

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
MESTRADO EM FILOSOFIA

LOURDES PASA ALBRECHT

JUSTIÇA: ENTRE A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E
PONDERAÇÃO

Porto Alegre

2016

LOURDES PASA ALBRECHT

**JUSTIÇA: ENTRE A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E
PONDERAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador:
Prof. Dr. Thadeu Weber

Porto Alegre
2016

A341j Albrecht, Lourdes Pasa
Justiça: entre a colisão de Direitos Fundamentais e
ponderação / Lourdes Pasa Albrecht. – Porto Alegre, 2016.
114 f.

Dissertação (Mestrado em Filosofia) – PUCRS. Escola de
Humanidades. Programa de pós-graduação em Filosofia
Orientação: Prof. Dr. Thadeu Weber

1. Filosofia. 2. Direitos Fundamentais. 3. Argumentação
Jurídica. 4. Justiça. 5. Ponderação. I. Weber, Thadeu. II. Título.

CDD 172.2

Ficha Catalográfica elaborada por
Sabrina Vicari
CRB 10/1594

LOURDES PASA ALBRECHT

**JUSTIÇA: ENTRE A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E
PONDERAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: 23 de março de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Thadeu Weber – PUCRS

Prof. Dr. Agemir Bavaresco – PUCRS

Profa. Dra. Regina Linden Ruaro – PUCRS

Porto Alegre

2016

Para
Conrad
Amor sublime

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, quero expressar meu agradecimento especial ao Prof. Dr. Thadeu Weber, cujo longo processo de investigação, de estudo e de redação foi permeado por seu cuidadoso trabalho de orientação acadêmica.

Meu agradecimento também ao Prof. Dr. Agemir Bavaresco e ao Prof. Dr. Frabríco Pontin, cujas observações na banca de pré-defesa me permitiram aprimorar o trabalho.

Também devo agradecimentos aos professores do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS pela excelência das aulas ministradas.

Agradeço, igualmente, aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS, na pessoa de Andréa da Silva Simioni, pelo elogiável trabalho.

Agradeço ainda ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pela concessão de bolsa de pesquisa para realização deste mestrado.

E, por fim, o maior dos agradecimentos vai para meu filho Conrad por seu amparo essencial.

RESUMO

Esta investigação tem por objetivo mostrar que um caso concreto de colisão de direitos fundamentais decidido por meio da ponderação pode ser fundamentado racionalmente. A racionalidade da ponderação está ancorada nas razões estabelecidas por regras da argumentação prática geral e especificamente da argumentação jurídica, vinculando racionalmente argumentação e decisão dotada de autoridade. O que se pretende expor é o problema da inobservância das regras de argumentação jurídica racional e das regras próprias da ponderação na sua aplicação para decidir os casos de colisão de direitos fundamentais. Essa prática de decisão judicial pode tornar vulnerável a realização da justiça no caso concreto.

Palavras-chave: Justiça. Ponderação. Colisão de direitos fundamentais. Argumentação jurídica. Fundamentação.

ABSTRACT

This research has as its objective the demonstration that a concrete case of a fundamental legal rights collision decided by the weighting factor can be justified by the rationality. Rationality weighting is anchored on the reasons established by rules of general practice arguments and specifically on the legal argumentation, rationally linking argumentation and the authority endowed decision. It is intended to expose the problem of a rational legal argument rules non-observation and the own rules of weighing in its application to decide the fundamental legal rights collision cases. This practice of judicial decision can become vulnerable to realization of justice in the concrete case.

Keywords: Justice. Weighting. Collision of fundamental rights. Legal reasoning. Justification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROBERT ALEXY	14
1.1 DA TEORIA AO CONCEITO DE NORMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.2 DA ESTRUTURA NORMATIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS	26
1.2.1 Do imperativo de otimização dos princípios	32
1.2.2 Da especificidade <i>prima facie</i> das regras e dos princípios	36
2 A ESTRUTURA DA PONDERAÇÃO E A ARGUMENTAÇÃO RACIONAL	44
2.1 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E O SOPESAMENTO	45
2.2 ARGUMENTAÇÃO, FUNDAMENTAÇÃO E DECISÃO: INERLOCUÇÕES ENTRE ALEXY E PERELMAN	56
2.3 A ARGUMENTAÇÃO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	67
3 JUSTIÇA E PONDERAÇÃO	76
3.1 PERELMAN E A JUSTIÇA	77
3.2 JUSTIÇA E ARGUMENTAÇÃO	90
3.3 PONDERANDO A PONDERAÇÃO	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

Como resolver as colisões entre direitos fundamentais e como devem os juízes fundamentar as decisões nos casos concretos de colisão são importantes questões a demandar soluções pelo modelo constitucionalista democrático. A ponderação como método jurídico (*balancing process*) de solução dos casos de direitos fundamentais que se encontram em linha de colisão, embora obtendo reconhecimento internacional cada vez maior na prática e na teoria da jurisdição constitucional, tem provocado inquietantes objeções. Elas podem ser resumidas desta forma. Primeiro, o sopesamento de direitos fundamentais, que têm a natureza de princípios, implicaria no risco de que eles fossem vítimas de juízos irracionais, pois não haveria parâmetros racionais para esse sopesamento. Isso conduziria à irracionalidade e ao subjetivismo. Depois, o sopesamento de direitos fundamentais ameaçaria também a sua força em geral ao serem transformados em mandamentos de otimização.

A controvérsia de que a ponderação seria uma atividade irracional e o fato de que ela levaria ao enfraquecimento dos direitos fundamentais são razões suficientes para se levantar a questão sobre a racionalidade da mesma e perscrutar se as críticas são procedentes.

Nesse contexto, a presente dissertação pretende introduzir um elemento pouco explorado pela literatura jurídica, que é a efetivação da justiça no caso concreto com o uso disseminado da ponderação pelos tribunais constitucionais na resolução de colisões entre direitos fundamentais, considerada sua natureza de princípios.

Para tanto, investiga-se elucidar os desdobramentos da ponderação como atividade argumentativa racional como mote de realização da justiça.

Desta forma, aborda-se o problema da pesquisa a partir das seguintes indagações: quando princípios colidem a ponderação se torna necessária? Se necessária, como é feita sua operacionalização? Quais são as razões que sustentam sua racionalidade? Isto é, como deve ser justificada (fundamentada) a decisão judicial? Quais são, enfim, os elementos que devem ser levados em conta no uso da ponderação?

Dessas indagações gerais origina-se um problema específico, assim desmembrado: é possível obter uma decisão justa com o uso da ponderação no caso

concreto de direitos fundamentais em colisão? Ou, o método da ponderação representa um simples instrumento ilusório de racionalidade e justiça?

Com base nessas questões levantam-se alguns pressupostos, estabelecendo como objetivo central desta investigação buscar os fundamentos para demonstrar que a ponderação é uma atividade argumentativa racional. O propósito decisivo deste trabalho é o de que a ponderação como atividade argumentativa deve seguir formas e regras da argumentação racional e critérios próprios do procedimento da ponderação ou sopesamento.

Se é possível encontrar agora fundamentos para mostrar que a ponderação é uma atividade argumentativa e como tal deve obedecer às regras da argumentação racional, da ponderação e à regra de justiça, então não apenas fica demonstrado com isso que a ponderação pode ser racional, mas também que sua aplicação na resolução de casos concretos de direitos fundamentais em colisão pode ser justificada racionalmente, propiciando uma decisão judicial correta e, portanto, justa.

O foco dessa empreitada incidirá, pois, na elucidação e análise dos desdobramentos da ponderação como atividade argumentativa racional e os elementos de sua fundamentação como método para resolução de direitos fundamentais em situação concreta de colisão, dentro de um contexto que concebe os direitos fundamentais como princípios, verificando sobretudo a realização da justiça no caso concreto decidido.

Pretende-se expor ainda que o problema *não está* na ponderação, mas na *sua correta* aplicação.

Essas formulações estão embasadas na obra de Robert Alexy, ressaltando-se a *Teoria dos Direitos Fundamentais* e a *Teoria da Argumentação Jurídica*. Adicionalmente, as reflexões sobre justiça e argumentação se baseiam na obra *Ética e Direito* de Chaim Perelman e no seu *Tratado da Argumentação*.

Assim, à vista do exposto, o plano de investigação está estruturado em três capítulos: (i) Direitos fundamentais em Robert Alexy; (ii) A estrutura da ponderação e a argumentação racional; (iii) Justiça e ponderação. A conexão entre eles tem como objetivo fundamentar a proposição de que os casos de colisão de direitos fundamentais se resolvem por meio de ponderação racional efetuada sob a égide das regras da argumentação jurídica e da regra de justiça, estabelecendo-se o vínculo entre ponderação, argumentação e justiça.

O capítulo primeiro parte do desenvolvimento da posição teórica de Robert Alexy, que indica que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais, abrangendo tanto as normas diretamente estabelecidas pelas disposições constitucionais (regras) quanto as indiretamente estabelecidas por elas (princípios). A condição das normas de direitos fundamentais como princípios e também como regras em razão de seu caráter duplo aponta que a colisão de direitos fundamentais passa pela sua natureza de princípios. O conceito semântico de norma que pressupõe a distinção entre regras e princípios encontra-se na base da teoria dos direitos fundamentais como princípios. Os princípios são mandamentos a serem otimizados. Pode-se pretender, a partir disso, justificar a especificidade *prima facie* dos princípios. Mas decisões pressupõem a identificação de direitos definitivos. Saber se o percurso que vai do direito *prima facie* até o direito definitivo passa pela definição de uma regra e seu fundamento também é tarefa de investigação neste capítulo. Esses pressupostos são indispensáveis para a correta compreensão da ponderação (sopesamento) e seu vínculo com a argumentação jurídica apresentadas no capítulo seguinte.

O segundo capítulo avança no sentido de realizar a análise estrutural da ponderação e seus desdobramentos. O âmbito da ponderação é a proporcionalidade em sentido estrito e diz com o cumprimento dos mandamentos de otimização relativamente às possibilidades jurídicas, determinadas sobretudo pelos princípios colidentes. Progride na apresentação da fórmula do peso, os parâmetros indicativos da intensidade de intervenção e dos graus de importância dos princípios conflitantes, balisadores do raciocínio desenvolvido no sopesamento. Segue com o exame do problema de ordem semântica das normas de direitos fundamentais. A percepção de que existem indeterminações semânticas das normas de direitos fundamentais e seu alcance interpretativo dada a textura aberta de seus enunciados conduz naturalmente ao tema da teoria da argumentação jurídica.

A argumentação jurídica é determinante para convicção do juiz, permitindo-lhe motivar sua decisão. Ela é meio de racionalizar o processo de ponderação na busca de correção. Nesse ponto, a análise se concentra na teoria da argumentação de Alexy, que procurou conciliar as regras dos discursos práticos de Jürgen Habermas, assentados na práxis argumentativa, realizada na situação ideal de fala, com as formas de argumentação de Chaïm Perelman, alicerçadas na audiência universal, visando a

obtenção de um consenso racional. Pavimentado o percurso para a teoria da argumentação jurídica, alguns aspectos mais importantes sobre a mesma são analisados, destacando-se: a reivindicação de correção; a tese do caso especial; e a possibilidade de uma argumentação jurídica racional. Sobre a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais considerações específicas são realizadas. Aqui se forma o elo entre direitos fundamentais, ponderação e argumentação jurídica.

O terceiro e último capítulo relaciona as temáticas da justiça, argumentação e ponderação, na perspectiva de aferir a racionalidade dos juízos ponderativos e a efetivação da justiça nos casos concretos de direitos fundamentais colidentes. A primeira seção é dedicada à análise da concepção de justiça de Chaim Perelman. Ser justo, para Perelman, é tratar a todos de forma igual, isto é, tratar do mesmo modo os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica, a única que se deve levar em conta na administração da justiça. A igualdade de tratamento para casos essencialmente semelhantes é exigida também dos precedentes da jurisprudência. O preceito da igualdade atende ao comando da regra de justiça, exigência do princípio da universalidade que, por sua vez, cumpre a exigência de correção.

Na sequência, o capítulo trabalha com a lógica jurídica como recurso ao raciocínio dialético capaz de estabelecer um acordo sobre valores controversos. Nesse ponto, busca estabelecer a ligação entre justiça e argumentação. Em seguida, são analisadas as objeções da ponderação, com relevo nas de cunho metodológico, notadamente nas críticas sobre a racionalidade do método ponderativo e a possibilidade de superação. Essa possibilidade é examinada à luz do modelo *fundamentado* de sopesamento em contraponto ao modelo decisionista não controlável racionalmente. Por fim, considerando como espelho casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a análise repousa na possibilidade de o juiz se utilizar de critérios próprios de ponderação ou de justiça para fundamentar a decisão, vulnerando o método ponderativo. Desse modo, é estabelecido o êxito e o limite a favor ou contra a utilização da ponderação como solução nos casos de direitos fundamentais em colisão.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROBERT ALEXY

1.1 DA TEORIA AO CONCEITO DE NORMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia diretriz desta dissertação é realizar uma investigação jurídico-filosófica acerca da realização da justiça, trazendo o debate para o âmbito da fundamentação das decisões judiciais pelo método da ponderação nos casos concretos de colisão entre direitos fundamentais. A presente proposta parte da discussão da *Teoria dos Direitos Fundamentais* do filósofo do direito Robert Alexy como marco teórico que influencia a qualidade da jurisdição constitucional num paradigma jurídico definido pelo constitucionalismo¹ contemporâneo, instrumento capaz de tornar real os compromissos constitucionais das democracias pós-segunda guerra².

A partir dessa concepção e em razão de uma extensa previsão de direitos fundamentais nas ordens jurídicas vigentes, aliado a instrumentos jurídicos obteve-se uma efetividade de tais direitos, viabilizando sua concretização. Sob o prisma desse novo modelo, as cortes constitucionais assumem a condição de guardiãs dos direitos fundamentais presentes nas constituições dos estados democráticos de direito, cuja missão é dotá-los de eficácia, dando-lhes o máximo de proteção³.

¹ Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho, constitucionalismo deve ser compreendido como uma “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, 2003, p. 51). Isto indica que o Estado de direito é marcado desde o início pela noção de legalidade. A Lei, originada por intermédio do legislador, representante da vontade popular (democracia representativa), seria a forma legítima de estabelecer as relações entre Estado e seus cidadãos e entre os particulares. Mas, “O Estado Constitucional é ‘mais’ que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State Power*)” (CANOTILHO, 2003, p. 100).

² Sob o novo paradigma constitucional do segundo pós-guerra, que firma as bases teóricas para a compreensão adequada do Direito no atual quadro jurídico do constitucionalismo, o *mundo prático* passou a importar os juristas, onde o direito não seria mais uma “mera racionalidade instrumental. As questões morais, políticas e econômicas – rejeitadas pelo positivismo jurídico – passam a fazer parte da preocupação da comunidade jurídica” (STRECK, 2014, p. 37).

³ Nesse aspecto, “o dever estatal de tutela refere-se ao dever do Estado de proteger ativamente o direito fundamental contra ameaças de violação provenientes, sobretudo, de particulares. Trata-se do êxito da tese segundo a qual, além do Estado, o particular também pode violar prescrições de direito fundamental” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 114). A Constituição Brasileira de 1988 foi o marco distintivo determinante da ordem democrática brasileira de modernidade tardia como é o caso do Brasil, condicionando a legitimidade do Estado à concretização dos fins e objetivos de uma constituição de cunho programático e marcadamente dirigente, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a condição de guardião dos direitos fundamentais presentes no texto constitucional.

A obra *Teoria dos Direitos Fundamentais (Theorie der Grundrechte)* que Robert Alexy publica em 1985⁴ constitui-se uma referência teórica para os estudos sobre a estrutura normativa dos direitos fundamentais. Levando em consideração sobretudo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Alexy desenvolve uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, cuja essencialidade é uma teoria dos princípios e uma teoria acerca da estrutura dos direitos subjetivos.

Logo na introdução o autor mostra o efeito de se ter os direitos fundamentais previstos na Constituição de um Estado, uma vez que a vinculação a eles dos poderes legislativo, executivo e judiciário teria como garantia um amplo controle de um tribunal constitucional. Especula-se, nesse contexto, que a proposta teórica de Alexy estaria influenciada pelo reconhecimento do constitucionalismo contemporâneo como modelo jurídico ideal.

Não obstante ainda que seja considerado importante um catálogo escrito de direitos fundamentais, sobretudo nas culturas jurídicas especialmente oriundas da *Civil Law* que privilegiam o direito positivo expresso no texto normativo, emerge um problema jurídico associado a esses direitos. A questão que tem gerado discussão diz respeito ao alcance interpretativo das formulações das normas de direitos fundamentais.

Reconhecendo a relevância dessa polêmica, Alexy vai dizer que uma das razões para isso é a de que existem inúmeros dispositivos da Constituição alemã que estabelecem uma regulamentação “aberta” das disposições do catálogo de direitos fundamentais, em grande medida sobre a estrutura normativa básica do Estado e sociedade. E em face dessa “abertura” seria difícil um consenso sobre o alcance do sentido em determinados dispositivos constitucionais. Por sua vez, ele constata que tal dissenso sobre o objeto regulado abriria o flanco para uma ampla disputa pela preponderância dos sentidos admissíveis. Consoante o autor, isso pode ser percebido, por exemplo, nos conceitos dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade (ALEXY, 2014, 26-27). Embora vagas, essas proposições específicas para justificar determinada decisão são aceitáveis. O que falta, diz o autor, é uma fundamentação satisfatória para esses princípios e um procedimento que os defina precisamente (ALEXY, 2001, p. 24).

⁴ No ano de 2002, por ocasião do lançamento da tradução para o inglês, a obra sofreu uma complementação por meio da inserção de um posfácio a esta versão. O propósito foi responder às inúmeras objeções, especialmente à tese da otimização dos princípios, a qual, segundo os críticos, não conduziria a um modelo adequado dos direitos fundamentais.

As discussões concernentes aos conceitos de liberdade e igualdade se fixam, principalmente, por déficit de conteúdo (delimitação do conteúdo protegido). A objeção do vazio de conteúdo parte de duas teses distintas: a tese da ausência de suporte fático e a tese ausência de substância. A primeira sustenta que a ideia de um direito geral de liberdade resultaria em uma norma de direito fundamental sem suporte fático. A tese da ausência de substância afirma que a ideia de um direito geral de liberdade tornaria impossível a vinculação do legislador à esfera da liberdade (ALEXY, 2014, 346-348).⁵

Contudo, avalia o autor, a abertura não é por si explicação suficiente para o vigor das controvérsias no que concerne aos direitos fundamentais. Ele demonstra que além do texto constitucional a disputa de ideias sobre direitos fundamentais envolve a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que atuou criando normas dentro do espaço de possibilidades aberto pelo texto constitucional, atribuindo à jurisprudência desse Tribunal o reconhecimento normativo dos direitos fundamentais. Tanto assim que a ciência dos direitos fundamentais tornou-se, em grande medida, uma ciência da jurisprudência constitucional (ALEXY, 2014, p. 27).

Não obstante o Tribunal Constitucional alemão atuar por meio de sua jurisprudência para diminuir a abertura das disposições de direitos fundamentais não conseguiu resolver a questão por completo, pela dificuldade de prever todas as situações fáticas que demandariam a proteção aos direitos fundamentais. Diante disso, Alexy é taxativo ao assegurar que a tarefa da ciência dos direitos fundamentais impõe oferecer respostas racionalmente fundamentadas às questões concernentes a esses direitos. E é justamente esse o principal propósito teórico da sua obra, qual seja: elaboração de uma teoria jurídica geral calcada na fundamentação racional dos direitos fundamentais da Constituição alemã.

A tese central é a de que os direitos fundamentais têm natureza de princípios e são mandamentos de otimização - que leva à proporcionalidade -, chave da otimização dos princípios. Como mandamentos de otimização ordenam que algo seja alcançado na melhor medida possível, cumpridos em variados graus, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. As possibilidades jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito) são

⁵ Conforme Alexy, o direito constitucional da República Federal da Alemanha, além de garantir determinadas liberdades ou direitos contra determinadas discriminações, garante também um direito geral de liberdade e um direito geral de igualdade. Em função disso, “dois dos objetos mais polêmicos da Filosofia Política transformaram-se diretamente em objetos de direitos positivos”, suscitando uma série de questionamentos dogmáticos (ALEXY, 2014, p. 341 e ss.).

determinadas não somente por regras, mas essencialmente por princípios contraditórios. As possibilidades fáticas (adequação e necessidade, subprincípios da proporcionalidade)⁶ são exigidas porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.

Nesse sentido, Alexy procura expor uma adequada dogmática dos direitos assentada pela teoria dos princípios, cuja finalidade é a reabilitação da teoria valorativa dos direitos fundamentais (ALEXY, 2014, p. 29). Segundo ele, a utilização de critérios de valoração, entre os quais é necessário sopesar, equivale a aplicação de princípios. Isto é, somente aqueles critérios que sejam passíveis de sopesamento serão classificados como critérios de valoração para o direito constitucional e devem ser levados em consideração como decisão no âmbito dos direitos fundamentais. “No desenrolar da fundamentação da decisão, a ordem de valores é qualificada como ‘*hierarquia de valores*’, no âmbito da qual um ‘sopesamento’ se faz necessário” (ALEXY, 2014, p. 154). Para o autor, essa hierarquização entre valores como princípios jurídicos somente seria possível numa condição flexível desses princípios como normas derivadas de direitos fundamentais, a qual estaria marcada nas ordens *prima facie*, que permitiria o seu alcance gradual conforme cada desafio concreto.

Alexy aborda ainda o papel dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico, da argumentação e da decisão no âmbito dos direitos fundamentais. Demonstra que a sua positivação “representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais” (ALEXY, 2014, p. 29)⁷. Justamente por conter normas de direitos fundamentais abertas ao sopesamento, a vigência dessas normas de direitos fundamentais mostra que o sistema jurídico seria um sistema aberto em razão da Moral. Sustenta Alexy que “os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo” (ALEXY, 2014, p. 544).

As razões morais, para Chaïm Perelman, seriam aquelas válidas para todos com a pretensão que se tornassem universais e, com isso, razoáveis. Se há uma razão prática, “ela só pode ser concebida em comparação com valores e com normas que pretendemos

⁶ A estrutura da proporcionalidade será objeto do segundo capítulo da presente investigação.

⁷ Trata-se, no aspecto, de uma vinculação parcial entre direito e moral, visto que o direito é limitado pela moral, mesmo não definido pela moral, de modo que seguiria sendo possível desta perspectiva uma atitude crítica frente ao direito (ALEXY, 2009, p. 53).

poderem ser válidas para todo ser razoável. A filosofia moral se empenha em nos fornecer essas razões de alcance universal” (PERELMAN, 2002, p. 323).

Nesse contexto, é possível inferir que a obra de Alexy objetiva teorizar de um lado sobre a forma como são decididas as questões de direitos fundamentais do Tribunal Constitucional Federal alemão e, de outro, o indispensável desenvolvimento dogmático acerca dessas questões. A decisão jurídica, especialmente aquela voltada aos direitos fundamentais, discutiria a ordem de valores, enquanto a dogmática jurídica cuidaria de estudos sobre as decisões, conferindo sua legitimidade por meio de uma fundamentação racional.

A partir disso, Alexy empenha-se em harmonizar a decisão (juízos de valor) e fundamentação racional, por meio de uma “Teoria da Argumentação Jurídica”⁸, estudo teórico apresentado em sua obra publicada em 1978, sob o título *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica (Theorie der Juristischen Argumentatio)*. A motivação de Alexy deu-se em razão da exigência do Tribunal Constitucional alemão ter decidido, em 14 de fevereiro de 1973⁹, que as decisões dos juízes deveriam basear-se em argumentos racionais. Desse modo, a legitimidade da decisão judicial estaria ligada a sua pessoalidade de fundamentação racional.

Sob essa perspectiva, o autor guiou-se por examinar a questão quanto à possibilidade de fundamentação racional das decisões judiciais e as limitações próprias determinadas pelo discurso jurídico. Estabeleceu as bases teóricas sobre o que é racional e o que se deve entender sobre a natureza da argumentação jurídica racional e sua possibilidade, bem como situar o contexto para seu alcance¹⁰. Para isso Alexy se valeu

⁸ Na avaliação de Noel Struchiner, a teoria da argumentação jurídica vem se cristalizando como “o mais novo, sofisticado e abrangente tentáculo da filosofia do direito [...] A teoria da argumentação jurídica visa a descrever, discutir e determinar quais são os critérios, sejam eles formais, materiais ou procedimentais, que explicam, pautam ou que deveriam nortear a justificação jurídica. Assim, essa nova disciplina se debruça sobre questões de cunho filosófico” (STRUCHINER, 2005, p. 119). Isso porque, segundo ele, para lidar com as questões materiais da argumentação é necessário fazer incursões em teoria ética ou filosofia moral; os aspectos formais clamam por conhecimento de lógica; e os elementos formais do discurso argumentativo são melhor elaborados quando se possui uma habilidade em filosofia política.

⁹ A decisão (*BVerfG E 34, 269 (287)*) refere-se a pós-graduação em Direito, a qual estabeleceu que as decisões do juiz devem se basear na “argumentação racional”. “Essa exigência de racionalidade na argumentação se estende a todos os casos em que os advogados entram em debate” (ALEXY, 2001, p. 13). Conforme NT, *BVerfG E* é a denominação usual da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e os números que seguem referem-se ao volume, à página inicial da decisão e à página específica. Nesse caso faz referência à página 287, da decisão que começa na página 269 do volume 7 (ALEXY, 2014, p. 12-13).

¹⁰ A análise sobre a argumentação racional será realizada no Capítulo 2, 2.2 e 2.3 deste trabalho.

de fontes teóricas pertencentes ao âmbito da filosofia moral analítica, como as teorias de Stevenson, Hare, Toulmain e Baier, da teoria do consenso da verdade de Habermas e a teoria da argumentação de Perelman¹¹. Adianta Alexy que a argumentação jurídica deve ser compreendida como uma atividade linguística que se preocupa, em grande medida, com a correção de afirmações normativas, que consiste no denominado discurso jurídico.

É nesse trabalho que surge a pretensão de correção como elemento moral-discursivo que confere legitimidade às decisões judiciais. A pretensão de correção, arrazoa Alexy, é a característica distintiva do conceito de direito. Existiria uma pretensão de correção formal oriunda do direito positivo e um elemento substancial determinado pela vinculação do direito positivo à moral, o qual reclamaria uma análise qualitativa do direito positivo. Segundo ele, seria pela pretensão de correção que o direito se mostraria substancialmente ligado à moral discursiva. Quer dizer, “para que o direito cumprisse com o elemento moral, ele deveria atender à pretensão de correção mediante a fundamentação racional de suas decisões” (MORAIS; TRINDADE, p. 158).

A questão da argumentação jurídica racional interessa não apenas aos teóricos ou filósofos do Direito, mas à comunidade jurídica como um todo e também ao cidadão ativo na seara política. À evidência, “da possibilidade da argumentação jurídica racional dependem não só o caráter científico da jurisprudência, mas também a legitimidade das decisões judiciais” (ALEXY, 2001, p.13). Com efeito, pode-se concluir que as decisões do Tribunal Constitucional somente teriam legitimidade se fundamentadas racionalmente. Isso indica, para Alexy, que a função da Teoria dos Direitos Fundamentais especialmente direcionada pelo reconhecimento de valores ao texto constitucional alemão serve como produto da Ciência do Direito ou dogmática¹².

¹¹ Cf. (ALEXY, 2001, p. 27).

¹² Para a dogmática, a sistematização de determinado material normativo constitui um meio para fornecer critérios para a aplicação, interpretação e modificação do Direito. “O que caracteriza a dogmática não é tanto – ou, ao menos, não é somente – sua função explicativa, mas sua função de justificação” (ATIENZA; MANERO, 2009, p. 62).

Para fundamentar a argumentação dogmática, Alexy propõe um conceito de dogmática jurídica que atenda às seguintes condições: (1) a dogmática deve ser compreendida não como uma agregação de atividades, mas sim como um conjunto de enunciados; (2) estes enunciados estão relacionados à legislação e à jurisprudência, mas não se identificam com a sua mera descrição; (3) os enunciados da dogmática jurídica formam um todo coerente, devendo seguir os princípios da não contradição, concordância e universalidade; (4) as proposições de uma dogmática jurídica se formam, fundamentam e comprovam em uma Ciência do Direito institucionalmente organizada; (5) a dogmática jurídica tem conteúdo normativo, sendo que seus enunciados podem ser expostos como argumento para decidir questões que não se poderiam resolver apenas com argumentos empíricos (ALEXY, 2001, p. 244-245).

De acordo com Alexy, a dogmática, que tenta desenvolver de forma racional as questões jurídicas, funcionaria para estabelecer as três dimensões necessárias da Ciência do Direito, quais sejam: analítica, empírica e normativa. Para a ciência jurídica poder cumprir sua tarefa prática de forma racional, ela deve combinar essas três dimensões, sendo uma disciplina multidimensional (ALEXY, 2014, p. 48). Ou seja, a Ciência do Direito teria como tarefa *analítica* tornar claro conceitos elementares do direito vigente, por exemplo, a função dos direitos fundamentais no sistema jurídico e os efeitos produzidos por tais direitos, assim como o modo que deveria ser a fundamentação das decisões no âmbito dos direitos fundamentais. Na dimensão *empírica* ter-se-ia como objeto o direito positivo válido e também o direito jurisprudencial. Dessa forma, o exame da dogmática jurídica encontraria seu fundamento tanto no texto constitucional assim como na jurisprudência do tribunal constitucional. A terceira dimensão, a dimensão *normativa*, teria como tarefa elucidar e criticar a prática jurídica, sobretudo a jurisprudencial. Ela se ocupa em determinar individualmente aquilo que deve ser, fornecendo repostas aos necessários juízos de valor adicionais reclamados pelo ordenamento jurídico (ALEXY, 2014, p. 33-36).

Nesse contexto, a dogmática dos direitos fundamentais visaria a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever ser na esfera de tais direitos, fornecendo respostas às valorações adicionais exigidas pela ordem jurídica. No âmbito dos direitos fundamentais isso pressupõe clareza tanto da estrutura das normas desses direitos quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação dos direitos fundamentais.

Alexy sublinha que a Ciência do Direito não seria viável como disciplina racional sem sua compreensão sistemático-conceitual, dando ênfase num modelo analítico que a oriente, resumizando assim a constatação:

A medida de racionalidade do direito depende em grande parte do nível alcançado pela dimensão analítica. Sem clareza analítica nem mesmo seriam possíveis enunciados precisos e fundamentados sobre a interação das três dimensões. Seria impossível falar de um controle racional das valorações indispensáveis à Ciência do Direito e de uma aplicação metodologicamente controlada do saber empírico (ALEXY, 2014, p. 49).

Em síntese, o autor define dogmática jurídica como: (1) uma classe de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não são idênticas à sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) são formadas e discutidas dentro de uma Ciência do Direito institucionalmente organizada e (5) tem conteúdo normativo (ALEXY, 2001, p. 245).

Embora Alexy ateste a importância da dimensão analítico-conceitual, considera que a Ciência do Direito vai além dessa dimensão porque nos casos minimamente problemáticos não há como ser tomada a decisão com base apenas nos meios da Lógica, a partir de normas e conceitos jurídicos pressupostos. São necessários, para tanto, valores adicionais e conhecimentos empíricos como fundamento desses valores.

À luz desses pressupostos, a Teoria dos Direitos Fundamentais construída por Alexy integra a Ciência do Direito como modelo teórico de mostrar a ordenação de enunciados gerais claros e precisos sobre as três dimensões da dogmática jurídica dos direitos fundamentais, servindo de suporte ao intérprete desses direitos. Não obstante das falhas do “tratamento lógico”, Alexy preconiza que há de se reconhecer sua imprescindibilidade para o direito, especialmente como instrumento de desenvolvimento da pesquisa jurídico-conceitual existente, bem assim sua incorporação a uma teoria integrativa. Sua teoria dos direitos fundamentais busca, analiticamente, apresentar o modelo de aplicação dos direitos fundamentais realizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Assim, o papel da Ciência do Direito seria o de precisar os conceitos empregados nas decisões da Corte alemã, identificando os modelos normativos plasmados no direito positivo. Com efeito, a teoria estrutural dos direitos fundamentais pretendida por Alexy faz parte da tradição analítica da jurisprudência dos conceitos¹³.

Assim, o ponto de partida alicerçado no conceito de norma e fundamentação dos direitos fundamentais consiste em apresentar o que Robert Alexy leva em consideração como normas de direito fundamental, especificamente na Constituição alemã, já que o

¹³ Em sua obra “Direito Constitucional: Teoria da Constituição”, Geovany Cardoso Jevaux discorre sobre a jurisprudência dos conceitos, surgida no século XIX, na Alemanha, tendo sua origem na escola histórica, da qual pertencem “os pandectistas e Savigny (para quem o direito era baseado nos costumes populares – ‘espírito do povo’, ou *wolksgeist*, conforme interpretado pela doutrina – ‘direito dos professores’). A escola histórica surgiu em França, no início do século XIX, com o objetivo de limitar a competência interpretativa do Judiciário, sendo também conhecida como estabilidade, porque todo direito devia ser criado pelo Estado. Dela nasceram a dogmática e o positivismo. Já os pandectistas eram historicistas alemães que interpretavam o Código de Justiniano, buscando nele a identificação dos costumes germânicos. A jurisprudência dos conceitos também se assimilou ao formalismo por criar uma ‘genealogia dos conceitos’, com base numa lógica indutiva (de princípios) e dedutiva (de conceitos), onde as premissas lógicas preferem as normas jurídicas. A subsunção tem origem nessa escola”. Gevau assinala que Alexy reconhece que a vinculação de sua teoria à tradição analítica da jurisprudência dos conceitos “vem acompanhada de uma índole antropológica da jurisprudência dos valores. Tal correlação assume papel decisivo em sua teoria, já que os princípios são por ele chamados de mandamentos de otimização, e mandamentos (proibição e permissão) são parte da deontologia, ou seja, tudo o que é obrigatório. Desde logo se vê, portanto, que os princípios não são tratados desde o início como uma categoria axiológica ou antropológica, mas sim deontológica” (JEVEAUX, 2008, p. 343-344).

objeto da grande obra do autor é uma teoria dos “direitos fundamentais da Constituição alemã”. Considerar normas de direitos fundamentais somente aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais, e somente os enunciados das disposições de tais direitos presentes no texto da Constituição alemã seria para Alexy uma aceção simplista. A própria Constituição estabeleceria um critério de diferenciação dessas normas com as demais enunciadas constitucionalmente. Ocorre que nem todos os enunciados da Constituição alemã expressam direitos fundamentais. Outro problema que surge é se de fato aos direitos fundamentais pertencem somente aquelas normas expressas diretamente por enunciados da própria Constituição alemã.

Por certo trata de reconhecer outras normas que cuidariam de questões fundamentais de proteção do cidadão. Essas normas, segundo Alexy, derivariam naturalmente das disposições do texto constitucional. A indicação de outras normas oriundas do texto da Constituição não consideradas formalmente expressas¹⁴ por ele seriam consideradas normas de direitos fundamentais *atribuídas*. Elas são formuladas visando precisar o sentido de uma norma de direito fundamental positivada. Estabelecer a condição de norma *atribuída* seria tarefa tanto da jurisprudência do Tribunal Constitucional quanto da Ciência do Direito.

Alexy demonstra que as disposições que estabelecem na Constituição normas de direitos fundamentais são muito indeterminadas e essa indeterminação da norma é de ordem tanto semântica quanto estruturalmente aberta. Isso porque o catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição alemã regula de forma extremamente aberta questões sobre a estrutura das relações entre o Estado e a sociedade. Cita como exemplos os conceitos materiais básicos de direitos fundamentais de dignidade, de liberdade e de igualdade (ALEXY, 2014, p. 26-27). Essa característica, comparativamente, não seria exclusiva da Constituição alemã. Essa abertura referida por Alexy seria identificável também em outras Constituições democráticas.

Na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, apresentam-se, como exemplos, os seguintes enunciados: “a dignidade da pessoa humana”, fundamento expresso no artigo 1º, inciso III, da CRFB¹⁵; “é livre a manifestação do

¹⁴ Alexy exemplifica como normas de direitos fundamentais formais aquelas contidas nas disposições dos artigos 1º ao 19º da Constituição alemã, bem como as garantidoras de direitos individuais dos artigos 20, § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104 (ALEXY, 2014, p. 68.).

¹⁵ A dignidade da pessoa humana possui caráter universal e, segundo o inciso III do artigo 1º, da CRFB, constitui um dos fundamentos do Estado brasileiro (caráter de princípio de valor fundamental). Para

pensamento, sendo vedado o anonimato”, artigo 5º, inciso IV, da CRFB. Ao discorrer sobre este enunciado, Dimoulis e Martins questionam: “como interpretar uma norma com texto tão amplo, genérico e abstrato”. Asseguram, contudo, que o caráter precário do texto constitucional não significa que ele não apresente o critério para solução de questões jurídicas práticas. Só significa que a demanda por uma dogmática jurídica ciosa de seu objeto é grande, sendo responsabilidade da jurisprudência, em conjunto com a pesquisa jurídica construir tal dogmática (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 7).

Assim como, revela-se materialmente aberto o significado e alcance do preceito insculpido no § 2º, do artigo 5º, da CRFB, que reza: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros de regras e princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A abrangência materialmente aberta (não-taxatividade) da norma contida neste enunciado da Lei Fundamental brasileira é abordada por Ingo Sarlet como qualificativo de cláusula especial de abertura. Isso porque, segundo ele, a expressão literal do citado dispositivo menciona de forma genérica os direitos e garantias expressos na Constituição, sem limitação quanto à sua posição no texto. O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado nesse dispositivo encerra expressamente “a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais” (SARLET, 2011, p. 86). Traduz, em última análise, a noção de se apresentar como “a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 154).

Com efeito, diante do alargamento de possibilidades interpretativas e para que os preceitos fundamentais da Constituição alemã pudessem ter outra sustentação além do

Vieira de Andrade, o princípio da dignidade humana “não é uma mera abstração, não vale como pura idealidade: nesta sua qualidade de princípio jurídico vigora em regra através de normas positivas e realiza-se mediante o consenso social que suscita, projetando-se na consciência jurídica constituinte da comunidade” (ANDRADE, 2004, p. 49).

A dignidade da pessoa humana é um princípio de valor, no sentido de que a dignidade da pessoa humana “está na base e constitui a referência valorativa de *todos* os direitos fundamentais”. A ideia de uma dignidade-valor firma o reconhecimento pelo Direito a cada indivíduo pelo fato de ele ser pessoa, “independentemente de saber se isso constitui uma entelúquia (uma essência em si), uma representação ou o nome para um conjunto de necessidades características do homem como ser espiritual indeterminado e inespecífico” (ANDRADE, 2004, p. 97-98, N. 58). Nesse sentido, só posso usar o homem na minha pessoa como fim em si mesmo e não simplesmente como meio, porque ele tem dignidade. “Esta é uma qualidade intrínseca da pessoa humana” (WEBER, 2013, p. 25).

texto constitucional, o Tribunal Constitucional encampou a tarefa de dar equalização satisfatória, criando novas determinações dentro da ampla esfera do texto constitucional, dando significado concreto aos direitos fundamentais. Contudo, atesta Alexy, apesar do esforço do Tribunal Constitucional, a jurisprudência construída sobre esses direitos também é contaminada por sua abertura. Por outras palavras, o trabalho empreendido pelo Tribunal Constitucional em refinar os preceitos dos direitos fundamentais não foi capaz de eliminar uma circunstância de abertura conformado pelas normas.

Assim, o caminho apontado por Alexy para enfrentar a indeterminação da norma de direito fundamental do tipo semântico ou estrutural, seria a criação de regras semânticas pelo Tribunal Constitucional Federal quanto ao uso de várias expressões previstas na Constituição alemã, facilitando o entendimento do seu âmbito normativo. O ato de elucidação de sentido realizado pelo Tribunal teria efeito de fixar-se à norma, cujo enunciado derivativo seria considerado expressão normativa de direito fundamental.

As normas da Constituição alemã apresentariam, portanto, uma “abertura estrutural”, característica, aliás, segundo Alexy, de inúmeros dispositivos dos direitos fundamentais. Essa situação impossibilitaria saber se uma norma obriga a realização de uma ação ou abstenção e também se diz respeito aos direitos subjetivos do cidadão. Isso pode ser identificado, exemplifica o autor, no artigo 5º, § 3º, 1, da Constituição alemã, que estabelece: “Ciência, pesquisa e ensino devem ser livres”. Essa norma é *semanticamente aberta* em razão da indeterminação dos termos “ciência”, “pesquisa” e “ensino”, diz Alexy. A *abertura estrutural* mostrar-se-ia na impossibilidade de se determinar, a partir do mero dever de que ciência, pesquisa e ensino sejam livres, se essa situação deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige sua abstenção e se pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos dos cientistas acerca da liberdade científica (ALEXY, 2014, p. 70-71).

No entanto, demonstra o autor que por meio do Tribunal Constitucional foi possível apresentar normas de refinamento à indeterminação estrutural de disposição constitucional, determinando com clareza o seu alcance no caso concreto. “Trata-se, portanto, de uma *relação de fundamentação* entre a norma a ser refinada e a norma que refina” (ALEXY, 2014, p. 72).

Em resumo, a definição de norma de direito fundamental com base no conceito de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais diz respeito tanto às

normas de direitos fundamentais atribuídas como também às normas de direitos fundamentais instituídas. Nesse sentido, a definição de norma de direito fundamental pode ser generalizada.

Uma tal definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional. Uma fundamentação mais profunda, que demonstre por que aquilo que a Constituição diz é válido, normalmente tem, para a práxis da fundamentação referida a direitos fundamentais, um interesse apenas teórico. Isso demonstra que a generalização da definição baseada em uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais não elimina, de forma nenhuma, a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas direta e indiretamente. No caso de uma norma diretamente estabelecida, uma fundamentação correta é sempre diferente da fundamentação no caso de uma norma indiretamente estabelecida (ALEXY, 2014, p. 76).

Conhecer qual o sentido de determinada norma de direito fundamental estabelecida à situação de norma de direito fundamental na condição atribuída seria tarefa tanto da jurisprudência quanto da Ciência do Direito¹⁶. “Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, de argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente” (ALEXY, 2014, p. 74).

Nessa dinâmica, o construto teórico alexyano surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras para solução de conflitos, especialmente de direitos fundamentais, onde ambas as formas são agrupadas em uma norma de caráter duplo – norma-princípio e norma-regra. Dessa forma, argumenta o autor, quando é fixada alguma determinação em relação às exigências de princípios colidentes por meio de uma disposição de direito fundamental por intermédio dela não só é estabelecido um princípio, mas também uma regra.

A par do entendimento de que as normas de direitos fundamentais as quais abarcam tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os

¹⁶ Na Ciência do Direito são formulados juízos sobre o que é devido, o que é proibido e o que é permitido e o julgador decide exatamente a partir disso (ALEXY, 2014, p. 107). Na primeira nota de referência em sua obra *Teoria Pura do Direito* Hans Kelsen afirma que “O conteúdo do dever-ser, ou seja, aquilo que uma moral positiva ou uma ordem jurídica positiva prescreve, é determinado através de um ato de vontade e, depois de assim determinado, conhecido” (KELSEN, 2006, p. 399). Com efeito, todo ato conhecido empiricamente poderia ser descrito e analisado cientificamente de forma estruturada. Assim, seria possível construir um aparato científico do Direito apenas com vistas à norma como seu objeto de estudo, aproximando tanto quanto possível seus resultados do ideal de objetividade e exatidão de toda ciência (KELSEN, 2006, p. XI). Embora não estabeleça normas, a Ciência do Direito é uma Ciência normativa “por ser-lhe próprio apenas determinar em que consiste o significado dos dispositivos produzidos pelas fontes do Direito” (REALE, 2001, p.182).

princípios também por elas estabelecidos, o ponto chave de análise para a solução de problemas centrais da dogmática desses direitos é a sua distinção estrutural entre regras e princípios jurídicos.

1.2 DA ESTRUTURA NORMATIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Partindo da compreensão de que as disposições de direitos fundamentais são um modelo de regras e princípios onde ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter dual, apresenta-se agora critérios para distinção entre os dois níveis: um nível de princípios e um nível de regras. Tanto quanto as regras, princípios são razões para juízos concretos de dever ser mesmo que de espécie diferente. Portanto, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

A distinção entre regras e princípios implica uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais. Ela serve de sustentáculo da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito de tais direitos e, nesse sentido, considerada por Alexy uma das colunas-mestras de sua teoria dos direitos fundamentais. Sustenta o autor que sem essa distinção não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem satisfatória sobre colisões, tampouco uma teoria suficiente sobre o papel desses direitos no sistema jurídico.

A característica de um sistema jurídico constituído exclusivamente por um modelo de regras é a relação de vinculação e de abertura. Manifesta-se alto grau de vinculação quando a regra pode simplesmente indicar a solução de um caso. Contudo, na hipótese de o sistema jurídico não dispor de uma regra clara e preestabelecida para a decisão de um caso concreto abrir-se-ia espaço à discricionariedade judicial. Um modelo puro de princípios, por outro lado, substituiria vinculação por sopesamento e, com isso, perda de clareza normativa e univocidade para a Constituição (ALEXY, 2014, p.123). Por essas razões, deve-se considerar a forma de um modelo combinado de regras e princípios¹⁷, caminho possível para superar tal problema.

¹⁷ A vinculação dos dois níveis (regras e princípios) surge quando é incluída na formulação da norma constitucional uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios sujeita a sopesamentos, onde são atribuídos de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação de um princípio e, de outro, o grau de

De certo modo, Alexy desenvolve um aperfeiçoamento da teoria de Ronald Dworkin, filósofo do direito norte americano, que começou uma discussão jurídica sobre a questão que para cada caso jurídico há uma única resposta correta. Propõe, assim, um modelo de princípios, no qual o sistema jurídico é composto por regras e por princípios, sendo estes determinantes para a resolução de casos difíceis (*hard cases*)¹⁸, constituindo-se em marcos orientadores para a correta tomada de decisão do juiz¹⁹.

A construção teórica de Ronald Dworkin teve como ponto de partida uma crítica ao positivismo jurídico, especialmente na forma defendida por seu antecessor em Oxford, H. L.A. Hart, sendo seus principais alvos a concepção do Direito como um modelo puro de regras²⁰ e a tese da discricionariedade do julgador²¹. Para Dworkin, a

importância da satisfação do outro princípio. Disso extrai-se a regra constitutiva para sopesamentos: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2014, p. 141, 167). Em sua *Teoria do ordenamento jurídico*, Norberto Bobbio diz que a palavra princípios leva a engano, tanto assim que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para ele, não há dúvida de que os princípios gerais são normas como todas as outras. “[...] Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles; se abstraio da espécie animal obtenho animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso” (BOBBIO, 1995, p. 158-159). No entanto, na visão de Lenio Streck, os princípios gerais do Direito “*adquirem um significado apenas quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de se pressupô-lo como uma totalidade*. No mínimo, [...] podem servir – e têm servido cotidianamente – como um topos hermenêutico” (STRECK, 1999, p. 88). O modelo analisado aqui, contudo, trata de princípios constitucionais, que na expressão de Streck, ingressam no cenário jurídico para superar o paradigma da dedução, provocado pelo império das regras em um mundo de subsunções e deduções que não mais fazem do que reforçar a subjetividade (discricionariedade) do intérprete. São princípios que constituem o sentido da regra na situação hermenêutica gerada no Estado Democrático de Direito. “Não é um princípio geral do direito, um princípio bíblico, um princípio (meramente) político” (STRECK, 2008, p. 303).

¹⁸ A discussão sobre os *hard cases* teve início com as investigações de Herbert Hart e Ronald Dworkin acerca da objetividade do Direito, i.e., da sua capacidade de fornecer uma única resposta correta para cada caso que surgir sob a égide de seu domínio. Enquanto Dworkin advoga em favor da tese da única resposta correta, Hart se mostra mais cético em relação a essa possibilidade, sustentando que em certas situações o Direito se esgota sem fornecer uma única resposta correta.

¹⁹ Essa parte do trabalho sobre a diferença entre regras e princípios jurídicos, aqui revisada e ampliada, já foi publicada em um artigo próprio, cf. (ALBRECHT, 2014).

²⁰ Ao tratar sobre os diferentes modos de traçar a diferença entre regras e princípios, Hart raciocina que os críticos que o acusam de ignorar os princípios num sistema jurídico concordariam que há, pelo menos, dois aspectos dos princípios que os distingue das regras. “O primeiro é uma questão de grau: os princípios são, relativamente às regras, extensos, gerais ou não específicos, [...] O segundo aspecto reside em que os princípios, porque se referem mais ou menos explicitamente a um certo objetivo, finalidade, direito ou valor, são encarados, a partir de certo ponto de vista, como desejáveis de manter ou de ser objeto de adesão, e, por isso, não apenas enquanto capazes de fornecer uma explicação ou fundamento lógico das regras que os exemplificam mas também, pelo menos, enquanto capazes de contribuir para a justificação destas” (HART, 2001, p. 322).

²¹ No aspecto, a noção de discricionariedade vinculada à jurisdição aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas, em razão da indeterminação do direito, e das normas jurídicas de um ordenamento não cobrirem todas as hipóteses de aplicação, como nos “casos difíceis”, “daí o recurso à

concepção positivista do Direito²² como um modelo composto exclusivamente de regras não conseguiria justificar as decisões em “casos difíceis”, situação segundo a qual os juízes têm de exercer seu poder discricionário. Nesse caso, o juiz cria direito novo. Quando o juiz esgota as regras à sua disposição ele possui o poder discricionário no sentido de que ele “não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes” (DWORKIN, 2010, p. 55). Daí dizer que os tribunais são “as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas. Compete aos filósofos, caso estejam dispostos, a tarefa de colocar em prática as ambições do direito quanto a si mesmo, a forma mais pura dentro e além do direito que possuímos” (DWORKIN, 2003, p. 486).

Nessa premissa interpretativa, em oposição à tese da discricionariedade, Dworkin inclui o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. Os princípios vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não seriam suficientes para a solução do caso²³. Nas palavras de Lenio Streck, a

discricionariedade, poder ‘delegado’ aos juízes”. O fato é que, “no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço ‘não tomado’ pela ‘razão’; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz” (STRECK, 2014, p. 48, 72-73).

²² Segundo a perspectiva positivista, o sistema jurídico é, substancialmente, um sistema de regras que se podem identificar como regras jurídicas com base de sua validade e/ou eficácia. Por diversos motivos, tal sistema jurídico, na compreensão de Alexy, é sempre um sistema aberto, sobretudo, em razão da imprecisão da linguagem do Direito, a possibilidade de conflitos entre normas e a existência de casos não regulados. Se um caso cai em um espaço vazio do sistema jurídico que tampouco pode ser preenchido em forma intersubjetiva obrigatória com ajuda da metodologia jurídica, então, por definição, o julgador não está vinculado pelo sistema jurídico. Deve decidir por meio de fundamentos extrajurídicos, situação que se assemelha à do legislador (ALEXY, 1988, p. 139). Conforme Dworkin, o positivismo se apoia na tese que uma obrigação jurídica existe quando e somente quando uma regra de direito estabelecida impõe tal obrigação. Disso decorre que, em um caso difícil, quando é impossível encontrar tal regra estabelecida, não existe obrigação jurídica enquanto o juiz não criar uma nova regra para o futuro. O juiz pode aplicar essa nova regra às partes em litígio, mas isso é legislar *ex post facto* e não tornar efetiva uma obrigação já existente (DWORKIN, 2010, p. 70-71).

²³ Em contraponto à tese de Dworkin de que os princípios servem para “fechar” o espaço da discricionariedade que no modelo positivista de regras o juiz disporia para decidir, Marcelo Neves diz que a mesma se constitui uma ilusão principiológica, ao argumento de que “o problema não reside na discricionariedade, mas sim na forma seletiva de estruturação da complexidade”. Isso porque, segundo ele, nos procedimentos normativos já há uma estruturação seletiva de expectativas normativas na sociedade sobre as quais são os direitos e os deveres, além da interpretação dos textos constitucionais e legais e sua concretização que implicam em nova seleção para definir-se quais são os deveres e direitos instituídos na Constituição e nas leis. Por isso, argumenta Neves, não se trata de uma questão de discricionariedade nem de única resposta correta, pois avalia que os princípios, no processo de concretização da Constituição, além de ter maior capacidade de estruturar a complexidade desestruturada do espaço do sistema jurídico, eles enriquecem a cadeia argumentativa do ponto de vista interno do direito, possibilitando uma maior adequação do argumentar jurídico à complexidade da sociedade. Nesse espaço, as regras, por sua vez, reduzem a complexidade dos princípios, possibilitando passar do estágio de incerteza inicial para a certeza final do procedimento de solução do caso (NEVES, 2013, p. 56-58).

normatividade assumida pelos princípios em Dworkin possibilitaria um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem hermenêutica contra discricionariedades judiciais. Isso porque ela retira seu conteúdo normativo “de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política existente” (STRECK, 2014, p. 67). Com efeito, além de um modelo de e para um sistema de regras o direito é composto também por princípios jurídicos que servem como padrões de orientação aos juízes, atribuindo-lhes traço distintivo daquelas²⁴. Os critérios para a distinção entre regras e princípios jurídicos devem ser submetidos a tese da separação qualitativa entre os dois níveis desenvolvida por Dworkin e Alexy. Ela indica que a diferença entre ambas as espécies de normas tem natureza lógica e pode ser definida pela natureza da orientação que oferecem para o caso. Isto é, apesar de os dois tipos de normas apontarem para decisões particulares sobre a obrigação jurídica em circunstâncias específicas, distinguem-se quanto à natureza da orientação que propõem. Sua forma lógica trataria dos argumentos, ou seja, das conclusões a que se chega por intermédio da apresentação de evidências que as sustentam.

A distinção entre as regras e os princípios a partir do caráter lógico, segundo Dworkin, reside no modo de aplicação diferenciado entre ambas as espécies de normas e no caso de conflito de regras e de colisão de princípios. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada (*all-or-nothing fashion*), isto é, possuem apenas dimensão de validade, pois dados os fatos que uma regra estipula ou a regra é válida e, portanto, aceita, ou não é válida, não contribuindo para a decisão (DWORKIN, 2010, p. 39). Dito de outro modo, as regras simplesmente se aplicam ou não se aplicam aos casos concretos para os quais foram instituídas. Ou, se uma regra é válida e absolutamente aplicável a um caso dado, então ela “obriga”, isto é, determina de forma conclusiva o resultado jurídico ou a consequência.

Os princípios, ao contrário das regras, não determinam obrigatoriamente a decisão a ser tomada, mas contêm os fundamentos que apontam a favor de uma ou outra decisão, embora não prescindam passar por um processo de interpretação sobre as condições presentes no caso, pois pode haver outros princípios que apontem uma

²⁴ Dworkin esclarece que existem também políticas e outros tipos de padrões, sendo que as políticas estabelecem um objetivo a ser alcançado, em geral, melhoria em determinado aspecto econômico, político ou social da comunidade. Já “princípio” é um padrão que deve ser observado porque é “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade” (DWORKIN, 2010, p.36).

direção oposta. Além disso, eles possuem uma dimensão de peso ou importância ausente nas regras, sendo essa dimensão uma parte integrante do conceito de princípio.

No caso de colisão entre princípios aquele que vai resolver o conflito no caso concreto tem que levar em conta a força relativa de cada um. O de força maior supera o outro sem no entanto eliminá-lo do ordenamento jurídico. O princípio afastado, embora não logrando determinar a decisão, sobreviverá intacto ao ser utilizado noutros casos em que possa prevalecer em concorrência com qualquer outro princípio de menor peso. A pergunta inescapável é: como mensurar o peso com precisão para chegar à plenitude da força maior de um princípio sobre outro em determinado caso? Dworkin reconhece que o julgamento que determina que um princípio é mais importante que outro (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), por certo será, com frequência, objeto de controvérsia. Contudo, o autor argumenta que a dimensão de peso e importância está inserida na própria definição do conceito de princípio, de sorte que faz sentido perguntar que peso ele tem e quão importante ele é (DWORKIN, 2010, p. 42-43).

De semelhante modo, pretendendo emprestar sustentabilidade a esse argumento, Alexy sublinha que a cláusula “dentro das possibilidades jurídicas” inserta na própria definição do conceito de princípio defende aquilo que é exigido por um princípio foi introduzido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. Exemplificando, destaca: “O sopesamento constitucional não diz respeito à importância que alguém confere à liberdade de imprensa ou à segurança nacional, mas à definição de qual *deve ser* a importância que se deve conferir a ambas” (ALEXY, 2014, p. 168-169).

As regras ou são válidas ou inválidas, mas não têm essa dimensão de peso ou importância. Uma regra jurídica pode ser mais importante que outra por desempenhar papel maior na regulação do comportamento. Mas, segundo Dworkin, não se pode dizer que uma é mais importante que outra enquanto integrantes do mesmo sistema de regras. Tanto que “se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida (DWORKIN, 2010, p. 43). Para saber qual das regras é válida e qual deve ser reformulada e abandonada deve-se recorrer a questões que vão além das próprias regras.

Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau

superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (DWORKIN, 2010, p.43).

Dworkin reconhece, todavia, que a forma de um padrão num sistema jurídico nem sempre deixa claro se ele é um princípio ou uma regra. Em muitos casos é difícil estabelecer a distinção pelo fato talvez de não ter sido firmado de que modo o padrão deve funcionar. Às vezes, regras e princípios podem desempenhar papéis parecidos e a diferença entre os dois níveis de normas reduz-se quase a uma questão de forma. É o caso, por exemplo, de regras contendo termos vagos, como razoável, negligente, injusto e significativo. Mas, mesmo que o emprego dessas palavras faz essa regra se parecer mais a um princípio, não se trata de uma regra que se transforma em princípio, “pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o ‘tipo’ de princípios e políticas dos quais pode depender a regra” (DWORKIN, 2010, p. 45).

Assim, os princípios jurídicos identificados como tipos particulares de padrões diferentes de regras atuam de modo mais vigoroso nos casos judiciais difíceis. Os princípios têm um papel essencial e determinante nos argumentos que sustentam as decisões acerca de direitos e obrigações jurídicos particulares²⁵.

Revela anotar, entretanto, que o método de aplicação das regras ao modo tudo ou nada como critério de distinção entre regras e princípios é alvo de algumas objeções. Uma das críticas é formulada por Humberto Ávila, alegando que as regras não são aplicadas seguindo o modelo “tudo ou nada”, uma vez que devem passar por um processo interpretativo tanto quanto os princípios. Entende que a implementação de consequência predeterminada, característica específica das regras, só poderia surgir após sua interpretação. A partir disso é que podem ser entendidas as consequências que serão supostamente realizadas, no caso de sua aplicação em um caso concreto. Significa dizer que a distinção entre princípios e regras “não pode ser baseada no suposto método ‘tudo ou nada’ de aplicação das regras, pois elas também precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas” (ÁVILA, 2001, p. 14).

²⁵ A força dos princípios nos argumentos que sustentam as decisões judiciais complexas é ilustrada por Dworkin com o caso *Riggs vs. Palmer*, julgado em 1889, por um tribunal de Nova Iorque, no qual o herdeiro nomeado no testamento de seu avô não recebeu a herança por tê-lo assassinado com esse objetivo. Como fundamento de decisão o tribunal citou o princípio de que “nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos como parâmetro fundamental, à luz do qual se pode ler a lei sobre os testamentos e, assim procedendo, justificou uma nova interpretação da lei” (DWORKIN, 2010, p. 46).

Não são muito diferentes as observações de H. L. A. Hart ao considerar incoerente a posição de Dworkin acerca da aplicação no modo tudo ou nada das regras. Aponta a incoerência nos exemplos mais antigos do filósofo norte-americano, como o caso *Riggs vs. Palmer*²⁶, no qual foi aplicado o princípio de que não pode admitir-se a uma pessoa que se aproveite de seu próprio ato ilícito, não obstante a linguagem clara das regras legisladas que regulavam o efeito de um testamento, a fim de impedir que um assassino herdasse por força do testamento da vítima. Para Hart, este é um princípio que prevalece em concorrência com uma regra, “mas a existência de tal concorrência mostra seguramente que as regras não têm um caráter de tudo-ou-nada, uma vez que são passíveis de entrar num tal conflito com princípios, que as podem superar” (HART, 2001, p. 324).

Não obstante considere demasiado simples o modelo teorizado por Dworkin de que as regras, se válidas, devem ser aplicadas do modo tudo ou nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, Alexy parte do pressuposto similar ao de Dworkin de que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não de grau. Complementou essa ideia e desenvolveu principalmente a concepção de princípios como mandamentos de otimização, que representa o núcleo essencial da ponderação.

1.2.1 Do imperativo de otimização dos princípios

Para Alexy, o ponto decisivo da distinção entre regras e princípios é que os princípios jurídicos são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios, por conseguinte, são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização podem ser satisfeitos em graus variados. A razão da medida devida de sua satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas quando de sua aplicação efetiva, cujo

²⁶ Para Noel Struchiner, ao fazer uso de exemplos como o caso *Riggs vs. Palmer* Dworkin indica que está atrelando a dimensão de precisão ou especificidade à dimensão de peso. Sustenta, todavia, não existir “uma relação necessária entre a falta de precisão e o peso de uma prescrição, ou entre a clareza da prescrição e o modo de aplicação tudo ou nada. As regras de trânsito muitas vezes são extremamente precisas e mesmo assim não são aplicadas de uma maneira tudo ou nada. Por outro lado, o preceito constitucional que proíbe o tratamento desumano ou degradante é extremamente vago. Não obstante, uma vez determinado que um certo tipo de comportamento configura um tratamento cruel e desumano, o preceito se aplica de uma maneira tudo ou nada” (STRUCHINER, 2005, p. 141).

âmbito destas é determinado pelos princípios e regras colidentes²⁷. Possibilidades fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser avaliado quando diante de fatos; jurídicas (normativas), porque o emprego dos princípios necessita dos princípios e regras que a eles se contrapõem.

No caso das regras ocorre o contrário. As regras são normas que são satisfeitas ou não satisfeitas. A regra válida exige que se faça o que ordena, contendo, portanto, determinações na esfera daquilo que é fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, mandamentos definitivos. Diz Alexy: a distinção entre regras e princípios é uma distinção de caráter qualitativo e não de grau, pois permite distinguir um e outro com precisão. Com efeito, toda norma é uma regra ou um princípio. Para o autor, a diferença entre ambos adquire maior nitidez nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas se aplicadas isoladamente conduziram a resultados inconciliáveis entre si, isto é, a dois juízos concretos de dever ser jurídico contraditórios. E sua distinção se dá pela forma de resolução do conflito (ALEXY, 2014, p. 92).

Segundo Alexy, a solução do conflito entre regras é possível somente se introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras, ou se uma das regras for declarada inválida, caso em que deve ser extirpada do ordenamento jurídico. Se em um determinado caso, porém, verifica-se a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas contraditórias entre si sem que seja possível eliminá-las por meio de uma cláusula de exceção, uma delas deve ser declarada inválida. Isso ocorre porque o problema está localizado no plano da validade jurídica e este conceito não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é, sentencia o autor. Este problema, diz ele, pode ser resolvido por meio de regras buscadas no sistema, utilizando-se de critérios como o cronológico, *lex posterior derogat legi priori*, o critério da especialidade, *lex*

²⁷ Nesse particular, Alexy acentua ser necessário distinguir dois casos de restrição à realização ou à satisfação dos princípios por meio de regras: “(1) A regra *R*, que restringe o princípio *P*, vale estritamente. Isso significa que vale uma *regra* de validade *R'*, que diz que *R* tem precedência em relação a *P*, independentemente de se saber o quão importante é a realização de *R*; (2) *R* não vale estritamente. Isso significa que vale um *princípio* de validade *P'*, que permite, em determinadas situações, que *P* supere ou restrinja *R*. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o cumprimento de *P* é, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio *PR*, que *materialmente* sustenta *R*, pois isso faria com que *P'* não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma questão de relação entre *P* e *PR*. *P'* desempenha um papel se para a determinação de precedência de *P* não somente se exija que *P* preceda o princípio *PR*, que *materialmente* sustenta *R*, mas também que *P* seja mais forte que *PR* em conjunto com o princípio *P'*, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente *R'*”, cf. nota 24, (ALEXY, 2014, p. 90).

specialis derogat legi generali, isto é, entre duas disposições da mesma escala na hierarquia das fontes prevalece a específica e não a genérica ou, ainda, proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O determinante é que a decisão é uma decisão sobre validade²⁸.

Já se dois princípios entram em colisão um deles terá que ceder. Por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e é permitido de acordo com outro princípio não é necessário que o princípio cedente seja declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que “nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência” (ALEXY, 2014, p. 94). Em outras palavras, a realização completa de um determinado princípio muitas vezes é obstada pela efetivação de outro princípio. Dessa forma, a colisão entre princípios deve ser resolvida, no caso concreto, por meio de um sopesamento para se chegar a um resultado ótimo. O objetivo do sopesamento, sustenta Alexy, é definir qual dos interesses conflitantes que abstratamente estão no mesmo nível tem maior peso no caso concreto (intensidade da intervenção e o peso e a urgência das razões que a justificam). Dessa referência decorre uma regra que é constitutiva para todos os tipos de sopesamento de princípios. Essa regra implica em uma *lei do sopesamento* que pode ser formulada como segue:

“Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2014, p. 167).

Isso significa que para se chegar a um resultado ótimo faz-se necessário, muitas vezes, restringir a realização de um dos princípios. Ou seja, um princípio limita as possibilidades jurídicas da concretização do outro. No caso concreto essa situação consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, fixando “condições” sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão seja resolvida de maneira oposta.

²⁸ Alexy traz um exemplo de conflito entre regras que o Tribunal Constitucional Federal decidiu exatamente nesse sentido, com base na norma sobre conflitos do art. 31 da Constituição alemã (“o direito federal tem prioridade sobre o direito estadual”). Trata-se da ordenação sobre o horário de trabalho. O conflito surgiu da incompatibilidade entre a lei federal e a lei estadual sobre o horário de funcionamento do comércio. Enquanto a legislação federal permitia a abertura das lojas entre 7 e 19h nos dias úteis, a lei do Estado de Baden, entre outras coisas, proibia a abertura das lojas às quartas-feiras, após às 13h. As duas regras não podiam valer ao mesmo tempo, do contrário a abertura do comércio nas tardes de quartas-feiras seria tanto permitida quanto proibida. “A possibilidade de considerar a cláusula da lei estadual como uma exceção ao direito federal estava excluída, em face do disposto no art. 31 da Constituição. Nesse sentido, restou apenas a possibilidade de declaração de nulidade da norma de direito estadual” (ALEXY, 2014, p. 93).

Nesse contexto, Alexy explica que a base do argumento de princípio forma a distinção entre regras e princípios, apontando, em síntese, que:

Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm em dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quiser aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma de aplicação de regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever *prima-facie* (...). Eles colidem com outros princípios. A forma de aplicação ideal para eles é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo (ALEXY, 2008a, p. 37)²⁹.

Com efeito, o critério utilizado por Alexy, mostrando que entre regras e princípios existe uma diferença de natureza qualitativa e não meramente de grau ou quantitativa indica uma característica importante do distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios, cujo modelo concentra-se na justificação dos princípios. O esclarecimento sobre o caráter *prima facie* é tarefa do próximo passo.

²⁹ Na pretensão de tornar mais operacional a distinção entre regras e princípios, Ana Paula de Barcellos propõe dois critérios suplementares: o primeiro relaciona-se à relativa indeterminação de seus efeitos e o segundo refere-se à multiplicidade de meios aptos para alcançá-los. Com relação ao primeiro critério, a título de exemplo, a autora usa o princípio da dignidade da pessoa humana, sobre o qual haverá opiniões diversas acerca dos efeitos da dignidade, donde conclui que os efeitos que um princípio pretende produzir irradiam-se de um núcleo básico determinado. Mas, a partir desse núcleo, esses efeitos vão tornando-se indeterminados por razões que variam em função de concepções políticas, ideológicas, religiosas, filosóficas etc., ou “porque há uma infinidade de situações não previstas, e a rigor indetermináveis, às quais seu efeito básico poderá se aplicar” (BARCELLOS, 2002, p. 53). Além dessa indeterminação dos efeitos naquilo que transborda o núcleo essencial do princípio, o segundo critério de distinção “consiste em que, muitas vezes, ainda que o efeito pretendido por uma norma seja determinado [...], os meios para atingir tal efeito são múltiplos” (BARCELLOS, 2002, p. 54). A autora traz como exemplo a norma constitucional acerca do pleno emprego. Embora a norma seja bastante clara quanto aos efeitos pretendidos, qual seja, que todos tenham um emprego, esse resultado, em tese, pode ser atingido de várias maneiras, tais como a abertura de frentes de trabalho ou de incentivo a pequenas e médias empresas, entre outras. Conforme Ana Paula de Barcellos, a presença de diversos meios para atingir o fim pretendido seria uma característica dos princípios. Virgílio Afonso da Silva assegura, todavia, que a multiplicidade de meios para atingir os efeitos pretendidos indicada por Ana Paula de Barcellos é *uma característica apenas parcial* dos princípios, pois somente aplicável ao campo positivo deles, estando ausente no seu âmbito negativo (direito de defesa). Nos casos de direitos fundamentais que são essencialmente direitos de defesa, como a liberdade de manifestação de pensamento, “*ainda que se trate de um princípio*, não há que se falar em ‘multiplicidade de meios para atingir os efeitos pretendidos’. E se essa característica não é uma característica imprescindível dos princípios, não pode ela ser usada como critério para distingui-los das regras” (SILVA, 2003, p. 625).

1.2.2 Da especificidade *prima facie* das regras e dos princípios

Os princípios não contêm um carácter de definitividade e subsunção como as regras. Portanto, eles não dispõem da extensão de seu conteúdo em face de seus princípios colidentes e das possibilidades fáticas, mas determinam que algo seja realizado na maior medida possível, levando em conta as possibilidades jurídicas e fáticas presentes no caso concreto³⁰. Assim, os princípios não possuem um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Os princípios representam razões que podem ser deslocadas por razões opostas, cuja forma pela qual deve ordenar essa relação de razão e contrarrazão não é determinada pelo próprio princípio. As regras, ao contrário, possuem uma determinação da extensão de seu conteúdo na esfera das possibilidades fáticas e jurídicas. Se essa determinação não falhar, “vale definitivamente aquilo que a regra prescreve” (ALEXY, 2014, p. 104).

A par disso, em um primeiro momento pode-se visualizar que os princípios têm sempre um mesmo carácter *prima facie* e as regras um carácter definitivo. As regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção, um direito definitivo, portanto³¹. Já os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”. Impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, levando em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica³². Contudo, o modelo apresentado por Alexy difere

³⁰ As possibilidades jurídicas da realização de um princípio “são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios” (ALEXY, 2009, p. 85).

³¹ Para confirmar a natureza definitiva desse direito, J. J. Gomes Canotilho traz, à guisa de exemplo, o enunciado do art. 25.º/2 da Constituição portuguesa (CRP), segundo o qual “ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”. Trata-se, “*de uma regra consagrada de um direito definitivo: o indivíduo tem direito, sempre e sem exceção, à integridade moral e física; por consequência, proíbe-se, sempre e sem qualquer exceção, a prática da tortura, de tratos ou a sujeição a penas cruéis, degradantes ou desumanas*” (CANOTILHO, 2003, p. 1123).

No aspecto, similar é o comando do inciso III, art. 5º da Constituição brasileira (CRFB): “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Trata-se de comando definitivo do dispositivo. Nenhuma margem para ressalvas.

³² Dessarte, Canotilho explica que quando no art. 47º da CRP se garante a liberdade de escolha de profissão “salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”, se está diante de uma dimensão principal: “a liberdade de escolha não se impõe em termos absolutos, dependendo de condições fáticas e jurídicas (assim, um jovem invisual pode ter acesso à universidade para obter a licenciatura em direito, mas pode já existir a ‘não possibilidade’, em virtude da sua deficiência física, de acesso ao curso de medicina)” (CANOTILHO, 2003, p. 1123). Assim, também, por ex., quando no art. 5º, XIII, da CRFB se assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, deparamos com uma dimensão

daquele defendido por Dworkin, para quem as regras válidas devem ser aplicadas de modo tudo ou nada, ao passo que os princípios contêm razões que indicam uma direção, sem ter, necessariamente como consequência determinada decisão.

O modelo diferenciado proposto por Alexy, cujo caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido também no âmbito dessa estrutura, deriva da possibilidade de se introduzir uma cláusula de exceção em uma regra para a decisão de um caso concreto. Esse mecanismo determinaria a perda de seu caráter definitivo à maneira tudo ou nada sustentado por Dworkin, segundo a qual no caso de conflito entre regras uma delas deve ser considerada inválida. Assim como uma cláusula de exceção pode ocorrer também em virtude de princípios.

Todavia, o caráter *prima facie* que uma regra adquire ao perder seu caráter definitivo é distinto do caráter *prima facie* de um princípio. A este, ao ceder lugar em um determinado caso, é atribuído um peso maior a um outro princípio antagônico. Enquanto que uma regra não é superada simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário que sustenta a regra. Para que uma regra seja superada nessas condições é necessário que sejam superados também os princípios que determinam que as regras criadas pelas autoridades legitimadas devem ser seguidas. Segundo Alexy, esses princípios devem ser denominados “princípios formais”. Eles se referem à dimensão real ou fática do direito. Em um sistema jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. “Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios - o que teria como consequências o fim da validade das regras enquanto regras - é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*” (ALEXY, 2014, p. 105)³³.

Nessa dimensão, Alexy mostra que o que diferencia os princípios das regras é o fato de que esses serão sempre razões *prima facie*, enquanto que as regras, se não houver cláusula de exceção, serão razões definitivas. Ele considera ainda as regras e os princípios como razões para normas e os princípios, indiretamente, também razões para ações, bem como podem servir de razões para decisões concretas tanto quanto as regras,

determinante: o livre exercício não se impõe em termos absolutos, sujeitando-se às condições fáticas e jurídicas. Desse modo, para exercer a profissão de advogado o Bacharel em Direito, v. g., tem de se submeter ao Exame de Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), exigência da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

³³ Para Habermas, dizer que uma norma valha *prima facie* significa apenas que ela foi fundamentada de modo imparcial e “para que se chegue à decisão válida de um caso, é necessária a aplicação imparcial. A validade da norma não garante por si só a justiça no caso singular” (HABERMAS, 2003, p. 270).

proibido e permitido, isto é, para juízos concretos de dever ser. Se considerados isoladamente, porém, os princípios conferem apenas direitos *prima facie*. Daí Alexy dizer que:

Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma regra. Nesse sentido é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas (ALEXY, 2014, p. 108).

Com efeito, Alexy busca demonstrar que os princípios jurídicos são apenas razões diretas para regras e, de forma indireta, são razões de juízos concretos do dever ser. As regras, ao contrário, poderão operar sempre como fundamento imediato de uma decisão. Nessa medida, quando da aplicação de princípios jurídicos como forma de resolução de casos concretos, em face da indeterminação semântica, sua máxima qualificação *prima facie* “seria flexibilizada em consideração a outras razões *prima facie* derivadas de outros princípios jurídicos envolvidos. Assim, as razões *prima facie* dos princípios jurídicos, da máxima realização da ordem, seriam realizadas na prática de maneira gradual” (MORAIS; TRINDADE, 2012, p. 153). A exigência de aplicação máxima imposta aos princípios jurídicos implica a provocação frequente de colisão entre seus comandos, que deve ser resolvida por meio de sopesamento para possibilitar o alcance de um resultado ótimo.

Conforme Alexy, as colisões surgem no momento da passagem do mundo do dever ser ideal para o dever ser definitivo ou real. A solução da colisão está no estabelecimento de uma relação de *precedência condicionada* entre os princípios que fixará qual prevalecerá no caso concreto. Os princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto ao interesse coletivo. O resultado ótimo dependerá sempre das variáveis do caso concreto. Por isso não há que se falar que um princípio P_1 sempre prevalecerá sobre o princípio P_2 , mas sim em prevalência (**P**) do princípio P_1 sobre o princípio P_2 diante das condições (C): $(P_1 \mathbf{P} P_2) C^{34}$.

³⁴ Essa fórmula proposta por Alexy para explicar a importância fundamental do conceito de relação de precedência condicionada para compreensão das colisões entre princípios, significa que o primeiro princípio (P_1) prevalece sobre o segundo (P_2), se presentes o conjunto de condições C . Segundo Alexy, “ C ” é a condição de uma relação de precedência e, na formulação da regra, se uma ação h preenche C ,

Partindo dessa premissa, Alexy formula uma lei acerca da conexão entre as relações de preferências condicionadas e regras, denominada “*lei de colisão*”, um dos fundamentos de sua teoria dos princípios, assim representada:

“Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica:

$C \rightarrow R$ ” (ALEXY, 2014, p. 99).

A equação em formato menos técnico:

“As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio de precedência” (ALEXY, 2014, p. 99).

Assim, se nas circunstâncias concretas se demonstrar, por exemplo, a alta possibilidade de o julgamento público de um indivíduo pôr em risco o seu direito à vida (risco de enfarte, por exemplo), a ponderação racional de bens, neste caso, justificará o adiamento da audiência e julgamento. Nessa hipótese, colidem os direitos à vida e à incolumidade física (direito individual) com o princípio da garantia da operacionalidade da justiça penal (princípio vinculado a um interesse coletivo). Nesse caso, o direito à vida, à luz das circunstâncias concretas, tem um peso definitivamente maior do que a ação penal. Em outras situações, como a do caso Lebach³⁵, dois princípios igualmente relevantes são contrapostos: um garante um direito *prima facie* à proteção da

então h é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, C é o pressuposto do suporte fático de uma regra. O autor traz o exemplo da incapacidade para participar de audiência processual, chamado de P_1 (direito à vida e à integridade física) e P_2 (operacionalidade do direito penal). Essa colisão é resolvida por meio de uma relação de precedência \mathbf{P} e C para as condições que um princípio tem precedência em face do outro (cf. ALEXY, 2014, p. 96 e ss.).

³⁵ No caso Lebach colidiam dois valores (princípios) igualmente relevantes: da proteção da personalidade e da liberdade de informação. Diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, na decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfGE 35, 202 (219) o princípio da proteção da personalidade, de índole individual, obteve melhor ponderação do que o princípio da liberdade de informar, de índole coletiva (ALEXY, 2014, p.114; 160). Tratava-se do caso de quatro soldados do grupo de guarda de um depósito do Exército que haviam sido assassinados, e armas haviam sido subtraídas, na cidade de Lebach. Os autores principais foram condenados à prisão perpétua e o partícipe a seis anos de reclusão. Dois anos depois, a emissora de televisão alemã ZDF anunciou a exibição de um documentário intitulado “O assassinato dos soldados de Lebach”. O preso que estava prestes a lograr livramento condicional ingressou com uma ordem proibitória de exibição do documentário, aduzindo que seu direito individual à personalidade seria ferido, prejudicando sua ressocialização. No caso, o Tribunal Constitucional resguardou o direito geral da personalidade porque ali havia uma lesão capaz de associar, de modo permanente, o criminoso a essa condição. Tratou-se, portanto, de uma questão de intensidade do ato que interferiu na evolução da personalidade.

personalidade, o outro, um direito *prima facie* à liberdade de informar. Na decisão do Tribunal Constitucional Federal prevaleceu a proteção do princípio da personalidade.

Observe-se que o juízo de ponderação e a valoração de prevalência se efetiva no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto. Conforme Canotilho, isso aponta para a necessidade de as regras de direitos fundamentais em conflito serem construídas com base na harmonização de direitos e, quando necessário, na prevalência de um direito ou bem jurídico em relação a outro ($D_1 P D_2$). Uma eventual relação de prevalência, todavia, só se poderá determinar em face das circunstâncias concretas, “pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro ($D_1 P D_2$) C, ou seja, um direito (D_1) prefere (P) outro (D_2) em face das circunstâncias do caso (C)” (CANOTILHO, 2003, p. 1140). Por outras palavras, de um enunciado de preferência por uma relação condicionada de precedência origina-se uma regra que diante da condição de precedência prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente.

A lei da colisão reflete, portanto, o caráter dos princípios como imperativos de otimização que devem ser realizados na melhor medida possível, de acordo com a situação fática e o contexto jurídico respectivos, indicando a inexistência de relação absoluta de precedência.

Não obstante, a questão dos princípios serem definidos como deveres de otimização e, por isso, seu conteúdo deve ser aplicado na máxima medida, na observação de Humberto Ávila, merece temperamentos. Isso porque, para demonstrar esse conteúdo, segundo ele, necessário se faz investigar quais as espécies de colisão entre os princípios, já que se relacionam de diversos modos. Os princípios estipulam *fins* a serem perseguidos sem determinar, de antemão, quais os meios a serem escolhidos. Assim, por exemplo, quando a realização do fim estabelecido por um princípio sempre levar à efetivação do fim estipulado pelo outro “não há o dever de realização ‘na máxima medida’, mas o dever de realização estritamente necessária à implementação do fim instituído pelo outro princípio” (ÁVILA, 2001, p.16). Vale dizer, na “medida necessária”.

Nesse particular, alinhando seu pensamento ao construto teórico de Alexy, Virgílio Afonso da Silva não ampara tal entendimento de Ávila por considerar que no momento da aplicação concreta dos princípios o dever definitivo poderá distinguir-se do

dever *prima facie* expressado pelos princípios isoladamente considerados, afirmando que:

Aquele dever definitivo terá, sim, que ser realizado “no todo”, mas isso não significa que a distinção entre regras e princípios seja afetada, pois não é o “conteúdo de dever-ser” *dos princípios* que estará sendo realizado “no todo”, mas somente o “conteúdo de dever-ser” *de uma regra* que terá surgido como produto do sopesamento entre princípios colidentes e que, frise-se, valerá somente para aquele caso concreto ou para casos cujas possibilidades fáticas e jurídicas sejam idênticas. O dever que os princípios expressam continuará sendo um dever apenas *prima facie*, a ser realizado na medida ótima diante das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto (SILVA, 2003, p. 622).

Para exemplificar esse traço, Silva usa eventual proibição por um juiz de publicar um determinado livro por entendê-lo incompatível com a proteção constitucional à honra de alguém *vs.* liberdade de expressão, princípio igualmente protegido constitucionalmente. Neste caso teríamos, de um lado, a liberdade de expressão e, do outro lado, o direito à honra, que devem ambos ser realizados na máxima medida dentro das condições fáticas e jurídicas existentes. Segundo o autor, é esse o seu “conteúdo de dever-ser”, o seu dever *prima facie*. No caso concreto, assinala, após sopesamento entre ambos, diante das condições fáticas e jurídicas, dadas as condições x, y e z presentes no caso em questão, concluiu-se que o direito à honra deveria prevalecer sobre a liberdade de expressão. Desse procedimento de ponderação (ou sopesamento) resulta uma *regra*, aplicável ao caso concreto, cujo enunciado seria: ‘dadas as condições x, y, e z, o direito à honra prevalece sobre a liberdade de expressão’³⁶. “É essa a regra que deverá ser realizada ‘no todo’. Mas ela não se confunde com o ‘conteúdo de dever-ser’ dos princípios, já que aplicável somente no caso concreto. O ‘conteúdo de dever-ser’ dos princípios continua sendo *prima facie* e, por isso, realizável em medidas diversas” (SILVA, 2003, p. 622-623).

Cumprir assinalar, no entanto, que a tese da otimização foi alvo de inúmeras críticas. Uma das mais importantes objeções, formulada por Habermas, alega que o modelo de princípios baseado na otimização retira força dos direitos fundamentais:

“Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de

³⁶ Nessa situação, se o direito à honra for substituído por *P1*, liberdade de expressão por *P2* e as condições x, y e z por *C*, tem-se a fórmula proposta por Alexy: (*P1 P P2*) *C*. Isso significa que o primeiro princípio *P1* prevalece sobre o segundo *P2*, se presentes as condições *C* (ALEXY, 2014, p. 96-97).

otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa *realização* concretizadora *de valores*, referida a casos” (HABERMAS, 2003, p. 315).

Essa “ponderação orientada por um fim” implicaria perda de solidez dos direitos fundamentais, que só é garantida por meio de uma estrutura deontológica (estrutura de regras). O caráter principiológico demoliria essa proteção: “No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito” (HABERMAS, 2003, p. 321). Além disso, o sopesamento implicaria o risco de os direitos fundamentais sofrerem de juízos irracionais, “uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários” (HABERMAS, 2003, p. 321-322).

Em resumo, Habermas considera que os direitos fundamentais seriam flexibilizados ao serem transformados em mandamentos de otimização e ameaçados de desaparecer em razão do sopesamento irracional. Além do mais, os direitos fundamentais enquanto princípios produziram seus efeitos por todo sistema jurídico de tal modo a reduzir o espaço de conformação do legislador democraticamente legitimado. Sua atividade esgotar-se-ia na mera constatação daquilo que foi decidido pela constituição, incrementando, assim, indevidamente o ativismo da função jurisdicional³⁷.

A questão a ser examinada é como são solucionados os casos de colisões de direitos fundamentais à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy aqui delineada, com suporte na teoria da argumentação jurídica desenvolvida por ele, promovendo uma interlocução com o pensamento de Chaïm Perelman sobre a argumentação racional que permeia o Direito e a Justiça. Cuida-se também analisar se o método da ponderação aplicável nos casos concretos entre princípios constitucionais colidentes seria sustentável e suas objeções superadas ou seria um mero álibi retórico para o exercício do discricionarismo judicial. É nesse contexto que a discussão é estabelecida sobre

³⁷ Este é o cerne da crítica de Ernst-Wolfgang Böckenförde, que se refere principalmente à associação entre o sopesamento e o perigo de excesso dos direitos fundamentais, os quais transformar-se-iam em “princípios supremos da ordem jurídica” (ALEXY, 2014, p. 577-578).

ponderação e racionalidade da decisão judicial em circunstâncias concretas de colisão de direitos fundamentais³⁸, situação que conduz ao próximo passo dessa análise, a saber, o papel da argumentação no cerne estrutural da ponderação.

³⁸ Na concepção de Vieira de Andrade haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta. “A esfera de proteção de um direito é constitucionalmente protegida em termos de intersectar a esfera de outro direito ou de colidir com uma outra norma ou princípio constitucional” (ANDRADE, 2004, p. 321-322). As colisões e restrições nascem “porque o exercício de um direito fundamental entra em conflito com o outro ou com outros preceitos constitucionais (bens jurídicos-constitucionais) (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 162).

2 A ESTRUTURA DA PONDERAÇÃO E A ARGUMENTAÇÃO RACIONAL

No constitucionalismo contemporâneo é cada vez mais reconhecido que o sistema jurídico é constituído por dois tipos básicos de normas: regras e princípios³⁹. Sua aplicação se dá por meio de dois procedimentos diferentes: subsunção e ponderação. Enquanto regras são aplicadas por meio de subsunção do caso à norma, ponderação é o meio de aplicação dos princípios. No mundo jurídico ocidental, na prática atual de muitas cortes constitucionais a ponderação desempenha um papel central como um procedimento orientado à resolução de problemas atinentes aos direitos fundamentais. A ponderação tornou-se assim critério metodológico essencial para o julgamento em situações concretas de colisão de direitos fundamentais com outros direitos fundamentais ou com outros princípios de hierarquia também constitucional.

Não obstante, o recurso à ponderação (sopesamento) está no centro de muitas discussões teóricas e práticas e é constantemente criticado no debate jurídico internacional e nacional. Uma das mais importantes questões é saber se a ponderação é um procedimento racional para aplicação de normas ou um mero recurso teórico útil para justificar qualquer decisão judicial. “Esta é uma questão jurídico-filosófica” (PULIDO, 2003, p.1). A ponderação tem grande influência sobre uma segunda questão que é relevante sob o ponto de vista da realização da justiça na situação concreta de uma decisão de direitos fundamentais colidentes.

Essas questões envolvem, necessariamente, o debate sobre como se aplica a ponderação, que é um aspecto requerido por um princípio mais abrangente, nomeadamente o princípio da proporcionalidade e sua vinculação com a argumentação racional.

³⁹ A estrutura de regras e princípios tem sido um dos temas mais debatidos e discutidos pela teoria e pela filosofia do direito nas últimas décadas (SOLANO, 2013, p. 26). Os teóricos mais expoentes são Robert Alexy e Ronald Dworkin. A teoria dos princípios de Robert Alexy, cujo cerne está na ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) nos casos concretos de colisão de direitos fundamentais, tem exercido forte influência no campo na filosofia do direito e no constitucionalismo contemporâneo. A proporcionalidade foi exportada “para várias partes do mundo, inclusive para os países da Península Ibérica, que determinaram em larga medida, mas não exclusivamente, suas formas de recepção no Brasil e em outros países da América Latina” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 168).

2.1 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E O SOPESAMENTO

A proposta teórica de Robert Alexy apresenta a proporcionalidade como um sistema estruturante à aplicação e fundamentação das normas de direitos fundamentais que têm caráter de princípios. O significado da distinção entre regras e princípios resulta no entendimento da existência de uma conexão estreita entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Se há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, significa dizer que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Ou seja, a proporcionalidade resulta logicamente da natureza dos princípios. Assim, sustenta o autor, se a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a aplicação do sistema da proporcionalidade requer sejam observadas as suas três máximas parciais que a compõem: (i) da adequação; (ii) da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e (iii) da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito).

Direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são caracterizados pelo fato de eles poderem ser cumpridos em graus diferentes e de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. Os três princípios parciais expressam a ideia de otimização. Os princípios da adequação e da necessidade versam sobre otimização relativa às possibilidades fáticas. Eles não tratam da ponderação, mas de evitar intervenção em direitos fundamentais que sem custos para outros princípios são evitáveis. Exige-se que o sacrifício de cada um dos princípios ou valores constitucionais seja adequado e necessário à salvaguarda dos outros. Em outras palavras: uma medida é “adequada” se o meio escolhido for apto para atingir o resultado pretendido; “necessária”, se entre as disposições disponíveis e igualmente idôneas para promover a realização de um direito fundamental é a que menos intensamente intervém no outro direito fundamental envolvido. Se não atender a esses pressupostos “não chega sequer a existir um verdadeiro conflito” (ANDRADE, 2004, p. 326). Já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, exigência de sopesamento, cuida da otimização relativamente às possibilidades jurídicas, que são determinadas sobretudo pelos princípios colidentes. Esse é o âmbito da ponderação (ALEXY, 2008a, p. 132).

O princípio parcial da adequação perquire se a medida escolhida que configura uma intervenção em um direito fundamental serviria para fomentar o objetivo eleito, qual seja, o de realizar outro direito fundamental. Se a medida não é adequada para realização do objetivo ela deve ser desconsiderada de plano, pois afetaria negativamente a realização de outro princípio, devendo ser vedada, portanto. A formulação de Alexy tem a seguinte estrutura: se a medida M não é idônea para promoção do objetivo Z requerido pelo princípio P_1 , então M não é exigida por P_1 , sendo, portanto, indiferente a utilização da medida M para P_1 . Se sob essas condições a medida M intervém na realização do princípio P_2 , afetando negativamente suas possibilidades jurídicas, então a adoção de M deve ser proibida. (ALEXY, 2014, p. 120). A razão disso reside no fato de que toda medida de intervenção nos direitos fundamentais exige que ela seja suficientemente idônea para um fim amparado pela Constituição.

Para o princípio parcial da necessidade o raciocínio a ser aplicado cinde-se na seguinte formulação: se existem duas medidas idôneas M_1 e M_2 para que seja atingido o objetivo de promover a realização de um direito fundamental P_1 , e uma das quais interfere mais intensamente do que a outra na realização de outro direito fundamental P_2 , deve ser eleita a medida que representa menor custo para P_2 , uma vez que ambas as medidas de intervenção contribuem no mesmo grau para a realização do direito fundamental P_1 . Ou seja, consideradas duas medidas igualmente idôneas para a promoção de um direito fundamental deve ser escolhida aquela medida que menos acentuadamente intervém em outro direito fundamental. O exame da necessidade permite apenas privilegiar M_2 em face de M_1 . No entanto, assinala Alexy, a escolha entre uma das duas alternativas não é uma questão das possibilidades fáticas, isto é, uma questão para o exame da necessidade, mas de possibilidades jurídicas. Trata-se, pois, de uma questão de sopesamento entre P_1 e P_2 – proporcionalidade em sentido estrito. “É por isso que, caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P_2 , ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento” (ALEXY, 2014, p. 120).

Com efeito, mesmo que uma medida que restrinja um direito fundamental seja adequada e necessária para promoção de um outro direito fundamental, não significa que por si só seja proporcional. Alexy fala essencialmente que para alcançar esse objetivo é necessário o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da intervenção em um direito fundamental afetado

e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a medida restritiva. O princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima da proporcionalidade - é o campo da ponderação e diz respeito ao cumprimento do mandamento de otimização em relação as condições jurídicas. O núcleo da ponderação consiste em uma relação denominada pelo autor de “lei da ponderação” (ou de sopesamento) assim resumida:

“Quanto maior o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2008a, p. 133)⁴⁰.

Isto é, a força de um princípio fundamental deve ceder para ser possível a aplicação de outro princípio fundamental mais forte ou de maior peso. Ou: quanto maior o grau de intervenção de um princípio P_1 , maior deve ser o grau de importância de outro princípio fundamental P_2 . Segundo o autor, isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é do que o sopesamento, o qual determina a relação entre os princípios envolvidos (P_1 e P_2). A utilização da lei da ponderação se faz necessária para garantia de cumprimento da regra de proporcionalidade estrita que é em si a chamada ponderação de princípios, destaca Alexy.

Segundo a lei de ponderação a verificação dos graus de intensidade de intervenção há de se fazer em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios, isto é, há de se definir a intensidade da intervenção. Em seguida, se define a importância da satisfação do princípio que joga em sentido contrário (do princípio colidente). Trata-se aqui de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. Finalmente, em um terceiro passo, deve definir-se se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a restrição ou a não satisfação do outro. No terceiro plano, então, se realiza a ponderação em sentido específico e estrito (ALEXY, 2008a, p. 133)⁴¹.

⁴⁰ Cf. também (ALEXY, 2014, p. 167; 593-594).

⁴¹ Segundo articula Rodrigo Bernholdt, a exigência da ponderação surge apenas: “a) quando houver efetivamente uma colisão entre bens jurídicos; b) nessa colisão, não se pondera um bem jurídico contra o outro, mas os fins por ele representados; c) essa finalidade só é determinável a partir dos casos concretos, pois são eles que permitem as concretas modalidades de exercício do direito; d) objetivo da ponderação será estabelecer regras de precedência, que permitirão uma subsunção apenas quando o novo caso tenha semelhança com a situação precedente [...], caso contrário as novas circunstâncias poderão exigir nova ponderação”. A partir desses critérios deve servir a exigência de ponderação para a realização de “um trabalho metódico compatível com um Estado Democrático de Direito, afastando-se o espectro do decisionismo, que tanto tem rondado nosso país” (BERNHOLDT, 2015).

Assim, quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para fundamentar um procedimento que justifica a intervenção para a tomada de decisão jurídica faz-se necessário um sopesamento nos termos da lei da colisão⁴², considerada um dos fundamentos da teoria dos princípios defendida pelo autor. Ela determina que as condições de precedência (ou prevalência) de um princípio em face de outro compõem o suporte fático de uma regra que exprime a consequência jurídica do princípio que tem precedência no caso concreto em se evidencie sua colisão.

Desse modo, sempre que se está diante de um ato válido analisado a partir da proporcionalidade, primeiro faz-se o exame da adequação do ato, em seguida, o da necessidade e, por último, preenchidos esses dois requisitos parciais, far-se-á a ponderação entre os princípios envolvidos, objetivando a máxima eficácia e otimização dos direitos fundamentais concorrentes⁴³. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade⁴⁴ é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais⁴⁵. É “uma restrição às restrições” (SILVA, 2002, p. 24).

No entendimento de Alexy, cuja proposta teórica para aplicação dos direitos fundamentais se dá mediante a máxima da proporcionalidade, a verificação dos graus de intervenção e satisfação sobre os princípios jurídicos envolvidos (P_1 e P_2) pode ser avaliada em uma escala que ocorre em três níveis, ou modelo triádico. Os três níveis

⁴² Cf. Capítulo 1, 1.2.2 acima. Na Teoria dos Direitos Fundamentais Alexy tentou capturar ou refletir a estrutura da ponderação com a ajuda de duas leis: a lei de colisão e a lei de ponderação. Importa esclarecer, contudo, que a lei de colisão é distinta da lei de sopesamento (ponderação). A lei de colisão diz respeito a uma ordem com a ajuda lógica de precedência entre os princípios constitucionais envolvidos, ilustrada pela seguinte estrutura lógica: (P_1 \mathbf{P} P_2) C . Nesse caso, C é a condição de uma relação de precedência e é pressuposto do suporte fático para aplicação de uma regra; expressa as circunstâncias relevantes para a decisão do caso, além de desempenhar um papel central na lei de sopesamento (ALEXY, 2014, p. 98; 600). A construção da regra de precedência demanda o passo anterior que passa pela máxima da proporcionalidade, uma vez que seria o sopesamento o conjunto lógico articulado anteriormente à construção dos elementos lógicos necessários à elaboração da regra de precedência.

⁴³ Na avaliação de Suzana de Toledo Barros, o princípio da proporcionalidade estrito senso, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é indicativo importante para aferir se o meio utilizado se encontra em razoável proporção com o fim perseguido (cf. BARROS, 2000, p. 83).

⁴⁴ José Afonso da Silva julga mais apropriado o termo *regra de proporcionalidade*, tendo em vista que quanto à sua estrutura o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra. Realça que na acepção de Alexy os sub elementos da proporcionalidade – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – “devem ser classificadas como regras” (SILVA, 2002, p. 26). Nesse sentido, ver nota de rodapé 34 (ALEXY, 2014, p. 117).

⁴⁵ A desproporcionalidade revela-se “se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2013, p. 206).

podem ser identificados por meio dos graus “leve” (l), “médio” (m) e “severo” (s) (ALEXY, 2008a, p.133). Aplicar a lei do sopesamento envolveria, portanto, os três passos do modelo triádico. A partir da lei do sopesamento, sob as circunstâncias de um determinado caso, seria possível estabelecer uma fórmula que expresse o peso concreto de um princípio, por meio da seguinte formulação, denominada “fórmula do peso” (ALEXY, 2014, p. 603-604)⁴⁶:

$$GP_{ij} = IP_iC / WP_jC$$

O “G” representa o peso concreto de P_i , isto é, o peso de P_i sob as circunstâncias do caso a ser decidido (C). Por meio dessa fórmula é possível concluir que o peso concreto de um princípio é sempre um peso relativo, uma vez que ela determina o peso concreto como quociente entre a intensidade da intervenção em P_i e a importância concreta do princípio em sentido contrário P_j . Com isso o peso concreto de P_i é o peso concreto de P_i em relação a P_j (ALEXY, 2014, p. 604). Assim, a indicação do peso concreto dos princípios $GP_{ij}C$ representaria o movimento entre intervenção e satisfação entre os princípios jurídicos, levando em conta a atribuição de juízos de valor sobre os graus de intensidade “leve”, “médio” e “severo” (l, m, s). Não se trata, portanto, de decidir entre dois direitos em abstrato, mas sim em uma situação concreta na qual um direito sofre restrição para a realização de outro direito fundamental. A fórmula do peso disciplina como deve ser realizada a ponderação, orientando o que o julgador deve fazer. O juiz deve, portanto, examinar e justificar o grau de intensidade da intervenção em P_i e o grau de importância de realização em P_j , apresentando argumentos e razões para justificar os graus atribuídos.

Conforme Alexy, essa é considerada a primeira lei do sopesamento, que pode ser chamada de “lei material do sopesamento”, isto é, importância material das razões que sustentam a intervenção em um direito fundamental. Adicionalmente, se mostra necessário conhecer as condições epistêmicas dos princípios envolvidos. “Enquanto princípios, eles exigem que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção seja tão maior quanto mais intensa for a intervenção”. Isso conduz, segundo Alexy, a segunda lei do sopesamento, que pode ser chamada de “lei epistêmica do sopesamento”, ou “lei da ponderação epistêmica”. Ela reza:

⁴⁶ Cf. também (ALEXY, 2008a, p. 144 e ss.) e (ALEXY, 2008b, p. 30 e ss.).

“Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2014, p. 617)⁴⁷.

Desse modo, a primeira lei diz respeito à fundamentação da intervenção/satisfação entre os princípios. A segunda, àquilo que abrange a certeza empírica (aquilo que pode ser constatado) sobre esses juízos de intervenção e satisfação. Ou, de um modo bem geral, esta lei se refere a premissas que justificam a interferência. Para Alexy, o ponto crucial aqui é que o conceito de premissas justificadoras abrange tanto premissas normativas quanto premissas empíricas. Esclarece que a segunda lei da ponderação é epistêmica porque não está dirigida a importância material dos fundamentos apoiadores da intervenção mas para a sua qualidade epistêmica.

A fórmula do peso representaria assim um modo de se organizar o raciocínio a ser desenvolvido no sopesamento, objetivando clarificar como se realiza seu procedimento em relação aos princípios constitucionais em conflito e tendo a pretensão de se chegar a um resultado por meio de critérios racionais de decidibilidade. Sob esse aspecto, cabe ressaltar, no entanto, que as discussões em torno da ponderação apontam justamente para a dificuldade quanto à mensuração objetiva dos graus de intensidade da intervenção em um direito fundamental e de importância de realização do outro direito fundamental, fator que comprometeria justamente a racionalidade das decisões. Somadas às críticas que o exame de valoração da proporcionalidade em sentido estrito valer-se-ia da subjetividade do julgador abrindo caminho à discricionariedade e ao decisionismo, pois não haveria nenhum parâmetro para o sopesamento de direitos fundamentais colidentes⁴⁸.

⁴⁷ Para a “segurança das suposições empíricas”, que dizem respeito àquilo que as medidas em exame traduzem para a não realização de P_i e para a realização de P_j no caso concreto, deve-se, segundo Alexy, introduzir o símbolo “S” à fórmula peso. Analisa-se assim a certeza das premissas de ambos os lados do sopesamento: SP_iC e SP_jC . Os três níveis epistêmicos seriam – certo ou garantido (g), sustentável ou plausível (p) e não evidentemente falso (e). Desse modo, a fórmula peso pode ser expandida da seguinte forma:

$GP_{i,j} = IP_iC . GP_iA . SP_iC / WP_jC . GP_jA . SP_jC$ (ALEXY, 2014, 619).

⁴⁸ No aspecto e sob outros pontos de vista, entre os autores que argumentam contra o sopesamento estão Jürgen Habermas, Friedrich Müller, Bernhard Schlink e Ernst-Wolfgang Böckenförde. Conforme expressão de Alexy, Habermas e Schlink apresentam-se como céticos da ponderação radicais, pois afirmam que faltam critérios racionais à ponderação e, por isso, esta deve efetivar-se “ou arbitrariamente ou irrefletidamente, segundo modelos e ordens hierárquicas acostumados” ou dizem que nos “exames da proporcionalidade em sentido restrito... em último lugar somente a subjetividade do examinador deve valer-se” e que as “operações de valoração e de ponderação do exame da proporcionalidade em sentido restrito... em último lugar só decisionisticamente” podem “ser representadas” (ALEXY, 2008a, p. 133). Entre os autores brasileiros que expressam críticas à ponderação destacam-se Lenio Streck, Dimitri

Para mostrar que sentenças racionais fundadas sobre intensidade de intervenção associadas a graus de importância são possíveis, de tal maneira que se possa fundamentar um resultado de modo racional por ponderação, Alexy se utiliza da análise de exemplos extraídos de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. Ele considerou como um primeiro exemplo o dever imposto aos fabricantes de produtos derivados de tabaco de imprimir em seus produtos advertências sobre os perigos do fumo para a saúde. Nessa decisão o tribunal classificou esse dever dos produtores de produtos de tabaco como uma intervenção “leve” na liberdade de profissão. Já uma proibição completa de todos os produtos de tabaco deveria ser classificada como intervenção “severa”. A situação de intervenção “média” seria a proibição de automáticos de cigarro juntamente com a limitação da venda de produtos de tabaco a determinados negócios. A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão⁴⁹ sobre as referências de advertência, considerou como “assegurado segundo o estado do conhecimento médico atual” que fumar causa câncer, assim como doenças cardíacas e vasculares. Por isso, o peso dos fundamentos justificadores da intervenção é alto. “O fundamento de intervenção grave justifica a intervenção leve” (ALEXY, 2008a, p. 134).

Mas, poderia objetar-se que esse exemplo é muito simples, portanto fácil de ser obtido um resultado por meio da ponderação, já que trata de um lado de atividades econômicas e de outro de vida ou morte. Para refutar essa objeção o autor explora um caso de colisão clássica entre a liberdade de expressão e o direito de personalidade, instaurado em consequência de a revista satírica *Titanic* ter chamado um oficial da reserva tetraplégico, que havia realizado com sucesso um exercício militar para o qual fora convocado, de “assassino nato” e, em edição subsequente, de “aleijado”. A revista foi condenada pelo Tribunal Superior Estadual em Düsseldorf a uma indenização de 12.000 mil marcos alemães, mas promoveu uma reclamação constitucional. O Tribunal

Dimoulis e Leonardo Martins. Estes argumentam que falta uma medida objetiva, cientificamente comprovada para a ponderação, sentenciando que ela fere “tanto o princípio da separação de funções estatais quanto o princípio democrático”, pois “ponderar em sentido estrito significa tomar decisões políticas e não jurídicas”. [...] Tal ponderação cabe somente ao legislador, em se considerando sua legitimação democrática e constitucional organizacional” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 212-213). Enquanto Lenio Streck se alinha com o posicionamento de Habermas sobre suas críticas ao “uso discricionário da ponderação” e à “ponderação discricionária”. Para Streck, a ponderação “sempre leva a uma abstração em face do caso, circunstância que ‘reabre’ para o juiz a perspectiva de argumentação sobre ‘o caráter fundamental ou não do direito’, já reconhecido desde o início como fundamental, e assim acaba tratando esses direitos como se fossem ‘valores negociáveis’, com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituído pelo ‘discurso adjudicador’ da teoria da argumentação jurídica” (STRECK, 2014, p. 248).

⁴⁹ *BVerfGE 95, 173, (184)*, cf. (ALEXY, 2014, p. 595 e 2008a, p. 134).

Constitucional Federal realizou um “sopesamento com base nos elementos do caso”⁵⁰ entre o direito fundamental de liberdade de manifestação de opinião (art. 5º, § 1º, 1, da Constituição alemã) e o direito de personalidade do oficial de reserva (art. 2º, § 1º, c/c o art. 1º, § 1º, ambos também da Constituição alemã). Para tanto, determinou e relacionou as intensidades de prejuízo desses direitos. A condenação à indenização foi considerada uma intervenção *séria* na liberdade de expressão.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional Federal avaliou *leve* a intensidade de afetação ao direito fundamental de personalidade em razão de a revista Titanic ter chamado o oficial da reserva de “assassino nato”, ao fundamento de que essa designação se achava inserida no contexto das sátiras usualmente publicadas pela Titanic, publicação na qual muitas pessoas são denominadas de uma forma “claramente não-séria”. Todavia, a alcunha de “aleijado” implica ferir o oficial tetraplégico “seriamente em seu direito de personalidade”⁵¹. E isso equivale uma importância grande em favor da proteção da personalidade. No caso, a séria intervenção na liberdade de expressão é contraposta a alta proteção da personalidade.

Nessa situação, o Tribunal Constitucional Federal concluiu que não devia ser reconhecida “nenhuma ponderação equivocada contra a liberdade de expressão do pensamento”, desacolhendo a reclamação manejada pela revista Titanic por considerá-la sem fundamento, considerando justificada somente quanto à indenização em dinheiro decorrente da denominação “assassino nato”⁵². Segundo Alexy, o tribunal verificou corretamente o fato de chamar um tetraplégico de “aleijado” é uma humilhação e um desrespeito, atingindo a dignidade do envolvido, caracterizando-se uma afetação muito séria ou extraordinariamente séria, âmbito no qual as afetações são de difícil justificação por meio de um fortalecimento das razões para a intervenção⁵³.

⁵⁰ BVerfGE 86, 1 (11), cf. (ALEXY, 2014, p. 596).

⁵¹ BVerfGE 86, 1 (13), cf. (ALEXY, 2014, p. 597).

⁵² BVerfGE 86, 1 (13), cf. (ALEXY, 2014, p. 597-598).

⁵³ Os casos de colisão entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da personalidade são frequentemente enfrentados pelos Tribunais Constitucionais. No julgamento da ADI 4815 o Superior Tribunal Federal (STF) enfrentou o caso em que concorriam a liberdade de expressão e biografias não autorizadas (direito de personalidade), direitos fundamentais previstos no artigo 5º, incisos IX e X, da Constituição Federal brasileira, respectivamente. Em causa esteve o problema do estabelecimento de limites à liberdade de expressão, em virtude de sua colisão com direitos de personalidade do biografado. Por unanimidade, o STF rejeitou a exigência de autorização para a publicação de biografias, encerrando, assim, polêmica gerada por personalidades que discordavam de ter suas histórias publicadas sem consentimento. Na avaliação dos bens jurídicos contrapostos e dos níveis de afetação das normas e do exame da proporcionalidade a prevalência foi pelo reconhecimento em favor da liberdade de expressão. O argumento foi o de que a Constituição Federal garante a liberdade de expressão, de pensamento, de

Essas duas decisões demonstram que são possíveis juízos racionais sobre graus de intensidade e de importância e que essas grandezas podem ser colocadas em relação uma com outra visando à fundamentação de uma decisão. O autor admite, todavia, que esses juízos pressupõem critérios que não estão contidos na lei da ponderação. Assim, por exemplo, na constatação de que a condenação de uma indenização em dinheiro contra a revista *Titanic* é uma intervenção grave estão subjacentes suposições sobre o que constitui um risco à liberdade de expressão. Do outro lado, o entendimento de que qualificar um tetraplégico de “aleijado” representa uma séria intervenção na personalidade implica suposições⁵⁴ sobre o que significa ser pessoa e ter dignidade. Isso não significa, porém, que essas suposições, que subjazem aos juízos de intensidade de

criação artística e científica, além de proibir a censura, ressaltando que não pode ser suprimida pelo direito das pessoas públicas à privacidade e à intimidade. Segundo o tribunal, quem se sentir ofendido pode recorrer ao Judiciário para reivindicar indenizações, retratações e direito de resposta. (ADI 4815 – Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJE nº 124). Outro exemplo recolhido da Jurisprudência do Superior Tribunal Federal é o “Caso Ellwanger” em que também estava em jogo a liberdade de expressão *versus* o direito à honra. No caso, o tribunal condenou Siegfried Ellwanger por publicar obras com conteúdo antissemita, nas quais defendia que o holocausto não teria existido. No julgamento do HC 82.424 a proporcionalidade foi utilizada como meio para aferir o limite do exercício de liberdade de expressão, considerando, principalmente, que não existe direito absoluto na Constituição. Extrai-se da ementa: “[...] Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade humana e da igualdade jurídica”. (HC 82.424/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Relator para o Acórdão: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19/03/2004). Neste exemplo ilustrativo, importa anotar a pertinente observação de Lenio Streck sobre o uso “descriterioso” da teoria alexyana pelos tribunais brasileiros, transformando a regra da ponderação em um princípio. Na forma proposta por Alexy, a ponderação leva à formação de uma regra que será aplicada ao caso concreto por subsunção. Segundo Streck, no Brasil, os tribunais utilizam esse conceito “como uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos”, como o caso Ellwanger. “Nele, argumentos baseados na ponderação proporcionaram votos discrepantes, o que demonstra a irracionalidade da fórmula. Registre-se, entretanto, que a ponderação que vem sendo utilizada – e que foi utilizada no caso sob comento – longe está da ‘fórmula original’ presente na teoria da argumentação alexyana. Na verdade, o recurso ao relativismo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade”. O uso da ponderação como um verdadeiro princípio é resultado de um fenômeno peculiar à realidade brasileira, cunhado por Streck de *panprincipiologismo*. “Esse *panprincipiologismo* faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional” (STRECK, 2014, p. 60). Streck denuncia ainda que os tribunais brasileiros decidem com base na ponderação sem “fazer qualquer passagem pelas fases complexas do processo de ‘ponderação’. O judiciário simplesmente pega um ‘valor’ em cada mão [...], escolhe um deles, no mais das vezes o ‘valor público’, que seria o interesse da coletividade. Só que esquece(ra)m que Alexy nunca disse isso. E o ônus argumentativo? Ninguém fala porque a dogmática jurídica nunca se preocupou com isso” (STRECK, 2015).

⁵⁴ Sendo certo aqui que não se trata de um conceito dado, mas que atravessa realidade da interpretação.

intervenção e o grau de importância, sejam arbitrárias ou irrefletidas por ausência de parâmetros racionais para sopesamento realizado com base em *standards* e hierarquias sedimentadas, como aponta Habermas⁵⁵, pois são acompanhadas de razões plausíveis, dadas de conformidade com as regras da argumentação jurídica, diz Alexy. Além disso, elas correspondem a uma linha dos precedentes corretos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (ALEXY, 2014, p. 599).

A propósito disso, segundo ensinamento de Chaïm Perelman, são necessárias razões imperiosas para motivar uma reforma de jurisprudência, por causa do alto crédito atribuído à regra de justiça, que ordena o tratamento igual para casos essencialmente semelhantes (PERELMAN, 2004, p. 219). O que equivale a dizer que a demonstração de fortes razões é condição necessária à correção de precedentes pelos Tribunais Constitucionais, em razão de o imperativo de justiça determinar tratamento igual à situações materialmente similares.

Desse modo, com arrimo à sumarização de Anízio Pires Gavião Filho, a configuração da “fórmula do peso” idealizada por Robert Alexy importaria a atribuição de graus diferentes ao processo de ponderação entre princípios colidentes, como a intensidade de intervenção, o peso abstrato, a certeza das premissas, e a importância da realização (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 329). Contudo, a racionalidade da decisão não se esgota na simples atribuição de graus para as variáveis da fórmula peso. Ela exige que sejam apresentadas razões de justificação dos graus atribuídos a cada uma das variáveis, especialmente quanto aos graus de intensidade de intervenção em um princípio e de importância da satisfação do outro princípio, no caso em julgamento. É necessário, portanto, justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz, professa Perelman. É esta justificação “que, explicitando as razões do dispositivo, deve convencer as partes de que a sentença não resulta uma tomada de posição arbitrária” (PERELMAN, 2004, p. 222). O fato de o julgador não explicitar o grau de intervenção em um direito fundamental ou não expor razões que possibilitem essa identificação não seria uma questão *da* ponderação e sim de *como* ela é levada a efeito por aquele que aplica um princípio por meio da ponderação, como demonstra Gavião Filho⁵⁶.

⁵⁵ Cf. (HABERMAS, 2003, p. 321-322).

⁵⁶ Essa constatação apoia-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, na qual a indicação expressa de graus de intensidade (leve, médio e grave) de intervenção nos direitos fundamentais

Nesse contexto, a proposta teórica de Alexy para aplicação dos direitos fundamentais mediante a máxima da proporcionalidade implicaria a imbricação entre os direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação jurídica, enfatizando sobretudo a importância da racionalidade dos juízos de ponderação entre os princípios jurídicos. O grau de racionalidade originar-se-ia da estrutura lógica derivada de juízos referentes à correlação entre intervenção e satisfação dos princípios envolvidos, além da intensidade da confiança sobre as premissas fáticas expressas na fórmula do peso.

Com efeito, partindo dos subsídios lógicos explicitados na fórmula do peso a decisão seria considerada aceitável se racionalmente fundamentada com argumentos que sustentem a atribuição de valores à intervenção e à satisfação, além da confiança sobre as premissas fáticas. E é diante da atribuição de juízos de ponderação ao texto constitucional que o direito fixaria a sua conexão necessária com a moral, “aproximando a dimensão real do direito (direito posto ou a decisão judicial) à sua dimensão ideal (pretensão de correção). Tal aproximação, entretanto, sustentar-se-ia tão somente mediante a demonstrabilidade argumentativa da pretensão de correção” (TRINDADE, 2013, p. 2). Ou seja, seria por meio de correção que o direito mostrar-se-ia substancialmente ligado com a moral discursiva. Nas palavras de Morais: “para que o Direito cumprisse com o elemento moral, ou melhor dizendo, para que representasse a necessária conexão conceitual entre Direito e Moral, deveria ele apresentar a devida pretensão de correção mediante a fundamentação racional de suas decisões” (MORAIS, 2013, p. 85).

Isso deixa reconhecer que no âmbito dos direitos fundamentais o modelo da ponderação de princípios colidentes proporciona um critério que permite vincular a estrutura formal da lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica, que abrange uma teoria da argumentação prática geral (ALEXY, 2014, p. 548). Desse modo, se direitos fundamentais são princípios suscetíveis de colisões cuja solução demanda pela ponderação e se decisões judiciais racionais dependem da argumentação, então deve ser estabelecida uma ligação entre ponderação e argumentação. Por sua vez, a questão da certeza na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais leva à relação entre argumentação e decisão.

é corrente. No Superior Tribunal Federal, diferentemente, é pouco comum a referência expressa a graus de intensidade de intervenção em direitos fundamentais (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 309).

2.2 ARGUMENTAÇÃO, FUNDAMENTAÇÃO E DECISÃO: INERLOCUÇÕES ENTRE ALEXY E PERELMAN

Observe-se, pelo exposto na seção acima, que o empenho de Robert Alexy é no sentido de dotar de critérios racionais de decidibilidade a atividade de ponderar, a qual, necessariamente, passaria pela fundamentação racional como condição de legitimidade da adjudicação. A legitimidade da ponderação depende de sua racionalidade, pois quanto mais racional é a ponderação, tanto mais legítimo é o ponderar (ALEXY, 2008a, p. 131). Assim, a decisão que se utiliza da ponderação seria considerada legítima somente se a valoração feita dos princípios jurídicos envolvidos na resolução do caso concreto pudesse ser fundamentada, aspecto que derivaria da qualidade racional desses juízos valorativos. Nessa dimensão, a ligação entre a ponderação e a teoria da argumentação jurídica seria encontrada no momento em que a argumentação pudesse atuar de forma a corrigir e justificar racionalmente a ponderação.

Com efeito, a questão acerca da fundamentação racional das decisões judiciais foi objeto de investigação desenvolvida por Robert Alexy e publicada em 1978 sob o título “Teoria da Argumentação Jurídica” (*Theorie der juristischen Argumentation*)⁵⁷. Nas palavras de Noel Struchiner, desde a publicação da obra de Alexy, a teoria da argumentação jurídica “vem se cristalizando como o mais novo, sofisticado e abrangente tentáculo da filosofia do direito”, pois “se debruça sobre questões filosóficas”⁵⁸. Ela visa a “descrever, discutir e determinar quais são os critérios, sejam eles formais, materiais ou procedimentais, que explicam, pautam ou que deveriam nortear a justificação jurídica” (STRUCHINER, 2005, p. 119).

A importância da teoria da argumentação jurídica é propiciar mecanismos capazes de justificar racionalmente a decisão judicial, conferindo-lhe legitimidade. Os julgadores devem apresentar um compromisso genuíno com a melhor leitura do direito. Ao redigir uma sentença é necessário que a convicção do juiz não pareça ser desarrazoada. A qualificação dos fatos e as consequências jurídicas que deles se extrai

⁵⁷ Cf. enunciado no Capítulo 1, 1.1.

⁵⁸ Essa asserção é justificada por Struchiner ao dizer, por exemplo, que para lidar com as questões materiais da argumentação “faz-se necessário realizar incursões em teoria ética ou filosofia moral; os aspectos formais da argumentação clamam por um conhecimento de lógica; e os elementos processuais do discurso argumentativo são mais bem conhecidos ou elaborados quando se possui uma habilidade em filosofia política” (STRUCHINER, 2005, p. 119, nota 184).

devem corresponder a uma opinião comum, de fato ou de direito. Não basta que a decisão seja equitativa, “é necessário que a motivação da decisão demonstre suficientemente que esta é conforme ao direito em vigor, tal como é entendido pelas instâncias superiores e pela opinião dos juristas qualificados” (PERELMAN, 2004, p. 220).

O juiz também deve levar em conta todas as vezes não só o caso particular, mas todos os casos da mesma espécie, pois sua decisão pode tornar-se um precedente no qual se guiarão outros juízes em seu propósito de observar a regra de justiça, “que lhes prescreve tratar da mesma forma casos essencialmente semelhantes”, ensina Perelman. Assim, essa intervenção do julgador não seria mecânica nem arbitrária. É nessa perspectiva que a argumentação adquire importância, pois é “uma argumentação que, no mais das vezes, será determinante para estabelecer a convicção do juiz, é ela que lhe permitirá motivar sua decisão” (PERELMAN, 2002, p. 514). Dessa forma, a argumentação se revelaria um meio importante de atuação no sentido de racionalizar o processo de ponderação na busca da correção, aumentando assim as possibilidades para que a decisão tomada seja a mais justa na resolução do caso concreto, em especial nos casos de colisões entre direitos fundamentais.

Embora o tema da certeza na fundamentação na esfera dos direitos fundamentais expresse apenas um aspecto do problema da existência de critérios e regras que permitem diferenciar fundamentações jurídicas certas e erradas, cujo enfrentamento da questão concerne à teoria da argumentação jurídica, não é intenção aqui enfrentar todos os pormenores teóricos-filosóficos e todas as possíveis relações de compatibilidade entre a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e a sua Teoria dos Direitos Fundamentais elaborada em 1985. No presente trabalho interessa explorar os problemas específicos da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais⁵⁹, pois é no contexto de tais direitos e da problemática da decisão justa em casos concretos de sua colisão que se debruça a pesquisa.

Mesmo não sendo o propósito tratar a fundo todos os elementos em que se alicerça a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, necessário explorar seus aspectos mais importantes, haja vista que a análise da estrutura dos direitos fundamentais

⁵⁹ Essa, aliás, é a proposição de Robert Alexy na sua Teoria dos Direitos Fundamentais, obra base da presente investigação (ALEXY, 2014, p. 548 e ss.). Assim, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais será examinada na seção seguinte especificamente à luz do capítulo específico de sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

teorizada pelo autor levou naturalmente à prática de equilibrar de forma mais precisa a questão da racionalidade e, conseqüentemente, de volta para a teoria da argumentação. Os três principais pontos a serem destacados são: (i) a reivindicação de correção, (ii) a tese do caso especial e (iii) a possibilidade de uma argumentação jurídica racional.

Para uma adequada discussão sobre o tema importa trazer ao debate o pensamento do filósofo e jurista belga Chaïm Perelman⁶⁰, averiguando em que medida suas ideias influenciaram a argumentação jurídica atual e seu liame com a teoria da argumentação de Alexy como procedimento que busca racionalizar o discurso jurídico⁶¹. Considera-se importante sobretudo em razão de Alexy ter buscado apoio, entre outras teorias (como referido no início deste trabalho), na teoria da argumentação perelmaniana para análise do que de fato quer dizer que uma afirmação normativa é racionalmente justificável no seu trabalho teórico da argumentação jurídica.

Para tanto, as reflexões se concentram nas características mais importantes da teoria da argumentação de Perelman para o entendimento da nova retórica, especialmente no conceito de auditório universal e sua importância para o desenvolvimento da argumentação jurídica e filosófica.

O Tratado da Argumentação de Chaïm Perelman tem como pano de fundo a retomada da antiga retórica concebida por Aristóteles. O interesse de Perelman, no entanto, é uma nova percepção da retórica, intitulada “A Nova Retórica”, mantendo uma aproximação com relação a antiga tradição aristotélica basicamente a ideia de auditório, por compreender que é em razão de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve⁶². Os argumentos retóricos não estabelecem verdades evidentes ou provas

⁶⁰ Nascido em Varsóvia e professor em Bruxelas, Chaïm Perelman é considerado um dos mais importantes teóricos da argumentação do século XX, tendo emprestado importante contributo no campo filosófico com seus estudos da Retórica. Sua obra principal é *Traité de l'argumentation - la nouvelle rhétorique*, escrita em 1958 juntamente com Lucie Olbrechts-Tyteca, estudo base de sua Teoria da Argumentação. Entre outras obras de destaque de Perelman estão catalogados os títulos “Ética e direito” e “Lógica jurídica”.

⁶¹ A tentativa de Alexy foi desenvolver uma teoria normativo-analítica do discurso jurídico. Para ele, de importância central é de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O ponto comum do discurso jurídico e do discurso prático geral é que ambas as formas de discurso se preocupam com a correção de afirmações normativas. Enquanto caso especial do discurso prático geral o discurso jurídico é caracterizado pela existência de uma série de condições limitadoras como seu caráter de vinculação à lei, aos precedentes e à dogmática. (ALEXY, 2001, p. 26-27).

⁶² O filósofo do direito Manuel Atienza salienta que Perelman considera o raciocínio jurídico como paradigma do raciocínio prático e parte da distinção de origem aristotélica entre raciocínios analíticos ou lógico-formais de um lado, e raciocínios dialéticos ou retóricos, de outro, e situa sua teoria da argumentação neste último item. O objetivo central de Perelman foi o de ampliar o campo da razão para além da raia das ciências dedutivas e indutivas ou empíricas, “a fim de poder dar conta também dos raciocínios que ocorrem nas ciências humanas, no Direito e na Filosofia [...] A argumentação em sentido

demonstrativas. O que mostram é o caráter razoável de uma determinada decisão. No tratado Perelman propõe estudar “recursos discursivos para se obter a adesão dos espíritos”. O discurso é entendido pelo autor como argumentação, sendo fator que realizaria a interlocução entre orador e auditório, entre aquele que apresenta o discurso, e aquele a quem ele se dirige. Ao estabelecer discurso, orador e auditório como elementos caracterizadores da nova retórica (argumentação), compreendida aqui no seu sentido amplo, Perelman a define como sendo o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a intensificar a adesão das mentes (espíritos) às teses lhes são apresentadas a seu assentimento (PERELMAN; OLBRECHT-TYTECA, 2005, p. 4).

Segundo o autor, a noção de auditório (audiência) é central na retórica porque é ele que determina o modo de proceder do orador, o qual deve moldar-se às características daquele visando alcançar o objetivo empreendido, descobrindo quem de fato são os seus destinatários, pois um discurso só será eficaz se for adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer. Portanto, para que se dê a adesão às teses que o orador apresenta não basta que o auditório o compreenda. Para persuadir o auditório “é necessário primeiro conhecê-lo, ou seja, conhecer as teses que ele admite de antemão e que poderão servir de gancho à argumentação” (PERELMAN, 2004, p. 146). Assim, a identificação da audiência à qual o orador se dirige exige o conhecimento das intenções do orador. Logo, se o orador tem de adaptar sua fala ao auditório, a argumentação é uma função do auditório.

Com efeito, como toda argumentação refere-se ao auditório que se propõe influenciar, ela pressupõe que orador e auditório são elementos em constante interação. Afinal, a argumentação visa à “adesão dos espíritos”. Essa adesão de que fala Perelman é aquela almejada pelo próprio orador quando formula seus argumentos com o propósito de convencer seu auditório. Convencer é mais do que persuadir, para quem se preocupa com o caráter racional da adesão. Essa característica racional da convicção decorre ora dos meios utilizados, ora das faculdades às quais o orador se dirige. Assim, propõe o autor chamar convincente a uma argumentação que deveria obter a adesão de todo ser racional e persuasiva àquela que valeria só para um auditório particular (PERELMAN; OLBRECHT-TYTECA, 2005, p. 30-31). De acordo com isso, os argumentos que

estrito se move no terreno do simplesmente plausível. Os argumentos retóricos não estabelecem verdades evidentes, provas demonstrativas, e sim mostram o caráter razoável, plausível de uma determinada decisão ou opinião. Por isso, é fundamental, na argumentação, a referência a um *auditório* ao qual se trata de *persuadir*” (ATIENZA, 2006, p. 61).

recebam o consentimento do auditório universal são válidos, ao passo que os que somente são acolhidos por um auditório particular são apenas eficazes⁶³.

Nessa premissa, o conceito de auditório contém a chave para uma teoria normativa da argumentação. Na concepção perelmaniana o valor de um argumento é determinado pelo valor do auditório (audiência) que consegue convencer. No cerne da sua teoria como teoria normativa da argumentação estaria, portanto, a caracterização de um auditório que pode ser convencido por meios racionais, denominado por Perelman de auditório universal. Isto é, àquele constituído por homens adultos e normais ou por todos os seres dotados de razão. O acordo de parte do auditório universal seria o critério de racionalidade e objetividade na argumentação (PERELMAN; OLBRECHT-TYTECA, 2005, p. 34-35)⁶⁴.

Assim, os argumentos admitidos por todos, isto é, pelo chamado auditório universal, seriam aqueles que se lança apelo à razão, que se utilizam de argumentos convincentes e por isso deveriam ser aceitos por qualquer ser racional. Dessa forma, quem tenta obter o acordo de uma audiência particular (único ouvinte) deve optar por uma estratégia argumentativa persuasiva; quem deseja pelo acordo da audiência universal deve optar por uma estratégia de convencimento. Em suma: uma argumentação persuasiva, para Perelman, é aquela que só vale para um auditório particular, enquanto que uma argumentação convincente é a que se pretende válida para todo ser dotado de razão.

Não obstante isso, Alexy aponta uma certa imprecisão no conceito de auditório universal no tocante à limitação do seu papel normativo na medida em que uma audiência só é uma audiência universal para aqueles que a reconhecem como tal; para os que não a reconhecem ela seria particular. “É norma somente para aqueles que a aceitam como uma norma”. Contudo, contemporiza essa observação por encontrar uma variante desse conceito em Perelman, que baseado no imperativo categórico de Kant faz

⁶³ Cumpre observar que Perelman faz questão de ressaltar que muitas vezes não há uma linha divisória rígida entre convencer e persuadir e diz existir uma correlação entre eficácia e validade (PERELMAN, 2005, p. 32-33).

⁶⁴ O acordo do auditório universal, isto é, racionalidade e objetividade, segundo Perelman é o propósito de todos os filósofos: “Os filósofos sempre pretendem dirigir-se a um auditório assim, não por esperarem obter o consentimento efetivo de todos os homens [...], mas por crerem que todos os que compreenderem suas razões terão de aderir às suas conclusões. O *acordo de um auditório universal não é, portanto, uma questão de fato, mas de direito*. É por se afirmar o que é conforme a um fato objetivo, o que constitui uma asserção verdadeira e mesmo necessária, que se conta com a adesão daqueles que se submetem aos dados da experiência ou às luzes da razão” (PERELMAN, 2005, p. 35).

a exigência: ‘Você precisa se comportar como se fosse um juiz, cuja *ratio decidendi* deva fornecer um princípio válido para *todos os homens*’. Isto é, a concordância da audiência universal “é o acordo de todos os homens razoáveis” (ALEXY, 2001, p. 133). Pode-se dizer então que se lança um apelo à razão, que se utilizam argumentos convincentes, que deveriam ser aceitos por qualquer ser racional.

Sob esse critério, Alexy atribui importância fundamental à teoria de Perelman no âmbito normativo, pois os destinatários do auditório universal somente se convenceriam por meio de argumentos racionais. Observe-se que Perelman considera a argumentação como um processo em que todos os seus elementos - o discurso, o orador e o auditório - interagem constantemente. E o efeito da intercomunicação entre auditório universal, convencimento e racionalidade envolve deliberação. Essa ligação, segundo Alexy, corresponde a situação de discurso ideal de Habermas. “O acordo da audiência universal de Perelman é o consenso de Habermas alcançado sob condições ideais” (ALEXY, 2001, p. 134). Sem adentrar, ainda, a análise do discurso ideal, verifica-se ser oportuna uma compreensão prévia do assunto.

Na perspectiva de Habermas, uma situação de discurso é ideal quando a comunicação nele não é impedida nem por fatores contingentes externos, tampouco por restrições internas da própria estrutura de comunicação. A comunicação permanece livre de restrições com uma distribuição simétrica de oportunidades entre todos os participantes do discurso para escolherem e executarem os atos do discurso (ALEXY, 2001, p.104)⁶⁵.

Importa destacar também a característica dual do conceito perelmaniano de auditório universal, abrangendo: (i) o auditório que os indivíduos ou a sociedade representam para si próprios, e (ii) a totalidade de seres humanos como participantes do argumento (discurso). Assim, o critério de objetividade e racionalidade da argumentação seria auferido pela aprovação do auditório universal, uma vez que seu convencimento se materializaria por meio de argumentos racionais. O caráter objetivo imprime, portanto, validade à argumentação racional, ao julgar que “cada homem crê num conjunto de fatos, de verdades, que todo homem ‘normal’ deve, segundo ele, aceitar, porque são válidos para todo ser racional” (PERELMAN; OLBRECHT-TYTECA, 2005, p. 31).

⁶⁵ Uma exposição breve e clara acerca desse ponto, ver item 6, capítulo II, “A teoria do consenso da verdade de Habermas” (ALEXY, 2001, p. 104 e ss.); ver também (ATIENZA, 2006, p. 160-163).

Embora ateste estar longe de ser conceitualmente claro, na opinião de Manuel Atienza o auditório universal de Perelman é meritório por caracterizar-se pelos seguintes aspectos: (i) é um conceito limite, no sentido de que a argumentação frente ao auditório universal é a norma da argumentação objetiva; (ii) dirigir-se ao auditório universal é o que caracteriza a argumentação filosófica; (iii) o acordo de um auditório universal “não é uma questão de fato, e sim de direito”, uma vez que o conceito de auditório universal não é empírico; (iv) o auditório universal é ideal no sentido de que é formado por todos os seres dotados de razão. Por outro lado, porém, é uma construção do orador, isto é, não é uma entidade objetiva; (v) isso quer dizer que não somente oradores diferentes edificam auditórios universais diferentes, mas também que o auditório universal de um mesmo orador muda (ATIENZA, 2006, p. 63). Enfim, ao contrário da demonstração, a argumentação está estritamente ligada à ação. Na verdade, a argumentação é uma ação com a qual se deseja um resultado, conseguindo a adesão do auditório apenas por meio da linguagem, salienta Atienza. Prossegue o autor referindo que a proximidade da argumentação com a prática faz com que não se possa falar propriamente de objetividade, mas de imparcialidade.

Consoante Perelman, ser imparcial não é ser objetivo, mas fazer parte do mesmo grupo que aqueles a que se julga, sem ter tomado partido de nenhum deles antecipadamente. A noção de imparcialidade, por sua vez, estaria em estreito contato com a regra de justiça, pois ser imparcial implica que, em circunstâncias análogas, se reagiria de semelhante modo. E com a imparcialidade de auditório universal os critérios teriam de ser válidos para o maior número possível, isto é, relacionados com o caráter de universalidade. Nesse sentido, o acordo seria considerado válido para todos os sujeitos racionais, pois representaria o consenso racional, isto é, um consenso resultante da submissão dos participantes ao peso da evidência e da força da argumentação.

Evidencia-se, então, que ao fazer conhecer que do ponto de vista racional convencer é mais que persuadir, Perelman situa a questão da argumentação às regras do convencimento, sustentáculo do ideal de objetividade e racionalidade, vinculada ao auditório universal. Assim, é possível visualizar uma confluência entre as concepções de auditório universal e situação ideal de fala ou de discurso ideal de Habermas como paradigmas ideais de objetividade e racionalidade. Em outras palavras, o discurso (a argumentação) reporta a uma situação ideal de fala (que serve como modelo para discursos reais) o equivalente ao auditório universal perelmaniano.

Nessa premissa, e com suporte nas lições de Habermas, a teoria da argumentação jurídica de Alexy apoia seu caráter de universalidade na situação ideal de fala. Trata-se de uma condição ideal na qual se possa alcançar o consenso numa situação livre de coerção (de total liberdade) e simetria entre todos os participantes do discurso. Segundo Habermas, o consenso é estabelecido por meio da argumentação proferida pela vontade racional do falante. Desse modo, todos os oradores teriam direitos iguais, sem coerção sobre a sua participação, situação que deveria ser pressuposto em qualquer âmbito discursivo. A situação ideal de fala preconizada por Habermas elimina as distorções sistemáticas da comunicação, garantindo o consenso racional do discurso⁶⁶.

As exigências de simetria e liberdade estabelecem o conteúdo das regras do discurso racional, que Alexy denomina regras da razão. O núcleo da teoria do discurso consiste de um conjunto de regras e de princípios do discurso, cuja observância assegura a racionalidade da argumentação, diz Alexy. Essas regras se estendem desde as que exigem não contradição, clareza linguística e verdade empírica, passando por aquelas que expressam a ideia de universalidade. Esse sistema de regras com pretensão de formular algo como um código da razão prática, além de complementar as regras específicas do discurso jurídico, constituir-se-ia a base para a sua justificação no contexto de todo sistema jurídico (ALEXY, 1988, p. 150).

Sob essa perspectiva, as situações ideais de que fala Habermas são apresentadas por Alexy em sua teoria da argumentação jurídica na forma de regras do discurso prático geral. São elas: regras fundamentais, regras da racionalidade, regras sobre a carga da argumentação, regras de fundamentação e regras de transição, além de delinear as formas de argumento do discurso prático⁶⁷. Do ponto de vista procedimental, a maior dificuldade para que o discurso prático seja racional e não uma simples opinião reside na sua construção argumentativa a fim de que encontre o resultado correto. Por isso, ele deve agir de acordo com certas regras que visam a correção dos argumentos, quer dizer,

⁶⁶ Um exemplo da teoria discursiva de Habermas seria a introdução de procedimentos democráticos na constituição da legislação como expressão da soberania popular. Assim, se discursos “constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. [...] A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo de autolegislação através da teoria do discurso” (HABERMAS, 2003, p. 138-139).

⁶⁷ Acerca desse ponto e da definição de cada uma dessas regras do discurso prático geral, ver parte II (ALEXY, 2001, p. 179 e ss.). Nesse sentido, ver também (ATIENZA, 2006, p. 166-170).

é correto o que é discursivamente racional. “A elaboração e cumprimento dessas regras proporcionam a racionalidade do discurso e é precisamente a *racionalidade* o que confere *universalidade* às conclusões obtidas *consensualmente*” (TOLEDO, 2005, p. 50).

Além dessas regras relativas à generalidade do discurso prático racional, Alexy distingue dois aspectos na justificação das decisões jurídicas, chamados de justificação interna e de justificação externa, de modo que há, também, dois tipos de regras e formas do discurso jurídico. O objetivo é justificar racionalmente os enunciados normativos por elas aplicáveis aos demais intérpretes, conferindo assim legitimidade e controlabilidade à decisão produzida.

A justificação interna se refere à questão de se uma opinião segue logicamente das premissas para justificá-la. Ou seja, nessa etapa é construído um esboço encadeado de premissas que orientam a decisão. A correção dessas premissas seria o assunto tema da justificação externa. E é justamente quando não existe um acordo sobre quais são as premissas ou como elas devem ser interpretadas que se torna necessária a justificação externa. O objeto da justificação externa é, pois, a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. A justificação externa não se esgota no exame da forma do silogismo (se ele é ou não formalmente válido), “mas requer o emprego de teorias sobre a interpretação da norma e valoração da prova, para discutir os aspectos materiais das premissas invocadas como sustentáculo da decisão judicial” (STRUCHINER, 2005, p. 121). As regras e formas do discurso jurídico constituem assim um critério para a correção das decisões jurídicas, cujo elemento central é a justiça.

A tese sustentada por Alexy em sua teoria da argumentação é que em todos os atos de fala regulativos (exprimir ordens, objeções, permissões e proibições ou promessas etc.), inclusive os atos jurídicos, está implícita uma pretensão de correção que inclui a exigência de correção moral, ainda que não se limite a uma correção em sentido moral. A pretensão de correção aparece nos discursos jurídicos na obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. Disso decorre uma outra afirmação do autor que tem fundamental importância para precisar os argumentos que podem ser empregados no discurso jurídico: “a tese do caso especial”.

A tese do caso especial consiste num procedimento racional discursivo e intersubjetivo o qual intenta legitimar decisões propiciando ao Direito correção e justiça. Ela expressa uma conexão necessária entre direito e moral, porque afirma que o

discurso jurídico compreende o discurso prático geral e este inclui necessariamente o discurso moral. Logo, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso porque, segundo Alexy, o ponto de partida da teoria da argumentação jurídica, no limite, é a comprovação de que a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas: àquilo que é obrigatório, proibido e permitido.

Mais especificamente, significa dizer que: (i) no discurso jurídico se discutem questões práticas, isto é, o que deve ou não ser feito ou deixar de fazer, (ii) cria-se também uma pretensão de correção (a exigência de justiça seria um caso de pretensão de correção), porém (iii) isso se realiza - e daí ser um caso especial -, sob limites do tipo descrito. Em outros termos, no discurso jurídico se pretende afirmar que uma proposição pode ser fundamentada racionalmente na moldura da ordem jurídica vigente. Isto é, enquanto caso especial do discurso prático geral ele é caracterizado por uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica está submetida e que, em síntese, dizem respeito à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática.

Conforme Alexy, todavia, essas condições não conduzem a um único resultado em cada caso concreto⁶⁸. Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são deduzíveis diretamente das normas preexistentes. Assim, a racionalidade jurídica depende muito de se saber “se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional. A questão da racionalidade na fundamentação jurídica leva, então, à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais gerais” (ALEXY, 2014, p. 548-549). Ou: “Uma decisão judicial que não satisfaça as exigências de uma moralidade procedimental universalista, a qual pressupõe um construtivismo ético *à la* Habermas, é considerada uma decisão defeituosa por razões conceituais” (BUSTAMANTE, 2010, p. 608).

⁶⁸ Em que pese na realidade não existir nenhum procedimento que permita com segurança intersubjetivamente necessária chegar em cada caso a uma única resposta correta, para Alexy, isso não obriga a renunciar à ideia de uma única resposta correta, mas oportuniza para determinar o seu *status* com mais precisão. “O ponto decisivo aqui é que os respectivos participantes de um discurso jurídico, se suas afirmações e fundamentações não ter um sentido pleno, devem, independentemente de se existe ou não uma única resposta correta, elevar a pretensão de que sua resposta é a única correta. Isso significa que eles devem pressupor a única resposta correta como ideia reguladora. A ideia reguladora da única resposta correta não pressupõe que exista, para cada caso, uma única resposta correta. Só pressupõe que, em alguns casos, se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta” (ALEXY, 1988, p.151).

Com efeito, embora não sejam possíveis teorias morais substanciais que forneçam a cada questão moral uma única resposta com convicção intersubjetiva conclusiva, são concebíveis teorias morais procedimentais que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática. A teoria do discurso prático racional seria sua versão promissora, diz Alexy. Contudo, assim como sucedia no discurso prático geral, o discurso jurídico delimita também, ao lado das esferas do discursivamente necessário e do discursivamente impossível, uma terceira, a do discursivamente possível. Perante um mesmo caso, “as regras do discurso jurídico permitem que seus vários participantes cheguem a soluções incompatíveis entre si, mas racionais (isto é, fundamentadas discursivamente)” (ATIENZA, 2006, p. 179). Assim, entre os resultados discursivamente impossíveis e os discursivamente necessários sobra um amplo espaço do discursivamente possível. Para saná-lo é imprescindível associar a teoria moral com a teoria do direito. No âmbito de um modelo procedimental essa associação dar-se-ia em quatro níveis: o discurso prático geral; o processo legislativo; o discurso jurídico; e o processo judicial.

O nível do “discurso prático geral” estabelece algo que Alexy chama “código geral da razão prática”. Trata-se aqui das regras básicas que possibilitam a verificação da racionalidade da argumentação. Todavia, o discurso prático geral (não institucionalizado) não conduz a um único resultado em cada caso concreto como assinalado acima. Torna-se necessário então, no segundo nível do modelo, a institucionalização do procedimento de criação do direito, trazendo caráter decisório à argumentação. Tal procedimento é o *processo legislativo*, o qual é definido por um “sistema de regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento” (ALEXY, 2014, p. 550). Ainda assim, nesse processo decisório, não é possível vislumbrar, para cada caso, uma única solução, mormente pela dinâmica e complexa engrenagem de múltiplas variáveis encontradas na realidade fática.

Justifica-se, desse modo, a necessidade de um terceiro procedimento, o procedimento do “discurso jurídico”, que, como o primeiro, não é institucionalizado em um sentido estrito, mas, ao contrário dele, vincula-se à lei, ao precedente e à dogmática. Essa vinculação reduz consideravelmente o grau de incerteza verificado no discurso

prático geral, mas não o elimina completamente, exigindo um quarto nível procedimental – institucionalizado *stricto sensu*: “o processo judicial”.

Na lição de Alexy, os resultados do procedimento judicial (onde além de argumentar também se decide) só seriam racionais se suas regras e sua execução satisfizessem os requisitos dos primeiros três procedimentos. Entretanto, por serem as questões valorativas também objeto da decisão e não apenas da argumentação, não significa abrir mão da racionalidade. Isso porque elas são decididas a partir de vinculações que são racionais e também porque podem ser decididas com apoio na argumentação prática racional, conferindo, assim, um caráter racional à decisão.⁶⁹

A argumentação jurídica seria, portanto, uma espécie de teoria moral procedimental formuladora de regras e condições que levariam à decisão prática racional. Sua validade seria a possibilidade de fundamentação racional das sentenças judiciais. A partir da chave de leitura sobre formulação procedimental da argumentação jurídica geral é possível inferir sua inegável contribuição à prática jurídica. A questão, agora, se concentra em saber se esse modelo procedimental dos quatro níveis derivados da associação entre teoria moral e teoria do direito abarcaria a argumentação na esfera dos direitos fundamentais e se ele se firmaria como uma argumentação racional nesse âmbito.

2.3 A ARGUMENTAÇÃO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A tese central da teoria de Robert Alexy é a de que direitos fundamentais têm natureza de princípios e são mandamentos de otimização. A teoria dos princípios interliga a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da argumentação em uma unidade necessária. Isso porque, conforme Alexy, o juízo de interferência em um princípio fundamental sobre outro precisa de uma fundamentação baseada em argumentos. De igual modo ocorre com as premissas da subsunção. Isso deixa claro que a fórmula do

⁶⁹ No processo judicial, o fato de as questões valorativas deixadas em aberto pelo arcabouço normativo existente serem não apenas objeto da argumentação, mas também da decisão, “não implica em renúncia à racionalidade. Em primeiro lugar, porque essas questões valorativas são decididas a partir de vinculações que, enquanto tais, [...] são racionais; em segundo lugar, porque essas questões valorativas podem ser decididas com base em argumentação prática racional, o que confere à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível nos termos das regras da argumentação prática racional” (ALEXY, 2014, p. 551).

peso não é senão uma forma de argumento do discurso prático. Enquanto forma de argumento, a fórmula do peso não é adversária do discurso prático racional, mas um de seus elementos (ALEXY, 2009, p. 84). A vinculação entre a teoria de princípios e o discurso prático geral configura assim um ponto nuclear de sua teoria. É por essa diretiva que se forma uma teoria da argumentação jusfundamental que transforma o modelo de ponderação de um modelo de decisões sobre o peso dos direitos fundamentais em um modelo de fundamentação. Ou seja, “de um modelo voluntarista em que a ponderação pode ser apresentada como o resultado de uma simples decisão em um modelo onde as regras adscritas de uma disposição de direito fundamental podem ser apresentadas como o resultado de um processo argumentativo racional” (BUSTAMANTE, 2010, p. 607).

Para abranger a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, Alexy vai dizer que o modelo procedimental da argumentação jurídica geral precisa ser complementado. Os quatro níveis decorrentes da associação entre teoria moral e teoria do direito apresentados na seção anterior não são suficientes para tal tarefa. O discurso nesse âmbito precede às decisões tomadas no processo legislativo, não ficando vinculado à lei ordinária (vinculação mais importante para a argumentação jurídica geral), em regra, relativamente concreta. Seu lugar é tomado pelas disposições de direitos fundamentais extremamente abstratas, abertas e ideologizadas. Do mesmo modo que acontece com a argumentação jurídica geral, a base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais pode ser identificada sob as rubricas “lei”, “precedente” e “dogmática” (ALEXY, 2014, p. 551). Partindo desse pressuposto, pode-se entender que Alexy se vale da vinculação da argumentação à lei, ao precedente e à dogmática (que se configuram como limites ao julgador) para demonstrar que a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais pode ser uma argumentação racional.

Segundo Alexy, por vinculação da argumentação à lei deve ser entendida uma vinculação ao texto das disposições de direitos fundamentais e à vontade do legislador constituinte. As regras e formas da interpretação semântica e da interpretação genética seriam expressão dessa vinculação. Os argumentos semânticos se referem à compreensão da norma, de seus termos. A interpretação dos argumentos genéticos corresponde à vontade do legislador. Na interpretação genética insere-se também a

interpretação subjetiva-teleológica, a qual se relaciona aos objetivos que o legislador constituinte associou às disposições de direitos fundamentais⁷⁰.

Entretanto, no âmbito dos direitos fundamentais é relativamente pequena a extensão e a força da vinculação da argumentação a argumentos semânticos e genéticos. A relativização de sua força vinculativa é evidenciada quando os argumentos semânticos e genéticos considerados relevantes nem sempre conseguem forçar o resultado por eles demandado. Significa dizer que as interpretações semântica e genética, isoladamente consideradas, no âmbito dos direitos fundamentais, “são absolutamente insuficientes para vincular a argumentação” (ALEXY, 2014, p. 552). Mas o fato de o texto requerer ou excluir uma determinada interpretação é um argumento muito forte contra ou a favor dessa interpretação. O autor cita como exemplo de uma decisão na qual o argumento semântico exerce um papel decisivo é a decisão que trata sobre a competência do oficial de justiça para realizar buscas, para a qual o Tribunal Constitucional Federal exige decisão judicial⁷¹, devido ao comando do texto do artigo 13, § 2º, da Constituição (‘Buscas poderão ser decretadas pelo juiz’).

Porém, afirmar que o argumento semântico é muito forte não quer dizer que ele sempre prevaleça. É o caso da decisão sobre farmácias, na qual, contra o texto do artigo 12, § 1º, 1 da Constituição alemã, a liberdade de escolha da profissão foi submetida à reserva de regulamentação o artigo 12, § 1º, 2⁷², adverte Alexy. Mesmo assim, essa decisão demonstra a força do argumento semântico, pois as razões para a solução contrária ao texto têm de ser muito fortes para justificar o afastamento do teor literal frente à Constituição. A Corte apresentou tais razões. O mesmo vale para a gênese da Constituição. Desse modo, “o texto das disposições de direitos fundamentais vincula a argumentação por meio da criação de um ônus argumentativo a seu favor” (ALEXY, 2014, p. 553). Ou seja, para que um argumento não seja seguido são necessárias razões que justifiquem sua inobservância. Por certo, como assegura autor, a limitação da vinculação à lei na argumentação nos direitos fundamentais não se opõe à teoria dos princípios, porque, como analisado no presente trabalho, as normas de direitos fundamentais possuem um caráter duplo - regras e princípios. Por essa via, é

⁷⁰ As regras e formas das interpretações sistemática, histórica e comparativa podem desempenhar um papel complementar no exame do texto das disposições constitucionais e da vontade do legislador constituinte. Já a interpretação objetiva-teleológica, que se refere aos objetivos que o intérprete atribui à lei, não se insere no contexto da vinculação à lei (ALEXY, 2014, p. 552).

⁷¹ *BVerfGE 51, 97 (106-107)*, cf. (ALEXY, 2014, p. 553).

⁷² *BVerfGE 7, 377 (400 e ss.)*, cf. (ALEXY, 2014, p.553).

pacífico para o autor que as decisões tomadas na forma de regras pelo legislador constituinte, elas são vinculantes, exceto quando seja possível introduzir razões constitucionais suficientes contra tal vinculação.

Além da vinculação à lei, a segunda parte da base da argumentação na arquitetura dos direitos fundamentais é integrada pelos precedentes. As palavras de Moraes expressam sua importância: “Os precedentes servem para indicar uma ordem objetiva relativa entre critérios de valoração (princípios jurídicos ou valores) que deveriam ser tomados como razões que fundamentariam cada decisão” (MORAIS, 2013, p. 97). Alexy indica a existência de duas regras fundamentais para utilização de precedentes: (1) Se é possível usar um precedente favorável ou contrário a uma decisão ele deve ser citado; (2) O ônus argumentativo cabe àquele que pretende afastar o precedente.

A questão que se coloca é saber a importância dessas regras para a controlabilidade racional da argumentação na esfera dos direitos fundamentais. Sobre essa questão, Alexy sustenta que o ponto fundamental para seguir precedentes está centrado no princípio da universalidade⁷³, com base na regra de justiça, enquanto concepção formal, de tratar do mesmo modo os iguais. A utilização dos precedentes da jurisprudência para a justificação de uma decisão “pressupõe que o caso submetido ao juiz seja semelhante, em seus aspectos essenciais, aos casos anteriormente decididos cuja *ratio decidendi* ganhou autoridade e regra de decisão de aplicação universal” (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 259). É em razão do princípio da universalização que se pode retirar de toda decisão uma regra de decisão mais ou menos concreta referente ao caso julgado, diz Alexy. Exemplifica tal assertiva com a regra de decisão do paradigmático caso Lebach⁷⁴: “No conjunto, portanto, a repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, é necessariamente inadmissível se com isso se coloca em risco a ressocialização do autor”⁷⁵.

Com efeito, regras de sentença dessa espécie são reiteradamente aplicadas quando os casos são suficientemente iguais, pois, na expressão de Perelman, é uma exigência da justiça e da razão que a mesma atitude seja adotada em situações essencialmente

⁷³ Além da igualdade, outros argumentos que ancoram o uso de precedentes são a segurança jurídica, a proteção da confiança, a redução da carga de trabalho e a estabilidade como base do desenvolvimento. (ALEXY, 2014, p. 556). Sobre esse ponto, ver também (ALEXY, 2001, p. 258 e ss.).

⁷⁴ Caso citado acima, ver Capítulo 1, 1.2.2, nota 34.

⁷⁵ *BVerfGE* 35, 202 (237), cf. (ALEXY, 2014, p. 556).

idênticas. Apenas a introdução de mudança deve ser justificada. “Dizer que se seguiram os precedentes é dizer que se adota uma conduta que não precisa de nenhuma justificção, pois ela é apenas a aplicação da regra de justiça que nos ordena tratar da mesma forma situações essencialmente semelhantes” (PERELMAN, 2002, p. 348). Significa dizer que apenas a introdução de mudança deve ser justificada, pois consistente com a exigência de correção implícita em cada ato de decisão. E “satisfazer a exigência de correção envolve precisamente satisfazer o princípio da universalizabilidade” (ALEXY, 2001, p. 259). Com isso, um conjunto de regras de decisão dos tribunais constitucionais representam uma rede de normas jurídicas densa e abrangente, pois cada nova decisão introduzida contribui para aumentar sua densidade (ALEXY, 2014, p. 558). Isso, porém, não significa que a rede de regras de decisão forme uma barreira imutável diante de novos casos que se apresentam com características diferenciadas, que podem servir de razões para essa diferenciação.

Assim, como a força vinculante das regras de decisão é apenas *prima facie* uma regra de decisão pode ser afastada se forem apresentadas razões suficientes para isso, assinala Alexy. Por outro lado, os princípios que são subjacentes ao sistema de regras de decisão, conservam sua vigência. Nos casos em que os princípios não impõem uma decisão distinta daquela da regra de decisão, um sopesamento entre princípios se torna desnecessário. Contudo, eles recuperam sua força modificadora e superadora de regras diante de surgimento de dúvidas, impondo um amplo sopesamento que indique a prevalência de um sobre o outro no caso concreto de colisão.

Não obstante, embora os precedentes contribuam para a segurança na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, isoladamente não são suficientes para controle racional da fundamentação em seu campo, apresentando o autor a dogmática como a terceira etapa formadora da base de argumentação.

A argumentação dogmática complementa, assim, a base de argumentação no âmbito dos direitos fundamentais. Ela desempenha um papel importante na justificção das premissas das decisões judiciais de utilização de normas jurídicas. Viu-se no primeiro capítulo desta pesquisa que Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, demonstrou que a dogmática serviria para indicar três dimensões necessárias da Ciência do Direito que objetiva desenvolver racionalmente os problemas jurídicos: analítica,

empírica e normativa⁷⁶. Segundo Alexy, a questão sobre a base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais tem como escopo a dimensão normativa representada pelas teorias normativas gerais de tais direitos, cujo grau de abstração é mais ou menos alto, que mantém a situação de indefinição quanto ao seu real significado como “liberdade”, “igualdade” ou “dignidade”. Essas teorias foram denominadas de “teorias materiais dos direitos fundamentais”. É justamente em função da abertura do texto e de sua gênese que torna necessária uma teoria material dos direitos fundamentais, necessitando para sua fundamentação premissas que não são derivadas de forma manifesta do texto e de sua gênese.

Em virtude da lei, precedente e dogmática constituírem inequívoca linha decrescente de força dotada de autoridade, razão pela qual as teorias materiais dos direitos fundamentais têm natureza essencialmente argumentativa (e não uma baseada na autoridade), a ideia de que esta base seja ancorada argumentativamente é acusada de circularidade. Alexy garante, porém, não haver tal circularidade na medida em que uma teoria estabelecida por meio de um processo argumentativo, ainda que passível de refutação, constitui, enquanto não for refutada, uma base para a argumentação seguinte.

Por conta disso, o que se deve indagar é como poderia ser instituída uma teoria material dos direitos fundamentais e qual seria sua contribuição para um controle racional da argumentação no âmbito desses direitos. Alexy vai dizer que uma teoria material dos direitos fundamentais como teoria normativa geral seria possível somente na forma de uma teoria de princípios. Salienta, todavia, que princípios e valores, na sua essência, são estruturalmente a mesma coisa. A exceção ficaria por conta do fato de que o modelo de princípios se situa no âmbito deontológico (do dever ser), e o de valores no axiológico (no âmbito do bom). Partindo-se de um conceito amplo de finalidade tornar-se-ia possível alcançar também a categoria de conceitos antropológicos (conceitos práticos), onde, por exemplo, em lugar de se falar em princípio de liberdade ou em liberdade como valor, poder-se-ia falar em liberdade como finalidade. Por conseguinte,

⁷⁶ A análise de Moraes captura a essencialidade desse ponto, enfatizando que a tarefa analítica da Ciência do Direito seria “a elucidação e discussão de conceitos elementares do Direito vigente, precisando conceitualmente, por exemplo, o papel dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica vigente, os efeitos produzidos por tais direitos no sistema jurídico, bem como a maneira que dever-se-iam fundamentar as decisões sobre direitos fundamentais. Esta primeira faceta analítica se encontra com um elemento *empírico*, o Direito vigente/válido. Assim, a análise dogmática fundar-se-ia tanto no texto constitucional bem como na jurisprudência do tribunal constitucional que indicam a vigência/validade de disposições constitucionais e de direitos fundamentais como ponto de partida da análise dogmática” (MORAIS, 2013, p. 38).

teorias materiais dos direitos fundamentais podem ser expressas não exclusivamente como teorias de princípios, “mas também como teorias de valores ou teorias teleológicas gerais dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2014, p. 561).

Partindo dessa premissa argumentativa que identifica a teoria material dos direitos fundamentais “como” teoria dos princípios, Alexy dialoga com Böckenförde, o qual classifica cinco teorias dos direitos fundamentais: a teoria liberal, a teoria institucional, a teoria axiológica, a teoria democrático-funcional e a teoria do social-estatal⁷⁷. Em todas elas, segundo Alexy, exsurtem aspectos que permitem considerá-las como teorias dos princípios, confirmando a correção da tese segundo a qual as teorias materiais dos direitos fundamentais são teorias de princípios.

Assim, uma teoria liberal dos direitos fundamentais é expressão de uma teoria axiológica com determinado conteúdo, e não concorrente, exemplifica o autor, não podendo, portanto, exercer concorrência com teorias axiológicas, principiológicas ou teleológicas enquanto tais. O mesmo ocorrendo com as teorias democrática e social-estatal. Logo, toda teoria dos direitos fundamentais pressupõe alguma teoria axiológica, teleológica ou principiológica. Por essas razões e conforme reflexões precedentes, uma teoria dos princípios é imprescindível e também a uma teoria de valores correspondente a ela. “Essa tese teórico-estrutural geral significa que, independentemente da teoria material que se defenda, é necessário que se parta de uma teoria de valores” (ALEXY, 2014, p. 563).

Partindo-se da proposição sustentada por Alexy, segundo a qual as teorias materiais são teorias de princípios, a questão é procurar saber qual teoria de princípios é a correta⁷⁸. Nesse particular, o próprio autor adianta “que não se pode esperar muito de uma teoria material dos direitos fundamentais”, isto é, de uma teoria de princípios, pelo fato de ser inviável uma teoria material dos direitos fundamentais que estabeleça a solução para todos os casos no âmbito dos direitos fundamentais. A forma mais ambiciosa seria uma teoria material dos direitos fundamentais que indicasse de forma precisa uma única resposta correta para cada caso concreto, salientando ter sido Dworkin quem se esforçou na direção de tal teoria (ALEXY, 2014, p.571).

⁷⁷ Sobre pormenorização dessas teorias, ver (ALEXY, 2014, p. 40-42; 561-566).

⁷⁸ No aspecto, são três os tipos de teorias de princípios em jogo: “aquelas que, em essência, se baseiam em *um* princípio de direito fundamental; aquelas que partem de um conjunto de princípios de mesma hierarquia; e aquelas que, embora partam de um conjunto de princípios de direitos fundamentais, procuram criar uma certa ordem entre eles” (ALEXY, 2014, p. 566).

No entanto, o autor não partilha da posição de Dworkin. Primeiro porque a ordem cardinal ou ordinal dos princípios já fora rejeitada⁷⁹, pois as precedências *prima facie* não conduzem a uma ordem rígida que aponte apenas um resultado em cada caso. Elas somente guiam a uma estruturação da argumentação com base em princípios. Segundo, uma tal teoria que contivesse uma única resposta para todo e qualquer caso de direito fundamental necessitaria de uma lista abrangente de regras de decisão que dificilmente contaria com a aprovação de todos.

Mais do que isso: as respostas dessa lista necessitam de fundamentação e essa fundamentação reconduz ao problema de uma teoria material dos direitos fundamentais, cuja lista deveria ser um meio para solução, sublinha Alexy. Enfim, não se poderia exigir de uma teoria material de direitos fundamentais mais que a estruturação da argumentação de modo substancialmente aceitável, no mais alto grau de racionalidade possível. Esses requisitos seriam satisfeitos por uma teoria de princípios “que contenha um conjunto de princípios de direitos fundamentais e que os organize em uma ordem flexível a partir das precedências *prima facie* a favor de princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica” (ALEXY, 2014, p. 573).

Filtra-se das reflexões tecidas sobre a base da argumentação que a determinação e a estrutura da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais ganham em racionalidade, mas a força e a extensão do controle daí decorrentes são limitadas, deixando ficar uma lacuna de racionalidade. Essa lacuna seria preenchida pelo processo de argumentação, qual seja, o discurso dos direitos fundamentais. Esse discurso é

⁷⁹ Trata-se aqui da ordenação de valores (ordem hierárquica) que poderia ser levada a cabo de forma cardinal ou ordinal. “Uma ordenação *cardinal* ocorre quando aos valores são atribuídos números a partir de uma escala, os quais expressam sua hierarquia ou seu peso. Nesse sentido, seria possível pensar em expressar a hierarquia dos valores por meio de números de uma escala que vá do 0 a 1. Já uma ordenação *ordinal* é menos exigente. Ela exige apenas que sejam estabelecidas relações de superioridade valorativa (preferência) e de igualdade valorativa (indiferença) entre os valores a serem ordenados. [...] uma ordenação abstrata de valores constitucionais, não importa se cardinal ou ordinal, é inaceitável” (ALEXY, 2014, p.159 e ss.). Para demonstrar que uma tal ordenação, seja cardinal, seja na forma ordinal, é inadmissível, Alexy sugere o exemplo do caso Lebach, em que dois valores (princípios) se mostram relevantes: a proteção da personalidade e o da liberdade de informar por meio de radiodifusão. Aponta aqui o autor duas formas de solucionar a questão. Uma é a de se conferir igual valor (cardinal ou ordinal) a ambos valores. A outra é a de atribuir-lhes valores diferenciados. Imagine-se agora para solução do problema, como exemplo, numa ordenação hierárquica do tipo cardinal seja atribuído 8 para a proteção da personalidade e 4 para a liberdade de informação. Com tal atribuição de valores numéricos, a proteção da personalidade teria o dobro do valor que seria conferido à liberdade de informação. Partindo-se apenas de uma tal hierarquia abstrata, isso significaria que, nos casos de colisão, sempre a proteção da personalidade precederia à liberdade de informar. Essa precedência em todos os casos teria como consequência, segundo Alexy, que a menor exigência de proteção da personalidade justificaria a mais intensa intervenção na liberdade de informar.

apresentado por Alexy como um procedimento argumentativo que se ocupa com o atingimento de resultados constitucionalmente corretos segundo a base aqui mostrada, fornecendo à argumentação uma certa estabilidade, além de uma estrutura racional.

Quanto aos resultados, o autor observa, entretanto, que assim como o discurso jurídico em geral o discurso no âmbito dos direitos fundamentais compartilha da mesma insegurança do discurso prático geral. Essa insegurança leva à necessidade de decisões providas de autoridade, sendo certo que nada há de irracional um tribunal constitucional não apenas argumentar, mas sobretudo decidir. À luz dessa intelecção, “vale a ideia de que a razão prática pode ser realizada apenas no âmbito de um sistema jurídico que vincule, de forma racional, argumentação e decisão” (ALEXY, 2014, p. 574).

Tecidas todas as considerações anteriores, sinteticamente, a decisão que se vale da ponderação nos casos concretos de colisão entre direitos fundamentais somente poderia ser considerada legítima e aceita se fundamentada racionalmente, apresentando argumentos que demonstrem a correção exigida pelas proposições jurídicas (forma lógica do argumento jurídico). As razões das proposições seriam o indicativo de sua condição racional, conseqüentemente, o fundamento da sua correção. Correção, citando Habermas, “significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos”⁸⁰. Assim, a ponderação envolveria um juízo valorativo sobre qual princípio jurídico deveria prevalecer sobre outro, num caso concreto. E como todos os juízos, esse juízo necessitaria de uma fundamentação por meio de argumentos para que a decisão judicial pudesse expressar sua racionalidade. Se a decisão é racional então ela seria correta. Se correta, seria justa. É exatamente a esse ponto que é direcionada a análise acerca da realização da justiça na aplicação da ponderação que exige o sopesamento de princípios concretamente colidentes, desafio do próximo e último capítulo deste trabalho.

⁸⁰ Ao sentenciar essa certeza cartesiana que correção exprime aceitabilidade racional, ancorada em argumentos, Habermas enuncia que a validade de um juízo certamente “é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados de uma visão ideal: isso só é possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente” (HABERMAS, 2003, p. 281).

3 JUSTIÇA E PONDERAÇÃO

A presente dissertação se ocupou até agora com o panorama sobre a jurisdição constitucional num paradigma jurídico revelado pelo constitucionalismo contemporâneo como instrumento competente de materializar os compromissos dos projetos constitucionais das democracias pós-segunda guerra. Uma característica determinante do constitucionalismo contemporâneo seria dotar o texto constitucional de normas de direitos fundamentais e de um órgão estatal responsável por sua concretude. No esforço de entender a função e a estrutura normativa dos direitos fundamentais, recorreu-se à proposta metodológica de Robert Alexy como marco teórico orientador para a efetivação desses direitos fundamentais. Examinou-se, também, a estrutura da ponderação e o vínculo existente entre a procedimentalização do sopesamento e a argumentação jurídica, cujo caráter de universalidade desta se apoia no discurso ideal ou situação ideal de fala, paradigma de objetividade e racionalidade. Essa situação ideal de fala encontra seu alicerce na teoria do discurso de Habermas e se ajusta ao acordo de audiência universal de Perelman, cujos argumentos necessariamente seriam direcionados a uma audiência sobre a qual descansa o convencimento obtido por meios racionais.

Pôde-se observar, ainda, que a decisão que se vale da ponderação nos casos concretos de colisão entre direitos fundamentais somente poderia ser considerada legítima e aceita se fundamentada racionalmente. Fundamentar racionalmente é apresentar argumentos que demonstrem a correção exigida pelas proposições jurídicas. As razões das proposições seriam o indicativo de sua condição racional, conseqüentemente, o fundamento da sua correção. Correção, na expressão de Habermas, significa aceitabilidade racional, amparada em argumentos.

Prosseguindo o estudo, este capítulo busca explorar a aplicação da técnica da ponderação na perspectiva de uma defesa intransitiva da realização da justiça nos casos concretos de direitos fundamentais colidentes. Nessa senda, o plano de ação é explorar, num primeiro momento, o papel da justiça na abordagem de Chaïm Perelman, cuja preocupação com a justiça permeia toda a sua obra⁸¹. Propugna o autor o dever de se

⁸¹ Pode-se identificar a importância e o tratamento da temática Justiça nos principais trabalhos perelmanianos: o primeiro é o ensaio *Da Justiça*, publicado em 1945, onde, como escreveu Perelman, “aplicando a esta noção um método de análise de inspiração positivista, obtive um primeiro resultado;

utilizar da equidade e da lógica do razoável como instrumentos norteadores da aplicação das normas aos casos concretos na finalidade de se alcançar a verdadeira justiça. Em seguida, apresentar os elementos conectivos entre justiça e argumentação, procurando situar o campo da argumentação e destacar como seu conceito respalda o de justiça perelmaniano em diálogo com a teoria da ponderação de Alexy. Por fim, perquirir o âmago da ponderação, ponderando se sua aplicação na solução de *hard cases*, mais especificamente de casos concretos em que direitos fundamentais entram em rota de colisão tornaria uma decisão coerente (racional) e aceitável. Enfim, se o uso da ponderação promoveria uma decisão justa conforme o fim do Direito que é a promoção da justiça.

3.1 PERELMAN E A JUSTIÇA

A noção de justiça como dever de concretização dos direitos fundamentais, plasmados numa ordem constitucional democrática, notadamente nas situações em que dois (ou mais) direitos fundamentais concorrem em igualdade hierárquica no seio da Constituição⁸², ao mesmo tempo em que um “cede” espaço ao outro no caso concreto de colisão entre si, dá conta da complexidade do tema, pois *a priori* provocaria ao “perdedor” uma sensação de injustiça que poderia pôr em dúvida a percepção e o sentido de justiça na solução da controvérsia judicial *in concreto*.

pude evidenciar uma noção de justiça formal que corresponde à regra de justiça, segundo a qual é justo tratar do mesmo modo situações essencialmente semelhantes” (PERELMAN, 2004, p. 137). O segundo é o *Tratado da Argumentação*, apresentado por Perelman juntamente com L. Olbrechts-Tyteca em 1958, cuja preocupação foi buscar um método capaz de provar a existência de uma lógica dos juízos de valores. Perelman tentou mostrar por meio de uma teoria de argumentação que existem várias outras possibilidades de argumentação racional e justificação além do teste empírico e da dedução lógica. Sua convicção era de que a possibilidade do uso prático da razão pode ser demonstrada numa teoria geral da argumentação. O terceiro trata dos estudos específicos sobre o direito plasmados na obra intitulada *Lógica Jurídica* onde Perelman expõe a “ideia de uma escolha, de uma decisão, de uma solução razoável, que implique a possibilidade do uso prático da razão” (PERELMAN, 2004, p. 137). A obra de síntese que recupera as diferentes contribuições de filosofia jurídica de Perelman recebe o título *Ética e direito*, publicada originalmente em francês com a denominação *ÉTHIQUE ET DROIT*, em 1990. Versa sobre os temas da justiça, das relações do direito e da moral e da nova racionalidade jurídica desenvolvida pelo autor.

⁸² A esse respeito, Dimoulis e Martins entendem que a Constituição Federal brasileira e as demais Constituições não instituem uma classificação de direitos fundamentais, indicando qual teria prevalência em relação aos demais em caso de colisão. “Os bens jurídicos constitucionais conflitantes não foram hierarquicamente sistematizados pelo constituinte, possuindo todos a mesma dignidade. Sua hierarquização concreta só pode ser *política, a cargo do legislador e não do magistrado*” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 210-211).

Nessa trilha, perquire-se então o que é Justiça, afinal? A justiça tem sido objeto de estudo e debate desde a Antiguidade. Engloba valores inerentes ao ser humano, tais como a dignidade, a liberdade, equidade, moralidade, enfim, é um dos valores de maior reconhecimento universal. Em sua obra intitulada *Ética e Direito*, mais precisamente na *Ética*, o primeiro capítulo consagrado à Justiça, o filósofo Chaïm Perelman⁸³ debruçou-se sobre a análise do conceito de justiça, tecendo considerações de ordem moral sempre interligadas com a ciência jurídica - o Direito. Abordou a importância dos procedimentos argumentativos no raciocínio dos juízes no desempenho de seu mister que representa a aplicação da lei aos casos concretos levados à sua apreciação. Nas questões relacionadas ao direito se preocupou sobretudo com a eliminação da noção de justiça no pós-segunda guerra mundial. Isso levou-o a buscar novos conceitos, como nos de Aristóteles, objetivando uma solução para se tratar racionalmente os juízos de valor e devolver ao direito o seu fim último: a justiça.

Em seus estudos Perelman refere que a justiça é considerada por muitos a principal virtude. Ressalta que é uma das virtudes mais elevadas em razão da forte carga emocional que traz consigo, pois cada um defenderá uma concepção de justiça que lhe dá razão e contrapõe a ambição do adversário. Num sentido amplo, justiça é sinônimo de virtude (ARISTÓTELES, 2005, p. 103). A justiça é “a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. [...] Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis” (RAWLS, 2000c, p. 3-4). Quer dizer, cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Valendo-se da concepção de E. Dupréel, para quem ‘a justiça que, de um lado, é uma virtude entre as outras, envolve, do outro, toda a moralidade’, Perelman sublinha que é neste último sentido, isto é, da moralidade, que a justiça “contrabalança com todos os outros valores. *Pereat mundus, fiat justitia*”⁸⁴ (PERELMAN, 2002, p. 7).

Partindo dessa premissa, numa sociedade ideal, raciocina Perelman, tanto juízes como advogados seriam dispensáveis porque as leis estariam inscritas na consciência e na razão dos homens. “A lei, em geral, é a razão humana, uma vez que ela governa todos os povos da terra” (MONTESQUIEU, 2005, p. 22). Mas, somente quando se

⁸³ Esta parte sobre a concepção de justiça em Perelman, agora ampliada para este capítulo do presente trabalho, foi inicialmente objeto de um artigo próprio publicado, cf. (ALBRECHT, 2015).

⁸⁴ (“Que o mundo pereça, mas faça-se a justiça”).

coloca para o homem – que vive numa sociedade real – o desafio de responder à indagação como agir quando há conflito de interesse é que ganha relevo a questão da justiça.

A justiça se alicerça na racionalidade e aparece como uma necessidade advinda do contrato originário que funda o Estado. Conforme Hobbes, para que “justo” e “injusto” possam fazer sentido é necessário algum poder coercitivo que obrigue os homens ao cumprimento dos pactos. “A natureza da justiça consiste no cumprimento dos pactos válidos” (HOBBS, 2005, p. 111). A propósito, as leis são objeto de acordo com o escopo de viabilizar a convivência harmoniosa dos cidadãos. Entretanto, a evolução do direito no tempo e no espaço em face das transformações sociais faz com que se tenha cada vez mais um conjunto variado de leis⁸⁵ e essa “diversidade das leis é prova de nossa ignorância da verdadeira justiça” (PERELMAN, 2002, p. 374). Isso porque, segundo Perelman, o que é justo com razão deve sê-lo universalmente, pois todo desacordo, além de ser sinal de imperfeição caracteriza falta de racionalidade.

Com efeito, a racionalidade se faz sentir na interpretação das leis. Se duas interpretações de um mesmo texto legal são razoavelmente possíveis, é porque a lei é ambígua, portanto, imperfeita, aduz Perelman. Ou, se a lei é clara, diz ele, pelo menos um dos intérpretes é de má-fé. De qualquer modo, “o senso inato de justiça, de que certamente provido todo juiz equitativo, deveria poder trazer de volta a ordem correta” (PERELMAN, 2002, p. 374). Embora o equitativo não seja superior à justiça absoluta, o equitativo é justo e superior ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal, avalia o autor. O equitativo seria destarte uma correção da lei quando esta se mostra deficiente em razão de sua universalidade (ARISTÓTELES, 2005, p. 125).

Sob o prisma de correção que fala Perelman, revela anotar observação de Hans Kelsen, para quem todos os métodos de interpretação levam sempre a um resultado possível, “nunca a um resultado que seja o único correto”. Assim também da Constituição, por meio da interpretação, “não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas” (KELSEN, 2006, p.392-393).

⁸⁵ Essa legislação agigantada em quase todos os sistemas jurídicos do mundo representa, segundo Bruno Leoni, um asfixiamento da liberdade individual. A formulação de leis “é muito mais um processo teórico do que um ato de determinação e, enquanto um processo teórico, não pode ser resultado de decisões emitidas por grupos de poder, às custas de minorias dissidentes” (LEONI, 2010, p. 188).

No que concerne à justiça, Kelsen aplica à teoria dos valores o mesmo método usado ao construir uma teoria do direito, isto é, no estudo da justiça como no direito o autor identifica cientificidade como não-valorização. O que equivale a dizer, de fato, que “ao tratar de modo não-valorativo uma teoria da justiça, ele se propõe descrever todos os possíveis valores de justiça, sem preferir propor um preferível aos outros” (LOSANO, 1998, p. XXV). Aliás, observa Derrida, a justiça se dirige sempre a singularidades, à singularidade do outro, apesar ou mesmo em razão de sua pretensão à universalidade. Na expressão do filósofo, “cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve garantir. Pelo menos se ela garante de modo seguro, então o juiz é uma máquina de calcular” (DERRIDA, 2010, p. 44-45). Esta noção tem como pressuposto o fato de que cada decisão requer uma interpretação exclusivamente única em face justamente das particularidades de cada caso como exigência de justiça.

Nesse contexto, o fio condutor desenvolve-se agora sobre a ideia de justiça na teoria de Chaïm Perelman, cuja densidade filosófica ancora-se na justificação de regras, princípios e valores, tendo como substrato o auditório universal. Ao defrontar-se com a questão da justiça, o primeiro problema de Perelman foi verificar como tal concepção era tratada pelos mais diferentes ramos da filosofia e do direito. No estudo sobre justiça, publicado em 1945, Perelman chegou à conclusão de que ao menos os princípios básicos de cada sistema normativo eram arbitrários (PERELMAN, 2004, p. 137).

Insatisfeito com esse resultado, ele avançou em seus estudos e se pôs a apresentar a ideia de uma escolha, de uma decisão, de uma solução razoável que implicasse a possibilidade do uso prático da razão. “Sua convicção particular era de que a possibilidade do uso prático da razão pode ser demonstrada numa teoria geral da argumentação” (ALEXY, 2001, p. 129). Como resultado dessa teoria, empreendida juntamente com Lucie Olbrecht-Tyteca, emergiu a Nova Retórica⁸⁶ assentada nas técnicas de argumentação e persuasão com apoio principalmente na retórica do tipo dialético estudada por Aristóteles. Assim, para Perelman, a dialética poderia ser utilizada como instrumento de promoção de um acordo sobre os valores e sua utilização. A pretensão do autor era apresentar uma lógica dos juízos de valor que pudesse estabelecer critérios objetivos e universais de avaliação que possibilitassem uma solução

⁸⁶ Esse assunto foi analisado no Capítulo 2, 2.2 desta dissertação.

racional para os problemas que envolvessem juízos valorativos. Com efeito, ao restabelecer a técnica que regulamenta o raciocínio argumentativo nos moldes dialéticos, instaura a ligação da argumentação e a noção de justiça.

Partindo de um ponto de vista lógico e ainda considerando os juízos de valor como arbitrários Perelman buscou examinar os inúmeros sentidos da noção de justiça, procurando encontrar uma marca comum entre eles que o levasse ao conceito de justiça formal capaz de ser aceito por qualquer um. Para tanto, apresentou seis fórmulas de concepção mais correntes da justiça concreta. São elas: (i) A cada qual a mesma coisa; (ii) A cada qual segundo seus méritos; (iii) A cada qual segundo suas obras; (iv) A cada qual segundo suas necessidades; (v) A cada qual segundo sua posição; e (vi) A cada qual segundo o que a lei lhe atribui (PERELMAN, 2002, p. 9). Para absorver o alcance da verdadeira dimensão do tema, cabe apresentar, a seguir, a análise de Perelman de cada uma dessas noções onde explicita suas principais características⁸⁷.

A primeira formulação *a cada qual a mesma coisa* prescreve que o ser justo é tratar todos da mesma forma sem levar em conta nenhuma particularidade que distingue os indivíduos. Perelman ressalta que, no imaginário popular, o ser perfeitamente justo é a morte que vem atingir todos os homens, independentemente de seus privilégios.

A segunda, representada pela fórmula *a cada qual segundo seus méritos*, exige um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, ao mérito da pessoa humana. A questão é definir esse mérito ou demérito, quais seriam os critérios para fazer tal mensuração; se cumpriria levar em conta o resultado da ação, a intenção ou o sacrifício empregado pelo agente. Partindo-se dessa concepção, que não reclama a igualdade de todos, Perelman adverte que se pode chegar a resultados totalmente diferentes, dependendo do “peso” atribuído a indicar o grau de mérito às mesmas ações dos indivíduos. Por isso, assegura, apenas o valor moral do indivíduo será o critério do juiz.

A terceira concepção da justiça *a cada qual segundo suas obras* requer um tratamento proporcional, onde o critério do tratamento justo é o resultado da ação do indivíduo. Essa fórmula, segundo Perelman, permite levar em consideração, na maior parte das vezes, elementos sujeitos ao cálculo, ao peso ou à medida. É nessa concepção que se inspira o pagamento do salário dos operários, por hora ou por peça, exemplifica o autor.

⁸⁷ Cf. (PERELMAN, 2002, p. 9 e ss.).

A cada qual segundo suas necessidades é o quarto sentido da justiça analisado por Perelman. Em vez de levar em consideração méritos do indivíduo ou de sua produção, essa fórmula tenta abrandar o sofrimento resultante da impossibilidade em que ele se encontra de atender suas necessidades essenciais. É a concepção da justiça como caridade. Dessa forma, deve ser assegurado um tratamento diferenciado a cada ser humano que se encontra em estado vulnerável a fim de satisfazer suas necessidades mais essenciais, isto é, o mínimo vital. A fonte de inspiração da legislação social contemporânea brotou dessa fórmula da justiça, afirma Perelman. Cita como exemplos, entre outros, a proteção do trabalho e do trabalhador, as leis sobre o salário mínimo, o seguro-desemprego.

O critério da quinta formulação consiste em tratar o indivíduo conforme pertença a uma ou outra determinada categoria. Assim, em vez de ser universalista, é que a concepção *a cada qual segundo sua posição* difere das outras fórmulas da justiça por repartir os indivíduos em categorias diversas as quais serão tratados de forma distinta. O caráter que serve de critério é de natureza social. Este critério se baseia na superioridade dos indivíduos, que decorre ou do nascimento (hereditário, portanto independente da vontade do indivíduo), ou em sociedades hierarquizadas, cujas distinções de tratamento levam em consideração critérios de raça, de religião e de fortuna.

A sexta concepção da justiça representada pela expressão *a cada qual segundo o que a lei lhe atribui* é a paráfrase do princípio de “atribuir a cada qual o que lhe cabe” (*cuique suum* dos romanos). Por essa formulação deve-se aplicar aos fatos as regras de um determinado sistema jurídico, mas em virtude de haver legislações diferentes evidentemente levará a resultados conforme a ordem jurídica a ser aplicada. Por isso, argumenta Perelman, “que essa fórmula de justiça se distingue de todas as outras pelo fato de o juiz, a pessoa encarregada de aplicá-la, já não ser livre para escolher a concepção da justiça que prefere: ele deve observar a regra estabelecida” (PERELMAN, 2002, p. 28).

Não obstante, Perelman vai dizer que nenhuma dessas seis concepções da justiça concreta examinadas por ele atenderia na prática ao almejado ideal de justiça. Diante disso, o autor se propôs a encontrar elementos comuns entre elas, mostrando os pontos em que diferem. Isso permitiria determinar uma fórmula de justiça sobre a qual seria possível realizar um acordo unânime, isto é, possibilitaria identificar algum critério de aplicação universal da noção de justiça que fosse aceito por todos. Essa fórmula

denominada justiça formal ou abstrata é definida por Perelman como sendo “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (PERELMAN, 2002, p.19). A exigência de um tratamento igual se justificaria pelo fato de que qualquer membro de uma determinada categoria seria obrigado a sujeitar-se à regra e que ao aplicá-la seria levado a tratar todos de igual modo. Agir segundo a regra seria, portanto, aplicar um tratamento igual a todos os que a regra não distingue, sendo assim satisfeito o sentimento de justiça formal, cujo vínculo prender-se-ia à noção de igualdade.

Desse modo, a análise de Perelman evidencia que não é a noção de igualdade que constitui o fundamento de justiça, mesmo formal, e sim o fato de aplicar uma regra a todos os membros de uma categoria essencial. A igualdade de tratamento seria consequência lógica do fato de se ater à regra. Assim, o que o autor designa justiça formal é a chamada igualdade perante a lei, isto é, a aplicação logicamente correta de uma norma geral. A justiça formal, porém, não pode limitar-se à aplicação correta de uma regra, porque ser justo não é aplicar corretamente uma regra qualquer, mas aplicar a regra justa.

Com efeito, se a justiça formal é um princípio de ação que permite distinguir atos justos dos injustos, faz-se necessário encontrar um critério que possibilite distinguir regras justas daquelas injustas, pois dizer que um ato é formalmente justo é diferente de enunciar que a regra é justa. Para Thadeu Weber, o critério que vai dizer se a regra é justa está no princípio que fundamenta a regra, isto é, a regra adquire essa qualidade se estiver de acordo com o princípio que a fundamenta. Anota também não ser outro o objetivo da teoria da justiça desenvolvida por John Rawls, senão “indicar os princípios orientadores para a estrutura básica da sociedade, isto é, as principais instituições sociais. Portanto, são princípios reguladores para todas as tomadas de decisão. São os critérios de justiça” (WEBER, 2008, p. 227).

No entanto, se a regra for injusta Perelman aponta um caminho que assegura ser sempre possível escapar à injustiça formal por meio da modificação da regra nos casos em que a própria regra não é imposta. Nessa diretriz, é indispensável eliminar a “arbitrariedade” das regras que a justiça formal deve aplicar, exigência que se refere ao seu conteúdo. De acordo com o autor, uma regra é arbitrária quando não for passível de justificação. “Justificar é sempre mostrar como uma determinada categoria se integra numa categoria mais vasta, como uma regra particular se deduz de uma regra mais

geral” (PERELMAN, 2002, p. 56-57). Justificar a decisão tomada é fornecer uma argumentação convincente das escolhas feitas pelo juiz. Segundo Perelman, é esta justificação específica do raciocínio jurídico que explicitando as razões do dispositivo da sentença deve convencer as partes de que a sentença não deriva de uma manifestação arbitrária.

Nessa lógica, a concepção de justiça não pode ser reduzida à justiça formal. Se a lei é injusta aplica-se o princípio da justificação dos valores que a fundamenta. Assim, com alicerce de que um sistema de justiça é um sistema normativo, uma regra normativa é justificada demonstrando-se como está fundamentada em princípios mais gerais, os quais determinam o que vale, estabelecem o valor mais geral do qual são deduzidas as normas, os imperativos, as ordens. Trata-se, pois, da justificação de uma regra com princípios orientadores e fundamentadores. Esses princípios, que revelam valores tradicionais na consciência jurídica de uma civilização dada, formulam eles teses que, segundo Perelman,

os membros educados da sociedade são tentados a admitir espontaneamente, por isso, aproximam-se mais de princípios evidentes que não necessitam muito de uma autoridade particular para serem admitidos. Não obstante, essa autoridade é indispensável na medida em que tais princípios necessitam de uma interpretação e de uma determinação de seu campo de aplicação, que podem ser muito mais controversas do que os próprios princípios, pois o acordo se realiza nos equívocos e na imprecisão (PERELMAN, 2002, p. 380).

Nesse contexto, o respeito pela dignidade da pessoa humana é considerado hoje princípio do direito comum a todos os povos civilizados. É o princípio que fundamenta uma doutrina de direitos humanos. Contudo, observa Perelman, os textos que enunciam os direitos humanos não são precisos e exigem um grande esforço de interpretação dos tribunais para sua aplicação, uma vez que em matéria de tais direitos, segundo ele, não existe critério objetivo que defina o limite de equilíbrio entre os direitos de uns e de outros. Em outras palavras, em que pese a relevância do preceito da dignidade da pessoa humana, seu sentido amplo e impreciso suscita dúvidas sobre o seu alcance e aplicação, isto é, sustentar que toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua dignidade somente por ser pessoa é de fácil compreensão, porém a dificuldade emerge em estabelecer *onde e como* esse direito pode ser reconhecido.

A questão é saber então de que formas fundamentar (justificar) os princípios do direito e da justiça. Perelman vai responder a tal questionamento partindo do pressuposto de que valores (princípios) são sempre arbitrários e que dado esse seu caráter arbitrário, sua pluralidade e oposição torna difícil um consenso sobre os princípios numa contenda. Para que um acordo seja possível sobre as regras de justiça é fundamental justificar todas as regras que se atacam, “e que não se ataquem todas aquelas que se podem justificar, a saber: as que concedem a certos valores o primeiro lugar na condução de nossa ação” (PERELMAN, 2002, p. 59). Assim, no momento que se formulam princípios de ação exclui-se qualquer arbitrariedade da conduta, pois sendo ela regulada independe do capricho do sujeito. Nessa linha de argumentação de Perelman há exigência de se fazer escolhas entre valores visando eliminar a arbitrariedade. Por isso mesmo, afirma que a justiça “possui um valor próprio que resulta do fato de sua aplicação satisfazer a uma necessidade racional de coerência e de regularidade” (PERELMAN, 2002, p.63). Essa noção, justifica o autor, tem como pressuposto o fato de que a justiça é uma virtude racional e são as decisões justas que se apresentam como racionalmente fundamentadas. Ou seja, a ação justa deve, pois, dar provas de racionalidade.

Retornando à tese postulada por Perelman segundo a qual a regra de justiça exige que sejam tratados da mesma forma seres considerados essencialmente semelhantes pode-se vislumbrar atendida a concepção formal de justiça. Isso porque a regra não diz quando diferenças devem ser levadas em conta ou não ser consideradas essenciais, tampouco indica como é preciso tratar os seres essencialmente semelhantes, ou que determinada diferença que importa num caso, não importa no outro. Dito de outra maneira: a regra de justiça assim definida é uma regra formal porque não explica *quando* dois seres são essencialmente semelhantes nem *como* se deve tratá-los para ser justo. Desse modo, segundo Perelman, em situações concretas é imprescindível especificar esses dois elementos. Quando é a lei positiva que fornece os critérios de sua aplicação a regra de justiça se torna regra de direito, exigindo sejam tratados de uma forma determinada pela lei todos os que são semelhantes perante a lei. "A regra de direito é a regra de justiça acompanhada de modalidades determinadas pela vontade do legislador. A ação conforme à regra de direito é justa porque aplica corretamente a lei" (PERELMAN, 2002, p. 160).

Esse modo de tratamento também pode ser fixado pelo recurso aos precedentes, pois afigura-se justo e conforme à razão tratar da mesma forma um caso essencialmente semelhante. Com efeito, a instauração de uma ordem social razoável “pressupõe naturalmente a conformidade aos precedentes (*stare decisis*). A regra de justiça nos convida, de fato, a transformar em precedente, ou seja, em caso de aplicação de uma regra implícita, toda decisão anterior emanante de uma autoridade reconhecida” (PERELMAN, 2002, 103), ganhando, portanto, autoridade de regra de decisão de aplicação universal.

O uso dos precedentes da jurisprudência expressado por Perelman se aproximaria assim às razões dadas a conhecer por Alexy, para quem seguir os precedentes é atender o princípio da universalidade, a exigência de se tratar casos iguais de modo semelhante com base na regra de justiça com qualidade formal (ALEXY, 2001, p. 259). É em razão do princípio da universalização que se pode retirar de toda sentença uma regra de decisão mais ou menos concreta referente ao caso julgado. Segundo o autor, o princípio da universalidade implica satisfazer a exigência de correção. Trata-se, por certo, de uma condição para a justificabilidade pelo argumento, situação que vai exigir respeito pelo precedente como uma questão de princípio, embora sejam admitidas exceções. Aqui Alexy toma em consideração o princípio da inércia de Perelman, o qual exige que uma decisão só pode ser alterada se boas razões puderem ser aduzidas para isso.

Essa linha de raciocínio é seguida por Thadeu Weber ao argumentar que a invocação ao precedente assegura a continuidade e a coerência, mas não realiza a mudança, que exige razões consistentes para tal. Assim, se unicamente a mudança deve ser justificada ela deve ser feita quando há boas razões para evitar resultados absurdos na aplicação do precedente. “É nas boas razões, no recurso ao razoável, na argumentação e justificação de acordo com o auditório universal que é possível realizar a verdadeira justiça” (WEBER, 2008, p. 229). Enfim, para que haja razão suficiente justificadora para não seguir um precedente é necessário mostrar que a nova decisão “seria mais justa do que a decisão do precedente ou que produziria consequências preferíveis àquelas geradas pela adoção do(s) precedente(s) em questão” (MacCORMICK, 2008, p. 199).

No contexto dessa discussão, MacCormick compartilha da visão segundo a qual a justificação das decisões requer a sua universalização ou a demonstração de que tais decisões seriam aceitáveis se universalizadas. E isso deriva da ideia de que o ato de

justificar “envolve o estabelecimento de boas bases racionais para o que se faz, e, dessa maneira, depende de uma concepção de racionalidade e de um compromisso com a racionalidade assim concebida” (MacCORMICK, 2008, p. 198). Mas isso suscita a questão relativa a saber como a proposição universal pode ser ela mesma justificada. A resposta, segundo o autor, será justificada a partir de suas consequências. Ilustra a sua observação, dizendo:

Decidir um caso e justificar a decisão exige que essa decisão possa ser universalizada, ao menos implicitamente, e que possa ser comparada qualitativamente com os méritos de uma outra possível proposição universal ainda que lhe seja rival. Então, razões devem ser dadas a favor da alternativa preferida, para a linha de decisão preferida neste caso e em todos os outros casos análogos. [...] As decisões não são justificadas em termos de seus efeitos diretos e imediatos nas partes envolvidas apenas (e é por isso que os casos difíceis produzem um mau Direito), mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja, portanto, disponível para outros casos semelhantes (satisfazendo-se assim a exigência de justiça de que os casos iguais sejam tratados de forma igual) (MacCORMICK, 2008, p. 137-138).

Desse modo, a aplicação da regra de justiça, que prescreve ser justo tratar da mesma forma o que é considerado essencialmente semelhante mostra a importância do precedente, justamente por indicar a necessidade de se levar em conta o tratamento dado anteriormente a uma situação semelhante da qual somente será afastado mediante razões satisfatórias. Parte-se, assim, da premissa que a lei, como premissa geral e abstrata, uma vez aplicada gera uma regra para o caso concreto que, por sua vez, serve também de premissa geral para casos semelhantes. A título exemplificativo, a contar do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2012⁸⁸, a mulher portadora de feto anencefálico pode interromper a gravidez. A decisão judicial é, dessa forma, norma jurídica porque prescreve uma ação. Cabe, portanto, ao intérprete e aplicador da lei identificar no precedente a norma vigente, a partir do reconhecimento das premissas fáticas e jurídicas que estabelece.

No entanto, se o precedente trazer consequências irracionais o juiz tem a alternativa do recurso à equidade, que seria o complemento indispensável da justiça formal, sustenta Perelman. A equidade seria um mecanismo ao alcance do julgador

⁸⁸ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.

quando a aplicação da lei for impossível nos casos concretos. Nesse particular o autor retoma a concepção de justiça de Aristóteles, aduzindo ser o recurso à equidade essencial a aplicação da justiça concreta, especialmente onde a legislação é iníqua e até mesmo criminosa⁸⁹ (PERELMAN, 2004, p. 184). Isso pode ocorrer, por exemplo, quando da aplicação a um caso singular não pensado pelo legislador. Por isso a equidade seria um meio fundamental no sistema de argumentação, pois atribui à justiça um estatuto não meramente formal dado que a própria regra aplicada à situação particular deverá ser justa. Nessa concepção, “o juiz não se atém aplicar a lei, mas vale-se dela para estear seu sentimento de equidade, que escutará acima de tudo quando a lei é obscura ou incompleta” (PERELMAN, 2002, p. 73). Assim, a equidade seria uma forma de correção da aplicação de uma lei, seja ela em razão da obscuridade ou da incompletude ou por impossibilidade da realização da justiça⁹⁰.

Com efeito, a ideia de equidade é determinante uma vez que toda teoria de Chaïm Perelman direcionou seu foco no decidir, ou seja, nas razões empregadas pelo julgador quando nos casos concretos interpreta e aplica a lei com a finalidade de proferir uma sentença coerente e aceitável. Daí afirmar Perelman ser dialético o raciocínio do juiz e não analítico como é o dos matemáticos. A função do juiz seria assim similar à do filósofo e, conseqüentemente as soluções dadas a problemas concretos “só poderiam pretender-se razoáveis na medida em que são submetidas à aprovação do auditório universal, constituído pelo conjunto dos homens normais e competentes para julgá-las” (PERELMAN, 2002, p. 399). O autor procurou esclarecer que a ideia desse auditório não seria integralmente fundamentada na experiência ou numa intuição evidente, mas é, ela mesma, condicionada histórica e socialmente. “É por isso que, na medida em que o ideal da razão prática é explicitado pelo recurso à regra da justiça, é possível precisar-lhe o alcance e circunscrever-lhe os limites” (PERELMAN, 2002, p. 94-95). Destaca,

⁸⁹ A propósito disso, Perelman faz referência ao Estado nacional-socialista alemão, relatando que, com o advento do ‘Estado criminoso’ pareceu impossível, “até mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que a ‘Lei é lei’, e que o juiz, em qualquer caso deve conformar-se a ela. [...] Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça” (PERELMAN, 2004, p. 94).

⁹⁰ Nos desdobramentos dos seus estudos sobre justiça e equidade, Rawls observa que o objetivo de justiça como equidade “não é metafísico nem epistemológico, mas prático [...] um acordo político informado e totalmente voluntário entre cidadãos que são considerados como pessoas livres e iguais” (RAWLS, 2000a, p. 211).

además, que o razoável é valorizado pelo próprio fato de ser critério de conduta das normas práticas.

Já Rawls confere ao razoável o sentido de razão pública, enunciando os dois aspectos básicos que o assenta: o primeiro é “a disposição de propor termos equitativos de cooperação e cumpri-los, desde que os outros também o façam”. O segundo é “a disposição de reconhecer os limites do juízo e aceitar suas consequências para o uso da razão pública na condução do exercício legítimo do poder político num regime constitucional” (RAWLS, 2000b, p. 98)⁹¹. Por se tratar de uma concepção política de justiça, ao interpretar a Constituição os juízes devem “apelar para os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública” (RAWLS, 2000b, p. 287).

Por outro lado, a razoabilidade, por ser uma disposição, estaria sendo tomada como uma virtude necessária ao agente moral para sua tomada de decisão, pois exigiria dele uma disposição moral de agir a partir do critério de reciprocidade. Na visão de Perelman, o razoável não remete a uma razão invariável e perfeita, “mas a uma situação puramente humana, à adesão presumida de todos aqueles que consideramos interlocutores válidos no que tange às questões debatidas” (PERELMAN, 2002, p. 399). Daí que uma interpretação bem sucedida não deve apenas limitar-se à prática que interpreta, mas deve também justificá-la. Isso porque as decisões só podem ser justificadas devolvendo-se algum sistema geral de responsabilidade moral a fim de poder considerá-lo como um atributo dos membros de uma comunidade, no sentido de não prejudicar os outros ou de assumir a responsabilidade por seus atos (DWORKIN, 2003, p. 344).

A justificação implica, portanto, apelo à razão que, nos termos de Perelman, se funda no discurso da argumentação na tentativa de convencer os membros do auditório universal por meio de argumentos racionais. A concordância da parte da audiência universal seria o critério de racionalidade e objetividade da argumentação. Destaca-se, com efeito, que o raciocínio do judiciário tem de ser matizado conforme os auditórios aos quais se dirige, segundo o ramo do direito e a matéria tratada (PERELMAN, 2004, p. 216).

⁹¹ J. Rawls cita o Tribunal Constitucional como exemplo de razão pública.

Nesse sentido, a argumentação privilegia o múltiplo, acata o pluralismo de valores e opiniões e, nessa medida, ela se apresenta como diretriz para a discussão e contextualização de argumentos baseados em racionalidade. Na expressão de Amartya Sen, “a argumentação racional é central para a compreensão da justiça mesmo em um mundo que inclui muita ‘desrazão’; na verdade, ela pode ser especialmente importante em um mundo assim” (SEN, 2011, p. 21).

Em resumo, a par do aduzido nesse tópico, resulta um sistema jurídico calcado em regras, princípios e valores. Regras são justificadas pelos princípios. Estes são fundamentados pelos valores que os sustentam e os valores, por sua vez, são justificados “pelos argumentos que podem receber o acordo do auditório universal, isto é, por valores que sejam universalizáveis” (WEBER, 2008, 228). Por outro lado, ainda que tenha o dever de aplicar a lei o juiz dispõe de técnicas do raciocínio jurídico que lhe permitem, na maioria das vezes, ajustar as regras ao resultado buscado. “A intervenção do juiz possibilita introduzir no sistema jurídico considerações relativas à oportunidade, à justiça e ao interesse geral” (PERELMAN, 2002, 426). À evidência, a distância que separa o texto do intérprete não é obstáculo a ser superado, mas aliado na empreitada interpretativa, buscando por meio da argumentação racional uma decisão justa ao caso concreto, conforme o fim do Direito.

Partindo disso, o desafio da próxima seção focalizará a aplicação da ponderação e a questão da realização da justiça em casos concretos de direitos fundamentais em situação de colisão. Propõe-se explorar nessa direção os elementos conectivos entre justiça e argumentação, procurando situar o campo da argumentação e destacar como seu conceito respalda o de justiça.

3.2. JUSTIÇA E ARGUMENTAÇÃO

Na abertura dessa seção vale observar que pode parecer estranho chamar questões de argumentação de questões de justiça. Isso deriva do liame entre ambas. Perelman vai dizer que no ato de decidir repousa a simbiose entre argumentação e justiça. Conectam-se, ademais, por levar em conta, conjuntamente, pressupostos da teoria dos direitos fundamentais e da teoria da argumentação jurídica que podem ser úteis para o estabelecimento de fatores determinantes nesse contexto, como a possível representatividade discursiva ou argumentativa das cortes constitucionais. Com efeito,

para entender o direito como uma prática argumentativa, Robert Alexy empenhou-se por desenvolver sua teoria da argumentação seguindo a linha dos discursos práticos gerais de Jürgen Habermas. Partindo desse viés, o resultado só poderia ser racional se seguisse corretamente os procedimentos de argumentação racional. Desse modo, Alexy procurou conciliar as regras dos discursos práticos de Habermas com as formas de argumentação de Chaïm Perelman. Em seguida, Alexy direcionou seus esforços na estruturação de procedimentos de argumentação jurídica específicos para tratar as questões de direitos fundamentais, de modo especial os casos de colisão de preceitos fundamentais, ponto nuclear aqui investigado⁹².

Por certo a argumentação jurídica joga um papel determinante nas decisões judiciais de aplicabilidade do direito. A argumentação pressupõe uma escolha entre argumentos que oscilam a favor ou contra cada uma das interpretações possíveis das normas jurídicas. Argumentos “são razões que resgatam, sob condição do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas” (HABERMAS, 2003, p. 280-281). A validade de um juízo normativo somente seria passível de aferição no contexto discursivo, sustenta Habermas.

À vista disso, interpretação e também interpretação constitucional se solucionam argumentativamente na forma das regras da teoria do discurso. A interpretação jurídica deve sempre fazer-se acompanhar de uma justificação ou fundamentação banhada de boas e fortes razões. Trata-se de uma atividade desenvolvida em direção uma decisão correta, que se pretende justa por meio da argumentação. Aliás, as decisões judiciais exigem fundamentação sob pena de nulidade⁹³. Ao julgar o juiz é obrigado a fundamentar suas sentenças aplicando o direito como um sistema, interpretando-o de modo a remover incompatibilidades e contradições internas e motivando as decisões conferindo-lhe aceitabilidade e legitimidade. Essa motivação resulta da argumentação (PERELMAN, 2002, p.472). Para o autor, como se trata de deixar as decisões de justiça aceitáveis o recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável. Por outro lado,

⁹² A esse respeito, conforme acima, Capítulo 2, 2.2 e 2.3.

⁹³ Na Constituição da República Federativa do Brasil essa ordem está expressa no artigo 93, inciso IX, *in verbis*: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público da informação”.

como cuida-se de motivar as decisões demonstrando sua conformidade com o direito em vigor, a argumentação será específica, pois terá por missão mostrar de que modo a melhor interpretação da lei se harmoniza com a melhor solução dos casos particulares (PERELMAN, 2004, p. 186).

Com efeito, para a correta aplicação do direito deverá o juiz apoiar-se em vários elementos de interpretação, destacando-se o sistemático e o lógico, especialmente quando vier a se defrontar com *hard cases*, considerando aqui casos de colisão de direitos fundamentais. Os argumentos sistemáticos são aqueles que dizem respeito à unidade ou coerência do sistema jurídico. “Por trás da interpretação sistêmica repousa um princípio de racionalidade fundado no valor da coerência e da integridade de todo sistema jurídico” (MacCORMICK, 2008, p. 185)⁹⁴. Os argumentos sistemáticos desempenham um papel importante na interpretação constitucional. Tal relevância pode ser ratificada pela “interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) das normas jurídicas submetidas à jurisdição constitucional”. Os argumentos sistemáticos de consistência visam garantir a ausência de contradição entre uma determinada interpretação de uma disposição constitucional e todas as demais disposições constitucionais. “Esse argumento é decisivo para a racionalidade da interpretação constitucional” (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 238-239).

Por outro lado, sustenta Perelman, o raciocínio jurídico requer o exercício da lógica para alcançar a solução das controvérsias. Todavia, essa lógica não é uma lógica formal no sentido de exatidão⁹⁵ por não se tratar de raciocínios puramente formais (no sentido de precisão matemática), mas cuidar de questões de fato onde permite conhecer os argumentos pró e contra da controvérsia no caso concreto. Essa lógica denomina-se

⁹⁴ Segundo Juarez Freitas, a interpretação sistemática deve ser entendida como “uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizáveis num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista solucionar os casos sob apreciação” (FREITAS, 2010, p. 82). Já o sistema jurídico é conceituado por Freitas como “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, normas estritas (ou regras) e de valores cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa e implicitamente, na Constituição” (FREITAS, 2010, p. 56).

⁹⁵ Nos seus estudos, Perelman desenvolveu primeiramente uma concepção de justiça formal, que propunha o dever de tratar do mesmo modo os seres pertencentes à mesma categoria. Percebeu, contudo, que essa concepção não bastava para aplicar a justiça ao caso concreto de modo a realizá-la por meio de uma decisão. Seria necessário também desenvolver critérios materiais que contivessem essa noção, a fim de vincular a justiça à sua aplicação prática. Assim, conforme Perelman, a justiça formal atendia a exigência de ser clara e precisa, mas não dava conta de elucidar nos moldes da lógica formal a racionalidade de um juízo de valor na aplicação no caso concreto. Por isso, o autor tratou de focalizar a questão do Direito e de justiça na perspectiva da argumentação (PERELMAN, 2002, p. 32).

Lógica Jurídica (PERELMAN, 2002, p. 472). Na visão do autor, a lógica jurídica não seria, portanto, uma lógica de demonstração formal, a qual não fornece padrões para tratar racionalmente da justiça, mas uma lógica argumentativa que se vale de provas dialéticas para convencimento do juiz no caso concreto. O recurso ao raciocínio *dialético* objetivaria assim estabelecer um *acordo* sobre os valores e sua aplicação quando estes são objeto de uma controvérsia (PERELMAN, 2004, p. 139).

Com efeito, ao restabelecer a técnica que regulamenta o raciocínio argumentativo nos valores dialéticos, Perelman promove a ligação da argumentação e a justiça. Para ele, no ato de decidir encontra-se a intersecção entre justiça e argumentação. No desenvolvimento do raciocínio entram em cena valores que “intervêm, num dado momento, em todas as argumentações [...] Nos campos jurídico, político, filosófico os valores intervêm como base de argumentação ao longo de todo desenvolvimento” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 84).

Não obstante, independentemente da técnica de raciocínio utilizada em direito, o juiz não pode descurar-se da reação das consequências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Ao contrário, o esforço dos juristas deve procurar “conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão” (PERELMAN, 2004, p. 13). Assim, o juiz ao chegar a uma decisão concreta aceita e razoável – assentada numa fundamentação idônea – estabelece-se a relação entre justiça e dialética, cuja concepção perelmaniana cinge-se à argumentação.

Embora ciente de que todo sistema de justiça depende dos valores estabelecidos por seus princípios, independentemente de outros valores nos quais se fundamenta, a justiça possui um valor próprio, que é aquele que resulta do fato de sua aplicação satisfazer a uma necessidade racional de coerência e regularidade, sentencia o autor. A noção de coerência e regularidade ou unidade traz indicativo de que casos semelhantes devem ser decididos sob o prisma da igualdade, respeitado os princípios que foram aplicados nas decisões anteriores. Ou seja, deve existir um processo interpretativo que leve em conta a força normativa da Constituição e a ideia de unidade do direito, afastando o voluntarismo e o ativismo judicial.

Perelman não se descurou também da percepção de que a solução dos conflitos entre valores aceitos por uma determinada sociedade pode levar a concepções diversas, pois existem múltiplos valores envolvidos em um determinado caso, e a escolha daqueles que devem ser aplicados é uma escolha racional, um ato de vontade, que deve

ser fundamentado para ganhar legitimidade. Com efeito, isso é assim porque aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não tratam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o realizam “no contexto de uma pletera de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente” (MacCORMICK, 2008, p. 31)⁹⁶.

A exigência de uma escolha racional entre valores na fundamentação da decisão de que fala Perelman, em grande medida, vai ao encontro da proposta teórica de Alexy aqui analisada, convergindo, especialmente, na formulação valorativa dos direitos fundamentais catalogados nas Constituições contemporâneas, onde as teorias de valores se manifestam com força na jurisprudência constitucional. Nesse particular, Alexy refere a Constituição alemã, que teve como ponto culminante a decisão do caso Lüth pelo Tribunal Constitucional Federal⁹⁷. No desenvolvimento da fundamentação da decisão, a ordem de valores foi qualificada pelo tribunal como “*hierarquia de valores*”, no âmbito da qual um “sopesamento” se fez necessário (ALEXY, 2014, p. 154). Com isso, aduz Alexy, foram citados os conceitos da teoria dos valores⁹⁸ firmada em diversas

⁹⁶ Conforme MacCormick, o material em questão compreende as constituições, os tratados, as leis dos Parlamentos nacionais ou subnacionais, as regulações e diretivas de entidades supranacionais e os repertórios de decisões judiciais.

⁹⁷ Nesse ponto será útil retornar à discussão do problema no caso “Lüth” (BVerGE 7, 198). Ainda que o Tribunal Constitucional Federal tenha partido nessa decisão do pressuposto de que ‘os direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos’, isto é, de que são “direitos de defesa do cidadão contra o Estado”, ele adita, na mesma decisão, que ‘[i]gualmente correto é o fato de que a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiológicamente neutra, (...) também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores (...). Esse sistema de valores, em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social, deve valer, como decisão constitucional fundamental, para todos os ramos do direito’ (ALEXY, 2014, p. 154). A decisão Lüth, além de ter influenciado decisivamente a jurisprudência dos tribunais ordinários e especiais não constitucionais, “possibilitou o desenvolvimento não somente da dogmática da liberdade de expressão como de toda a teoria geral dos direitos fundamentais” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 264)

⁹⁸ Como já referenciado na presente investigação, para Alexy, o modelo de princípios e o modelo de valores, na sua essência, são estruturalmente iguais, afora o fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (dever ser) e o segundo, no âmbito do axiológico (âmbito do bom), havendo, assim, uma certa equiparação entre princípios e valores. “Para descobrir o quão forte pode ser uma teoria dos princípios a partir do ponto de vista de seu rendimento há de ser fixada a semelhança que existe entre princípios e o que se denomina *valor*. No lugar de dizer que o princípio da liberdade de imprensa colide com o da segurança exterior, poder-se-ia dizer que existe uma colisão entre o valor da liberdade de imprensa e o valor de segurança exterior. Toda colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa. [...] Princípios e valores são, portanto, os mesmos, contemplando em um caso sob o aspecto *deontológico*, e em outro caso sob um aspecto *axiológico*. Isto mostra com clareza que o problema das relações de prioridade entre princípios se corresponde com o problema de uma hierarquia de valores” (ALEXY, 1988, p. 145). Diante do caráter similar entre princípios e valores, as objeções podem atingir também a teoria dos princípios, salienta Alexy.

decisões daquele tribunal, tais como: valor, ordem de valores, hierarquia de valores, sistema de valores e sopesamento. Não obstante, salienta, a avaliação que se faz dessa teoria valorativa dos direitos fundamentais vai da rejeição radical à aceitação ostensiva⁹⁹. As objeções seriam de cunho filosófico, metodológico e dogmático.

As objeções filosóficas centram-se sobretudo contra o conceito de objetividade da teoria dos valores¹⁰⁰. Contudo, fundamentam a rejeição das teorias intuicionistas, mas não das teorias valorativas em geral, diz Alexy. Uma teoria menos vulnerável é obtida quando se pressupõe que valores são critérios de valoração, os quais, como as normas em geral, ou são válidos, ou não. A validade desses critérios e as valorações são uma questão de fundamentação (ALEXY, 2014, p. 157).

As críticas dogmáticas apontam para o fato (i) de que uma teoria valorativa dos direitos fundamentais conduziria à destruição da liberdade constitucional (em sentido liberal), indicando que ‘liberdade ligada à subjetividade [seria] substituída pela objetividade dos valores’, levaria um alinhamento substancial da liberdade constitucional uma vinculação aos valores¹⁰¹. Essa interpretação é refutada por Alexy ao argumento de que liberdade e valor não são coisas antagônicas. Liberdade jurídica é um valor dentre outros. Ela consiste na faculdade jurídica de fazer e deixar fazer o desejado. Segundo o autor, a controvérsia se instala no momento de definir “o que e quanto se deve ordenar e proibir”. Trata-se, na verdade, de uma polêmica acerca do grau ótimo de realização do princípio da liberdade jurídica em face dos princípios colidentes, podendo ser conferido a esses princípios pesos diferentes, diz Alexy; e (ii) de que uma teoria dos princípios não levaria a sério a vinculação à Constituição, e que uma tal teoria dos

⁹⁹ Na defesa de um pensamento enraizado em um sistema de valores, o constitucionalista norte-americano Kommers manifestou-se assim: ‘a genialidade do pensamento constitucional alemão está na identidade de um tal sistema na ordem hierárquica de valores do Tribunal Constitucional Federal’ (KOMMERS, *apud* ALEXY, 2014, p. 155). Pertinente às críticas, cujas abordagens principais referem-se à estrutura, à racionalidade e à legitimidade do método do sopesamento, ver nesta investigação Capítulo 2.

¹⁰⁰ Segundo Alexy, o desenvolvimento mais amplo da ideia de uma ordem objetiva de valores pode ser encontrado em Max Scheler, para quem a *cognição* dos valores deve ocorrer por meio de uma faculdade cognoscitiva específica, assim descrita por ele: ‘A verdadeira sede de todo valor *a priori* (e também da Moral) é a *cognição do valor* ou *intuição do valor*, construída a partir do sentimento, da preferência e, sobretudo, do amar e do odiar, bem como a partir da conexão entre valores, do seu ‘ser superior’ ou ‘ser inferior’, isto é, da ‘cognição moral’. Essa cognição ocorre, então, por meio de funções e atos *específicos*, que são *toto coelo* diferentes de toda percepção e pensamento, e o único acesso ao mundo de valores’ (SCHELER, *apud* ALEXY, 2014, p. 156).

¹⁰¹ Conforme objeções, por exemplo, de Forsthoff, Böckenförde e Helmut Goerlich (ALEXY, 2014, p. 176).

princípios conduziria a um arbítrio interpretativo e, por consequência, a uma insegurança constitucional¹⁰².

Ocorre que no modelo de regras e princípios defendido por Alexy a complementação do nível das regras com um nível de princípios “é necessária exatamente para garantir a vinculação à Constituição”. Quanto a objeção relacionada à segurança jurídica, o autor aponta, primeiramente, carência de alternativas para uma maior medida de segurança jurídica que o modelo de regras e princípios dos direitos fundamentais defendido por ele. A outra questão reside no fato de que tal modelo não tem apenas o nível de princípios, mas também o das regras. Isso quer dizer que no modelo de regras e princípios a dedução não é suplantada pelo sopesamento. Ao contrário, ambos são associados (ALEXY, 2014, p. 178-179).

O cerne das objeções metodológicas, por sua vez, dirige-se contra a concepção de ordem *hierarquizada* de valores e contra o sopesamento¹⁰³. Alexy fixou tratar essas objeções especificamente nos valores relevantes para uma decisão no âmbito dos direitos fundamentais. Isso porque, segundo ele, quando se fala em ordem hierarquizada de valores só poderia fazer-se menção a tais valores, esclarecendo que do ponto de vista dos direitos fundamentais seria possível discutir quais valores seriam relevantes e quais não o seriam. Todavia, a par das frequentes discussões em relação ao tema, o autor reconhece que uma ordenação de valores ou princípios juridicamente relevantes só seria possível numa ordem *flexível*, a qual pode surgir: (i) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; e (ii) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências. A primeira seria obtida, por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou de igualdade. A segunda seria alcançada por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ambas estão intimamente ligadas ao sopesamento (ALEXY, 2014, p. 163).

O ponto de partida da objeção contra a ideia de sopesamento funda-se no pressuposto de que ela não seria um modelo passível de controle racional, pois valores e

¹⁰² Conforme crítica de Forsthoff (ALEXY, 2014, p. 178).

¹⁰³ Vale nesse momento retomar a prescrição da lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: “Quanto maior for o grau de não-satisfação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”, cf., neste trabalho, seção 2.1. Retomando a lição de Alexy, essa lei exprime que a otimização em relação aos princípios colidentes vem a ser o sopesamento. Ela mostra que o sopesamento pode ser dividido em três passos: No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, avalia-se a importância da satisfação do princípio da satisfação do princípio colidente. Por fim, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do princípio concorrente (ALEXY, 2014, p. 594).

princípios não disciplinam sua própria aplicação e o sopesamento ficaria, portanto, sujeito ao arbítrio de quem sopesa, abrindo espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Em sua controvérsia com uma jurisprudência de valores¹⁰⁴, Habermas faz um alerta precisamente para o perigo dos juízos irracionais na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores tomando-a como base de sua prática de decisão, porque, neste caso, “os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos” (HABERMAS, 2003, 321-322). Acrescenta, ainda, que “a validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas” (HABERMAS, 2003, p. 323).

Para Alexy, entretanto, essas oposições seriam procedentes se se pretendesse dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. “Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não racional ou irracional” (ALEXY, 2014, p. 164). A teoria dos princípios, diz ele, nunca sustentou a tese segundo a qual o sopesamento possibilitaria uma conclusão correta em todos os casos. Ao contrário, sempre salientou que o sopesamento não é um procedimento que conduz, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco (ALEXY, 2014, p. 594). Diverge, a propósito, do posicionamento postulado por Dworkin de que a teoria dos princípios possa levar a uma única resposta correta. Para Alexy, somente seria factível chegar-se a uma única resposta correta para um problema envolvendo princípios se fosse possível criar uma lista completa de todos os princípios operantes na ordem jurídica (um catálogo de topoi), e que essa ordem contivesse, ademais, todas as relações de prioridade abstratas e concretas entre eles e, por isso, determinaria de modo inequívoco a decisão em cada um dos casos concretos. Tal ordem deveria ser chamada de “ordem estrita”.

Todavia, o autor não considera exequível tal proposição porque uma ordem estrita apenas seria possível se o peso dos valores ou dos princípios e suas intensidades de realização fossem expressáveis numa escala numérica calculável. Enfatiza sua inviabilidade prática diante “dos problemas de uma medição do peso e da intensidade de realização dos princípios jurídicos ou dos valores, que seja mais do que uma ilustração de um resultado já encontrado” (ALEXY, 1988, p. 145-146). Alega ainda que a questão

¹⁰⁴ Jurisprudência de valores é uma prática, sobretudo, do Tribunal Constitucional alemão, que consiste na argumentação firmada em valores para a solução de colisões entre direitos fundamentais.

da única resposta correta “depende essencialmente de se o discurso prático leva a uma única resposta correta para cada caso. Levaria se sua aplicação garantisse sempre um consenso” (ALEXY, 1988, p. 150). Suas exigências, porém, sob condições reais, só se poderiam cumprir de maneira aproximada e isso excluiria um consenso para cada questão, conclui Alexy.

Ainda a propósito da (ir)racionalidade do sopesamento, nos capítulos precedentes dessa investigação procurou-se evidenciar que as colisões entre princípios seriam resolvidas por meio da definição de uma relação de precedências condicionadas¹⁰⁵. Se o sopesamento se resumisse a tal enunciado de preferências ele realmente não representaria um procedimento racional, pois o estabelecimento da preferência condicionada poderia ser intuitivo e aquele que sopesa poderia seguir exclusivamente suas concepções subjetivas. Contudo, argumenta Alexy, “tal modelo *decisionista* de sopesamento pode ser contraposto um modelo *fundamentado*” (ALEXY, 2014, p.165). O resultado do sopesamento é um enunciado de preferências condicionadas em ambos. Mas, enquanto no modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente, o modelo fundamentado diferencia entre o processo psíquico que leva à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa distinção permitiria ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência, possibilidade que leva Alexy a mostrar que o sopesamento é racional quando o enunciado de preferência pode ser fundamentado racionalmente. Ou seja, desde que a escolha feita possa ser expressa em fundamentos. Em outras palavras: um sopesamento racional só seria atingido sob o alicerce de uma argumentação racional, cujas razões de justificação (que suportam a carga argumentativa da regra de preferência) da decisão assentam-se sobre a fundamentação.

¹⁰⁵ Cf. Capítulos 1, 1.2.1; 1.2.2 e 2, 2.1; 2.2. Vale retomar aqui que uma relação de prevalência ou precedência condicionada consiste em indicar as condições em presença das quais um princípio prevalece sobre o outro, em razão de sua condição maximizante sem a necessidade de exclusão do sistema do princípio cedente. Isto é, conforme advoga Alexy, os princípios colidentes devem ser harmonizados, considerando as situações fáticas e jurídicas envolvidas pelo caso concreto. Alexy utilizou como exemplo o caso Lebach, no qual o Tribunal Constitucional Federal solucionou a colisão entre a proteção da personalidade (P1) e a liberdade de informar via radiodifusão (P2) por meio de aceitação de uma precedência de P1 no caso de uma “repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de interesse atual pela informação” que “coloca em risco a ressocialização do autor” (C2) (ALEXY, 2014, p. 164). Por isso, em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o P2 quando existem razões suficientes para que P1 preceda P2, sob as condições C.

Desse modo, de acordo com o modelo fundamentado defendido por Alexy o resultado do sopesamento consiste em um enunciado de preferências condicionadas, que de acordo com a lei de colisão corresponde uma regra de decisão diferenciada, não sendo, portanto, um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro de forma irrefletida. Assim, garante o autor, restariam afastadas definitivamente as controvérsias de que a ponderação seria um procedimento abstrato ou generalizante. Lembra, ainda, que do próprio conceito de princípio decorre a comprovação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo ou nada, mas uma tarefa de otimização (ALEXY, 2014, p. 173). A tarefa de otimização [prescrita pela concepção de *princípio* como *mandamento de otimização*] consiste em determinar as corretas relações de prioridade condicionais (ALEXY, 2000, p. 297).

O autor combate ainda as críticas segundo as quais a máxima do sopesamento de interesses seria uma “fórmula vazia” por não possuir um parâmetro com base no qual o sopesamento pudesse ser decidido, dizendo que “o *modelo de sopesamento como um todo* oferece um critério, ao associar a lei da colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A lei da colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional” (ALEXY, 2014, p. 173-174). Ou seja, a ligação entre ponderação e argumentação jurídica seria encontrada no momento em que a lei da ponderação indica o que deve ser fundamentado racionalmente. Exatamente, nesse sentido, seria improcedente dizer que a fórmula nada diz e que, por isso, seria uma fórmula vazia.

Nessa perspectiva, o modelo fundamentado impõe ao juiz uma justificação por meio de argumentos. Aliás, a fundamentação é o núcleo da ponderação. Deve o magistrado expor seu raciocínio argumentativo, fazendo conhecer o que o levou a preferir um determinado direito fundamental na prolação da decisão. Segundo Alexy, a fórmula do sopesamento seria assim uma forma de argumento do discurso prático. Como forma de argumento, a fórmula do sopesamento é um elemento do discurso prático racional.

Em suma, segundo a tese do autor, a questão da colisão de direitos fundamentais pode ser equacionada pelo modelo de sopesamento que encontra sua base na teoria dos princípios – e, com isso, também a teoria de valores que a ela corresponde, dado que tal modelo vincula a estrutura formal do sopesamento a uma teoria da argumentação jurídica que abrange uma teoria da argumentação prática geral.

Por tudo que foi visto, evidencia-se que a solução das colisões de direitos fundamentais reclama por ponderação. Decisões judiciais em geral e das Cortes Constitucionais em particular dependem de argumentação racional, isto é, as proposições normativas que sustentam o resultado do sopesamento devem ser fundamentadas. Então, nessa perspectiva, estabelece-se um vínculo entre argumentação, ponderação e justiça. Assim, a aplicação do método da ponderação para a resolução dos casos concretos que envolvem princípios fundamentais colidentes se mostraria apropriado, pois capaz de conduzir o julgador a uma decisão racionalmente fundamentada.

Constata-se também uma espécie de imbricamento entre a dialética argumentativa de Perelman, que pode ser utilizada como instrumento para se chegar a um acordo sobre valores e sua aplicação, e o construto argumentativo fundamentado de Alexy aqui investigado. Ambos os autores invocam o discurso argumentativo como instrumental de justeza da decisão jurídica.

Mas será que decisões ponderativas poderiam mascarar algum juízo arbitrário alinhado com valores intersubjetivos ideologizadores? Buscar uma resposta para essa questão será tarefa do próximo passo.

3.3. PONDERANDO A PONDERAÇÃO

Viu-se, anteriormente, que o modelo procedimentalista de Robert Alexy sustenta que a legitimidade das decisões judiciais somente pode ser alcançada discursivamente, por meio de procedimentos de discussão pública racionais, ficando claro que a ponderação está unida, necessariamente, com o discurso e com os direitos fundamentais. E as formas de argumento do discurso abarcam, necessariamente, a estrutura da ponderação explicitada pela fórmula peso. Consequência disso, que os direitos fundamentais, necessariamente, estão entrelaçados com o discurso (ALEXY, 2008a, p. 161). Assim, a decisão que se utiliza da ponderação só poderia ser considerada como aceita se a valoração realizada na escolha da preferência de determinado princípio jurídico foi uma opção racional fundamentada, isto é, obedeceu ao conjunto de critérios da argumentação jurídica balizadores dessa opção. Trata-se, pois, de razão argumentativa justificadora das escolhas feitas para a resolução de princípios constitucionais fundamentais em situação de colisão.

Vale retomar nesse momento o enunciado da lei da ponderação que diz quanto maior for o grau de intensidade de intervenção em um princípio, maior deve ser o grau de intensidade da importância da satisfação do outro. Se a lei assim prescreve, então as razões da ponderação se referem aos argumentos empregados para embasar a justificação da atribuição desses graus de intensidade e de importância de intervenção em um direito fundamental, que se dá em grau alto do mesmo modo que alto é o grau do outro direito fundamental que com ele concorre. É necessário, pois, que o julgador exponha claramente o porquê da importância de realização e da intensidade da intervenção na situação concreta. A fundamentação da decisão deve mostrar-se indubitavelmente presente, explicitando com minudência as razões ante as peculiaridades do caso de ser imprescindível a intervenção em um direito fundamental para realização de outro direito fundamental em conflito. O objetivo é a garantia de racionalidade na argumentação das decisões judiciais.

Assim, no âmbito desse arcabouço teórico, Alexy buscou resolver o problema da colisão de direitos fundamentais, delineando uma distinção entre regras e princípios para que os princípios pudessem ser ponderados por meio de procedimento argumentativo racional de justificação dos seus distintos graus ou pesos relativos, bem assim de suas condições fáticas e jurídicas de precedência. Concebeu-os como mandamentos de otimização e como tal devem ser cumpridos na melhor maneira possível. O que quer dizer que em casos de colisões possibilita-se otimizar os diversos graus de exigência dos princípios. A restrição a um direito fundamental, portanto, somente seria admissível se, no caso concreto, fosse atribuído aos princípios colidentes um peso maior que aquele dado ao princípio de direito fundamental em questão (ALEXY, 2014, p. 296).

Não obstante, a questão é saber o que é levado em conta para justificar essa graduação no cumprimento de princípios. Otimizar é um cálculo econômico de elaboração e ajuste do equilíbrio ideal entre a satisfação de interesses sob condições de escassez. “É tirar um pouco de um para não faltar para outro. Mas a boca de um princípio é faminta por justiça e equidade” (SIMIONI, 2010, p. 140). Um princípio fala especialmente de um fundamento, dispõe de uma justificação para que seja cumprido e não apenas que seja satisfeito. O ótimo de Pareto converte o sentido da colisão de princípios, que passam a ser concebidos como se fossem necessidades econômicas que frente a escassez de recursos fáticos devem ser distribuídas de modo

otimizado. Mas isso, observa Simioni, é uma argumentação típica dos discursos políticos, não conveniente para a argumentação jurídica. Desse modo, essa concepção permitiria e justificaria um ativismo judicial, eliminando os limites entre direito e política, conferindo superpoderes para a subjetividade do juiz (SIMIONI, 2010, p. 143; 145). A margem de subjetividade do julgador poderia manifestar-se justamente no momento de aferir o peso do princípio ou do direito fundamental que irá prevalecer sobre o outro que conflita no caso decidendo.

De fato, no que tange ao procedimento de construção das decisões como crer que um juiz não tenha preferências pré-determinadas, (influenciadas por sua ideologia ou por valores subjetivos), as quais poderão nortear a estruturação e motivação da decisão que irá proferir sem que esta tenha sido guiada exclusivamente por um método.

Um exemplo ilustrativo é o do Ministro Marco Aurélio Mello do Supremo Tribunal Federal (STF), que afirmou expressamente em entrevista: “primeiro idealizo a solução mais justa. [...] Só depois vou buscar apoio na lei”¹⁰⁶. No mesmo sentido, em julgado do STF: “[...] Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”¹⁰⁷. A circunstância de o próprio Ministro pensar antes na solução “mais justa” e somente depois procurar sustentação na lei seria indicativo de uma escolha circunstancial entre estratégias de argumentação. Ou seja, conforme o que o julgador considerar como solução justa para o caso concreto emprega estratégias objetivando robustecer a justificativa da decisão tomada. A admitir essa possibilidade estar-se-ia concedendo ao juiz a faculdade de eleger segundo seus critérios próprios de “sentimento de justiça”, em detrimento não só da indispensável interpretação isenta, como para uma fundamentação racional (argumentativa) da decisão, afastando-se assim do sistema proposto por Alexy.

Tal situação seria decorrência também de a ponderação ser utilizada como referencial teórico para resolução de colisão entre direitos fundamentais em outro ordenamento jurídico sem qualquer tipo de contextualização (a chamada recepção), descaracterizada da forma como o método foi desenvolvido no país de origem, ou mesmo sem qualquer rigor na observância da proceduralização alexyana.

¹⁰⁶ Revista Análise – Justiça, cf. (PRETZEL, 2007, p. 3).

¹⁰⁷ RE 11.787, STF. Sobre o assunto, ver (PRETZEL, 2007, p. 3 e ss.).

No Brasil, muitas decisões judiciais carecem da necessária racionalidade argumentativa preconizada por Alexy, cuja preocupação do autor foi demonstrar a racionalidade das decisões que aplicam a ponderação (proporcionalidade) pela forte argumentação dos níveis de intensidade de intervenção-satisfação dos direitos fundamentais exigido pelo método do sopesamento. Essa preocupação com a racionalidade argumentativa parece não se verificar no Superior Tribunal Federal (STF) e nos demais tribunais, conforme se pode observar na jurisprudência brasileira.

Isso fica claro pelas reiteradas decisões cujas fundamentações somente indicam a incidência do “princípio da proporcionalidade”, aplicado somente como recurso teórico (TRINDADE, 2013). Ilustra esse problema com o caso *Ellwanger*¹⁰⁸, cujo princípio da proporcionalidade foi invocado por mais de um ministro, levando, porém, a opiniões totalmente antagônicas. Trindade cita ainda a invocação da proporcionalidade (HC 90.298/RS) para quebrar o sigilo bancário sempre que a utilização da prova ilícita servir para realizar *outro valor fundamental mais relevante*. “Mas qual é o valor fundamental relevante o bastante? Quem define esse valor? O juiz pode escolher o valor que mais lhe aprouver?”, questiona Trindade. E sumariza a problemática dizendo que na medida que os princípios passaram a ser utilizados como enunciados performativos, transformaram-se numa espécie de “*máscara da subjetividade*”, permitindo que os juízes decidam como quiserem.

Em sentido semelhante são as considerações de Streck que, mesmo não economizando termos duros para criticar a teoria alexyana, não hesita em reconhecer que os tribunais pátrios fazem uso descriterioso dela, transformando a “regra da ponderação em um princípio”. No método proposto por Alexy, a ponderação leva à formação de uma regra, que será aplicada ao caso por subsunção. Os tribunais brasileiros, contudo, “utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de *álibi teórico* capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos” (STRECK, 2014, p. 60).

Para precisar o diagnóstico sobre essa questão importa referir os resultados da pesquisa empreendida por Fausto Santos de Moraes, em sua tese de doutoramento, intitulada *Hermenêutica e Pretensão de Correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, na qual examinou 189

¹⁰⁸ Sobre o caso *Ellwanger* (HC 82.424/RS) ver nota 51 do presente trabalho.

decisões do STF dos últimos 10 anos¹⁰⁹ que fazem referência à proporcionalidade. Entre outras conclusões sobre a identificação prática da proposta metodológico-teórica de Robert Alexy e a aplicação do princípio da proporcionalidade, o autor constata que, mesmo havendo menção expressa à proporcionalidade pelos ministros do STF, sua utilização não tem qualquer ligação com o sistema de Alexy. A referência feita às colisões, por exemplo, não se restringiu aos princípios jurídicos, nem foi observada a sua condição de mandamentos de otimização, identificando que os casos concretos “promoviam colisão tanto entre princípios, quanto entre bens, interesses, valores e Direitos Fundamentais” (MORAIS, 2013, p. 296-297).

No que diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito (ponderação ou sopesamento), o autor demonstra que “grande parte das decisões” não foram precedidas pela análise das submáximas da adequação e necessidade, não seguindo à risca, portanto, a metodologia de Alexy. Sustenta ainda que em nenhuma decisão se construiu a lei de colisão, “passo essencial para Alexy no combate do *decisionismo judicial*”, uma vez que, “feita a lei de colisão, deveria o juízo apresentar a justificação (argumentação) que desse suporte racional à decisão” (MORAIS, 2013, p. 296).

Em outros termos, isso estaria a indicar que o STF utiliza a proporcionalidade sem observância da racionalidade argumentativa da teoria alexyana, reforçando a discricionariedade judicial mascarada pelo princípio da proporcionalidade. Ou, na exata expressão de Moraes, a aplicação da proporcionalidade pelo STF “é apenas um simulacro da teoria de Robert Alexy”. Desse modo, o princípio da proporcionalidade visto nas decisões do STF “assume uma concepção *sui generis*”, contendo, em parte, elementos da teoria alexyana e o “desenvolvimento de uma lógica própria incomensurável, principalmente, quando se pensa na vinculação da proporcionalidade a critérios intersubjetivos” (MORAIS, 2013, p. 297).

Em suma, à luz dessas constatações é possível apreender que as decisões apresentam déficit de fundamentação, possibilitando uma verdadeira restrição à proteção de um direito fundamental sem que isso seja acompanhado da exigência de fundamentação da restrição por parte do julgador.

Nessa perspectiva, embora parecendo certo não ser a ponderação (sopesamento) isenta de riscos, a solidez das certezas sobre sua aplicação correta se fragiliza na medida

¹⁰⁹ O marco temporal compreendeu o período de 07/07/2002 até 07/07/20012. Decisões analisadas e suas conclusões, ver (MORAIS, 2013, p.141 e ss.; 286 e ss.).

que a proposição de Robert Alexy sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais e a possibilidade de justificação (argumentação) racional não é rigorosamente seguida no ato de decidir o caso concreto envolvendo conflito de direitos fundamentais. Apenas quando houver correspondência do uso da teoria da ponderação, levando em conta todos os seus elementos, pode-se considerar também mitigados os riscos de o julgador decidir conforme seus próprios critérios de “argumentação racional”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta investigação mostra que o procedimento da ponderação para resolução de colisões entre direitos fundamentais é racional. A ponderação se desenvolve dentro de um processo racional de argumentação, mediado pelos julgamentos fundamentados das cortes constitucionais. Conseqüentemente, a decisão que faz uso do método ponderativo para solução do conflito de princípios no caso concreto é correta e, portanto, justa. Isto é, a ponderação é um método racional e eficaz para a realização da justiça.

Ressalva-se, porém, conforme estudo aqui empreendido, que o uso da ponderação possibilita que se experimente um inevitável fator de subjetivismo por parte do aplicador do Direito, uma vez que o juiz pode se utilizar de argumentos artificiosos capazes de interagir no ato da formulação da decisão jurídica. Ou, também, ao decidir com base em argumentos pode não significar que o magistrado opte pela decisão mais racional, pois é possível que se deixe guiar por uma carga de valorização de argumentos filtrada em elementos internos de preferências, encobrindo os reais fatores que levaram ao seu raciocínio. É possível ainda que o modelo que cinde a decisão e a fundamentação abra espaço à conveniência de ser racional, incidindo na eiva do subjetivismo, possibilitando ao julgador elaborar uma motivação conforme suas predileções, encontrando depois razões jurídicas para compor a moldura da sentença.

Mas, se não há como afastar desse procedimento uma incontornável medida de subjetividade, que pode propiciar impulsos discricionários e decisionistas, mostra-se possível reduzir seus riscos seguindo o julgador os elementos edificadores da teoria da ponderação que permitem critérios racionais de decidibilidade na sua aplicação. Ela diz o que deve ser fundamentado racionalmente. Para dar provas de racionalidade a ponderação precisa de suas regras próprias e das regras de argumentação jurídica. O juízo de ponderação deve apresentar a justificação (argumentação) que dá sustentáculo racional à decisão. A ponderação impõe-se no exato momento de se instituir o peso de cada princípio em colisão.

Considera-se, assim, o fecho resumidamente: o sistema jurídico é constituído por regras e princípios. As regras expressam um dever ser definitivo ou real. Princípios expressam um dever ser *prima facie* ou ideal. O dever ser ideal dos princípios compõe a base teórico-normativa da máxima da proporcionalidade, imprescindível para a teoria dos direitos fundamentais e à jurisdição constitucional.

As normas de direitos fundamentais são princípios e como tais são mandamentos de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus. Direitos fundamentais compreendidos como princípios exigem a maior realização daquilo que é fática e juridicamente possível. As colisões entre princípios são solucionadas pela ponderação, que se apoia em duas leis: a primeira é a lei da ponderação que encontra sua fórmula elaborada na fórmula do peso. Ela determina que quanto maior o grau ou o pesos de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. A segunda é a lei da colisão, que reza que, conforme o peso concreto do princípio P_i , determinado pela fórmula do peso ($W_{i,j}$), deve ser estabelecida uma relação concreta de precedência, considerando-se as condições do caso.

A otimização é o sopesamento, o qual aponta a relação de primazia entre os princípios envolvidos. A fórmula do peso indica como deve ser realizada a ponderação. O resultado da ponderação é a instauração de uma relação de precedência condicionada que determina a prioridade de um princípio sobre o outro em conflito. As precedências *prima facie* conduzem a uma estruturação de argumentação com base em princípios. São um meio de encontrar a resposta correta nos termos da Constituição. Na tomada da decisão o juiz deve apresentar razões para justificar os graus atribuídos aos princípios colidentes. A razão argumentativa enuncia possibilidade de justificação da primazia. A intensidade da intervenção em um direito fundamental está diretamente vinculada à presença de argumentos fundamentadores dessa intervenção. O vínculo entre argumentação e ponderação garante a justificação racional de uma relação concreta de precedência, que deve ser estabelecida considerando-se as condições do caso concreto. O sopesamento é racional quando o enunciado de preferência pode ser fundamentado racionalmente.

A ponderação é um procedimento argumentativo. A argumentação é uma atividade orientada por regras, encontrando assento na teoria discursiva do direito. As regras da fundamentação referem-se ao conteúdo das proposições jurídicas que são instruídas pelo princípio da universalidade. O discurso nos direitos fundamentais é um procedimento argumentativo que se ocupa com resultados constitucionalmente corretos, cuja racionalidade está na obediência a regras de discurso, e a forma de argumentação e sua correção está na complementação dos discursos jurídicos por discursos práticos gerais. O caráter específico do discurso jurídico consiste em seu compromisso com a lei, o precedente e a dogmática jurídica (aspecto institucional). Mas, no contexto desses

comprometimentos, e de justificação são indispensáveis argumentos morais para o cumprimento da pretensão de correção.

A pretensão de correção compreende o princípio da segurança jurídica e o princípio da justiça. O primeiro impõe comprometimento com aquilo que é autoritativamente criado e socialmente efetivo. O princípio da justiça exige que a decisão seja moralmente correta, no sentido de abranger tanto facticidade quanto idealidade. Na qualidade de representação argumentativa (discursiva), a jurisdição constitucional é uma expressão da dialética do real e do ideal, isto é próprio da dupla natureza do direito. Argumentos morais não são argumentos institucionais e nem autoritativos. Logo, a dúplici natureza do direito se manifesta na argumentação jurídica. As razões das proposições jurídicas são indicativo de racionalidade da ponderação e, conseqüentemente, fundamento de sua correção e aceitação racional amparada em argumentos.

A argumentação no âmbito dos direitos fundamentais é, assim, racionalmente estruturada sobre essa base (da lei, do precedente e da dogmática), e por meio das regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, vinculando racionalmente argumentação e decisão dotada de autoridade. Assinala-se que as regras sobre o uso dos precedentes da jurisprudência atende o princípio da universalidade, que exige tratamento igual para casos essencialmente semelhantes. Essa é uma imposição também da regra formal de justiça. É o dever de respeito aos precedentes já firmados e a exigência de fundamentação apropriada para a sua distinção ou superação. Seguir precedentes é ouvir o princípio da universalidade. O princípio da universalidade cumpre a exigência de correção.

A argumentação conecta-se com a justiça. A união entre argumentação e justiça se encontra no raciocínio dialético, que estabelece um acordo sobre valores controversos. No ato de decidir descansa o amálgama entre argumentação e justiça. A justiça é uma virtude racional e são as decisões judiciais justas que se apresentam racionalmente fundamentadas.

Assim, diga-se conclusivamente, mesmo parecendo não tenha o condão de resolver totalmente o problema da colisão de direitos fundamentais nos casos concretos, especialmente pelo fato de alguns tribunais ponderarem com déficit de critério, a pesquisa aponta que a ponderação é eficaz se levada a sério.

Aplicar as normas dos direitos fundamentais com proficiência é realizar a justiça.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Lourdes Pasa. Concepção de justiça em Chaïm Perelman. In: *Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS*, 15, 2015, Porto Alegre, Anais... Porto Alegre: PUCRS, 2015, v.2, p. 210-225.

_____. Princípios e regras: diferença em debate. *Revista Opinião Filosófica*, v. 05, n.1, 2014, p. 292-307.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.

_____. “La fórmula del peso”. In: *El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional*. Quito, Ecuador: Miguel Carbonell Editor, p. 13-42, 2008b.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. On the structure of legal principles. In: *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, Setembro de 2000, p. 294-304.

_____. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. Tradução Manuel Atienza. In: *Doxa*, n. 05, 1988, p. 139-151.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. Tradução Renata Quinaud Pedron e Flávio Quinaud Pedron. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito. Panóptica* Vitória, vol. 4, n. 3, 2009, p. 49-68. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, Centro de Atualização

Jurídico, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 maio, 2014.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BERNHOLDT, Rodrigo Meyer. Das possibilidades da ponderação no novo CPC e de sua não vinculação a um método específico. *Informativo Migalhas*, n. 3.641, 25 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/depeso/16,MI222185,71043>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424-2/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815 - Ação Direta de Inconstitucionalidade – Requerente: Associação nacional dos editores de livros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4815&class e=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 111.787. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Relator P/ Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 16 de abril de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+111787%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nvov4au>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Alexy. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p 603-628, jul/dez. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/34370886/CARVALHO-2003-A-hermeneutica-constitucional-e-os-desafios-postos-aos-direitos-fundamentais#scribd>>. Acesso em: 27 nov., 2014.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria do direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2010. 376. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JEVEAUX, Geovani Cardoso. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEONI, Bruno. *Liberdade e a lei*. Tradução Rosélis Maria Pereira e Diana Nogueira. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

LOSANO, Mario G. In KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MacCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013. 346. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karan. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, p.147-166, dez., 2012.

NEVES, Marcelo. *Entre hidra e héracles: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Lógica jurídica*. Tradução Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PRETZEL, Bruna Romano. *O Ministro Marco Aurélio e a liberdade de expressão: uma análise de argumentação*. 2007. Monografia, Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. The Rationality of Balancing. *Ratio Juris*, n. 16, 2003. Disponível em: <http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf>. Acesso em: 08 Jun. 2015.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000b.

_____. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000c.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. 25. ed., 2001. Disponível em: <<http://direitofib1b.tripod.com/sitebuildercontent/sitebuilderfiles/miguelreale.pdf>>. Acesso em: 02 Maio. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1*, p. 607-630, 2003.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais 798*, p. 23-50, 2002.

SIMIONI, Rafael. Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy. In: *Revista do Curso de Direito da FSG*, Caxias do Sul, ano 4, n. 7, jan/jun. 2010, p. 135-150.

SOLANO, Victor Eduardo Orozco. La ponderación como técnica de de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales. In: *Revista Judicial*, Costa Rica, n. 109, Set. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Como (não) se ensinava processo penal antes da “lava jato”. Eis o busílis! *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-09/senso-incomum-nao-ensinava-processo-penal-antes-lava-jato>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

_____. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, ano 7, vol. 2, jul./dez., 2014.

STRECK, Lênio Luiz *et al.* O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 18, jan./abr., 2014.

STRECK, Lênio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m)crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. 2005. 191. Tese (Doutorado em Filosofia), Faculdade de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 47-65, jan./jun., 2005.

TRINDADE, André Karan. Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alex-y-vulgata-ponderacao-principios>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

_____. Justiça e poder discricionário. *Direitos fundamentais & justiça*. N. 2, Jan./Mar., 2008. Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF Livre/2 Doutrina 12](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/2_Doutrina_12)>. Acesso em: 20 jul. 2015.