordem hierárquica será rompida.

iii) A regra de ponderação<sup>173</sup> deriva justamente da regra de hierarquia, pois, se a hierarquia não é fixa e pode ser determinado, caso a caso, o tipo de interpretação mais adequado, isto demonstra que o que conta, na realidade, são os pesos dos argumentos considerados através do procedimento de justificação<sup>174</sup>.

iv) A regra de liberdade<sup>175</sup> deriva da característica do 'discurso jurídico' ser uma espécie do 'discurso prático racional geral'. Variados tipos de argumento

---

<sup>172</sup>Esta regra adquire em Alexy a seguinte formulação e numeração:

- [J.7] Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei (semânticos) e da vontade do legislador histórico (genéticos), prevalecem sobre outros, salvo se forem aduzidas razões que concedam prioridade a outros argumentos.

\_\_\_\_\_. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 239.

<sup>173</sup> Esta regra adquire em Alexy a seguinte formulação e numeração:

- [J.8] A determinação do peso dos argumentos de distintas formas deve ter lugar segundo regras de ponderação.

\_\_\_\_\_. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 239.

<sup>174</sup> Reparem aqui uma contradição no pensamento de Alexy que foi observada pelo Prof. Fernando Galvão: não obstante a 'teoria da argumentação jurídica' de 1978 estar se referindo somente às regras, encontramos nesta regra de ponderação, regras sendo ponderadas, o que futuramente na teoria alexiana é visto como sendo estruturalmente impossível. Regras são subsumidas e somente princípios podem ser ponderados. Esta regra [J.8] precisaria ser revista por Alexy.

<sup>175</sup> Esta regra adquire em Alexy a seguinte formulação e numeração:

podem ser introduzidos em um discurso, o que é fortalecido por duas ‘regras de razão’<sup>176</sup> que traduzem a liberdade de se incluir qualquer afirmação no interior do discurso.

c) Regras e formas de argumentação dogmática:

Antes de se passar às regras e formas dos argumentos dogmáticos, há de se precisar o significado de dogmática jurídica.

Tércio Sampaio Ferraz possui uma definição bastante clara de dogmática jurídica. A dogmática para ele é uma ciência estrutural, que privilegia questões formais e que;

“ (...)costuma encarar seu objeto<sup>177</sup>, o Direito Posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente.”<sup>178</sup>

A dogmática, portanto, ao sistematizar e interpretar o Direito Posto, assume um papel de conservadora deste, garantindo a manutenção do ordenamento jurídico.

Segundo Alexy há uma definição ampla<sup>179</sup> e uma estrita<sup>180</sup>, mas ele preferiu elaborar um conceito intermediário:

- 
- [J.9] Devem ser considerados todos os argumentos que possam ser propostos e incluídos nos cânones de interpretação.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 240.

<sup>176</sup> “ ‘regras de razão’:

- *liberdade de discussão* ( 2.2)
  - ✓ *Todos podem problematizar qualquer afirmação* (a)
  - ✓ *Todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso* (b)

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 187 e ss.

<sup>177</sup> “ o problema mencionado da ‘natureza jurídica’ dos institutos, da coerência do ordenamento jurídico, do estabelecimento de regras de interpretação, da conceituação analítica de noções básicas como obrigação, responsabilidade, relação jurídica, sanção como uma retribuição negativa ( pena, castigo), sentido de ato lícito e ilícito, direito subjetivo, etc...” FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas. 1996. p. 83.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> Segundo a definição ampla de Alexy, dogmática jurídica é a ciência do Direito que possui três atividades: descrição do Direito vigente, sua análise sistemática e conceitual; e a elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos. Das correlações entre estas três atividades resulta uma disciplina pluridimensional que engloba uma dimensão empírico-descritiva, uma dimensão analítico-lógica e outra prático- normativa respectivamente. A primeira dimensão corresponde à apresentação da prática dos tribunais e a investigação da vontade do legislador. A

“ Dogmática jurídica é um conjunto de enunciados que estão relacionados com as normas estabelecidas e com a jurisprudência<sup>181</sup>, tendo um conteúdo normativo, formando um todo coerente<sup>182</sup> e que estabelecem, fundamentam e comprovam uma ciência jurídica que funciona institucionalmente”<sup>183/184</sup>.

Alexy apresenta cinco tipos de enunciados podem ser considerados enunciados dogmáticos jurídicos: (a) os genuínos conceitos jurídicos<sup>185</sup>, (b) as ‘regras de uso das palavras’<sup>186</sup>, (c) as normas não extraídas da lei, (d) as normas de descrição e caracterização de estados de coisas e (e) os princípios. Estes três últimos tipos possuem dificuldades quanto a serem aceitos como enunciados da dogmática, e para tanto, dependem das convicções existentes de fato entre os cientistas do Direito<sup>187</sup>.

Há uma forte conexão entre a ‘argumentação dogmática’ e a ‘argumentação prática geral’, sendo necessário passar os ‘enunciados dogmáticos’

---

segunda consiste no exame lógico sistemático dos conceitos jurídicos. Já a terceira trata da introdução de uma nova interpretação ou de um novo instituto jurídico, ou ainda de uma contraproposta a uma decisão judicial criticada por seus defeitos práticos. ALEXY, Roberta. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 240

<sup>180</sup> De acordo com a visão estrita, a dogmática é entendida unicamente sob a sua dimensão lógica, conceitual e sistemática. Suas tarefas são a análise lógica dos conceitos jurídicos, a recondução desta análise a um sistema e a aplicação destes resultados na fundamentação das decisões jurídicas. *Idem*, p. 243

<sup>181</sup> Mas que com elas não se identificam, pois, se assim fosse, a dogmática restaria reduzida a um registro de codificações ou se esgotaria em compilações de precedentes, respectivamente.

<sup>182</sup> Este todo coerente é caracterizado pela ausência de contradição interna e pela constatação de que, na proporção em que aparecem os mesmos conceitos jurídicos, na formulação de distintos enunciados; é possível a fundamentação de relações de inferência existentes entre estes enunciados diferentes.

<sup>183</sup>: “(...) dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre si en una relación de coherencia mutua (4) que forma y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo” ALEXY, Roberta. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 253.( tradução livre para fornecer maior clareza ao conceito)

<sup>184</sup> Esta mesma definição, de acordo com a tradução dada por Atienza, adquire a seguinte formulação; a qual por estar mais clara, passamos a transcrever: “ dogmática jurídica é o que ele ( Alexy) entende como 1) uma série de enunciados que 2) se referem às normas estabelecidas e à aplicação do Direito, mas não podem ser identificados com a sua descrição, 3) estão numa relação de coerência mútua na moldura de uma ciência jurídica que funciona institucionalmente e 5) que tem conteúdo normativo” ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito- Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy. 2000.p 260

<sup>185</sup> Autênticos conceitos jurídicos são institutos que só existem por força de conceituação legal; por exemplo legítima defesa, estado de necessidade, etc.

<sup>186</sup> São as regras de interpretação de uma norma., propostas no item anterior (item b).

<sup>187</sup> Alguns critérios podem ser utilizados para se averiguar se um enunciado é dogmático: não contradição às normas do Direito vigente, emprego da linguagem técnica jurídica, fundamentação do enunciado através de argumentos dogmáticos.

por uma comprovação sistêmica. Esta comprovação sistêmica pode-se dar em dois sentidos: i) estrito e ii) amplo.

i) a ‘comprovação sistêmica em sentido estrito’, que também pode denominada ‘fundamentação dogmática pura’, se refere às relações lógicas do enunciado dogmático. Segundo Atienza: “ tenta-se ver se o enunciado se ajusta aos enunciados dogmáticos já aceitos e às normas jurídicas vigentes”<sup>188</sup>.

ii) a ‘comprovação sistêmica em sentido amplo’ que também pode ser chamada de ‘fundamentação dogmática impura’, se refere às compatibilidades prático- gerais das decisões a fundamentar com ajuda de distintos enunciados dogmáticos. Nas palavras de Atienza: “(...)nesse caso, se tentaria ver se as decisões a fundamentar, com a ajuda de enunciados dogmáticos e normas jurídicas, são compatíveis entre si, segundo pontos de vista práticos de tipo geral (...)”<sup>189</sup> Este tipo de comprovação leva a uma complementação da ‘argumentação dogmática’ com argumentos do ‘discurso prático racional geral’ pois conforme afirma Alexy:

“(...)é necessário que os juízos a fundamentar com sua ajuda possam ser justificados praticamente de forma geral em relação com os juízos a fundamentar com ajuda do resto dos enunciados dogmáticos e das formulações de normas jurídicas.(...) a argumentação prática geral constitui a última pedra de toque, e com ela a base da argumentação dogmática.”<sup>190</sup>

Neste ponto, Alexy formula duas meta-regras, que informarão que todo ‘argumento dogmático’, quando posto em dúvida, deverá ser fundamentado, empregando-se ao menos um ‘ argumento prático geral’[J.10] e além disto deve poder passar por uma comprovação sistêmica em seus dois sentidos [J.11]<sup>191</sup>.

<sup>188</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito- Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy. 2000.p 260

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> “(...)é necesario que los juicios a fundamentar con su ayuda puedan ser justificados prácticamente de forma general en relación con los juicios a fundamentar con ayuda del resto de los enunciados dogmáticos y de las formulaciones de normas jurídicas.(...) a argumentación práctica general constituye la última piedra de toque, y con ello, la base de la argumentación dogmática” ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 253.

<sup>191</sup>

- [J.10] Todo enunciado dogmático, se for posto em dúvida, deve ser fundamentado, empregado-se ao menos, um argumento prático geral.
  - [J.11] Todo enunciado dogmático deve poder passar por uma comprovação sistemática, seja em sentido estrito, seja em sentido amplo
- ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 254.

Aduza-se ainda que a dogmática jurídica possui, de acordo com o professor de Kiel, seis funções que apontam para seu caráter central e extremamente relevante na 'teoria da argumentação jurídica': (1) de estabilização; (2) de progresso; (3) de descarga; (4) técnica; (5) de controle e (6) heurística.

(1) A função de 'estabilização' é possível devido ao caráter institucional da dogmática jurídica, fixando por longos períodos de tempo determinadas interpretações e conceitos, bem como certas decisões. Há assim a produção de estabilidade.

(2) A função de 'progresso' é obtida a partir do aspecto institucional da dogmática. Graças a ele, são oferecidas comprovações e diferenciações de enunciados dogmáticos de um modo maior do que nas discussões pontuais, contribuindo para o avanço da dogmática.

(3) A função de 'descarga' consiste na adoção, nas fundamentações dogmáticas, de enunciados já comprovados e aceitos ao menos de modo provisório, eliminando a necessidade de uma nova fundamentação e assim, conforme diz Atienza, "não é necessário voltar a discutir tudo de cada vez"<sup>192</sup>.

(4) A função 'técnica', fundada na construção de conceitos básicos gerais, formas de enunciados e instituições jurídicas, oferece uma apresentação sistemática unificada destas normas jurídicas. Possibilita, então, uma visão panorâmica na qual são vislumbradas as relações de dependência existentes entre as normas. Além disto "a apresentação unificada e sistemática da matéria serve como informação e promove o ensino e a capacidade de transmissão."<sup>193</sup>

(5) A função de 'controle' estriba-se nas comprovações sistemáticas em sentido amplo e estrito e "ao permitir decidir casos, referindo-se aos já decididos e aos por decidir, acrescenta a eficácia do 'princípio da universalidade' e da justiça"<sup>194</sup>

(6) A função 'heurística' concerne ao fato de que o estabelecimento de modelos de solução, distinções e pontos de vista, existentes no sistema dogmático, servem como um ponto de partida capacitador de novas inserções e reflexões; o que seria inviável se as análises fossem isoladas e não sistematizadas, devendo-se

---

<sup>192</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito- Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy. 2000.p 260.

<sup>193</sup> *Ibidem*.

<sup>194</sup> *Ibidem*.



em todo novo caso reiniciar a partir do zero. Nas palavras de Atienza: “as dogmáticas contêm modelos de solução e sugerem novas perguntas e respostas.”<sup>195</sup>

A análise de todas estas funções comprovam o instrumento essencial que é a dogmática jurídica para o discurso jurídico. Segundo Alexy:

"Em suma, o uso de argumentos dogmáticos pode ser visto não só como não contraditórios com os princípios da teoria do discurso, senão, ademais, como um tipo de argumentação exigido por esta no contexto especial do discurso jurídico."<sup>196</sup>

Alexy então constrói uma terceira regra de ‘argumentação dogmática’ que reza que a ‘argumentação dogmática’ deverá ser utilizada sempre que isto for possível [J.12]<sup>197</sup>.

#### d) Regras e formas do uso de precedentes:

O uso dos precedentes é fundamentado através do ‘princípio de universalidade’ que estabelece, para os casos que sejam juridicamente semelhantes, a aplicação das mesmas conseqüências jurídicas, ou seja, a imposição de tratamento idêntico. Há, contudo, a questão de que um caso nunca é exatamente igual a outro e por isso deverão ser determinadas quais diferenças são relevantes.

Todavia, há situações nas quais, mesmo que o novo caso seja considerado semelhante ao antigo, poderá haver uma solução diversa da tomada no caso anterior. Nesta hipótese, para que a decisão possa ser legitimamente mudada, deverão ser aduzidas razões que justifiquem a mudança. Há, pois, de se acrescentar uma carga de argumentação, toda vez que se decidir contra o precedente em casos semelhantes. Cumpre ressaltar que o uso de um precedente implica o uso de uma determinada norma e portanto, esta também deverá ser fundamentada.

<sup>195</sup> *Ibidem.*

<sup>196</sup> "En suma, el uso de argumentos dogmáticos puede ser visto no sólo como no contradictorios con los principios de la teoría del discurso, sino, además, como un tipo de argumentación exigido por ésta en el contexto especial del discurso jurídico" ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 261.

<sup>197</sup>

• [J.12] Devem ser usados argumentos dogmáticos sempre que possível. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 261.

Alexy elabora duas regras para o uso de precedentes<sup>198</sup>: a primeira recomendando sua utilização sempre que possível, seja a favor ou contra uma decisão [regra J.13] e a segunda impondo uma carga de argumentação, quando, diante da existência de um precedente que embase a premissa elencada, seja feita a opção de não utilizá-lo. [regra J.14].

e) Regras e formas especiais de argumentos jurídicos:

Quando Alexy se refere a formas de argumentos especiais, está tratando das formas de argumento usadas especialmente na metodologia jurídica, como o argumento *a contrario sensu* (e.1), a analogia (e.2), e o argumento *ad absurdum* (e.3)<sup>199</sup>.

e.1) 'argumento a *contrario sensu*'

Segundo a lição de Tércio Sampaio Ferraz, encontramos uma boa definição deste tipo de argumento:

“consiste, em termos simples, em concluir de uma proposição, pela proposição que lhe é oposta. Por exemplo: se o legislador especificou taxativamente os casos de incidência de tributo, a contrario sensu os demais casos não estão abrangidos”<sup>200 201</sup>.

<sup>198</sup> “regras sobre o uso de precedentes”:

- [J.13] Deve ser sempre citado, quando houver a possibilidade, um precedente em favor ou contra uma decisão
- [J.14] Quem não quiser usar um precedente existente assume a carga de argumentação”

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 265.

<sup>199</sup>O autor alemão cita o argumento *a fortiori*, mas não o desenvolve. Preferi seguir a postura de Atienza que no seu livro ‘As Razões do Direito’, exclui este argumento do rol das regras e formas de argumentos especiais. Todavia, acredito que o elenco proposto por Alexy é meramente exemplificativo, de sorte que todos os tipos de argumento usados na metodologia jurídica, como é o caso do argumento de autoridade, podem, igualmente, ser submetidos à forma de inferência lógica e estão sob a égide das regras especiais de argumento.

<sup>200</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas. 1996. p. 337.

<sup>201</sup> Alexy elabora uma forma de argumento lógica para expressar o ‘argumento a *contrario sensu*’. É a forma [J.15].

- [J.15] (1)  $(x) (OG x \rightarrow Fx)$   
(2)  $(x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx) \quad (1')$

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 267.

Esta forma de argumento pressupõe uma regra que assumo a forma 1' e estabeleça que a consequência indicada somente incidirá se  $x$  for  $F$ . Por conseguinte, a não aplicação desta regra dependerá da interpretação que a ela se atribuir.

Outro bom exemplo encontramos em Cristiane de Barros, quando ela cita a regra do Código Civil Brasileiro que proíbe aos casados de adquirirem novas núpcias. *A contrario sensu*, os que não se encontram casados podem se casar.<sup>202</sup> Assim, diante de uma situação jurídica vedada por uma regra, a situação oposta estará autorizada por razões lógicas.

e.2) analogia

O termo analogia, provém do grego e significa semelhança, paridade<sup>203</sup>. Na argumentação por analogia, temos duas situações jurídicas semelhantes, sendo que somente uma delas se encontra prevista em lei. O uso da analogia permitirá estender à situação não prevista, a mesma consequência jurídica da situação prevista<sup>204</sup>.

Vejam os dois exemplos:

<sup>202</sup> Expresso de acordo com a forma [J.15]

(1) se o indivíduo B é casado, então está proibido de casar ( art. 183 IV. do Código Civil Brasileiro)

(2) se o indivíduo B não é casado, então pode se casar.

BARROS, Cristiane Gouveia de. *Teoria Geral do Direito e Lógica Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1998. p. 81.

<sup>203</sup> DE PLACIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. v.1. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1993. p.150.

<sup>204</sup> Alexy também expressa a analogia na forma de uma inferência lógica:

- [J.16] (1) (x) ( Fx ∨ F sim x → OGx) (1" )
- (2)(x) ( Hx→ F sim x) (2" )
- (3) (x) ( Hx→ OGx)<sup>204</sup>

Legenda:

F sim x = x é semelhante a F

Exemplo:

F = contrato de compra e venda

H= contrato que tem por objeto a transmissão onerosa de um bem

] <sup>204</sup> *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 268.

Observemos que a premissa 1" não pode ser extraída de nenhuma lei. Para justificá-la é necessário valer-se do princípio da universalidade e da igualdade, pelo qual se pode inferir uma regra que estabeleça para os casos que sejam juridicamente semelhantes a imposição das mesmas consequências jurídicas. Contudo, o estabelecimento de uma semelhança não é facilmente determinável; pressupõe uma valoração. Para fundamentá-la são facultados todos os argumentos aceitos no discurso jurídico.

- o primeiro exemplo nos é dado por Alexy: se para os contratos de compra e venda se aplicam certas disposições do Código Civil, para um contrato semelhante ao de compra e venda serão aplicadas as mesmas normas<sup>205</sup>.

- o segundo exemplo nos é fornecido por Cristiane de Barros: os títulos ao portador regidos pelos artigos 1505 e seguintes do Código Civil. Se estivermos diante de um título que se transfira pela pura e simples tradição, este será um título semelhante ao portador e estaria sujeito, portanto, às mesmas regras atinentes aos títulos ao portador.<sup>206</sup>

### e.3) 'argumento *ad absurdum*'

O 'argumento *ad absurdum*' é, segundo Tércio Sampaio Ferraz, aquele no qual "a demonstração conseqüente de uma proposição nos conduz a uma conclusão manifestamente inaceitável, o que nos obriga a reconhecer a 'verdade' da proposição oposta"<sup>207</sup>. Através do 'argumento *ad absurdum*' tenta-se provar a veracidade de uma proposição, mas o resultado a que se chega é estapafúrdio, razão pelo qual reconheceremos a proposição contrária como verdadeira.

Alexy explica o 'argumento *ad absurdum*', atrelando-o à interpretação das regras e suas finalidades. Se a conseqüência lógica da adoção de uma certa interpretação de uma regra conduzir a um fim inaceitável, a mesma deverá ser afastada.<sup>208</sup>

<sup>205</sup> O exemplo citado de acordo com a forma [J.16]

“(1) para todo  $x$ ; se  $x$  é um contrato de compra e venda ( $F$ ) ou um contrato semelhante ao de compra e venda ( $Fsim$ ), então são aplicáveis os parágrafos 433 e seguintes do BGB.

(2) para todo  $x$ ; se  $x$  é um contrato que tem por objeto a transmissão onerosa de um local de negócios ( $H$ ), então  $x$  é um contrato semelhante ao de compra e venda.

(3) para todo  $x$ , se  $x$  é um contrato que tem por objeto a transmissão onerosa de um local de negócios ( $H$ ), então são aplicáveis os parágrafos 433 e seguintes do BGB.”

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 268.

<sup>206</sup> O exemplo de Cristiane de Barros também pode ser expresso de acordo com a forma [J.16]

“(1) para todo  $x$ ; se  $x$  é um título ao portado ( $F$ ) ou um documento semelhante a um título ao portador ( $Fsim$ ), então devem ser aplicáveis os arts. 1505 e segs. do Código Civil Brasileiro.

(2) para todo  $x$ ; se  $x$  é um título que se transfere pela pura e simples tradição ( $H$ ), então é semelhante a um título ao portador ( $Fsim$ )

(3) para todo  $x$ ; se  $x$  é um título que se transfere pela pura e simples tradição ( $H$ ), então devem ser aplicáveis os arts. 1505 e segs. do Código Civil Brasileiro.”

BARROS, Cristiane Gouveia de. *op. cit.* p. 81.

<sup>207</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas. 1996. p. 336.

<sup>208</sup> Alexy também expressa o 'argumento *ad absurdum*' na forma de inferência lógica. Isto acontece, por exemplo quando uma interpretação I de uma norma R não é admissível através de

Cristiane de Barros Monteiro nos fornece um bom exemplo: sabemos que ordenamento jurídico brasileiro proíbe a pena de prisão perpétua. Logo, uma interpretação de uma regra que venha a implicar prisão perpétua é absurda e não deve ser adotada.<sup>209</sup>

Alexy formula uma ‘regra de saturação’ válida para todos os tipos de argumentos especiais elencados. Segundo esta regra, o argumento utilizado na justificação deverá ser explorado ao máximo, à sua exaustão<sup>210</sup>.

f) Regras e formas da argumentação prática geral ( razão):

O ‘discurso jurídico’ é uma espécie do ‘discurso prático racional geral’ e inclusive, no entender de Alexy, “consiste no fundamento da argumentação jurídica”<sup>211</sup>. Deste modo, o ‘discurso jurídico’, enquanto espécie do ‘discurso prático racional geral’ respeita seus princípios e bases e, por conseguinte, em diversos momentos, a ‘argumentação prática geral’, será utilizada na ‘argumentação jurídica’, atuando como um reforço e complemento desta.

---

uma regra de uso das palavras  $W$  ( $I_w^R = R'$ ), de modo que o resultado  $Z$ , proveniente da aplicação de  $R'$ , é absurdo, sendo proibido.

- [J.17] (1)  $O \neg Z$  (1''')
- (2)  $R' \rightarrow Z$  (2''')
- (3)  $\neg R$ <sup>208</sup>

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 270.

As premissas (1''') e (2''') devem ser fundamentadas, há de se mostrar que todo  $Z$  é proibido (forma forte de justificação) ou ao menos que  $Z$  consiste na pior alternativa ( forma débil de justificação) e ainda que  $R$  tem por consequência a  $Z$ . A premissa 1''' pode ser justificada a partir de argumentos práticos gerais. Já a premissa 2''' exige o uso de argumentos empíricos.

<sup>209</sup> O exemplo de Cristiane pode ser expresso de acordo com a forma [J.17].

(1) é proibida a pena de prisão perpétua (art. 5º XLVII da C.F. Brasileira de 1988)

(2) a interpretação de  $R$  ( $R'$ ) implica a adoção da prisão perpétua não se aplica  $R'$

BARROS, Cristiane Gouveia de. *op. cit.* p. 82.

<sup>210</sup> “ ‘regra de saturação’:

• [J.18] As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas”

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 271.

<sup>211</sup> “constitui por ello el fundamento de la argumentación jurídica” \_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 272.

### 2.3.2.2

#### A 'Justificação Externa': algumas alterações promovidas após 2002

Como vimos, o lapso temporal entre a 'teoria da argumentação jurídica' e a 'teoria dos direitos fundamentais' criava um certo descompasso na relação de complementação que deveria existir entre ambas. Com a inserção da 'fórmula do peso' na 'teoria dos direitos fundamentais', foi construída uma passagem suave para a 'teoria da argumentação jurídica'; pois o 'procedimento de ponderação' agora culmina com a visualização da decisão nos moldes da 'fórmula do peso'. Esta fórmula, além de ser elemento da 'ponderação', passou também a fazer parte da 'teoria da argumentação jurídica', constituindo uma nova forma de 'justificação interna' específica para os princípios.

Tal avanço importou numa série de alterações na 'teoria da argumentação jurídica' de Alexy<sup>212</sup>. Pudemos, ao longo de nossa pesquisa, vislumbrar algumas delas e, após termos discutido a questão diretamente com o Prof. Alexy, que as considerou corretas, passamos à sua transcrição:

a) adoção de um conceito de argumentação jurídica explicitamente atrelado à 'pretensão de correção': a argumentação jurídica é um caso especial da 'argumentação prática geral'. Consiste num procedimento racional, discursivo e intersubjetivo o qual intenta legitimar decisões propiciando ao Direito correção e justiça.

b) alteração e diferenciação da 'justificação interna': a 'justificação interna' passa a ser subdividida em duas formas: 'fórmula da subsunção' (específica para as regras) e 'fórmula do peso' (específica para os princípios), cada uma, a seu turno, possuindo uma versão simples e uma versão complexa. Há também a inclusão de mais três meta regras [ J. 1'.3; J.1'.4 e J.1'.5], que complementam a 'fórmula do peso'.

c) 'justificação interna' e 'justificação externa' têm suas funções reforçadas: a 'justificação interna' é eminentemente estrutural. Através dela visualizamos o esquema ordenado de premissas utilizadas na decisão.

<sup>212</sup> Cabe dizer que a curva de indiferença utilizada por Alexy para mostrar como funciona a ponderação sofreu grandes modificações por conta dos avanços da sua teoria e inserção da 'fórmula do peso' e da 'teoria de escalas'. No entanto o grande refinamento do mesmo e a complexidade matemática escapam aos objetivos desta tese e por isto não estão sendo mencionados.

Observemos que nesta etapa há um primeiro requisito de racionalidade a ser observado. Um requisito de coerência lógica ou matemática; dependendo se estivermos nos referindo à ‘fórmula da subsunção’ ou à ‘formula do peso’. Já a ‘justificação externa’ é o *locus* onde as premissas escolhidas no primeiro tipo de justificação serão justificadas. Nesta segunda etapa, onde é construída uma cadeia de argumentos para embasar cada premissa elencada na etapa anterior, repousa uma maior carga argumentativa; já que bons argumentos reforçarão a decisão tomada e, em contrapartida, argumentos frágeis a enfraquecerão.

d) o revestimento dos argumentos em uma moldura lógica, visando reforçar a racionalidade: Alexy entende que a racionalidade precisa “beber de várias fontes”<sup>213</sup>, particularmente julga importante questões como a inferência e implicação lógicas; e entende este enfoque como uma combinação da filosofia analítica em sua teoria.

e) alteração na hierarquia dos argumentos a serem utilizados na ‘justificação externa’: originalmente, a ordem de preferência dos argumentos usados na ‘justificação externa’ conferia uma primazia ao aspecto institucional, considerado essencial. A regra era: todas as vezes que a justificação pudesse ser construída através da interpretação da lei, adotando-se uma proposição dogmática ou usando-se um precedente, estes argumentos prefeririam a outros. Vigorava então, a seguinte hierarquia: interpretação → dogmática → precedente.

Atualmente, os precedentes ganham mais força e prioridade, pois as ‘normas constitucionais adscritas’, que são resultados do ‘procedimento de ponderação’, informam, igualmente, os casos futuros semelhantes, dispensando a realização de nova ponderação. A ‘normas constitucionais adscritas’ funcionam como precedentes. Com isto, segundo Alexy, há a instauração de uma nova ordem lexical entre os argumentos que passa a ser: estatutos *prima facie*<sup>214</sup> → precedentes → dogmática.. O aspecto institucional perde então a sua prioridade, face a uma maior flexibilidade do Direito.

f) importância de se utilizar a ‘regra de saturação’ que ganha um destaque na ‘teoria da argumentação jurídica’: uma vez selecionados os argumentos, estes devem ser explorados o máximo possível, a fim de reforçar seu peso.

<sup>213</sup> Expressão utilizada por Alexy em um dos encontros para discussão da questão.

<sup>214</sup> Por estatutos *prima facie* entenda-se o primeiro passo da ponderação onde uma precedência geral prévia entre os princípios é aplicada. Por vezes ela pode ser suficiente para resolver a ‘colisão’

g) revalorização da argumentação empírica: a ‘argumentação empírica’ ingressa com mais força na ‘teoria da argumentação jurídica’ com a criação do ‘espaço para jogo epistêmico’ e conseqüente inserção do elemento R (grau de certeza das presunções empíricas) na ‘fórmula do peso’.<sup>215</sup>

## 2.4

### Por uma ‘argumentação jurídica’ correta: o ‘critério da correção’

O Direito vem passando por alterações no sentido de alcançar decisões mais equânimes e que estejam de acordo com o bem estar da maioria dos membros de uma sociedade democrática, perfazendo assim, um patamar razoável de legitimidade e aceitação. Diante deste novo quadro, o Positivismo tem-se revelado insuficiente, levando alguns jusfilósofos a elaborarem novas teorias jurídicas que realizem uma revisão no Positivismo e promovam uma interação mais efetiva entre Direito e moral.

Entre tantos modelos procedimentais elaborados, encontramos a teoria de Alexy calcada na ‘ponderação’ de princípios e na justificação argumentativa. No nosso entender, pode ser considerada uma das teorias mais completas e sofisticadas. Além do que, Alexy é um dos poucos que ainda possui a pretensão de construir uma teoria ampla que procure apresentar um modelo para o Direito como um todo.

No entanto, deve-se perquirir se realmente tais novos procedimentos apresentados por Alexy estariam alcançando o objetivo, para o qual foram elaborados; incorporando em uma maior medida e de modo eficaz a justiça no Direito. Em outras palavras: será que a teoria argumentativa alexiana contribui efetivamente para a inclusão da justiça no Direito ou será que pode vir a camuflar interesses pessoais e decisões parciais e, com isto, doutrinas de cunho positivista, ao defenderem a impossibilidade de lidar com a justiça, seriam opções mais adequadas?

Pudemos observar que, infelizmente, ainda que apliquemos a teoria de Alexy a um caso difícil ou complexo, haverá a possibilidade de não alcançar uma decisão justa. Existem meios de se ocultar interesses parciais segundo a fôrma de transparência propiciada pelo modelo alexiano. Com isto, todo o trabalho teórico

<sup>215</sup> A característica g não foi revista por Alexy.



feito, funcionava como uma ilusão de racionalidade e justiça, e ao invés de conduzirem a uma decisão justa e imparcial, alicerçavam decisões parciais e em interesses não passíveis de serem universalizáveis.

Isto significa que o procedimento proposto por Alexy pode ser dissociado da ‘pretensão de correção’ que deveria norteá-lo.

Um exemplo interessante é a decisão do STF sobre o direito adquirido dos aposentados. Após várias deliberações e fundamentações, por razões políticas e não por razões de justiça, os aposentados tiveram seu direito adquirido ferido e com isto se encontram em uma situação de insegurança jurídica; posto que, qualquer alteração ao regime jurídico dos funcionários da ativa, passa a lhes afetar.

Se todo o ‘procedimento da ponderação’ e argumentação em Alexy não consegue propiciar com segurança sempre o alcance de decisões mais justas, o que poderia ser feito no sentido de complementar sua teoria e permitir uma alteração deste diagnóstico?

Cabe aqui recuperar um dado importante, que vimos no início deste trabalho, e que pode ter passado despercebido. Para Alexy correção e justiça são sinônimos, portanto, falar em ‘pretensão de correção’ é falar em ‘pretensão de justiça’. “A justiça é correção [*Richtigkei*] na distribuição e na compensação”<sup>216</sup> e ainda: “quem afirma que algo é justo afirma sempre e de algum modo, ao mesmo tempo, que é correto”<sup>217</sup>

Além disto, Alexy realiza uma aproximação da ‘pretensão de correção’/ justiça à justa medida aristotélica, apontando para uma característica de equilíbrio:

“ (...) a uma teoria da justiça baseada em noções de ‘ponderação’ ou equilíbrio (...) Uma teoria da justiça que tenha esta estrutura é sem dúvida preferível(...) (...) A justiça como equilíbrio tem, pois, uma vantagem adicional: ela expressa a idéia ( uma idéia clássica para o tema da justiça) de justa medida. Com isto ela exclui toda forma de fanatismo. O postulado da disponibilidade ao equilíbrio é um postulado essencial do discurso racional em torno da justiça, um postulado que expressa o respeito pelos princípios de justiça dos outros e que, em consequência, é um corolário de reconhecimento dos outros como companheiros

<sup>216</sup> “ *La justicia es corrección [ Richtigkeit] en la distribución y en la compensación*” ALEXY, Robert. “ Justicia como Corrección” *Doxa - Cuadernos de Filosofía Del derecho* Alicante: Universidad Alicante. vol.26,(2003). p.163

<sup>217</sup> “ *Quien afirma que algo es justo afirma siempre y de algún modo, al mismo tiempo, que es correcto.*” *Ibidem.*

( partners) discursivos a todos os efeitos, e como membros de uma sociedade de livres e iguais.”<sup>218</sup>

A ‘pretensão de correção’ e a ‘argumentação jurídica’ estão bastante articuladas, pois, segundo Alexy: “ A tese segundo a qual justiça é correção, conduz diretamente a idéia da justiça como possibilidade de fundamentação, ou justificação, mediante razões.”<sup>219</sup>

Do mesmo modo, quando Alexy defende a ‘tese do caso especial’ [*Sonderfallthese*], articulando o ‘discurso prático racional geral’ com o ‘discurso jurídico’, de sorte que este constitui uma espécie daquele; podemos reparar que a ‘pretensão de correção’ se consubstancia, em certa medida, como um pressuposto a ser observado pela ‘teoria da argumentação jurídica’. Algumas passagens em Alexy demonstram isto:

“ A teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática. (...) Um discurso prático é racional na medida em que as condições da argumentação são realizadas nele.”<sup>220</sup>

E ainda:

“Para uma adequada compreensão da natureza da teoria do discurso em quanto teoria da justiça é de fundamental importância que o procedimento do discurso seja um procedimento de argumentação e não um procedimento de decisão.(...) (...) Em resumo, a estrutura da argumentação contém a estrutura da justiça.”<sup>221</sup>

<sup>218</sup> “ (...) a una teoría de la justicia basada sobre nociones de ponderación o equilibrio (...) Una teoría da justicia que tenga esta estructura es sin duda preferible(...)

(...) La justicia como equilibrio tiene, pues, una ventaja ulterior: ella expresa la idea ( una idea clásica para el tema de la justicia) de justa medida. Com esto ella excluye toda forma de fanatismo. El postulado de la disponibilidad al equilibrio es un postulado esencial del discurso racional en torno de la justicia, un postulado que expresa el respeto por los principios de justicia de los otros y que, en consecuencia, es un corolario del reconocimiento de los otros como compañeros ( partners) discursivos a todos os efectos, y como miembros de una sociedad de libres e iguales” *Idem*. p169-170.

<sup>219</sup> “ La tesis según la cual la justicia es corrección, por tanto, conduce directamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación , o justificación, mediante razones.” ALEXY, Robert. “ Justicia como Corrección” *Doxa - Cuadernos de Filosofía Del derecho* Alicante: Universidad Alicante. vol.26,(2003). p.163

<sup>220</sup> *Discourse theory is a procedural theory of practical correctness. (...) A practical discourse is rational to the degree to which conditions of rational practical argumentation are realized in it”* . “Discourse Theory and Human Rights”. *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell Publishers, v. 9, no. 3, (1996). p.211

<sup>221</sup> “ Para una adecuada comprensión de la naturaleza de la teoría del discurso en cuanto teoría de la justicia es de fundamental importancia que el procedimiento del discurso sea un procedimiento de argumentación y no un procedimiento de decisión.(...) (...) En resumen, la estructura de la argumentación contiene la estructura de la justicia” *Idem* p.165-166

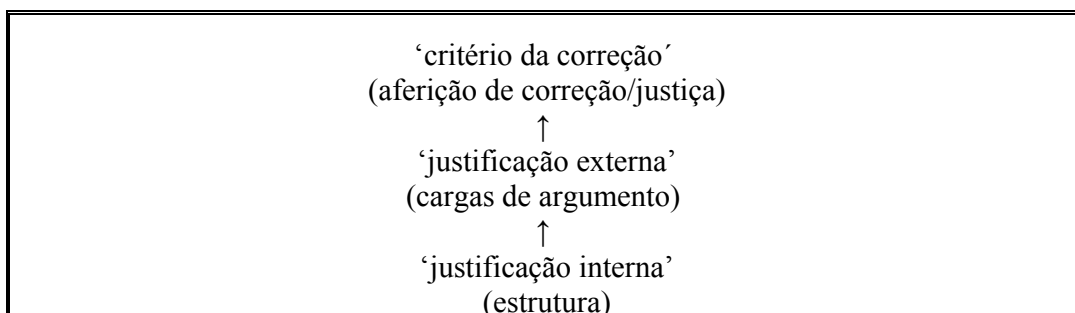
A 'tese do caso especial' porém, não é suficiente para uma observância eficaz da 'pretensão de correção' no campo da aplicação. Faz-se necessário que a 'pretensão de correção' efetivamente ingresse no campo da aplicação, como fase do procedimento argumentativo, e seja desenvolvida em regras e etapas concretas, que possam ser aplicadas, ainda que de modo aproximado.

Entendemos, portanto, que a 'teoria da argumentação jurídica', em suas duas etapas, a saber, 'justificação interna' e 'justificação externa', carece de uma terceira dimensão, sobre cuja égide, todos os demais componentes se articularão, num patamar de justiça mais elevado. Esta dimensão poderia ser denominada de 'critério da correção'.

Através da sua inclusão, a conexão entre Direito e moral estaria selada e posturas como as que mencionamos acima, seriam consideravelmente desmascaradas e reduzidas. Além do que, toda a teoria de Alexy se conectaria melhor.

Tivemos a oportunidade de conversar esta questão com o Prof. Alexy, que julgou a idéia bastante interessante, na medida em que a 'teoria da argumentação jurídica', nos moldes atuais, deixa brechas para que decisões sejam tomadas de acordo com interesses parciais e não universalizáveis. Apesar de existirem pontes entre o 'discurso jurídico' e o 'discurso prático racional geral', se faz necessária a menção explícita de um critério que assegure, que a 'pretensão de correção' será observada, ao longo de todo o procedimento argumentativo. Nesta ocasião, foi-nos permitido, inclusive, acrescentar à 'teoria da argumentação jurídica' uma terceira etapa, correspondente à adoção do 'critério de correção'.

Neste sentido, a argumentação jurídica passaria a se dividir em três etapas: 1) 'justificação interna', 2) 'justificação externa' e 3) 'critério da correção'. Estas três etapas se encontram hierarquicamente organizadas



*Fluxograma 4- Etapas da 'argumentação jurídica'*

Pretendendo focar nossa atenção no terceiro elemento, remetemos os leitores às considerações feitas neste estudo, sobre 'justificações interna e externa'.

No nosso entender, o 'critério da correção' consiste na adoção de um procedimento discursivo, inclusivo e igualitário, o qual revestiria de legitimidade as razões apresentadas na 'justificação externa' e 'justificação interna'. Apesar de ser uma terceira etapa, atuaria como um meta elemento, que estaria presente como um supervisor para garantir que o procedimento argumentativo, em suas duas etapas anteriores, está se processando de acordo com a 'pretensão de correção'. É um critério de justiça.<sup>222</sup>

Vale ressaltar que 'critério da correção' e 'pretensão de correção' não se confundem. O 'critério de correção' é uma etapa na 'teoria da argumentação jurídica', constituindo um procedimento discursivo composto por regras e formas (do mesmo modo que na 'justificação interna e externa'), que buscam concretizar a 'pretensão de correção' e permitir que a mesma possa funcionar como reguladora de todo o procedimento argumentativo.

Alexy elaborou um rascunho do que poderia um dia se tornar o 'critério da correção':

“um tipo de terceira dimensão da argumentação jurídica se refere às intenções presentes na 'regra fundamental 1.2'<sup>223</sup> do 'discurso prático racional geral e nas 'pretensões de validade' incorporadas nas 'regras de razão'<sup>224</sup>, também do 'discurso prático racional geral'. As 'pretensões de validade' podem ser de ordem objetiva e subjetiva. No entanto teríamos dificuldades em trabalhar com as regras que se reportam a uma dimensão pessoal e interna do agente. Como por exemplo averiguar a sinceridade do ato de fala? Já desenvolvi anteriormente a relação entre o 'discurso prático racional geral' e a 'argumentação jurídica'. A 'razão

<sup>222</sup> Esta definição conta com a concordância de Alexy.

<sup>223</sup> 'regra fundamental'(1.2): todo orador só pode afirmar o que ele mesmo crê \_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 183 e ss.

<sup>224</sup> “ 'regras de razão' :

- *quem pode falar pode participar do discurso (2.1)*
- *liberdade de discussão (2.2)*
  - ✓ *Todos podem problematizar qualquer afirmação (a)*
  - ✓ *Todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso (b)*
  - ✓ *Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades (c)*
- *nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos anteriores mediante qualquer coerção interna ou externa ao discurso (2.3)''*

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 187 e ss.

prática geral' na 'justificação externa' precisa ser conectada com as 'formas legais de argumentos' como as 'formas especiais' da analogia ,argumento a contrario sensu etc... e observar-se também a 'regra de saturação' [Sättigung]"<sup>225</sup>

Tal abordagem é incipiente, mas os elementos abordados por Alexy em sua definição revelam que, em alguma medida, para elaborarmos este critério, precisará ser efetuada uma maior conexão com algumas idéias do pensamento de Jürgen Habermas.

No entanto, a preocupação de Alexy, no momento, não reside no campo da aplicação, não estando em pauta realizar uma revisão ou aperfeiçoamento da 'teoria da argumentação jurídica'. Atualmente seus estudos estão voltados para o campo da justificação, desenvolvendo o conceito de 'pretensão de correção' e trabalhando as relações entre Direito e moral, nos seus debates com Raz.

No capítulo que se segue iremos trabalhar alguns aspectos da 'teoria da argumentação jurídica' de Klaus Günther. Nossa escolha recaiu sobre este autor, porque entendemos que, se por um lado o 'critério de correção' encontrará algumas bases na teoria de Habermas, por outro, Habermas não se ocupa do campo da aplicação e prefere, no tocante a este aspecto, abraçar uma 'teoria da argumentação jurídica' de outro jusfilósofo.

Em um primeiro momento, Habermas reconheceu este desenvolvimento em Alexy. No texto 'Notas Programáticas para uma fundamentação de uma Ética do Discurso', in 'Consciência moral e Agir Comunicativo', quando expõe as 'regras de razão' do 'discurso prático racional geral' de Alexy, já mostra uma simpatia pela teoria:

“ Atenho-me por simplicidade ao catálogo dos pressupostos argumentativos levantado por R. Alexy. No plano lógico-semântico, as seguintes regras podem ser tomadas como exemplos: (...) Para este plano, Alexy propôs, partindo de minha análise, as seguintes regras do Discurso: (...) Se após essas explicações apressadas e sob reserva de análises mais precisas, aceitamos as regras provisoriamente estabelecidas por Alexy, (...)”<sup>226</sup>

e na obra 'Theorie des Kommunikativen Handelns – Handlungsrationaltät und gesellschaftliche Rationalisierung 1' filia-se explicitamente a Alexy:

<sup>225</sup> Definição ditada por Alexy em um dos encontros para discutir a questão.

<sup>226</sup> \_\_\_\_\_. "Notas Programáticas para uma fundamentação de uma Ética do Discurso". in: *Consciência moral e Agir Comunicativo*. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 2003, p. 110 a 115.

“ Esta situação levou-me , primeiramente, a conceber o procedimento judicial como **agir estratégico** ( Habermas, Luhmann, Theorie der Gesellschaft, Ffm, 1971, 200f.). **Deixei-me entretanto, ser convencido por R. Alexy (1978, 263 f.), de que a argumentação jurídica, em todo o seu caráter institucional, deve ser conceituada como um caso especial do discurso prático**” ( O grifo não consta do original)<sup>227</sup>

Em um segundo momento, na obra ‘ Direito e Democracia 1: entre Faticidade e Validade’, Habermas tece críticas a Alexy:

“ Entretanto, nem o primado heurístico dos discursos prático morais, nem a exigência segundo a qual regras de Direito não podem contradizer normas morais, permitem que se conclua, sem mais nem menos, que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais. Contra esta tese do caso especial, de Alexy (defendida inicialmente de modo não específico com relação a discursos de fundamentação e de aplicação), levantou-se uma série de objeções.

E mais adiante arremata:

A Tese do caso especial é plausível sob pontos de vista heurísticos; porém ela sugere uma falsa subordinação do Direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do Direito Natural. A tese pode ser superada a partir do momento em que levamos a sério a diferenciação paralela entre Direito e moral, a qual surge no nível pós convencional<sup>228</sup>

E passa a elogiar o trabalho de Günther:

“Klaus Günther inclui uma precisão adicional à teoria de Dworkin, transformando-a numa teoria da argumentação que faz uma distinção entre os discursos de justificação e aplicação. (...) (...) Com a **elegante proposta de Günther**, contudo, a justificação ideal de coerência do sistema legal passa a ter outro significado.”<sup>229</sup>

Atualmente Habermas reconhece no conceito de ‘adequação’ de Günther, o mais apropriado para uma aplicação do Direito coerente com sua teoria.

<sup>227</sup> HABERMAS, Jürgen. Theorie des Kommunikativen Handelns – Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung 1. Frankfurt am Main: Surkamp, 1997, p.61-61. *Apud* FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Uma introdução à teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores. 2003. p.96.

<sup>228</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia 1: entre Faticidade e Validade. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro. 1997.p. 287 e 291 respectivamente. *Apud* FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Uma introdução à teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores. 2003. p.96- 97.

<sup>229</sup>“Klaus Günther has added further precision to Dworkin’s point by turning to a theory of argumentation that distinguishes between discourses of justification and application. (...) (...) With Günther’s elegant proposal, however, the ideally justified coherence of the legal system takes on a different meaning” HABERMAS, Jürgen. Between facts and Norms. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.1998. p. 217 e 219 respectivamente ( grifo nosso)

Entendemos, portanto que a obra de Klaus Günther pode conter alguns elementos interessantes para a construção do 'critério de correção'. Passemos então ao seu estudo.