

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

UMA ABORDAGEM A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Florianópolis, maio de 2005.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD

COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

UMA ABORDAGEM A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito,
Programa de Mestrado vinculado ao Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como
requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori

Mestrando: José Sérgio da Silva Cristóvam

Florianópolis, maio de 2005.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD

A dissertação “*Colisões entre princípios constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy*”, elaborada por **JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM** e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, restou julgada adequada como requisito parcial à obtenção do título de **Mestre em Direito – Área de Concentração Filosofia, Sociologia e Teoria do Direito**, sendo-lhe conferido o Conceito “A”, **com distinção**.

Florianópolis, maio de 2005.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori
Presidente

Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski
Membro

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins
Membro

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer
Suplente

A todos aqueles que acreditam no Direito como instrumento legítimo e eficaz na implementação de uma sociedade justa e razoável, bem como àqueles que defendem um Direito justificado a partir de boas razões e da autoridade do argumento, mas nunca pela força do argumento de autoridade.

Muito mais especialmente, aos meus pais, Adão e Ercíria Cristóvam, pelo testemunho de dignidade e humanidade que legaram aos filhos e netos...

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, sombra zelosa e inarredável, pelo efetivo arrimo no decorrer da espinhosa pesquisa que culminou neste trabalho e pelos talentos que me confiou.

Toda gratidão a minha família, em especial aos meus Pais, Adão e Ercíria, pelo exemplo de dignidade, humanidade e amizade, norte sem o qual minha caminhada certamente seria desviada por caminhos indubitavelmente tortuosos.

Um agradecimento todo especial à companheira das horas incertas e dos momentos de alegria, Carina Martins Pizzolotto, e aos “velhos” e “novos velhos” amigos, pelos períodos de descontração que regaram a feitura do presente escrito, influenciando certamente em seu resultado.

Agradeço, ainda, a todos os colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, especialmente a Cristina Foroni, Larissa Tenfens, Leonardo Papp, Leonardo Chaves, Letícia Canut, Lóris Baena, Luciana Nahas, Luciana Aguiar, Samuel Santos, Sócrates Fusinato, Thais de Santi e Vera Lúcia da Silva, pela convivência rica em experiências e pela amizade sincera. Um agradecimento especial à colega Samantha Dobrowolski pela inestimável colaboração bibliográfica.

Enorme dívida de gratidão a ser empenhada, ainda, a todos os professores do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFSC, em especial aos Professores Doutores Antônio Carlos Wolkmer, Jeanine Nicolazzi Philippi, Cecília Caballero Lois, Orides Mezzaroba e Sérgio Urquhart de Cademartori, pela excelência das disciplinas ministradas ao longo do Curso de Mestrado.

Agradecimento sincero e fraterno a meu orientador, Doutor Sérgio Urquhart de Cademartori, pela disposição em orientar e pelas luzes e apontamentos sempre convenientes e esclarecedores. Agradeço, também, aos membros da Banca de Defesa da Dissertação, Doutor Sílvio Dobrowolski e Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins, pela fecunda discussão proporcionada e grandiosa contribuição ao resultado final do trabalho.

Toda gratidão ao sócio insubstituível e dileto amigo Noel Antônio Tavares de Jesus, extensivo aos colegas do escritório Machado, Vieira & von Linsingen, pela camaradagem e cumplicidade próprias dos verdadeiros amigos.

Especial agradecimento aos estimados amigos e colegas, Daniel Reis Pereira, Marcos Rogério Palmeira, Ubaldo César Balthazar, Guilherme de Almeida Bossle e Joubert Farley Eger, pelas incomensuráveis contribuições, nos mais variados sentidos, inclusive moral e bibliográfico, ou simplesmente por serem quem e como são.

Um carinhoso agradecimento aos colegas da Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI, na pessoa do Magnífico Reitor Viegand Eger, e aos amigos da VOX LEGEM – Cursos e Concurso, na pessoa do Diretor Douglas Freitas, instituições onde atuo como professor; bem como a todo o corpo de funcionários e diretores que compõem o Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Estado de Santa Catarina – SINTE/SC, onde presto assessoria e consultoria jurídica.

RESUMO

O constitucionalismo vem se consolidando no contexto do discurso jurídico como uma teoria informada, sobretudo, pelas idéias de estreita relação entre Direito e moral, força normativa da Constituição, vinculatividade dos princípios constitucionais e plena eficácia das normas de direitos fundamentais. A partir da teoria constitucionalista são buscadas respostas às mais variadas problemáticas jurídicas, como a colisão entre princípios constitucionais.

A tese da normatividade e força vinculante dos princípios trouxe consigo o problema da resolução das colisões entre estas espécies normativas, questão que demanda uma análise a partir de um prisma mais amplo, o âmbito da teoria da argumentação jurídica.

A problemática da resolução dos casos difíceis não é nova no discurso jurídico. Por outro lado, não há uma teoria jurídico-discursiva que garanta a unidade de resposta correta para todos os problemas práticos, inclusive os casos difíceis. Este é o tema central do presente estudo: até que ponto é possível mitigar o insuprimível déficit de racionalidade na resolução das colisões entre princípios constitucionais? Até que ponto é possível instituir um modelo procedimental de argumentação jurídica que garanta a correção das decisões judiciais?

O trabalho segue a teoria procedimental-discursiva de Robert Alexy, que defende o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, uma teoria da argumentação jurídica formulada no contexto de uma teoria do Estado e do Direito, com a pretensão de garantir racionalidade justificativa às decisões jurídicas, sobretudo no nível judicial.

No marco desse modelo discursivo é enfrentada a questão das colisões entre princípios constitucionais, sem a pretensão de uma teoria garantidora da unidade de solução correta para todos os problemas difíceis, mas uma teoria que possibilite um amplo grau de racionalidade às decisões judiciais, a partir de um modelo racional de justificação jurídica.

ABSTRACT

The constitutionalism, in the judicial discourse context, has been considered a directed theory, which takes the ideas of narrow relation between Law and Moral, Constitution's normative force, entailing between decisions and constitutional principles and fundamental rights norms fully efficacy. Through the constitutionalist theory, answers are searched to the most different species of juridical issues, as the collision between constitutional principles.

The normativity and principles binding force thesis brings to the fore the problem of the collisions resolution between these normative species. This question requires a broad vision, on the field of the juridical's argumentation theory.

The question of the hard cases resolution isn't recent in the juridical discourse. By another hand, there isn't a juridical-discursive theory which assures the unit of the right answer for all practical problems, including the hard cases. That's the central aim of this study: how is possible to mitigate the rationality deficit in the resolution of the collisions between constitutional principles? How is possible to institute a procedural model of juridical argumentation that assures the correction of the judicial decisions?

This work follows the Robert Alexy's procedural-discursive theory, which defends the juridical discourse as a special case of the general practical discourse, a juridical argumentation theory formed in the theory of State and Law context, looking for assurance rationality justifying to the juridical decisions, especially on the judicial degree.

Based on this discursive model, the question of the collisions between constitutional principles is faced, without any pretension on an assurance theory of the right solution unit to all hard problems, but a theory that makes visible an ample degree of rationality to the judicial decisions, from a juridical justify rational model.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	iii
AGRADECIMENTOS	iv
RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO 1 – O SISTEMA JURÍDICO	
E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	09
1.1 Considerações Iniciais	09
1.2 Para um conceito de sistema jurídico	12
1.2.1 Sistema jurídico e ordenamento jurídico: expressões sinônimas?.....	13
1.2.2 Breves considerações acerca da evolução do conceito de sistema jurídico.....	16
1.2.3 O sistema jurídico no pensamento de Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart.....	18
1.2.3.1 O sistema jurídico na teoria do Direito de Hans Kelsen.....	18
1.2.3.2 O sistema jurídico na teoria do Direito de Herbert L. A. Hart.....	22
1.2.4 O conceito de sistema jurídico proposto por Claus-Wilhelm Canaris.....	28
1.3 Para um conceito de princípios constitucionais	32
1.3.1 Dos princípios gerais de Direito aos princípios constitucionais.....	33
1.3.1.1 Os princípios jurídicos no jusnaturalismo.....	34
1.3.1.2 Os princípios gerais de Direito no positivismo jurídico.....	34

1.3.1.3 A normatividade dos princípios constitucionais no novo constitucionalismo.....	35
1.3.2 O conteúdo polissêmico da expressão “princípio jurídico”.....	37
1.3.3 A distinção estrutural entre regras e princípios jurídicos.....	39
1.3.3.1 Normas, princípios e diretrizes na filosofia jurídica de Ronald Dworkin.....	42
1.3.3.2 Os princípios jurídicos no pensamento de Robert Alexy.....	50
1.3.3.3 Princípios e valores: o debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas.....	55
1.3.4 As funções dos princípios constitucionais.....	60
1.3.4.1 As funções interpretativa e integrativa dos princípios jurídicos.....	61
1.3.4.2 A função dos princípios na argumentação jurídica.....	64
1.3.4.2.1 Argumentação de princípios e regra de universalização.....	65
1.3.4.2.2 Argumentação de princípios e argumentação consequencialista.....	68
1.3.4.2.3 Argumentação de princípios e interpretação sistemática.....	69
1.3.5 Algumas propostas de classificação dos princípios constitucionais.....	70
1.3.5.1 A proposta classificatória de José Joaquim Gomes Canotilho.....	71
1.3.5.2 A proposta classificatória de Jorge Miranda.....	72
1.3.5.3 A proposta classificatória adotada por Luis Prieto Sanchís.....	73

CAPÍTULO 2 – A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

DE ROBERT ALEXY.....	77
2.1 Considerações iniciais.....	77
2.2 A tópica jurídica de Theodor Viehweg.....	80
2.2.1 Evolução do pensamento tópico.....	81
2.2.2 As contribuições de Viehweg à tópica jurídica.....	83
2.2.3 Algumas críticas ao pensamento tópico.....	89
2.3 A nova retórica de Chaïm Perelman.....	91
2.3.1 As categorias fundamentais da nova retórica.....	94
2.3.2 Algumas considerações críticas acerca da nova retórica.....	98
2.4 A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.....	100
2.4.1 As principais influências ao pensamento de Robert Alexy.....	101
2.4.2 A teoria do discurso racional prático.....	104

2.4.2.1 As regras e formas do discurso prático geral.....	107
2.4.3 A teoria da justificação jurídica.....	114
2.4.3.1 O modelo tripartite de sistema jurídico (regras/princípios/procedimento).....	115
2.4.3.2 O discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral.....	118
2.4.3.3 As regras e formas da teoria da justificação jurídica.....	120
2.4.3.3.1 A justificação interna.....	120
2.4.3.3.2 A justificação externa.....	122
2.4.4 Algumas críticas à teoria de Robert Alexy.....	131

CAPÍTULO 3 – A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

CONSTITUCIONAIS E A MÁXIMA DA PONDERAÇÃO.....	139
3.1 Considerações iniciais.....	139
3.2 As máximas da razoabilidade e da proporcionalidade.....	142
3.2.1 A não sinonímia entre razoabilidade e proporcionalidade.....	145
3.2.2 A máxima da razoabilidade.....	147
3.2.2.1 Origem e evolução da cláusula “ <i>due process of law</i> ”.....	148
3.2.2.2 A razoabilidade e o sentido substantivo do devido processo legal.....	150
3.2.3 A máxima da proporcionalidade.....	156
3.2.3.1. A proporcionalidade no Direito europeu.....	158
3.2.3.2 Significado da proporcionalidade.....	160
3.2.3.3 As máximas constitutivas da proporcionalidade.....	162
3.2.3.3.1 Máxima da conformidade ou da adequação dos meios (<i>Geeignetheit</i>).....	163
3.2.3.3.2. Máxima da exigibilidade ou da necessidade (<i>Erforderlichkeit</i>).....	165
3.2.3.3.3. Máxima da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito (<i>Verhältnismässigkeit</i>).....	166
3.3 A problemática das antinomias jurídicas.....	169
3.3.1 Conflito entre regras jurídicas.....	171
3.3.2 A colisão entre princípios constitucionais e a máxima da ponderação.....	178

3.4 A aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.....	183
3.5 A resposta correta para os casos difíceis e a discricionarieade judicial.....	197
3.5.1 As concepções positivistas de Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart.....	199
3.5.2 A tese de Ronald Dworkin acerca da única resposta correta.....	202
3.5.3 A problemática no pensamento de Aulis Aarnio.....	205
3.5.4 A proposta conciliadora de Robert Alexy.....	208
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	211
BIBLIOGRAFIA.....	219

INTRODUÇÃO

O pensamento jurídico contemporâneo tem sido influenciado, em larga medida, pela consolidação de uma série de teses que procuram refutar as idéias centrais do positivismo jurídico, sobretudo o modelo estruturalista de Hans Kelsen e o sistema jurídico por regras de Herbert L. A. Hart. Esse novo modelo teórico pode ser designado simplesmente como pós-positivismo ou, mais apropriadamente, como novo constitucionalismo.

O modelo constitucionalista de teoria do Direito propõe um amplo redimensionamento da noção de sistema jurídico, a partir da estreita relação entre Direito e moral. O dogma positivista da separação entre as questões jurídicas e morais é superado pela construção de uma concepção aberta e dinâmica de ordenamento jurídico, onde os elementos do discurso prático são incorporados ao Direito pela via dos princípios jurídicos.

A separação das normas jurídicas em regras e princípios, estes com as qualidades de força normativa e vinculatividade próprias das normas, é outra concepção central ao novo constitucionalismo. Os princípios jurídicos não são mais encarados como simples fontes normativas subsidiárias, dotados simplesmente daquelas funções marginais de completar os espaços deixados pelas regras ou contribuir na interpretação do significado e alcance das disposições normativas. A posição dos princípios jurídicos passa a ser central e fundamental à própria concepção de sistema jurídico.

A normatividade dos princípios deve ser discutida em uma perspectiva mais ampla, a idéia de força normativa da Constituição. No seio do novo constitucionalismo, a Constituição não pode continuar sendo considerada mera expressão das aspirações sociais, marcada por uma reduzida noção de eficácia normativa. Há que se considerá-la sim, como expressão formal e material da ordem jurídica. Essa supremacia da Constituição exige, inclusive, a rediscussão do próprio conceito de soberania, porquanto, em um modelo jurídico-político marcadamente garantista, soberana é a própria Constituição. O Estado somente se legitima a partir do cumprimento das normas constitucionais, sobretudo aquelas garantidoras de direitos fundamentais.

Conforme referido, no novo constitucionalismo os princípios jurídicos são alçados à condição de verdadeiras espécies normativas, servindo como base de sustentação lógica e axiológica a todo o ordenamento jurídico, na medida em que reforçam as idéias de ordem e unidade sistemática, funcionando como vias de inter-relação entre o Direito e a moral. Os princípios devem ser considerados como as janelas por onde a moralidade é irradiada para dentro do ordenamento jurídico, um canal aberto ao diálogo constante entre o discurso prático e o discurso jurídico.

Essa é a função primordial dos princípios constitucionais: aproximar o Direito das questões práticas, tanto informando a sociedade a partir das diretrizes normativas que sustentam o ordenamento jurídico, quanto nutrindo o sistema com os elementos práticos da realidade social. A idéia de dupla função dos princípios constitucionais garante que o Direito não se afaste demasiadamente da complexa e dinâmica realidade social e, por outro lado, permite que não se torne refém das intempéries e sazonalidades axiológicas da sociedade. Indubitavelmente, o Direito não pode prescindir de seu caráter básico – a idéia de normatividade.

A teoria dos princípios pretende resolver um dos problemas centrais do modelo de sistema jurídico baseado em regras, a questão das lacunas de abertura e incompletude sistemática. Por outro lado, não se pode negar que, muito embora resolva os problemas centrais do positivismo jurídico, sua aplicação enseja um inegável déficit de indeterminação, porquanto não é informada por uma teoria procedimental capaz de indicar qual dos princípios reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelo ordenamento jurídico deve ser aplicado na solução de determinado caso prático.

O problema da colisão entre princípios constitucionais desponta como uma das mais importantes e inquietantes questões a demandar respostas pelo modelo constitucionalista de discurso jurídico. Em um ordenamento extremamente complexo como o nosso, marcado por uma Constituição prolixa e aberta, garantidora de um amplo catálogo de princípios, o fenômeno da colisão entre princípios constitucionais faz parte da prática comum do discurso jurídico, o que exige a estruturação de mecanismos hábeis à resolução dessas contradições normativas.

Essa é a temática central a ser enfrentada pelo presente trabalho: sob quais parâmetros é possível a estruturação de uma teoria da justificação judicial capaz de suprimir o déficit de racionalidade do discurso jurídico, sobretudo no que concerne à resposta judicial aos casos difíceis, como as colisões entre princípios constitucionais? Como se pode justificar

racionalmente uma decisão judicial que reconhece a prevalência de determinado princípio ou conjunto de princípios constitucionais em detrimento de outros?

Não se está assegurando, vale frisar, que toda situação de contradição entre princípios jurídicos caracteriza um caso prático de difícil solução. Há casos em que, muito embora seja possível defender a aplicação de diferentes princípios que apontam soluções jurídicas contraditórias, a carga argumentativa de um princípio é consideravelmente reduzida, exigindo uma menor complexidade do raciocínio argumentativo para justificar seu afastamento. Por outro lado, no mais das vezes as situações de colisão entre princípios constitucionais exigem um processo argumentativo que nem sempre – ou quase nunca – aponta uma única solução correta. A legitimação da decisão judicial que aplica uma dentre uma pluralidade de soluções corretas demanda uma sólida teoria da justificação jurídica.

O discurso jurídico racional exige a correção das razões das decisões judiciais, quando da resolução de colisões entre princípios constitucionais. A pretensão de correção da argumentação jurídica decorre da própria noção de racionalidade prática, determinando que as questões práticas devam ser decididas a partir de uma pretensão de verdade *lato sensu* (correção). Essas idéias são centrais ao modelo teórico argumentativo de Robert Alexy, que defende o discurso jurídico (argumentação jurídica) como um caso especial do discurso prático geral (argumentação moral), com base em uma teoria procedimental da argumentação jurídica. Procedimental no sentido de que a adequação de uma norma – a correção de uma afirmação normativa – está relacionada à possibilidade de encarnar o resultado de um determinado procedimento ou método discursivo.

No primeiro capítulo, denominado “O Sistema Jurídico e os Princípios Constitucionais”, será empreendida uma análise aprofundada acerca da teoria dos princípios como espécies normativas. Antes, porém, será necessário o estabelecimento de parâmetros básicos à estruturação de um conceito de sistema jurídico. Ultrapassa os limites do trabalho uma análise mais detida e contextualizada do pensamento jurídico-sistemático. Por outro lado, a discussão acerca dos princípios constitucionais deverá ser precedida pelo estabelecimento de um conceito de sistema jurídico compatível com a referida teoria principialista.

Impende, desde já, ressaltar que as expressões sistema jurídico e ordenamento jurídico serão aplicadas como sinônimos. Como a teoria dos princípios a ser apresentada se contrapõe aos modelos teóricos juspositivistas de Kelsen e Hart, faz-se mister que ambos sejam previamente debatidos, a fim de encaminhar o posterior contraponto.

A base da teoria kelseniana do Direito está situada na separação entre Direito e moral, a partir da idéia de coerção. As normas jurídicas seriam diferentes das morais por ostentarem

um caráter coercitivo, sendo o Direito concebido como uma ordem social positiva de coação. O sistema jurídico é definido com base na noção de validade formal, ou seja, uma norma jurídica é válida se encontra seu fundamento de validade em outra norma hierarquicamente superior. Esta lógica conduz à norma hipotética fundamental, que se encontra fora da pirâmide normativa e deve ser pressuposta, de onde o ordenamento extrai todo seu fundamento de validade.

Em Hart, o sistema jurídico parte de um conceito de Direito centrado na idéia de regras jurídicas. Nesta concepção, as regras podem ser primárias e secundárias. As regras primárias estão baseadas na noção de dever, imposição de um determinado comportamento ao seu destinatário. As regras secundárias, por sua vez, estabelecem poderes ligados à identificação, alteração e aplicação das regras primárias. O fundamento de validade do sistema jurídico hartiano é depositado na regra de reconhecimento, ferramenta identificadora das regras válidas de determinado ordenamento jurídico.

Os modelos teóricos de Kelsen e Hart não se mostram compatíveis com a tese principialista a ser apresentada, sugerindo o estudo do conceito de sistema jurídico proposto por Claus-Wilhelm Canaris, que estabelece a adequação valorativa e a unidade interior do Direito como os pressupostos fundamentais do conceito de sistema jurídico. Canaris o define como uma ordem teleológica de princípios gerais do Direito, um sistema aberto, dinâmico e histórico, baseado nas idéias de adequação valorativa e unidade interior, o que possibilita discutir questões como as lacunas e as antinomias entre princípios jurídicos, denominadas “quebras sistemáticas”.

Passadas essas considerações preparatórias, a teoria dos princípios começará a ser discutida a partir da distinção estrutural entre regras e princípios jurídicos, no pensamento de Ronald Dworkin e de Alexy. Com base na tese da estreita relação entre Direito e moral, Dworkin defende um modelo de ordenamento jurídico baseado em normas, princípios e diretrizes. As normas são aplicáveis à maneira de um “tudo ou nada”, ou são aplicáveis ou não. Já os princípios se constituem em razões para decidir, aquelas pautas que correspondem a um imperativo de justiça, equidade ou outra dimensão moral positiva. As diretrizes, por seu turno, são pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, no mais das vezes relacionados a questões econômicas, políticas ou sociais da comunidade.

A doutrina de Dworkin, ainda que consideravelmente redesenhados os contornos, serviu de base ao pensamento de Alexy, que divide as normas jurídicas em regras e princípios. As regras são normas que contêm determinações definitivas no âmbito do fática e juridicamente possível, exigindo seu cumprimento na exata medida de suas disposições. Já os

princípios são mandamentos de otimização, pelos quais se ordena que algo seja cumprido na maior medida fática e juridicamente possível. Os princípios não veiculam determinações definitivas, mas apenas disposições *prima facie*.

A distinção estrutural entre regras e princípios pode ser criticada sob vários aspectos, até no sentido de sua completa impropriedade, partindo da inexistência dessa alegada diferenciação forte ou conceitual. Para tentar vencer os possíveis problemas da análise estruturalista dessas espécies normativas, será empreendida a análise dos princípios constitucionais sob uma perspectiva funcionalista, as funções dos princípios na metodologia do Direito e na teoria da argumentação jurídica, como via de reforço à teoria dos princípios constitucionais.

O segundo capítulo, denominado “A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy”, pretende estabelecer parâmetros para a justificação racional das decisões judiciais que conferem prevalência a determinado princípio constitucional, com o conseqüente afastamento dos demais princípios conflitantes. A correção das decisões jurídicas será discutida no marco de uma teoria procedimental do discurso jurídico, definida como um caso especial da argumentação prática geral.

Previamente à análise da teoria da argumentação jurídica de Alexy, serão empreendidas breves incursões na tópica jurídica de Theodor Viehweg e na nova retórica de Chaïm Perelman, a fim de angariar subsídios teóricos para um estudo mais apropriado da teoria de Alexy. A tópica e a nova retórica representam a retomada da discussão dos problemas práticos a partir de uma perspectiva racional, afastados do campo da irracionalidade para onde haviam sido relegados pela racionalidade cartesiana.

O pensamento tópico-retórico funciona como uma via alternativa ao pensamento lógico-dedutivo que dominou de modo hegemônico o discurso jurídico até a segunda metade do século XX. A racionalidade cartesiana, fundada nas idéias de verdade e demonstrabilidade, é contestada a partir da dialética e da retórica aristotélicas, que informam a proposta de estruturação de um discurso racional prático. As questões práticas deixam o campo da irracionalidade, sem assumir a lógica formal-dedutiva das ciências geométricas.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy parte da racionalidade do discurso prático geral, um modelo de razão não absoluta ou plena, pelo contrário, marcada por limitações e lacunas. Ainda que as regras e formas do discurso prático geral garantam um considerável nível de correção ao discurso moral, esse déficit de racionalidade justifica a instituição do discurso jurídico, pensado a partir de uma teoria do Estado e do Direito. As lacunas de racionalidade do discurso prático justificam sua institucionalização pelo Direito.

Assim, o discurso jurídico é apresentado como um caso especial do discurso prático geral, com base em uma relação de integração entre os argumentos jurídicos específicos e os argumentos práticos gerais. Todo discurso jurídico é erigido sobre uma pretensão de correção, que informa o processo jurídico argumentativo. Sempre que é feita uma afirmação jurídica, parte-se da noção de verdade ou correção do que se está afirmando. A justificação de qualquer afirmação jurídica demanda uma exigência de correção.

A teoria da fundamentação jurídica de Alexy está aberta a uma série de críticas, sob os mais diversos aspectos. Discute-se até sobre a utilidade e o efetivo alcance de sua teoria no processo de justificação das decisões judiciais. Em verdade, Alexy defende que o discurso prático é institucionalizado pelo Direito para resolver seus problemas de limitação e déficit de racionalidade. Entretanto, o discurso jurídico também é marcado por limitações e lacunas de racionalidade, sobretudo na problemática dos casos difíceis, objeto de análise no terceiro capítulo. O modelo teórico de Alexy não consegue garantir a unidade de solução justa para todos os problemas práticos, principalmente os casos difíceis, como são exemplos as colisões entre princípios constitucionais.

O terceiro capítulo, denominado “A Colisão entre Princípios Constitucionais e a Máxima da Ponderação”, será marcado pela discussão acerca da resolução das colisões entre princípios constitucionais a partir da máxima da ponderação de Alexy. Antes da análise das antinomias entre princípios, empreender-se-á o estudo acerca dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, aqui definidos como verdadeiras máximas, cânones de interpretação, parâmetros de aferição da ordenação racional do sistema jurídico e da atuação do Poder Público.

Cabe, desde já, ressaltar que o presente trabalho afasta a relação de sinonímia entre as máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, porquanto expressam construções técnico-jurídicas diversas, com pontos de especificidades tanto nas questões de origem, como nos aspectos de estrutura e aplicação.

A razoabilidade será analisada desde as origens históricas até sua consolidação enquanto parâmetro de conformidade substancial e teleológica dos atos do Poder Público. Pela máxima da razoabilidade é ultrapassada a análise da legalidade puramente formal da atividade do Poder Público, alcançando a legalidade substancial – ou melhor – as questões ligadas à juridicidade das leis e dos atos administrativos.

A proporcionalidade ganha relevo a partir do estudo de seus elementos constitutivos, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Pela máxima da adequação, é avaliado se a medida adotada está conforme aos fins previstos na lei, se é

apropriada ao alcance dos objetivos dispostos no mandamento normativo. A máxima da necessidade exige que a medida eleita, dentre aquelas aptas à consecução dos objetivos pretendidos, desponte como a menos onerosa aos cidadãos, que traga a menor carga de restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos. Sendo adequada e necessária, a medida adotada pelo Poder Público ainda deve vencer a máxima da ponderação. Muito embora adequadas e necessárias, algumas medidas podem trazer uma carga excessiva de restrições e limitações à direitos fundamentais. A máxima da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito exige uma relação de justa medida entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora. Quanto maior for a limitação ao direito dos cidadãos, maior deverá ser a efetivação do direito resguardado.

Partindo dessas considerações, será levada a efeito a análise dos conflitos entre regras e colisões entre princípios constitucionais. O estudo das contrariedades entre regras jurídicas, também denominadas antinomias próprias, deverá ser empreendido com base no pensamento de Norberto Bobbio, quando se refere à aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade como instrumentos de resolução das antinomias normativas.

As colisões entre princípios constitucionais, conforme defende Alexy, não podem ser solucionadas a partir do prisma da validade, que é próprio das regras jurídicas. No caso dos princípios, quando em relação de contrariedade, deve-se vencer o prisma da validade e alcançar o âmbito do valor, do peso ou importância. Os princípios são definidos como mandamentos de otimização, que somente alcançam a total extensão de sentido quando em relação com outros princípios. A realização de um princípio constitucional depende de sua relação com o conjunto de princípios que constituem o ordenamento e das relações de tensão que se formam a partir da análise do problema prático.

Neste sentido, a solução das colisões entre princípios constitucionais depende da relação de precedência condicionada que se forma a partir das circunstâncias do caso concreto. O caso concreto oferece parâmetros para a decisão acerca da prevalência de um princípio sobre os outros, determinando o afastamento daqueles que ostentem menor peso ou importância. Não se admite, portanto, a invalidação de um princípio pelo fato de ter sido preterido na solução de determinado problema prático. Há somente seu afastamento naquela situação, até porque em outra, alteradas as circunstâncias do caso concreto, o mesmo pode preponderar.

A problemática da unidade de solução correta e da discricionariedade judicial será discutida a partir do pensamento jurídico de Kelsen, Hart, Dworkin, Aulis Aarnio e Alexy.

Destes, somente Dworkin defende a possibilidade de uma única solução justa para todos os casos práticos, vedada a discricionariedade judicial na decisão dos casos difíceis.

Entretanto, a tese dworkiniana da unidade de solução justa parece esbarrar em alguns problemas de difícil solução e que devem ser levados a sério. Destinada a resolver a questão da discricionariedade judicial, sua teoria acaba fomentando-a, quando assegura a ausência de responsabilidade dos julgadores como criadores do Direito. Da mesma forma, tanto a textura aberta e imprecisa dos princípios jurídicos, como a inexistência de um procedimento capaz de justificar a decisão pela prevalência de determinado princípio como a única decisão correta, conspiram contra a tese forte de Dworkin.

Mesmo assim, muito embora seja difícil ou até impossível alcançar a única resposta correta, Alexy defende esta tese como uma idéia reguladora do processo jurídico argumentativo. Como idéia reguladora, o conceito de correção não pressupõe a existência de uma única resposta correta para cada pergunta prática. Até porque, essa unidade somente poderia ser alcançada em condições ideais do discurso, que só podem ser atingidas de modo aproximado.

O objeto central deste estudo será a análise das colisões entre princípios constitucionais a partir da teoria de Alexy. Vale frisar que o pensamento do autor será buscado diretamente em seus textos, com base em traduções em língua espanhola e portuguesa. O recurso a comentadores, como no caso de Manuel Atienza e Luis Prieto Sanchís, entre outros também importantes, somente será empregado na tentativa de completar e enriquecer a apresentação do pensamento do autor principal. O exame fragmentado do pensamento jurídico de outros autores, como Kelsen, Hart, Canaris, Dworkin, Viehweg, Perelman e Aarnio, também será efetivado a partir das versões espanholas e portuguesas de suas obras.

Este trabalho não tem a pretensão de exaurir toda a complexidade da teoria da argumentação jurídica de Alexy, nem sua teoria dos direitos fundamentais. Partindo do método dedutivo, pretende-se analisar como podem ser resolvidas as tensões entre princípios constitucionais, no marco de sua teoria da fundamentação jurídica. Isso justifica a existência de uma série de discussões omitidas ou não aprofundadas no decorrer do estudo.

Certamente, outros autores poderiam ter sido empregados, bem como alguns daqueles estudados poderiam ser omitidos. Como se sabe, toda pesquisa reflete – necessariamente e em larga medida – as preferências do pesquisador. Aqui não é diferente, o que justifica as inclusões e, principalmente, as omissões do trabalho.

CAPÍTULO 1

O SISTEMA JURÍDICO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1 Considerações Iniciais

A noção moderna de constitucionalismo vem sendo marcada, preponderantemente, pelo movimento de posituação em âmbito constitucional dos princípios gerais de Direito, sobretudo após o advento do chamado Estado social de direito¹. Este movimento migratório dos princípios jurídicos para as constituições, quer pela assunção de princípios reconhecidos pela legislação infraconstitucional, quer pela incorporação de princípios constitutivos do Direito Internacional, acaba se constituindo no traço distintivo dos modelos constitucionais contemporâneos, como serve de exemplo a Constituição brasileira de 1988 – CRFB.

A força jurídica vinculante das constituições atuais passa, de forma destacada, pela idéia de normatividade dos princípios constitucionais. Não se pode mais entender as normas constitucionais como simples ideários, expressões de anseios, aspirações de uma dada

¹ Os marcos iniciais do Estado social, conforme largamente difundido por historiadores e estudiosos da ciência política, são as constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 (Constituição de Weimar). Entretanto, a evolução do modelo estatal intervencionista, com o reconhecimento normativo dos direitos sociais, pode ser notada na Alemanha desde a segunda metade do século XIX, em concomitância com a crise do modelo liberal-individualista de Estado. Assim, pode-se adotar como termo inicial do Estado social, o governo do Kaiser prussiano Otto Von Bismarck. Cabe ressaltar, por outro lado, que durante o século XIX o papel constitucional dos direitos sociais se resumia ao de meras cláusulas políticas de compromisso, no mais das vezes promovidas por elites conservadoras ou liberais reformistas que pretendiam legitimar o Estado liberal, caracterizado pelo baixo intervencionismo para a contensão das desigualdades sociais, e desarticular os movimentos sociais que buscavam um reconhecimento mais amplo de seus interesses. Exemplo paradigmático deste momento histórico é justamente o Estado social autoritário de Bismarck, onde os direitos sociais refletiam verdadeiras concessões outorgadas *ex principis* por oportunismo político e na intenção de neutralizar as crescentes demandas sociais, muito longe de se constituírem em verdadeiras conquistas decorrentes dos movimentos sociais organizados. Para um estudo mais aprofundado acerca da evolução do Estado social e da efetivação dos direitos sociais, pode-se consultar: PISARELLO, Geraldo. Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n.º 15, Alicante: Isonomia, 2001, p. 81-107.

sociedade. A força normativa da Constituição é condição inarredável à própria conservação do ordenamento jurídico².

O movimento de constitucionalização dos princípios jurídicos coincide com a formulação de uma doutrina da força normativa e vinculatividade dos princípios, em contraposição às idéias positivistas que dominaram, hegemonicamente, o discurso jurídico até a primeira metade do século XX. O uso dos princípios como fonte normativa subsidiária, conforme defendido pelo positivismo jurídico, já não encontra mais guarida na teoria constitucional contemporânea.

A questão da normatividade dos princípios jurídicos guarda profunda relação com a superação do Estado liberal de direito³, pautado pela lógica do positivismo jurídico, e a consolidação do novo constitucionalismo⁴, pensado a partir de um modelo jurídico pós-positivista⁵.

No Estado liberal ou “Estado de direito legislativo”, como se refere Gustavo Zagrebelski, o legislador figura como o “senhor do direito”, sendo visível uma total confusão

² Para estudos complementares, pode-se consultar: HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

³ É utilizada a expressão “Estado liberal de direito” pelo simples fato de ter sido consagrada pela ciência política, mesmo não sendo a mais coerente. Em última análise, o atual modelo de Estado também pode ser definido como liberal, já que garante inúmeros direitos individuais e, cada vez mais, diminui sua intervenção na economia, conduzindo-se à forma de Estado mínimo. Em verdade, dever-se-ia falar em “Estado legal”, pois que, com a derrocada do Estado absolutista e a ascensão do Estado de direito, houve, de fato, uma verdadeira substituição do império da vontade do monarca pelo império da vontade da lei, uma espécie de totem da racionalidade moderna. A lei passou a ser a vontade soberana, sob a qual se colocaram o Estado e os cidadãos. Para um estudo aprofundado acerca do Estado liberal e a passagem para o Estado social, pode-se consultar, entre outros: BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996; LUCAS VERDÚ, Pablo. Estado liberal de derecho y Estado social de derecho. Madrid: Universidad de Salamanca, 1955; PEREZ LUNÖ, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

⁴ A expressão “novo constitucionalismo” é aqui empregada para caracterizar um modelo teórico surgido a partir da segunda metade do século XX, baseado na superação das idéias que marcam o positivismo jurídico, principalmente no que concerne à relação de tensão entre Direito e moral. No decorrer desse trabalho o novo constitucionalismo será preferido à equivalente expressão “pós-positivismo”. Em sentido semelhante, o pensamento de Atienza. ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 24, Alicante: Doxa, 2001, p. 672-73.

⁵ Não se pode desvincular as mudanças teóricas que respaldaram a passagem do positivismo jurídico para o pós-positivismo ou constitucionalismo, das profundas mudanças sociais e econômicas do final do século XIX e do século XX. O positivismo jurídico, aqui entendido como aquela teoria jurídica que encara o direito positivo como o único objeto da ciência jurídica e que não admite conexão entre o Direito, a moral e a política, servia a um modelo de sociedade, o modelo liberal-individualista. Em uma sociedade marcada pela homogeneidade política e igualdade formal jurídica, o sistema normativo que melhor garante a propriedade e a liberdade de mercado é o sistema de regras. Com a mudança no cenário social, a consolidação dos movimentos de classe, o fortalecimento de novos atores sociais, o pluralismo político e jurídico, a heterogeneidade política da sociedade, evidencia-se a necessidade de repensar as bases teóricas do Direito. Neste sentido, fala-se em pós-positivismo, aqui entendido como a teoria contemporânea que procura enfrentar os problemas da indeterminação do Direito e sustenta a situação de estreita relação entre Direito, moral e política. Para um estudo mais aprofundado acerca do pós-positivismo, pode-se consultar, entre outros: CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 21-I, Alicante: Doxa, 1998, *passim*. No Brasil, o termo “pós-positivismo” é usado com

entre lei e Direito. O Direito é o que está na lei e a justiça é o que a lei determina. Assim, o conceito de justiça importa à ordem moral e não à ordem jurídica⁶. A jurisdição é pautada pela previsibilidade e segurança de um sistema fechado de regras jurídicas, que garante a propriedade privada e a liberdade de mercado para uma sociedade politicamente homogênea, típica do liberalismo clássico⁷.

O novo constitucionalismo, por outro lado, caracteriza-se pela prevalência da Constituição. O dogma da sujeição à lei é substituído pela máxima da sujeição à Constituição, enquanto sistema normativo aberto constituído por regras e princípios voltados à consecução da justiça material. A figura do legislador como “senhor do direito”, marca indelével do Estado liberal, é superada pelo agigantamento da importância dos juízes, não como novos “senhores do direito”, situação incompatível com a própria idéia contemporânea de constitucionalismo, mas enquanto importantes atores do processo de efetivação e concretização dos direitos fundamentais⁸.

Nessa marcha histórico-evolutiva do pensamento jurídico-político, os princípios constitucionais atualmente se constituem em normas que fundamentam e sustentam o sistema, as pautas supremas e basilares do ordenamento jurídico de uma dada sociedade. Não são meros programas ou linhas sugestivas à ação do Poder Público ou dos cidadãos, mas sim as vinculam e direcionam, porquanto dotados de eficácia jurídica vinculante.

Antes de aprofundar o estudo dos princípios constitucionais, mostra-se sumamente relevante assentar as bases do pensamento sistemático e um conceito de sistema jurídico coerente com a teoria dos princípios constitucionais que será apresentada. A imprescindibilidade do estabelecimento de um conceito de sistema jurídica é reforçada em virtude do marco teórico aqui estabelecido, a teoria de Alexy. Contudo, não há a pretensão de esgotar o tema, não só pela extrema complexidade, mas também por constituir-se em “um dos problemas centrais da filosofia jurídica moderna”⁹.

forte semelhança de sentido, entre outros, por Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 228-66.

⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho ductil: ley, derecho y justicia. Traducción de Marina Gascón, Madrid: Trota, 1995, p. 21-23.

⁷ Para uma análise acerca das bases teóricas do liberalismo clássico, pode-se consultar: LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁸ ZAGREBELSKI, 1995, p. 150-53. Para um estudo aprofundado sobre a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, pode-se consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁹ Neste sentido, o entendimento de Eugenio Bulygin: “É quase um lugar comum do pensamento jurídico, que as normas jurídicas que integram o direito de um país constituem um conjunto unitário que se pode atribuir o caráter de sistema. Cabe à filosofia jurídica elucidar o conceito ou os conceitos de sistema usados pelos juristas. Não causa surpresa, pois, que quase todos os filósofos do direito, desde Bentham e Austin até Kelsen e Hart, tenham dedicado grande parte de seus esforços a este tema, que se constitui em um dos problemas centrais da

1.2 Para um conceito de sistema jurídico

O significado da idéia de sistema para a ciência do Direito é um dos temas mais discutidos e controvertidos da metodologia jurídica¹⁰. Não se pretende, portanto, apresentar de forma aprofundada as bases do conceito de sistema jurídico, mas sim estabelecer uma concepção coerente e que ofereça pautas para a discussão da problemática da colisão entre princípios constitucionais. Uma concepção de sistema jurídico que possibilite a resolução de tais antinomias jurídicas sem abalar ou preterir as qualidades de coerência e unidade do ordenamento como um todo.

Um sistema pode ser caracterizado como a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados ou como um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios¹¹. O conceito geral de sistema o apresenta como um conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa estabelecer alguma relação. Um aglomerado de partes coordenadas entre si e que funcionam como uma estrutura organizada, segundo determinados parâmetros.

O termo sistema indica uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes ligados por uma determinada ordem. “Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”¹².

As qualidades da ordem e da unidade, que caracterizam o conceito geral de sistema, são centrais à concepção específica. Neste sentido, o sistema jurídico pode ser definido como um conjunto de conceitos e institutos jurídicos que se apresentam de forma unitária e ordenada, com base em pautas informadoras fundamentais¹³.

filosofia jurídica moderna”. No original: “Es casi un lugar común del pensamiento jurídico, que las normas jurídicas que integran el derecho de un país constituyen un conjunto unitario al que cabe atribuir carácter de sistema. Corresponde a la filosofía jurídica elucidar el concepto o los conceptos de sistema que usan los juristas. No debe extranar, pues, que casi todos los filósofos del derecho, desde Bentham y Austin hasta Kelsen y Hart, hayan dedicado gran parte de sus esfuerzos a este tema, que constituye uno de los problemas centrales de la filosofía jurídica moderna”. BULYGIN, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 09, Alicante: Doxa, 1991, p. 257.

¹⁰ Neste sentido, a posição de Canaris. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. Tradução de António Menezes Cordeiro, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 05.

¹¹ KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 141 e ss.

¹² BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996, p. 71.

¹³ Segundo o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Jr., o “conceito de sistema, no Direito, está ligado ao de totalidade jurídica. No conceito de sistema está, porém, implícita a noção de limite. Falando-se em sistema

Por ordenação, pretende-se “expressar um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível”, fundado na realidade. A unidade evita a dispersão em uma multiplicidade de particularidades desconexas, permitindo a recondução baseada em alguns princípios fundamentais. “A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria idéia de Direito”¹⁴.

No pensamento de Canaris, a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica são os verdadeiros fundamentos do sistema jurídico, não apenas enquanto postulados lógico-jurídicos, mas também como resultantes diretas do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, na exata medida de sua diferença. Assim, “a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização”¹⁵.

Apenas para adiantar algumas considerações, pode-se dizer que a função do conceito de sistema jurídico é a de efetivar e consolidar a adequação valorativa e a unidade interior do Direito. Fundados nos postulados da justiça e da igualdade, estas características conduzem a um sistema jurídico marcado pela inter-relação axiológica e teleológica de princípios constitucionais e valores fundamentais, de modo dinâmico e aberto, em constante diálogo com a realidade e impondo aos legisladores, tribunais e funcionários do Poder Público, como função precípua, a satisfação e a defesa dos princípios e objetivos fundamentais da Constituição.

1.2.1 Sistema jurídico e ordenamento jurídico: expressões sinônimas?

Até o presente momento, as expressões “sistema jurídico” e “ordenamento jurídico” foram empregadas como sinônimos. Entretanto, esta relação de sinonímia não é ponto

jurídico surge assim a necessidade de se precisar o que pertence ao seu âmbito, bem como se determinar as relações entre sistema jurídico e aquilo que ele se refira, embora não fazendo parte de seu âmbito, e aquilo a que ele não se refira de modo algum”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conceito de sistema no Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 129.

¹⁴ CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 12-18.

¹⁵ O autor sustenta, ainda, que o valor da segurança jurídica também aponta no sentido do Direito ordenado em sistema, seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, seja como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito. *Idem*, p. 14-22.

pacífico, principalmente na literatura jurídica especializada¹⁶. Impende, portanto, uma análise dos argumentos que justificam a distinção entre as duas expressões, para que se possa observá-la ou afastá-la.

Bulygin parte de um conceito de sistema jurídico enquanto conjunto de enunciados jurídicos que são a base axiomática do sistema e contêm todas as suas conseqüências. A normatividade de tal sistema depende da existência, dentre os enunciados de base, de pelo menos alguns enunciados normativos ou normas. Normas por ele definidas como enunciados que correlacionam certas circunstâncias fáticas, os casos, com determinadas conseqüências jurídicas, as soluções¹⁷.

Entendendo o sistema jurídico como conjunto de normas, que se constituem na sua base axiomática, Bulygin afirma que as normas permanecem fixas neste modelo de sistema estático, sendo que qualquer alteração da sua base axiomática acarretaria outro sistema, diferente do anterior. Essas mudanças na base normativa do sistema, o fenômeno da alteração, são bastante comuns e corriqueiras nos modelos jurídicos modernos, uma vez que as normas existentes são eliminadas, modificadas, outras são incorporadas, exigindo um conceito dinâmico de sistema jurídico¹⁸.

No sentido proposto por Bulygin, partindo de um conceito estático de sistema, a cada ato de criação ou revogação de normas surgiria um novo sistema jurídico, diferente do anterior. Neste caso, o sistema dinâmico não pode ser apresentado como conjunto de normas,

¹⁶ Neste sentido, a informação trazida por Vito Velluzzi, quando discute o sistema jurídico como fator de interpretação. VELLUZZI, Vito. "Interpretación sistemática": ¿un concepto realmente útil? – consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación. Traducción de Amalia Amaya. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 21-I, Alicante: Doxa, 1998, p. 76.

¹⁷ Impende asseverar que, segundo Bulygin, na base do sistema jurídico somente estariam as normas gerais, não se incluindo as normas individuais, como, por exemplo, as sentenças judiciais. A base do sistema restaria limitada às normas gerais, sendo que as normas individuais somente formariam o sistema a título de conseqüências lógicas, em virtude do critério de deductibilidade. BULYGIN, *Algunas consideraciones...*, p. 257.

¹⁸ Nas palavras do autor: "Dado que o sistema está definido como um conjunto de normas, estas permanecem fixas no modelo: qualquer alteração da base axiomática do sistema nos levaria a outro sistema, distinto do anterior. Neste sentido, o conceito de sistema elaborado em *Normatives Systems é estático*. (Imagino que esta noção de um sistema estático reconstitui com bastante fidelidade o que Kelsen entende por tais sistemas). Mas quando os juristas falam de sistema jurídico querem dar conta, no mais das vezes, do fenômeno da alteração: as normas jurídicas podem ser alteradas com o transcurso do tempo; algumas normas existentes são eliminadas, outras modificadas e também podem agregar-se normas totalmente novas. A possibilidade de tais alterações temporais determina o caráter *dinâmico* do Direito. Para dar conta deste caráter faz-se mister elaborar um conceito dinâmico do sistema". No original: "Dado que el sistema está definido como un conjunto de normas, éstas permanecen fijas en el modelo: cualquier cambio de la base axiomática del sistema nos llevaría a otro sistema, distinto del anterior. En este sentido, el concepto de sistema elaborado en *Normatives Systems es estático*. (Creo que esta noción de un sistema estático reconstruye con bastante fidelidad lo que Kelsen entiende por tales sistemas). Pero cuando los juristas hablan de sistema jurídico quieren dar cuenta, a menudo, del fenómeno del cambio: las normas jurídicas suelen cambiar con el transcurso del tiempo; algunas normas existentes son eliminadas, otras modificadas y también suelen agregarse normas totalmente nuevas. La posibilidad de tales cambios temporales determina el carácter *dinámico* del derecho. Para dar cuenta de este carácter es menester elaborar un concepto dinámico del sistema". Idem, p. 258-59.

mas sim como conjunto de conjuntos de normas, ou seja, uma seqüência de sistemas normativos. Na terminologia proposta, a seqüência de sistemas jurídicos é chamada de ordenamento jurídico.

A distinção entre “sistema jurídico” e “ordenamento jurídico” apresenta dois problemas, que podem ser definidos como problemas de identidade e de estrutura. O primeiro se refere à questão de saber quando uma seqüência de sistemas pertence ao mesmo ordenamento jurídico e os casos de quebra da seqüência e surgimento de um novo ordenamento. O segundo se refere ao conteúdo de um sistema jurídico global correspondente a determinado intervalo de tempo, para o qual devem ser explicitados os critérios de pertinência das normas do sistema¹⁹.

A proposta de definição de ordenamento jurídico exige como ponto de partida uma primeira Constituição, o conjunto de normas constitucionais e todas as suas conseqüências lógicas que formam o primeiro de uma série temporal de sistemas estáticos. Esta série de futuros sistemas está condicionada à existência de uma norma constitucional de competência, que faculte a uma autoridade o poder de promulgar novas normas e, eventualmente, revogar as existentes. Assim, a perenidade do ordenamento jurídico depende da continuidade dos sistemas que o integram. Depende, em última instância, da continuidade da Constituição, porquanto o surgimento de uma nova Constituição dará origem a um novo ordenamento jurídico²⁰.

Certamente, essa definição de sistema jurídico, base estrutural da diferenciação proposta entre sistema jurídico e ordenamento jurídico, se afasta sobremaneira da concepção de sistema jurídico adotada neste trabalho: primeiro, pela centralidade que seu conceito de norma ostenta na definição de sistema jurídico; segundo, pelo conteúdo dado às expressões sistema estático e sistema dinâmico; terceiro, pela limitação da base normativa do modelo de

¹⁹ Segundo Bulygin, pode-se dizer que uma norma pertence ao sistema, neste sentido fala-se em critério de pertinência, quando é conseqüência lógica das normas pertencentes ao sistema, por um critério de deductibilidade; ou, ainda, se promulgada por uma autoridade competente do sistema, segundo um critério de legalidade. Cabe salientar que os critérios de deductibilidade e legalidade são insuficientes para estabelecer a relação de pertinência de todas as normas do sistema, porquanto pressupõem que o sistema já possua normas, cuja pertinência não dependa de nenhum dos dois critérios. Idem, p. 260-62.

²⁰ Nas palavras do autor: “A noção de ordenamento jurídico aqui esboçada reflete um uso desta expressão. Para este conceito a identidade do ordenamento repousa na continuidade dos sistemas que a ele pertencem e isto quer dizer, em última instância, a continuidade da Constituição, o que não implica sua imutabilidade, sim a legalidade da alteração. Toda alteração ilegal da Constituição, isto é, toda revolução jurídica conduz à ruptura do ordenamento jurídico e a nova Constituição dará origem a um novo ordenamento”. No original: “La noción de orden jurídico esbozada aquí refleja un uso de esta expresión. Para este concepto la identidad del orden reposa en la continuidad de los sistemas que a él pertenecen y esto quiere decir, en última instancia, la continuidad de la constitución, lo que no implica su inmutabilidad, sino la legalidad del cambio. Todo cambio ilegal de la constitución, es decir, toda revolución jurídica conduce a la ruptura del orden jurídico y la nueva constitución dará origen a un nuevo orden”. Idem, p. 263-65.

sistema às normas gerais, relegando as decisões judiciais à condição de conseqüências lógicas das normas; finalmente, em decorrência direta da objeção anterior, pela debilidade que a interpretação sistemática desempenharia em um modelo de sistema jurídico assim estruturado.

Alinhadas essas considerações, as expressões sistema jurídico e ordenamento jurídico, embora possam sugerir diferentes institutos, continuaram sendo usadas como expressões equivalentes.

1.2.2 Breves considerações acerca da evolução do conceito de sistema jurídico

Ainda que não seja objeto do presente estudo, faz-se mister tecer algumas referências panorâmicas acerca das principais teorias que buscaram construir um conceito de sistema para a ciência do Direito. Neste sentido, nem de longe se pretende inventariar de modo exaustivo os diversos autores e teorias que marcaram o pensamento jurídico sistemático, mas tão-somente aludir às principais correntes que influíram historicamente na metodologia do Direito²¹.

A primeira teoria mencionada por Karl Larenz acerca do pensamento sistemático no Direito é a de Friedrich Carl von Savigny, principal representante da chamada “Escola Histórica”. Com Savigny, que estabelece a idéia de “sistema externo” no Direito, parte-se do legalismo positivista e da idéia de lei como a fonte originária do Direito, para a noção de que a fonte originária do Direito é a comum convicção jurídica do povo e que as regras somente poderiam ser compreendidas pela intuição do instituto jurídico, no que se pode chamar de um método histórico e sistemático de interpretação das normas jurídicas²².

A corrente que sucedeu a chamada Escola Histórica foi a “Escola Dogmática”, ou “jurisprudência dos conceitos”, que buscou estabelecer, pela via sistemática, os fundamentos de uma ciência do Direito, partindo de uma idéia de sistema jurídico que se pode chamar lógico-formal. Esse modelo era marcado pela pretensão de concatenação de todas as proposições jurídicas, formando um sistema de regras logicamente claro, livre de contradições e lacunas. Assim, sustentava-se que todos os problemas práticos poderiam ser logicamente subsumidos a uma das normas do sistema jurídico. Certamente, conforme alerta Canaris, uma concepção de sistema lógico-formal como da Escola Dogmática está fadada ao insucesso, uma vez que “a unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema,

²¹ Para um estudo acerca da evolução do conceito de sistema jurídico, pode-se consultar: BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 75-119; CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 25-102; e, LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 09-217.

não corresponde a uma derivação da idéia de justiça de *tipo lógico*, mas antes de *tipo valorativo* ou *axiológico*”²³.

A crítica de Canaris ao sistema lógico-formal da “jurisprudência dos conceitos” não quer, por certo, afastar completamente a adequação lógico-formal da idéia de sistema jurídico, até porque tal característica constitui-se em instrumento imprescindível à discussão das antinomias normativas, mas que *de per se* não implica especificamente na unidade do sistema jurídico. Os valores estão fora do âmbito da lógica formal e, por conseqüência, “a adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes, apenas, axiológica e teleologicamente”. Embora a ciência do Direito, enquanto aspire cientificidade ou adequação racional dos seus argumentos, esteja adstrita às leis da lógica, “os pensamentos jurídicos verdadeiramente decisivos ocorrem fora do âmbito da lógica formal”²⁴.

O formalismo da “jurisprudência dos conceitos” foi combatido por Rudolf von Jhering, sobretudo na segunda fase de sua produção jurídica. Partindo de uma noção teleológica de “sistema interno”, uma concepção orgânica de Direito que introduz na ordem normativa o interesse e o fim, legando ao Direito uma dimensão de materialidade, Jhering assentou as bases da “Escola do Direito Livre” e da “jurisprudência dos interesses”²⁵.

Sob os fundamentos da chamada “jurisprudência dos interesses”, a importância da ciência dogmática do Direito traduz-se em “facilitar a missão do Juiz, de sorte que a investigação tanto da lei como das relações da vida prepare a decisão objetivamente adequada”. A atividade jurisdicional teria como objetivo final a satisfação das necessidades e interesses da vida, consubstanciando-se o interesse tanto no objeto como no critério de valoração, e, ainda, como fator causal da ciência do Direito²⁶.

Muito embora admita a valiosa contribuição da “jurisprudência dos interesses” para o domínio da problemática do sistema, sobretudo com a idéia de sistema interno e com a referência ao seu caráter teleológico, Canaris sustenta que o conceito de sistema resultante do instrumental teórico desenvolvido é pouco adequado para exprimir a unidade interior e a adequação valorativa da ordem jurídica. Um “sistema de decisões de conflitos” como pensado por Philipp Heck não diz praticamente nada acerca da unidade de sentido do Direito.

²² LARENZ, *Metodologia da ciência...*, p. 09-18.

²³ CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 28-30.

²⁴ *Idem*, p. 31-32.

²⁵ BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 94-95.

²⁶ LARENZ, *Metodologia da ciência...*, p. 57-68.

Ademais, pelo modelo proposto, determinados princípios quando reduzidos a meras “decisões de conflitos”, ficariam privados de seu conteúdo ético-jurídico²⁷.

Inúmeras outras posições poderiam ser buscadas tanto para respaldar como para criticar as correntes do pensamento jurídico científico elencadas. Da mesma forma, a abordagem poderia ter privilegiado outros comentadores e marcado as correntes expostas com base em autores diversos, dada a riqueza literária desta temática. Apenas para aprofundar um pouco mais a análise do conceito de sistema na ciência do Direito serão apresentadas duas das principais propostas contemporâneas, com destacada relevância para o presente trabalho.

1.2.3 O sistema jurídico no pensamento de Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart

Passadas algumas considerações referentes à evolução do conceito de sistema jurídico, parece oportuno um estudo mais detalhado sobre o pensamento jurídico de dois dos principais representantes do positivismo jurídico contemporâneo, com indelével influência no estudo da metodologia jurídica no século XX.

Neste empenho, serão alinhadas algumas reflexões panorâmicas sobre os modelos de teoria do Direito de Kelsen e Hart, na intenção de angariar elementos teóricos necessários à estruturação de um conceito de sistema jurídico que possibilite a resolução de colisões entre princípios constitucionais.

1.2.3.1 O sistema jurídico na teoria do Direito de Hans Kelsen

A teoria do Direito desenvolvida por Kelsen está entre as mais relevantes e difundidas contribuições ao pensamento jurídico do século XX. Seja para endossar sua metodologia jurídica seja para criticá-la, o pensamento kelseniano ainda ocupa, inegavelmente, lugar de extremo destaque no estudo da teoria do Direito.

Cumpre, primeiramente, situar Kelsen como o autor que buscou mais explicitamente a construção de um conceito autônomo de Direito, no sentido de apresentar um modelo de ciência jurídica da qual fosse excluído tudo aquilo alheio ao seu objeto. A metodologia kelseniana consiste, pois, em descrever as normas jurídicas desvencilhadas do que o autor

²⁷ CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 62-65.

define como a irracionalidade do mundo dos valores, “purificadas de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural”²⁸.

Iniciando a construção de seu conceito de norma, Kelsen trabalha com as idéias de sentido objetivo e subjetivo de um ato de vontade, asseverando que o que torna juridicamente objetivo o sentido subjetivo de um determinado ato de vontade é a existência de uma norma jurídica que descreva tal ato e lhe confira efeitos jurídicos. Assim, a norma consiste no sentido objetivo de dever ser de um ato intencional dirigido à conduta de outrem. “‘Norma’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”²⁹.

A distinção entre o plano do ser, onde está situado o mundo dos fatos, e do dever ser (*sollen*), formado pelas normas jurídicas, é central ao pensamento jurídico kelseniano³⁰. “A norma é um dever ser ao passo que o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser”³¹. Entretanto, não se pode pensar que todo ato de vontade tenha como sentido uma norma. Somente no caso de coincidência entre os sentidos subjetivos e objetivos estar-se-á diante de uma norma.

Outra questão de suma relevância no pensamento kelseniano é a relação entre Direito e moral, levada a efeito na “Teoria Pura do Direito”. Segundo o autor, ambas as ordens moral e jurídica são positivas, bem como se constituem em ordens sociais, enquanto ordens normativas que regulam a conduta humana na medida em que se coloca em relação com outras pessoas. Ambas, além de serem ordens sociais positivas, constituem-se em ordens estatuidoras de sanções, no sentido de prêmios ou castigos previstos como consequência de uma determinada conduta humana. Entretanto, o Direito é concebido como norma social coercitiva, diferente, portanto, da norma moral, que é definida como ordem positiva destituída de caráter coercitivo³².

O caráter coercitivo é, portanto, o traço distintivo entre o Direito e a moral na teoria kelseniana. Neste sentido, concebe-se o Direito “como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta

²⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. XI.

²⁹ Idem, p. 06.

³⁰ Segundo Luiz Fernando Barzotto, a distinção entre ser e dever ser nem sempre teve a mesma fundamentação em Kelsen. Enquanto na primeira edição da Teoria Pura do Direito, datada de 1934, o dever ser era definido como uma categoria transcendental kantiana, na segunda edição, publicada em 1960, Kelsen afirma o *sollen* como um “conceito simples”, no sentido atribuído por Moore, isto é, um conceito que não pode ser analisado nem definido, como os conceitos de “bom” ou “amarelo”. BARZOTTO, Luiz Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Editora da UNISINOS, 2001, p. 35.

³¹ KELSEN, Teoria pura..., p. 06.

³² Idem, p. 25-78.

oposta um ato de coerção socialmente organizado”. A moral, de forma diversa, constitui-se em ordem social que não estatui sanções desse tipo, “visto que suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o uso da força física”³³.

Pode-se dizer que o método marcadamente estruturalista da metodologia jurídica kelseniana acaba impondo a defendida separação entre Direito e moral, segundo a qual o Direito não seria necessariamente moral, ocasionando um relativismo extremado e fazendo com que o autor rejeitasse a tese de que o Direito poderia representar um “mínimo ético”³⁴.

O Direito, enquanto ordem social positiva coercitiva, não se resume a uma norma. Trata-se sim de um conjunto de normas ordenadas por uma relação de pertinência a um sistema de normas jurídicas. Pertinência, no sentido de validade de uma norma jurídica por ter sido produzida segundo o procedimento previsto em outra norma, que por sua vez encontra seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim sucessivamente até a norma hipotética fundamental. Esta não encontra fundamento de validade em nenhuma outra norma jurídica, sendo pressuposta pelo ordenamento jurídico³⁵.

Conforme sustenta Bobbio, quando discute acerca da unidade do ordenamento jurídico, a “norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las”. Neste sentido, a norma fundamental é a um só tempo atributiva e imperativa, segundo o ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dele nasce³⁶.

A norma fundamental se constitui no substrato à unidade lógica do sistema jurídico em Kelsen e, de resto, à própria essência do seu pensamento jurídico, uma vez que o autor

³³ Idem, p. 71.

³⁴ Neste sentido, a posição de Juarez Freitas, quando analisa a teoria do Direito de Kelsen. FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 35.

³⁵ Analisando a questão do conceito de validade na teoria jurídica kelseniana, Barzotto defende a existência ao menos de quatro sentidos do termo validade, sendo que na maioria dos casos, eles são utilizados como sinônimos. Um primeiro sentido do termo validade estaria relacionado à existência de uma norma jurídica, validade enquanto existência específica de uma norma. Um segundo sentido para o termo validade vem relacionado à questão da pertinência de determinada norma a um ordenamento jurídico, pertinência enquanto qualidade de pertencer a um dado sistema jurídico. Outro significado do termo validade se refere à questão do fundamento de validade das normas jurídicas, que sempre deve ser outras normas, não sendo admitida na teoria kelseniana a transição entre o mundo das normas e o mundo dos fatos. Assim, o fundamento de validade de uma norma é sempre outra norma, até se alcançar a norma hipotética fundamental. Um último sentido do termo validade está ligado à idéia de obrigatoriedade, vinculação do comportamento aos moldes previstos pela norma. Pode-se dizer que o terceiro sentido de validade descrito é central no conceito kelseniano de Direito, porquanto uma norma somente existirá, pertencerá ao ordenamento jurídico e terá caráter de obrigatoriedade se, e somente se, for produzida de acordo com uma outra norma, numa “cadeia de validade” que remonta à norma hipotética fundamental. BARZOTTO, *O positivismo jurídico...*, p. 37-40.

³⁶ BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 59.

deposita na norma fundamental o pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico. A noção de Direito enquanto ordem dinâmica, bastante cara à teoria jurídica kelseniana, segundo a qual as relações de validade entre as normas jurídicas ocorrem mediante o estabelecimento de uma autoridade produtora de normas, depende diretamente da norma fundamental.

Diferentemente dos sistemas morais, onde se pode aferir a conformidade entre as normas por derivação lógica de conteúdo, no sistema jurídico essa conformidade entre as normas se dá pela vinculação a um procedimento específico de produção, no que se pode chamar de positivismo formal-estruturalista. Assim, as normas valem porque foram criadas de certa maneira por determinada autoridade.

Quando Kelsen assenta todo o fundamento de validade do ordenamento jurídico em uma norma hipotética fundamental, uma norma que se autofundamenta, inegavelmente se mantém coerente com o cerne de sua teoria. Uma norma jurídica somente pode decorrer validamente de outra norma jurídica, nunca de questões práticas ou valores morais. Esta construção é decorrência do método formal-estruturalista de separação entre ser e dever ser e entre Direito e moral. Entretanto, acaba depositando todo o fundamento de validade da ordem positiva coercitiva reguladora da conduta humana em uma ficção, ou melhor, em “um sentido objetivo de dever ser de um ato de vontade imaginário”³⁷.

Essa talvez seja uma das principais críticas que a teoria do Direito de Kelsen tem recebido desde sua aparição. Objeção que não fica vencida, senão reforçada, quando Kelsen acaba relacionando a norma fundamental com o plano fático, incluindo a eficácia como condição suficiente à validade da norma fundamental.

Pode-se dizer que os fatos, afastados pelo autor na construção de um conceito de sistema jurídico formal-estruturalista, inservíveis para figurar como fundamento de validade do ordenamento jurídico, voltam como intrusos a sua teoria, agora no patamar de condições de validade da norma fundamental, o que ameaça visceralmente a coerência estrutural de todo o modelo teórico estabelecido.

Afora as críticas aqui brevemente alinhadas e outras que o pensamento jurídico kelseniano possa sofrer, nenhuma parece suplantam a relevância impar da sua contribuição para a ciência do Direito, certamente um dos modelos teóricos mais influentes e difundidos na metodologia jurídica contemporânea.

³⁷ BARZOTTO, *O positivismo jurídico...*, p. 42.

1.2.3.2 O sistema jurídico na teoria do Direito de Herbert L. A. Hart

Outra teoria que trouxe uma contribuição indelével ao pensamento jurídico contemporâneo foi formulada por Hart, sobretudo em sua obra clássica “O Conceito de Direito”. O autor procura demonstrar a centralidade do conceito de regra para a análise do conceito de Direito, porquanto o sistema jurídico estaria baseado principalmente em regras jurídicas, estas enquanto espécies de um gênero mais amplo, as regras sociais.

Cabe, de início, esclarecer que a teoria do Direito de Hart se pretende geral, descritiva e normativa: geral, no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídica concreta, procurando explicar o Direito como instituição social e política complexa; descritiva, na medida em que se propõe moralmente neutra e sem propósitos de justificação, sem justificar as formas e estruturas jurídicas por meio de razões morais; normativa, como já afirmado, por conta da centralidade do conceito de regra³⁸.

Para defender seu conceito de Direito baseado em um sistema de regras jurídicas, Hart procura afastar da noção de regra as idéias de habito de obediência e ordem coercitiva, conforme estabelecido no pensamento de John Austin. Para Hart, nem todas as regras jurídicas podem ser reduzidas a ordens baseadas em ameaças ou comandos, como é próprio das leis penais. Existem regras que não impõem deveres e sanções para o caso de violação, mas sim conferem poderes a particulares ou funcionários do Estado para regularem relações de caráter privado e público.

Assentada a centralidade das regras jurídicas no conceito de Direito, Hart se ocupa da diferenciação das regras em primárias e secundárias, categorias basilares ao seu pensamento jurídico. As chamadas regras primárias estão fundadas na idéia de dever, ou seja, impõem um determinado comportamento a uma dada categoria de pessoas ou à totalidade dos cidadãos, exigem dos seres humanos que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras secundárias, por seu turno, estabelecem poderes públicos ou privados e se referem à identificação, alteração e aplicação das regras primárias³⁹.

³⁸ HART, Herbert L. A. O conceito de Direito. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 300-01.

³⁹ Nas palavras do autor: “Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudanças físicas; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações”. Idem, p. 91.

Na intenção de demonstrar a necessidade das regras secundárias para os sistemas jurídicos evoluídos, Hart imagina uma comunidade primitiva destituída de poder legislativo, juízes ou qualquer outra espécie de funcionários, uma estrutura social integrada exclusivamente por regras primárias de obrigação, listando os defeitos e inconvenientes de um sistema jurídico assim estruturado.

A primeira deficiência desse sistema é a incerteza acerca da existência de uma determinada regra, porquanto não restariam fixados os critérios de identificação das regras que compõem o sistema jurídico acatado pelo grupo. Este defeito pode ser sanado pela criação de uma “regra secundária de reconhecimento”, que disponha as características necessárias para que uma regra faça parte do sistema jurídico⁴⁰.

Afora o problema da identificação das regras válidas, o modelo de regras primárias se apresenta extremamente estático. O único modo de alteração desses sistemas é a evolução lenta e gradual da comunidade, uma vez que as regras primárias não determinam nem a autoridade competente nem o procedimento para a criação de novas regras. Assim, é necessário conferir a uma autoridade legislativa a faculdade de introduzir novos padrões de comportamento na vida da comunidade, por meio do que se pode chamar de “regra secundária de alteração”⁴¹.

Outro inconveniente do modelo de regras primárias é a ineficácia da pressão social difusa pela qual são mantidas as regras. A inexistência de uma instância com o poder de determinar, de forma definitiva e com autoridade, quando ocorreu a violação de uma regra e impor a sanção correspondente, acaba acarretando o aumento da violência decorrente da autotutela. Este problema pode ser resolvido com a criação de uma “regra secundária de julgamento”, confiando a um órgão a função de julgar os casos de violação das regras de obrigação e aplicar a sanção prevista aos culpados⁴².

Justificada a necessidade de organização do sistema jurídico com base em regras primárias de obrigação e regras secundárias que estabeleçam as formas de identificação, alteração e aplicação das regras primárias, Hart deposita na regra de reconhecimento o fundamento de validade do ordenamento jurídico. O “fundamento de um sistema jurídico consiste na situação social em que os membros de um grupo e as autoridades possuem um critério comum de identificação das regras primárias de obrigação”⁴³.

⁴⁰ Idem, p. 102-04.

⁴¹ Idem, p. 102-05.

⁴² Idem, p. 103-06.

⁴³ BARZOTTO, *O positivismo jurídico...*, p. 114.

Nos sistemas jurídicos modernos existe uma pluralidade de critérios de identificação das regras primárias, dispostos de forma hierárquica e tendo como ápice um critério supremo, de que as regras jurídicas por ele identificadas são consideradas regras válidas daquele sistema jurídico, excluindo-se todas as outras identificadas a partir de um critério conflitante com o supremo. A regra de reconhecimento confere unidade e adequação ao sistema jurídico e – no mais das vezes – vem representada pelas disposições de uma Constituição escrita. Neste sentido, a validade das regras primárias de um sistema jurídico está condicionada à satisfação de todos os critérios dispostos na regra de reconhecimento⁴⁴.

Ao relacionar a validade jurídica das regras de obrigação aos critérios da regra de reconhecimento, Hart introduz a diferenciação entre “afirmação interna” e “afirmação externa”. A afirmação da validade de uma regra é uma afirmação interna. Uma afirmação do tipo “o Direito dispõe que...” é um fenômeno que se vincula ao “ponto de vista interno” e revela uma aceitação da regra. Já no caso de alguém que não aceita a regra, mas visualiza seu seguimento por um grupo social, enquanto observador externo ao sistema, pode fazer uma afirmação do tipo “no Brasil é reconhecido como Direito...”. Neste caso, parte-se de um “ponto de vista externo”, sem aceitar a regra de reconhecimento, apenas enunciando o fato que os outros a aceitam⁴⁵.

Neste sentido, pode-se observar uma dupla significação do termo “reconhecimento” na teoria hartiana: primeiramente, significa a operação de identificação de uma norma, em caráter manifestamente cognoscitivo e pressupondo o uso de um critério conceitual; em segundo lugar, o reconhecimento significa a aceitação de uma dada regra primária de obrigação, reconhecendo seu conteúdo como pauta de comportamento correto⁴⁶.

⁴⁴ “Dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema. Podemos, na verdade, dizer simplesmente que a afirmação de que uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento”. HART, *O conceito...*, p. 114.

⁴⁵ *Idem*, p. 113-14.

⁴⁶ Discorrendo acerca da ambigüidade do termo “reconhecimento” na teoria de Hart, Ricardo A. Caracciolo assim leciona: “Em primeiro lugar, significa a operação de *identificar* uma norma, que tem um manifesto caráter cognoscitivo e pressupõe o uso de um critério conceitual. Por outro lado, *reconhecer* uma norma é o mesmo que *aceitá-la*, isto é, considerar seu conteúdo como pauta de comportamento correto. A aceitação é uma atitude prática e não teórica e supõe a disposição em assumi-la como uma razão para a ação. Como indica Neil MacCormick, a adoção do ponto de vista interno compreende tanto a atitude cognoscitiva como a prática. O que resulta da constatação óbvia de que para aceitar uma norma deve-se previamente conhecê-la. De modo que existem três tipos de comportamento que podem constituir o conteúdo obrigatório da regra de reconhecimento: identificação, aplicação e aceitação das normas do sistema. O fato de que a aceitação é, finalmente, uma atitude, não a exclui como alternativa, sempre que aquela se manifeste externamente em reações críticas de aprovação ou desaprovação. Apesar da tendência, também imprecisa, de incorporar como conteúdo do dever imposto pela regra de reconhecimento aos atos de identificação de normas, certamente isso não basta para dar conta da dimensão normativa. Isso porque, em todo caso, trata-se de operações intelectuais que não implicam compromisso algum com as normas assim ‘identificadas’. ‘Reconhecer’, neste sentido, não conduz à aceitação das normas do sistema e somente significa o uso de um critério conceitual, que se pode efetuar do ponto de vista

Ainda, no que toca à unidade e à adequação de um sistema jurídico baseado na regra de reconhecimento, pode-se dizer que a validade de um determinado ato normativo, *v. g.*, um decreto, está condicionada a sua criação nos termos de um ato normativo hierarquicamente superior, *v. g.*, uma lei. A lei será reconhecida como válida se conforme às disposições da Constituição. A Constituição será válida na medida em que o conteúdo da regra de reconhecimento dispuser que o prescrito pela Constituição é Direito. Da regra de reconhecimento não se predica validade ou invalidade, porquanto ela é a regra última para determinar a validade das outras regras que gravitam no interior do sistema jurídico, não havendo uma regra que sirva para determinar a sua validade⁴⁷.

Resulta daí uma das grandes discussões acerca do conceito de Direito proposto por Hart: qual o estatuto da regra de reconhecimento? Trata-se de uma regra e estaria bastante próxima da norma fundamental kelseniana, que não encontra fundamento de validade em outra norma e somente pode ser pressuposta enquanto norma hipotética ou, diferentemente da teoria jurídica kelseniana, sua existência é uma questão que se possa dizer factual?

Para responder acerca do estatuto da regra de reconhecimento, Hart se vale novamente da diferenciação entre “afirmação interna” e “afirmação externa”. Primeiramente, procura

externo. Inversamente, os que *aceitam* as normas, isto é, os que as ‘reconhecem’ no segundo sentido, têm também necessariamente que recorrer a um critério de identificação, por exemplo, ao que indica a legislação como uma ‘fonte’ normativa. De modo que a aceitação compartilhada de normas pelos juízes (e demais funcionários) *supõe* o uso compartilhado de critérios de identificação. Mas isso não significa que *obedeçam* uma norma segundo a qual devem usar uma regra conceitual. Semelhante norma, do ponto de vista daqueles que aceitam é insuficiente como standard de justificação ou, na melhor das hipóteses, *supérflua*”. No original: “En primer lugar, significa a operación de *identificar* una norma, la que tiene un manifiesto carácter cognoscitivo y presupone el uso de un criterio conceptual. Pero además, *reconocer* una norma es lo mismo que *aceptarla*, esto es, considerar su contenido como pauta de comportamiento correcto. La aceptación es una actitud práctica y no teórica y supone la disposición a asumirla como una razón para la acción. Como indica Neil MacCormick, la adopción del punto de vista interno comprende tanto la actitud cognoscitiva como la práctica. Lo que es consecuencia de la constatación obvia de que para aceptar una norma previamente hay que conocerla. De manera que se tienen tres tipos de comportamiento que pueden constituir el contenido obligatorio de la regla de reconocimiento: identificación, aplicación y aceptación de la normas del sistema. El hecho de que la aceptación es, finalmente, una actitud, no la excluye como alternativa, toda vez que aquella se manifiesta externamente en reacciones críticas de aprobación o rechazo. A pesar de la tendencia, también imprecisa, de incorporar como contenido del deber impuesto por la regla de reconocimiento a los actos de identificación de normas, por cierto ello no basta para dar cuenta de la dimensión normativa. Ello porque, en todo caso, se trata de operaciones intelectuales que no implican compromiso alguno con las normas así ‘identificadas’. ‘Reconocer’ en este sentido, no conduce a la aceptación de las normas del sistema y sólo significa el uso de un criterio conceptual, que puede efectuarse desde el punto de vista externo. Inversamente, los que *aceptan* las normas, esto es, los que las ‘reconocen’ en el segundo sentido, tienen también necesariamente que recorrer a un criterio de identificación, por ejemplo, al que indica a la legislación como una ‘fuente’ normativa. De manera que la aceptación compartida de normas por parte de los juices (y demás funcionarios) *supone* el uso compartido de criterios de identificación. Pero de ello no se sigue que, además, *obedezcan* una norma según la cual deben usar una regla conceptual. Semejante norma, desde el punto de vista de los aceptantes es insuficiente como estándar de justificación o, en el mejor de los casos, *supérflua*”. CARACCIOLO, Ricardo A. Sistema jurídico y regla de reconocimiento. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 09, Alicante: Doxa, 1991, p. 301-02.

⁴⁷ Para uma análise mais detida acerca da diferença de sentidos da regra de reconhecimento enquanto “critério supremo” e “regra última” na teoria hartiana, pode-se buscar no próprio autor. HART, *O conceito...*, p. 117-21.

rechaçar a tese de que, não sendo possível atribuir validade à regra de reconhecimento, esta seria assumida ou postulada, no sentido kelseniano de norma hipotética. Do ponto de vista externo, a regra de reconhecimento se constitui em prática de identificação do Direito pelos juízes e funcionários, gozando de aceitação pelos cidadãos. Assim, a existência da regra de reconhecimento é uma questão eminentemente factual. Do ponto de vista interno, a regra de reconhecimento é um critério de identificação das regras que compõem o sistema jurídico, neste caso, uma questão jurídica e não factual. Ainda que não seja pressuposta, a existência da regra de reconhecimento é uma questão de fato e pressupõe a sua aceitação tanto por aqueles que lhe fazem um juízo de validade, como pelos funcionários do sistema.

A teoria do Direito formulada por Hart, como de resto todas as teorias que propõem uma explicação sistemática do fenômeno jurídico, não está imune a críticas. Essa natureza bifronte da regra de reconhecimento defendida por Hart – factual, partindo de uma afirmação externa, e jurídica, do ponto de vista interno – não parece resolver satisfatoriamente a questão acerca do fundamento último do ordenamento jurídico, uma questão prática ou jurídica⁴⁸.

O próprio Hart reconheceu a procedência de algumas objeções dirigidas contra sua teoria, como no caso da idéia geral de obrigação, segundo a qual todo tipo de obrigação surge de regras sociais que são aceitas pela maioria dos membros de um grupo social como guias de conduta e pautas de crítica. Esta teoria somente se sustenta no caso de regras consuetudinárias ou regras primárias de obrigação. Certamente, existem obrigações jurídicas que não surgem de regras sociais aceitas pela maioria dos membros da comunidade, decorrendo de regras emanadas de um órgão legislativo, nem sempre aceitas pelos membros da sociedade e mesmo assim reconhecidas pelos tribunais como regras válidas do sistema jurídico⁴⁹.

⁴⁸ Neste sentido, pode-se consultar as críticas alinhadas por Barzotto, que discute tanto os problemas de sustentar a existência da regra de reconhecimento em questões de fato, como a aceitação da regra de reconhecimento enquanto padrão público comum para as decisões judiciais e para a atuação dos funcionários, e ainda acerca do caráter moral da aceitação da regra de reconhecimento. BARZOTTO, *O positivismo jurídico...*, p. 122-36.

⁴⁹ Nas palavras do autor: “O problema mais importante se refere à obrigação jurídica. A principal fonte de meu erro consiste na teoria sustentada no capítulo II, segunda parte (p. 83 e ss.) da idéia geral de obrigação. Entre outros erros subsidiários, esta teoria analisa equivocadamente todo tipo de obrigação como derivada de regras sociais que são aceitas pela maioria dos membros de um grupo social, enquanto guias de conduta e pautas de crítica, mantendo-se por exigências gerais de conformidade e pressão sobre aqueles que se desviam ou ameaçam desviar-se. Obviamente, tal teoria poderia ser ajustada somente, na melhor das hipóteses, àquelas obrigações que surgem de regras de tipo consuetudinário no que tenho chamado um sistema de regras primárias. Mas como procuro demonstrar no resto do livro, em um sistema jurídico desenvolvido, onde existam tribunais, poder legislativo e regras secundárias constitucionais de reconhecimento e alteração, as obrigações jurídicas surgem também, freqüentemente, de um tipo de regras legais emitidas por um poder legislativo e aplicadas pelos tribunais. Tais regras promulgadas podem não ser aceitas pelos membros de uma sociedade e podem não ser apoiadas pela pressão social geral sobre aqueles que se desviam ou ameaçam desviar-se. Não obstante, são reconhecidas pelos tribunais como regras válidas do sistema jurídico, devendo aplicá-las nos casos levados até eles, já que satisfazem os critérios de validade previstos pela regra secundária de reconhecimento aceita pelos tribunais e funcionários do sistema. Entretanto, minha teoria da obrigação em *O conceito de Direito* não oferece nenhuma explicação de como surgem as obrigações jurídicas das regras jurídicas promulgadas, sendo incompleta

Talvez a crítica mais contundente recebida pela teoria hartiana tenha sido a formulada por Dworkin⁵⁰, que pretende rechaçar o modelo de teoria jurídica geral e descritiva por considerá-la insatisfatória, propondo um modelo fortemente embasado em uma teoria da interpretação e da decisão judicial. Para Dworkin, tanto os princípios que fundamentam a moralidade política liberal como aqueles reconhecidos pelo Direito positivo histórico fazem parte do ordenamento jurídico, não apenas quando explicitamente incorporados à Constituição, à legislação infraconstitucional ou aplicados em decisões judiciais, mas inclusive quando não tenham sido previamente reconhecidos pelas leis ou pelos tribunais. Estes princípios implícitos podem e devem ser buscados pelos juízes quando da resolução dos conflitos sociais, por meio do processo interpretativo. Assim, Dworkin se contrapõe tanto ao modelo de regras proposto por Hart, como à idéia de separação entre Direito e moral⁵¹.

a teoria da obrigação sustentada em um sistema de regras primárias consuetudinárias. (...) Nos termos de minha nova teoria, as obrigações jurídicas existem quando as demandas e a pressão social estão legitimadas por regras jurídicas positivas, enquanto que as obrigações morais existem quando estão legitimadas por regras ou princípios morais. Ainda que o juridicamente obrigatório possa *ser también*, e é no mais das vezes, moralmente obrigatório, suas conexões, nestes casos, não são necessárias nem conceituais, mas sim contingentes. Deste modo, um homem pode ter uma obrigação jurídica para comportar-se de certa forma quando não existe razão moral alguma para fazê-lo e boas razões morais para agir de forma contrária”. No original: “El problema más importante se refiere a la obligación jurídica. La principal fuente de mi error consiste aquí en la teoría que sostuve en el capítulo dos, sección segunda (págs. 83 y sigs.) de la idea general de obligación. Entre otros errores subsidiarios, esta teoría analiza equivocadamente todo tipo de obligación como si surgiera de reglas sociales que son aceptadas por la mayoría de los miembros de un grupo social como guías de conducta y pautas de crítica, manteniéndose por exigencias generales de conformidad y presión sobre quienes se desvían o amenazan con desviarse. Como es obvio, tal teoría podría ajustarse solamente, en el mejor de los casos, a aquellas obligaciones que surgen de reglas de tipo consuetudinario en lo que he llamado un sistema de reglas primarias. Pero como intenté demostrar en el resto del libro, en un sistema jurídico desarrollado, donde hay tribunales, poder legislativo y reglas secundarias constitucionales de reconocimiento y cambio, las obligaciones jurídicas surgen también con frecuencia de un tipo de reglas legales emitidas por un poder legislativo y aplicadas por los tribunales. Tales reglas promulgadas pueden no ser aceptadas por los miembros de una sociedad y pueden no ser apoyadas por la presión social general sobre quienes se desvían o amenazan con desviarse. No obstante, son reconocidas por los tribunales como reglas válidas del sistema jurídico, teniéndolas que aplicar en los casos que se presenten ante ellos, ya que satisfacen los criterios de validez provistos por la regla secundaria de reconocimiento aceptada por los tribunales y funcionarios del sistema. Pero mi teoría de la obligación en *El concepto de Derecho* no ofrece ninguna explicación de cómo surgen las obligaciones jurídicas de las reglas jurídicas promulgadas, siendo incompleta la teoría de la obligación que sostuve en un sistema de reglas primarias consuetudinarias. (...) El los términos de mi nueva teoría, las obligaciones jurídicas existen cuando las demandas y la presión social están legitimadas por reglas jurídicas positivas, mientras que las obligaciones morales existen cuando están legitimadas por reglas o principios morales. Aunque lo que es juridicamente obligatorio puede *ser también* y es a menudo moralmente obligatorio, sus conexiones, cuando sucede así, no son necesarias ni conceptuales, sino contingentes. De este modo, un hombre puede tener una obligación jurídica para comportarse de cierta forma cuando no existe razón moral alguna para hacerlo y buenas razones morales para actuar de forma contraria”. RAMÓN DE PÁRAMO, Juan. Entrevista a H. L. A. Hart. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 05, Alicante: Doxa, 1988, p. 343-45.

⁵⁰ Por hora não será aprofundada a teoria jurídica proposta por Dworkin, vez que mais adiante receberá destacada análise quando da discussão acerca da resolução de colisões entre princípios jurídicas, os casos difíceis e a questão da discricionariedade judicial. Neste sentido, ver itens 1.3.3.1 e 3.5.2, *infra*.

⁵¹ Neste sentido, pode-se consultar: DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 61-303; DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 55-476.

Ainda que reconheça a “grande capacidade de Dworkin, sua fértil e original energia intelectual”, Hart responde as objeções apresentadas afirmando que Dworkin não se deu conta de que ambos estão comprometidos com empresas intelectuais diferentes e possuem concepções radicalmente distintas acerca do que a teoria do Direito é ou deveria ser. Enquanto Hart procura oferecer uma teoria geral e descritiva, Dworkin apresenta em essência uma teoria da adjudicação exposta como teoria do Direito, que serve a um modelo de sistema jurídico particular, o modelo anglo-saxônico⁵².

1.2.4 O conceito de sistema jurídico proposto por Claus-Wilhelm Canaris

Algumas brevíssimas considerações acerca do conceito de sistema jurídico no pensamento de Canaris já foram alinhadas acima. Entretanto, não só pela relevância do pensamento sistemático delineado, mas principalmente pela correspondência entre seu conceito de sistema jurídico e o que se quer estabelecer neste estudo, faz-se oportuna uma análise mais detalhada de seu pensamento jurídico-sistemático.

Para que se possa justificar tanto o desenvolvimento do pensamento sistemático na ciência do Direito, como o estabelecimento de um conceito de sistema especificamente

⁵² Nas palavras do autor: “Dworkin rebate as principais teses de *O conceito de Direito*, ainda que deveria ter se apercebido que estamos comprometidos em empresas intelectuais distintas e que temos concepções radicalmente diferentes sobre o que a teoria jurídica e a jurisprudência são ou deveriam ser. Meu propósito consiste em oferecer uma teoria do que é o Direito do ponto de vista geral e descritivo. É geral no sentido de que não se refere a nenhum sistema ou cultura jurídica particular, sim que pretende expor uma teoria clarificadora do Direito entendido como uma forma complexa de uma instituição social de caráter normativo ou governada por regras que, em diferentes culturas e épocas, tem tomado a mesma estrutura e expressão genérica ao invés de apresentar-se de maneira diversa, embora as múltiplas confusões e os mitos obscuros que a acompanham exijam uma clarificação e análise. Minha teoria é descritiva no sentido de que é moralmente neutra e não tem propósitos justificativos; não pretende justificar ou legitimar sobre fundamentos morais as formas e estruturas que aparecem nesta teoria geral do Direito, já que uma compreensão clara é, penso, uma tarefa prévia indispensável para qualquer crítica moral plausível dos sistemas jurídicos. Ademais, diferentemente de Dworkin, cuja teoria é essencialmente uma teoria da adjudicação exposta como uma teoria do Direito, minha teoria não pretende expor o que é o Direito em qualquer sistema jurídico particular seja qual for, nem guiar a decisão judicial”. No original: “Dworkin rechaza las principales tesis de *El concepto de Derecho*, aunque debería haberse dado cuenta de que estamos comprometidos en empresas intelectuales diferentes y que tenemos concepciones radicalmente diferentes sobre lo que la teoría jurídica y la jurisprudencia son o deberían ser. Mi propósito ha consistido en ofrecer una teoría de lo que es el Derecho desde un punto de vista general y descriptivo. Es general en el sentido de que no se refiere a ningún sistema o cultura jurídica particular, sino que pretende exponer una teoría clarificadora del Derecho entendido como una forma compleja de una institución social de carácter normativo o gobernada por reglas que, en diferentes culturas y épocas, ha tomado la misma estructura y expresión genérica en lugar de presentarse de manera diversa, aunque las múltiples confusiones y los mitos oscuros que le han acompañado exigen una clarificación y análisis. Mi teoría es descriptiva en el sentido de que es moralmente neutral y además no tiene propósitos justificativos; no pretende justificar o legitimar sobre fundamentos morales las formas y estructuras que aparecen en esta teoría general del Derecho, ya que una comprensión clara es, creo, una tarea previa indispensable para cualquier crítica moral plausible de los sistemas jurídicos. Además, a diferencia de Dworkin, cuya teoría es en esencia una teoría de la adjudicación expuesta como una teoría del Derecho, mi teoría no pretende exponer lo que es el Derecho en cualquier sistema jurídico particular sea cual fuere, ni guiar la decisión judicial”. RÁMON DE PÁRAMO, *Entrevista a...*, p. 348.

jurídico, é indispensável que o mesmo se proponha a desempenhar uma função significativa para o Direito. Neste sentido, deve-se buscar nas qualidades da ordenação e da unidade – características do conceito geral de sistema – os fundamentos do sistema jurídico.

Essas características gerais têm como reflexo jurídico as idéias de adequação valorativa e unidade interior do Direito. Do ponto de vista metodológico, as noções de adequação e unidade decorrem da própria consideração teórico-científica do Direito. A metodologia jurídica parte do pressuposto fundamental da existência de unidade no Direito, efetivada por instrumentos como a interpretação sistemática ou os princípios gerais de Direito, no campo da chamada analogia. Entretanto, o ponto de vista metodológico não é seguro, porquanto toma por fundamento uma premissa que não é plenamente aceita, o caráter científico da teoria geral do Direito⁵³.

Convém, portanto, fundamentar a adequação e a unidade como postulados da própria essência do Direito, decorrentes das mais fundamentais exigências ético-jurídicas, dos valores que nutrem e sustentam os postulados da justiça e da igualdade. A adequação valorativa decorre da mais essencial idéia de justiça, que exige tanto dos criadores das leis como dos seus aplicadores que procedam com adequação, com vinculação aos mais fundamentais princípios que informam e garantem a justiça e a igualdade no Direito. A unidade da ordem jurídica, por seu turno, repousa segura no postulado da igualdade, garantindo não somente a ausência de contradições no ordenamento jurídico, mas também realizando a “tendência generalizadora da justiça”⁵⁴.

Qualquer conceito de sistema jurídico que não seja capaz de expressar a adequação valorativa e a unidade interior do Direito deve ser afastado, porquanto não alcança o cumprimento pleno daquelas funções as quais se destina. Conforme referido, fundadas que foram essas qualidades essenciais nos postulados da justiça e da igualdade e nos mais altaneiros valores que informam a própria essência do Direito, um sistema jurídico que as toma por base não pode ser definido de outra maneira, senão enquanto uma “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica da ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais”⁵⁵.

⁵³ CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 14-18.

⁵⁴ Idem, p. 18-23.

⁵⁵ Canaris explica que quando fala em adequação dos valores e relaciona esse elemento com o pensamento teleológico não está defendendo, de modo algum, uma espécie de regulação justa *a priori*, no sentido jusnaturalista ou da doutrina do “Direito justo”, mas apenas que, uma vez legislado um valor primário, devem-se aquilatar todas as suas conseqüências até o fim, ajustá-lo a outros valores já legislados e evitar contradições decorrentes do aparecimento de novos valores, num sentido peculiar de adequação formal, conforme sua

Seguindo na elaboração do conceito de sistema jurídico, Canaris discute as vantagens, à formação do sistema, dos princípios gerais de Direito perante as normas, conceitos, institutos jurídicos e valores. A maior oposição a um sistema de normas é a falta de uma conexão aglutinadora entre as mesmas, o que não pode ser feito por outras normas, já que esta função é própria dos princípios jurídicos unificadores, que raramente se deixam formular em bases normativas rígidas. No que toca a um sistema de conceitos gerais de Direito, embora possível, o mesmo não consegue garantir claramente a adequação valorativa e a unidade interior do Direito, porquanto os conceitos contêm apenas mediamente as valorações, de forma fechada, enquanto que nos princípios as valorações são imediatas e abertas. Estas mesmas objeções valem para o sistema de institutos jurídicos. Já o sistema enquanto ordem de valores, embora também possível, mostra-se desaconselhável em virtude da sua fluidez típica, que contrasta com o maior grau de concretização dos princípios⁵⁶.

Justificada a escolha dos princípios gerais de Direito como elementos centrais à formação de um sistema jurídico de ordem axiológica ou teleológica, urge estabelecer algumas de suas características sistematizadoras. Primeiramente, é sabido que os princípios não valem sem exceção e podem entrar em contradição ou em oposição entre si. Esta é, sem sombra de dúvida, uma marca dos princípios jurídicos – as intermináveis redes de exceções e limitações que se formam entre os princípios constitutivos do sistema jurídico.

Canaris procura prudentemente distinguir o que se deve entender por contradição e oposição entre princípios, tema de central importância ao presente estudo, afirmando que a contradição é invariavelmente uma desarmonia indesejável e, sempre que possível, deve ser eliminada. Assim, a expressão “contradições de princípios” deveria ser reservada às verdadeiras contradições, aquelas antinomias que perturbam a adequação interior e a unidade harmônica do sistema. As oposições, por outro lado, pertencem necessariamente à própria essência do Direito, não devendo ser eliminadas, mas sim ajustadas e resolvidas por meio de uma solução intermediária⁵⁷.

Uma segunda característica da formação do sistema jurídico a partir dos princípios gerais de Direito, refere-se à peculiaridade de que entre os princípios não há pretensão de

justificação a partir do princípio formal de igualdade. Esclarece, ainda, que o termo teleológico não é utilizado no sentido estrito da pura adequação entre meio e fins, mas sim no sentido mais amplo de cada realização de escopos e valores, numa equiparação entre a “jurisprudência das valorações” e a “jurisprudência teleológica”. Para rebater as críticas daqueles que questionam a natureza científica da teoria do Direito, o autor afirma que interessa muito mais partir do pressuposto de que existe uma ciência do Direito e, então, questionar qual o seu sentido e sob quais parâmetros se fundamenta sua pretensão de cientificidade, ao invés de simplesmente reiterar a dúvida acerca da sua cientificidade. Idem, p. 66-78.

⁵⁶ Idem, p. 80-88.

⁵⁷ Idem, p. 205-06.

exclusividade. Neste sentido, “uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode ser conectada com outro princípio. (...) eles não devem, portanto, ser formulados segundo ‘só quando... então...’”⁵⁸.

Como uma terceira característica, vale frisar que os princípios ostentam o sentido próprio apenas em uma combinação de complementação e restrição recíprocas. Algumas observações alinhadas quando da análise da primeira característica aqui servem plenamente. Os princípios somente alcançam seu sentido quando da mútua combinação e ponderação, em uma clara e salutar relação de complementaridade que converge para a representação plena do sistema jurídico⁵⁹.

Finalmente, como uma quarta característica, os princípios necessitam, para sua realização, da concretização por meio de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio. Neste sentido, em raros casos as consequências jurídicas decorrem, diretamente, “da mera combinação dos diferentes princípios constitutivos do sistema, mas antes que, nos diversos graus de concretização, surgem sempre novos pontos de vista valorativos autónomos”. Segundo defende Canaris, estes não podem ser reconhecidos como elementos constitutivos do sistema, devido à estreita generalidade e ao “peso ético jurídico normalmente fraco”⁶⁰.

Estabelecidas as bases fundamentais para um conceito de sistema jurídico enquanto ordem teleológica de princípios gerais de Direito, bem como as principais características de um sistema assim definido, Canaris passa a investigar a questão da “abertura” e da “mobilidade”⁶¹ desse sistema jurídico.

Resta defendida a idéia de um sistema jurídico aberto, entendendo-se por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema. O ordenamento jurídico se encontra em permanente mudança, sofrendo a inserção de novos princípios jurídicos, sentindo outros se tornarem rarefeitos, em uma marcha evolutiva que demonstra

⁵⁸ Idem, p. 90-92.

⁵⁹ Idem, p. 92-96.

⁶⁰ Idem, p. 99.

⁶¹ Ainda que se possam empregar os termos “abertura” e “mobilidade” como sinônimos de um sistema jurídico enquanto rede teleológica de princípios gerais de Direito, porquanto ambas exprimem a idéia de provisoriedade e modificabilidade do sistema, Canaris emprega o termo “mobilidade” no sentido dado por Walter Wilburg, qual seja, significando a “igualdade fundamental de categoria e a mútua substituíbilidade dos critérios adequados de justiça, com a renúncia simultânea à formação de previsões normativas fechadas”. Neste sentido, um “sistema móvel” deve ainda ser considerado como sistema, uma vez que garante as características da ordem e da unidade. “O ‘sistema móvel’ está, legislativamente, entre a formação de previsões normativas rígidas, por um lado, e a cláusula geral, por outro. Ele permite confrontar de modo particularmente feliz, a polaridade entre os ‘mais altos valores do Direito’, em especial a ‘tendência generalizadora’ da justiça e a ‘individualizadora’ e constitui, assim, um enriquecimento valioso do instrumento legislativo. Ele não deve, contudo, ser exclusivamente utilizado, antes representando uma possibilidade legislativa entre outras, ligadas entre si”. Idem, p. 281-82.

cabalmente a abertura do sistema. Assim, pode-se falar em abertura do “sistema científico”, também como verdadeira incompletude e provisoriedade do conhecimento científico, o sistema jurídico enquanto um projeto inacabado e inacabável⁶².

Há que se referir, ainda, à abertura do “sistema objetivo” como a modificabilidade dos valores fundamentais do ordenamento jurídico, a recepção pelo sistema de novos princípios que passam a ter validade e serem constitutivos para o sistema, que é dinâmico e assume a estrutura da historicidade. Defender a abertura do sistema jurídico não é contraditório com a metodologia do Direito, é antes a essência do objeto da teoria do Direito positivo enquanto fenômeno histórico e conseqüentemente mutável.

O sistema jurídico definido por Canaris como ordem teleológica de princípios jurídicos gerais, um sistema aberto, dinâmico e histórico, caracterizado pela adequação valorativa e pela unidade interior, serve efetivamente como pauta de discussão de alguns dos problemas centrais da teoria do Direito, a saber, a questão das lacunas e das antinomias entre princípios jurídicos, temas sumamente recorrentes e ligados à obtenção do Direito e aos limites à formação do sistema, o que Canaris define como “quebras sistemáticas”⁶³. Neste sentido, a interpretação sistemática ocupa lugar destacado dentro do modelo de sistema jurídico proposto⁶⁴.

O estudo panorâmico do conceito de sistema jurídico proposto por Canaris, ainda que comprometido pela brevidade das considerações, demonstra que a definição do sistema jurídico como ordem teleológica de princípios jurídicos possibilita, com propriedade, a análise dos mecanismos de resolução das colisões entre princípios constitucionais, servindo plenamente às pretensões aqui delineadas.

1.3 Para um conceito de princípios constitucionais

⁶² Idem, p. 103-07.

⁶³ As chamadas “quebras sistemáticas” são as contradições de valores e de princípios no interior do sistema, contradições no sentido de verdadeiras antonímias, confrontos entre princípios que trazem desarmonia ao sistema jurídico e não meras oposições. As quebras no sistema devem ser eliminadas por meio da interpretação sistemática, da integração sistemática de lacunas e da interpretação criativa do Direito. Entretanto, o próprio Canaris admite que são possíveis casos de quebras irremediáveis no sistema, casos em que não se possa resolver teleologicamente a contradição entre valores e princípios ou que seja impossível a integração sistemática das lacunas, o que impede de fato uma formação cabal do sistema jurídico. Idem, p. 233-41.

⁶⁴ Para um estudo aprofundado da interpretação sistemática do Direito a partir do pensamento sistemático de Canaris, pode-se consultar Freitas, que define a interpretação sistemática “como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos,

Como evidenciado, a noção de sistema jurídico constitui o pilar estruturante da metodologia jurídica contemporânea, servindo de sustentáculo e base conformadora ao novo constitucionalismo. Sistema jurídico⁶⁵, como será tratado na seqüência da exposição, entendido como um conjunto de regras e princípios jurídicos que orientam determinado espaço territorial em um dado momento histórico.

A idéia de sistema jurídico não pode ficar reduzida à singela verificação da validade das normas jurídicas, nos moldes traçados pelo modelo juspositivista. Faz-se necessário, portanto, o reconhecimento da normatividade e do conteúdo material vinculante dos princípios constitucionais, que servem como elemento informador do ordenamento jurídico, uma continuidade do sistema da ciência jurídica para o sistema não-teórico da realidade jurídica, um modelo de sistema normativo fruto do movimento dialético entre o Direito e a realidade⁶⁶.

1.3.1 Dos princípios gerais de Direito aos princípios constitucionais

O estudo dos princípios constitucionais, enquanto balizas informadoras e conformadoras do sistema constitucional, verdadeiras pautas vinculantes à atuação do Estado e dos particulares, de onde irradia a força normativa e a efetiva cimentação de uma teoria material da Constituição, deve ser iniciado pela evolução da moderna concepção de princípios jurídicos, sobretudo pelo conceito de princípios gerais de Direito.

Esse recorte histórico-evolutivo acerca da juridicidade dos princípios partirá do conceito de princípios jurídicos a partir do jusnaturalismo, com a passagem pela noção de princípios gerais de Direito do modelo teórico juspositivista, dominante até a primeira metade do século XX, findando com a ascensão do novo constitucionalismo e o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais. A base dessa evolução histórica será buscada, principalmente, nas considerações formuladas por Bonavides, no capítulo oitavo de seu “Curso de Direito Constitucional”.

hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”. FREITAS, *A interpretação sistemática...*, p. 60.

⁶⁵ Interessante o estudo de Bobbio sobre a categoria “sistema jurídico”. Para o autor italiano, o ordenamento jurídico constitui um sistema jurídico normativo por que nele não podem coexistir normas incompatíveis, situação que põe em risco a coerência e a unidade do ordenamento. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 71-81.

⁶⁶ Para aprofundar a presente discussão, pode-se consultar o estudo de Ferraz Júnior, onde o autor constrói um conceito de sistema normativo que parte do modelo formal Kelseniano, que baseia a idéia de validade segundo o paradigma hierárquico-normativo, para um modelo material e dialético de sistema jurídico, com respaldo teórico no pensamento de Emil Lask. FERRAZ JÚNIOR, *Conceito de sistema...*, p. 125-137.

1.3.1.1 Os princípios jurídicos no jusnaturalismo

A fase mais antiga e tradicional dos princípios jurídicos ocorreu no bojo da teoria jusnaturalista. Uma fase que se pode dizer metafísica e abstrata dos princípios jurídicos, marcada pela normatividade basicamente nula em contraste com uma “dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”. Essa fase do jusnaturalismo racionalista influenciou de forma preponderante o estudo os princípios jurídicos até o advento da chamada Escola Histórica, sob as bases do positivismo jurídico, modelo de ciência jurídica frontalmente contraposto ao jusnaturalismo⁶⁷.

Os princípios gerais de Direito na teoria jusnaturalista são verdadeiros axiomas jurídicos estabelecidos pela reta razão, normas universais constitutivas de um Direito ideal, princípios de justiça que se constituem em “verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”⁶⁸.

Segundo a corrente jusnaturalista, os princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo são insuficientes para preencher as lacunas da lei, sendo necessário o recurso aos princípios do Direito natural, como forma de resolução das incompletudes apresentadas pelo sistema jurídico. Os princípios de justiça que fundamentam o Direito natural teriam, pois, uma função supletiva frente ao Direito positivo.

O alto grau de abstração e a aplicação marcadamente supletiva dos princípios gerais de Direito torna extremamente comprometida a pretensão de uma teoria da normatividade dos princípios jurídicos sob as bases do modelo jusnaturalista. Não se está, por certo, defendendo uma relação de inconciliabilidade entre a normatividade dos princípios jurídicos e qualquer pensamento jusnaturalista, mas tão-somente com aquele modelo de jusnaturalismo racionalista que marcou fortemente a Filosofia do Direito e a metodologia jurídica até meados do século XIX.

1.3.1.2 Os princípios gerais de Direito no positivismo jurídico

A segunda fase, por assim dizer, da evolução dos princípios jurídicos é marcada pelo positivismo jurídico, com o forte movimento de positivação e codificação dos princípios gerais de Direito, na condição de fonte normativa subsidiária. Cabe, inicialmente, esclarecer

⁶⁷ BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 232.

⁶⁸ *Idem*, p. 234.

que os princípios gerais de Direito, muito embora incorporados ao ordenamento jurídico positivo, não se sobrepunham às leis. Decorrentes destas, desempenhavam essencialmente a função de suprir os vazios normativos e garantir o dogma da completude do sistema jurídico, tão caro ao juspositivismo que se estruturava⁶⁹.

Diferentemente do jusnaturalismo racionalista, que via nos princípios a expressão da razão e da idéia de justiça, no positivismo jurídico os princípios gerais de Direito decorem do próprio ordenamento jurídico positivo. Das leis que compõem o sistema jurídico se inferem os princípios gerais de Direito. Por essa teoria, os princípios alçados à ordem constitucional não passam de “pautas programáticas supralegais”, destituídas de força normativa vinculante, tanto para as leis como para as ações do Poder Público e dos cidadãos. Relegados à condição de meras fontes normativas subsidiárias, servindo apenas para completar o alcance e o sentido das leis, o positivismo jurídico reserva aos princípios um *status* periférico, marginal e pouco relevante para o discurso jurídico⁷⁰.

Essa concepção meramente subsidiária e programática dos princípios gerais de Direito exerceu posição hegemônica na metodologia jurídica até a primeira metade do século XX, quando a doutrina do positivismo jurídico, pelo menos em sua versão clássica, começou a apresentar fortes sinais de superação.

A crise do positivismo jurídico é marcada pela frontal contestação de algumas de suas teses centrais, quais sejam: a separação entre Direito e moral, a função meramente subsidiária dos princípios gerais de Direito, a baixa ou inexistente vinculatividade e força normativa das constituições, o déficit de eficácia dos direitos fundamentais e a noção totalizante de sistema jurídico baseada no dogma da completude.

A doutrina crítica do positivismo jurídico, em forte ebulição desde a segunda metade do século XX, sedimentou as bases teóricas para a defesa da normatividade dos princípios gerais de Direito, agora alçados à condição de princípios constitucionais, por meio de um processo migratório que desviou os princípios jurídicos da ótica civilista para o prisma da teoria constitucional.

1.3.1.3 A normatividade dos princípios constitucionais no novo constitucionalismo

Com a consolidação do novo constitucionalismo se pôde sedimentar a teoria da normatividade dos princípios jurídicos. O modelo constitucionalista vem sendo pensado quase

⁶⁹ Idem, p. 235.

⁷⁰ Idem, p. 236.

que na integralidade pela doutrina juspublicista e pela sofisticada teoria constitucional contemporânea, desenvolvida sob as bases de uma teoria material da Constituição, da qual foram os principais precursores autores como Carl Schmitt⁷¹, Rudolf Smend⁷² e Hermann Heller⁷³, e que tem atualmente como grandes representantes Konrad Hesse⁷⁴, Friedrich Müller⁷⁵, Peter Häberle⁷⁶, Alexy⁷⁷ e Dworkin⁷⁸, apenas para citar alguns dos mais influentes.

Segundo Bonavides, quem tratou de forma precursora da normatividade dos princípios fora Jean Boulanger, para quem os princípios jurídicos são os materiais mediante os quais a doutrina pode “edificar com confiança a construção jurídica”, havendo entre princípio e regra jurídica não somente uma diferença de importância, mas também de natureza. Neste sentido, a generalidade das regras é diferente da generalidade dos princípios. As regras são gerais à medida que regulam um número indeterminado de fatos ou atos, mas são especiais porque regem uma situação jurídica determinada. Já os princípios são gerais porque comportam uma série indefinida de aplicações⁷⁹.

Depois de Boulanger seguiram-se outros doutrinadores com genuínas contribuições à consolidação da teoria da normatividade dos princípios jurídicos, do quais merecem referência Joseph Esser e Vezio Crisafulli, para quem princípio é “toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhes são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares”⁸⁰.

Sob as bases do novo constitucionalismo, aqueles princípios gerais de Direito, destituídos de força normativa tanto no jusnaturalismo como no positivismo jurídico, correspondem aos princípios constitucionais, espécies normativas dotadas de substancialidade e aplicabilidade. A idéia de princípios constitucionais está intimamente ligada à noção de

⁷¹ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

⁷² SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

⁷³ HELLER, Hermann. Teoría do Estado. Tradução de Lycurgo da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

⁷⁴ HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

⁷⁵ MÜLLER, Friedrich. Direito, linguagem, violência: elementos de teoria constitucional, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

⁷⁶ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁷⁷ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁷⁸ DWORKIN, *Los derechos...; O imperio...*

⁷⁹ BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 239-40.

⁸⁰ Idem, p. 244.

fundamento, base, pressuposto teórico que orienta e confere coerência a todo o arcabouço lógico e teleológico do sistema jurídico constitucional.

Os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico-constitucional vigente. Não servem apenas de esteio estruturante e organizador da Constituição, sendo normas constitucionais de eficácia vinculante para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

1.3.2 O conteúdo polissêmico da expressão “princípio jurídico”

Antes de ter início o debate acerca da distinção entre princípios e regras jurídicas, bem como o estudo das funções dos princípios constitucionais no novo modelo constitucionalista, faz-se oportuno tecer algumas considerações a respeito do conteúdo plurissignificativo da expressão “princípios jurídicos”.

Discorrendo acerca do conceito ordinário de princípio, Genaro R. Carrio defende que este termo apresenta, pelo menos, sete focos de significação, todos com relevância no campo do Direito: 1º - o conceito de princípio está ligado às idéias de “‘parte ou ingrediente importante de algo’, ‘propriedade fundamental’, núcleo básico’, ‘característica central’”; 2º - um segundo foco de significação se aproxima das noções de “‘regra, guia, ordenação ou indicação gerais’”; 3º - o termo pode, também, ser empregado com o sentido de “‘fonte geradora’, ‘causa’ e ‘origem’”; 4º - combinado com as idéias de “‘finalidade’, ‘objetivo’, ‘propósito’ ou ‘meta’”; 5º - relacionado às noções de “‘premissa’, ‘inalterável ponto de partida para a justificação’, ‘axioma’, ‘verdade teórica postulada como evidente’, ‘essência’, ‘propriedade definidora’”; 6º - pode, ainda, estar relacionado às idéias de “‘regra prática de conteúdo evidente’, ‘verdade ética inquestionável’”; 7º - finalmente, com referências às noções de “‘máxima’, ‘aforismo’, ‘provérbio’, ‘peça de sabedoria prática proveniente do passado e que trás consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição’”⁸¹.

A partir de um sentido amplo e abrangente, pode-se dizer que o conceito de princípio “designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia

⁸¹ CARRIO, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 33-34.

mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”⁸².

No sentido jurídico, Carrio separa os significados da expressão “princípio jurídico” em dois momentos distintos. Em um primeiro momento, apresenta os princípios jurídicos como pautas distintas das regras jurídicas específicas, a exemplo daquelas que proíbem o roubo e o homicídio, e dos *standards* variáveis, como no caso da responsabilidade civil subjetiva⁸³.

Neste prisma, os princípios jurídicos são pautas ou máximas que apresentam as seguintes características: primeiramente, constituem-se em pautas de segundo grau, pressupondo a existência de outras regras e sendo-lhes referíveis; como segunda característica, o autor defende que os princípios são dirigidos, primordialmente, aos juízes, que se encontram em situação de justificar concretamente as decisões, e somente de forma secundária aos cidadãos; outro traço distintivo dos princípios jurídicos é a função de guia acerca de como e quando devem ser usadas as regras a eles referíveis, qual o alcance das mesmas, como combiná-las e outorgá-las precedência, servindo de pauta indicativa à resolução de lacunas e justificação do uso de novas regras específicas para solucionar aqueles casos não contemplados pelas regras de primeiro grau; por último, os princípios jurídicos exibem “um certo grau de neutralidade tópica, ou de relativa indiferença de conteúdo, no sentido de que transpõem os limites de distintos campos de regulação jurídica”⁸⁴.

Afora esse primeiro significado, defendido por Carrio como principal e central ao conceito de princípio jurídico, resta enumerada uma série de outros dez possíveis usos da expressão, a saber: 1º - para veicular traços ou aspectos importantes de um ordenamento jurídico, inolvidáveis em uma descrição suficientemente informativa do mesmo; 2º - como forma de expressar “generalizações ilustrativas obtidas a partir das regras do sistema”; 3º - com relação aos objetivos ou metas de uma norma ou de um conjunto de normas; 4º - como pautas detentoras de “um conteúdo intrínseca e manifestamente justo”; 5º - como critério de identificação de certos requisitos formais essenciais a todo ordenamento jurídico; 6º - para veicular pautas endereçadas ao legislador em um caráter indicativo e orientador; 7º - como representação de certos juízos de valor pautados por “exigências básicas de justiça e moral positivas e que se dizem sustentados na ‘consciência jurídicas popular’”; 8º - para veicular máximas provenientes da tradição jurídica; 9º - para designar, sob a influência da chamada

⁸² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 47-8.

⁸³ CARRIO, *Principios jurídicos...*, p. 16-31.

⁸⁴ No original: “...un cierto grado de neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, en el sentido de que transponen los límites de distintos campos de regulación jurídica”. Idem, p. 24-26.

Escola Histórica, uma misteriosa fonte geradora que decorre “de grupos de regras do sistema e que, assim como originou a estas, segue gerando regras novas”; 10º - por fim, sob a influência da “jurisprudência dos conceitos”, para designar enunciados derivados “de uma enigmática essência dos conceitos jurídicos considerados como entidades”⁸⁵.

Conforme restará demonstrado na seqüência, o conceito de princípios constitucionais a ser estabelecido supera o modelo marcadamente positivista apresentado por Carrio. Ainda que reconheça os princípios jurídicos como parte integrante do Direito, sob as bases de um positivismo jurídico por assim dizer bastante mitigado em suas linhas tradicionais, a posição conferida aos princípios jurídicos distancia-se sobejamente do lugar de destaque que lhe tributa a moderna teoria constitucionalista.

1.3.3 A distinção estrutural entre regras e princípios jurídicos

A análise dos princípios jurídicos pode ser conduzida tanto sob o prisma funcional como o estrutural⁸⁶. O debate acerca das funções dos princípios constitucionais será empreendido mais adiante, restando por hora o enfrentamento da temática referente à pretensa diferenciação estrutural ou morfológica das normas jurídicas em regras e princípios.

Essa concepção estrutural dos princípios constitucionais e a conformação das regras e princípios enquanto espécies normativas distintas, segundo Alexy, constitui “o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”⁸⁷.

A distinção das normas em regra e princípios jurídicos pode ser encarada como um dos pilares essenciais do edifício da teoria dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, a consolidação da idéia de normatividade dos princípios jurídicos se converte em elemento significativo para uma segura e salutar transposição da teoria formal-positivista, avançando-se para o estabelecimento de uma teoria material da Constituição e dos princípios

⁸⁵ Idem, p. 35-38.

⁸⁶ Para estudos complementares acerca da distinção entre regras e princípios jurídicos, pode-se consultar a análise empreendida por Humberto Ávila, quando resta debatido ainda o conceito de postulados normativos enquanto metanormas que se constituem em deveres situados em um segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação dos princípios e das regras. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 21-86.

⁸⁷ No original: “...el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales”. ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 81-82.

constitucionais. Resta oportuno examinar se a mencionada distinção forte ou lógica entre regras e princípios jurídicos vem sustentada por uma adequada teoria justificadora.

Conforme sustenta Alexy, regras e princípios são normas jurídicas, porquanto ambos se formulam com a ajuda das expressões deônticas fundamentais, como o mandamento, a permissão e a proibição. Assim, as regras e os princípios jurídicos são espécies de normas que se constituem em fundamentos para juízos concretos de “dever ser”⁸⁸.

Essa concepção de princípios e regras jurídicas como espécies normativas é desenvolvida na doutrina nacional, dentre outros, por Eros Roberto Grau. Discutindo especificamente sobre o tema, o autor ressalta o inegável cunho normativo dos princípios, que se contrapõem às regras, no conjunto conformador do ordenamento normativo. Segundo Grau, “os *princípios* são *norma jurídica*, ao lado das *regras* – o que converte *norma jurídica* em *gênero*, do qual são *espécies os princípios e as regras jurídicas...*”⁸⁹.

Um primeiro traço característico que pode ser tomado em conta na distinção entre regras e princípios jurídicos é a característica da fundamentalidade. Por este critério, os princípios são qualificados como as normas fundamentais do sistema jurídico, o fundamento jurídico-político de todo o ordenamento. Os princípios constituem-se nas decisões básicas e nucleares informadoras de todo o sistema, inspirando e dotando de unidade e adequação valorativa o ordenamento jurídico.

Muito embora a fundamentalidade se constitua em traço que inegavelmente sustenta certa distinção entre regras e princípios jurídicos, Prieto Sanchís afasta sua utilidade como critério distintivo, sob o argumento de que as disposições fundamentais podem adotar qualquer estrutura e não, necessariamente, a forma de princípios jurídicos. Ademais, os princípios não são obrigatoriamente veiculados por meio das fontes superiores ou constitucionais, podendo até assumir um caráter implícito. Não se quer, contudo, afastar a idéia de fundamentalidade dos princípios jurídicos, apenas reconhecer sua debilidade como traço distintivo com relação às regras jurídicas⁹⁰.

Os critérios de distinção entre regras e princípios são consideravelmente numerosos, cabendo grande ênfase ao “critério de generalidade”, que defende os princípios como normas

⁸⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 83.

⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 76.

⁹⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 58-59.

de um grau de abstração relativamente alto, enquanto as regras são normas com nível de abstração relativamente baixo⁹¹.

Há que se distinguir, primeiramente, os conceitos de generalidade e universalidade das normas jurídicas. A universalidade de uma norma não depende de sua maior ou menor generalidade, exigindo apenas que a norma seja direcionada a todos os indivíduos de uma classe aberta. Neste sentido, a idéia de universalidade das normas jurídicas se opõe à individualidade, enquanto o conceito de generalidade resta oponível à noção de especialidade. Uma norma jurídica é sempre ou bem universal ou individual, ao passo que sua generalidade ou especialidade se configura em uma questão de grau⁹².

A partir de uma caracterização lingüística, procura-se estabelecer os traços distintivos de generalidade e vagueza dos princípios frente às regras jurídicas. Não se pode olvidar que estes traços distintivos se constituem em “propriedades graduais que não permitem definir categorias fechadas, mas tão-somente ordenar os diversos produtos normativos em uma ampla escala de generalidade e vagueza”⁹³.

O atributo da generalidade pode tanto estar vinculado ao número de sujeitos submetidos a determinado enunciado normativo como ao número de situações ligadas a certa consequência jurídica. Desta forma, a generalidade não se apresenta como um eficaz critério distintivo entre princípios e regras jurídicas, porquanto as regras também podem ser aplicadas a um número indeterminado de sujeitos e atos ou fatos jurídicos.

Não se pode negar, por outro lado, que embora as regras possam ser estabelecidas para um número indeterminado de atos ou fatos jurídicos, vinculando a ação de uma universalidade de sujeitos, são marcadas pelo traço da especialidade, no sentido de que não regulam senão aquelas situações jurídicas determinadas. Em contrapartida, os princípios são gerais na medida em que admitem um leque infinito de aplicações.

A questão referente à vagueza da linguagem normativa representa o que se pode chamar de “insuprimível margem de indeterminação semântica”. Esta margem de

⁹¹ Existem, ainda, vários outros critérios como o que discute a “determinabilidade dos casos de aplicação”, sob o argumento de que os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam de mediações concretizadoras, ao passo que as regras comportam aplicação direta; o da “diferenciação entre normas criadas e normas crescidas”; o da “explicitação do conteúdo valorativo”; o da “proximidade da idéia de direito”, pelo qual os princípios são “*standards*” juridicamente vinculantes fundados nas exigências de justiça ou na idéia de direito, ao passo que as regras podem ser normas dotadas de conteúdo meramente funcional; e, para finalizar, o critério da “importância que têm para o ordenamento normativo”. Neste sentido, pode-se consultar: ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 83-84; BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 248-50; e, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034-36.

⁹² ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 83-84.

indeterminação semântica “tanto pode afetar a extensão do enunciado, isto é, os objetos compreendidos dentro do mesmo (denotação) como a sua intensidade ou propriedades caracterizadoras de tais objetos (conotação)”⁹⁴.

A vagueza das normas jurídicas surge quando não se pode precisar quando determinado caso concreto está ou não regulado pela disposição normativa, dada a abertura⁹⁵ e indeterminação semântica do suposto abstrato previsto na norma. Ocorre que os atributos de abertura e indeterminação semântica, embora comuns aos princípios jurídicos, também podem ocorrer nas regras jurídicas, o que afasta o critério lingüístico como traço distintivo entre regras e princípios jurídicos, forçando admitir que os critérios tradicionais não conseguem respaldar uma diferenciação estrutural forte entre regras e princípios jurídicos⁹⁶.

Embora não se tenha, até o presente momento, alcançado parâmetros irrefutáveis sob os quais seja possível respaldar uma distinção estrutural forte entre regras e princípios jurídicos, mostra-se em tudo oportuno aprofundar a análise do pensamento jurídico de dois dos mais importantes e influentes autores contemporâneos que se ocuparam da presente temática, quais sejam Dworkin e Alexy.

1.3.3.1 Normas, princípios e diretrizes na filosofia jurídica de Ronald Dworkin

Desde quando começou a ser apresentada sua filosofia jurídica, na década de 1970, Dworkin vem sendo reconhecido como o maior e mais implacável crítico do positivismo jurídico. Inegavelmente, o pensamento jurídico de Dworkin se constitui na mais difundida e inquietante crítica sistematizada às bases teóricas e filosóficas das concepções juspositivistas, o que desencadeou forte reação dos seus defensores, propiciando um fecundo momento de debate para a teoria e para a filosofia do Direito.

⁹³ No original: “...propiedades graduales que no permiten definir categorías cerradas, sino tan sólo ordenar los diversos productos normativos en una larga escala de generalidad e vaguedad”. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 60.

⁹⁴ No original: “...tanto puede afectar a la extensión del enunciado, esto es, a los objetos comprendidos dentro del mismo (denotación) como a su intensidad o propiedades caracterizadoras de tales objetos (connotación)”. Idem, p. 61.

⁹⁵ Conforme sustenta Hart, independentemente do “processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*”. HART, *O conceito...*, p. 140-41.

⁹⁶ A partir desses critérios de distinção, Alexy avança para a formulação de três teses que possam, satisfatoriamente, dar conta da distinção entre regras e princípios jurídicos. O jurista alemão, primeiramente, defende que nenhum dos critérios especificados, até em razão de sua própria diversidade, são suficientes para fundamentar a distinção pretendida. Em uma segunda tese, também refutada, resta colocada a distinção entre regras e princípios jurídicos no plano gradual, onde o grau de generalidade seria o critério decisivo de distinção.

Partindo da filosofia de John Rawls⁹⁷, sobretudo o conceito de posição original e os dois princípios de justiça, a liberdade e a igualdade, que seriam aqueles eleitos pela comunidade na posição original, Dworkin pretende construir uma teoria geral do Direito que não exclua nem o raciocínio moral nem o raciocínio filosófico, em um modelo baseado nos princípios do liberalismo individualista. Segundo sustenta Albert Calsamiglia, a filosofia jurídica dworkiniana deve ser encarada como um interessante ponto de partida tanto para a crítica do positivismo jurídico como da filosofia utilitarista⁹⁸, sendo que a sua pretensão consiste em fundamentar uma filosofia política liberal sobre bases mais sólidas, progressistas e igualitárias⁹⁹.

Em seu ataque às teses juspositivistas, tomando como ponto de referência o modelo hartiano, considerada a mais depurada versão do positivismo jurídico, Dworkin rechaça a separação entre Direito e moral¹⁰⁰, o modelo de Direito enquanto sistema de regras, a tese da discricionariedade judicial e da impossibilidade de única resposta correta para todos os casos, defendendo a unicidade de solução justa principalmente para os chamados casos difíceis.

A filosofia jurídica dworkiniana está fundada em uma forte teoria dos direitos, que encara os direitos individuais, sobretudo o direito à igual consideração e respeito, como

A terceira tese, vitoriosa segundo o autor, defende que entre regras e princípios não existe tão somente uma distinção de grau, mas, sobretudo, de qualidade. ALEXY, *Teoría de los derechos*, p. 85-86.

⁹⁷ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

⁹⁸ Discutindo acerca das bases de sua teoria, chamada de teoria liberal do Direito, Dworkin delimita claramente o objeto de sua crítica, referindo-se a uma teoria que em geral se considera liberal, designada como teoria jurídica dominante e composta de duas partes independentes: “A primeira é uma teoria acerca do que é o Direito; dito informalmente, trata-se de uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para que uma proposição jurídica seja válida. Esta é a teoria do positivismo jurídico, que sustenta que a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos que fazem referência às regras que têm sido adotadas por instituições sociais específicas, e nada mais. A segunda é uma teoria sobre o que deve ser o Direito e sobre como devem ser as instituições jurídicas conhecidas. Tal é a teoria do utilitarismo, que sustenta que o Direito e suas instituições deve servir ao bem-estar geral e nada mais. Ambas as partes da teoria dominante derivam da filosofia de Jeremy Bentham”. No original: “La primera es una teoría sobre lo que es el derecho; dicho de manera más informal, es una teoría sobre las condiciones necesarias y suficientes para que una proposición de derecho sea válida. Esta es la teoría del positivismo jurídico, que sostiene que la verdad de las proposiciones legales consiste en hechos que hacen referencia a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales específicas, y en nada más. La segunda es una teoría sobre lo que debe ser el derecho y sobre cómo deben ser las instituciones legales conocidas. Tal es la teoría del utilitarismo, que sostiene que el derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general y a nada más. Ambas partes de la teoría dominante se derivan de la filosofía de Jeremy Bentham”. DWORKIN, *Los derechos...*, p. 31.

⁹⁹ CALSAMIGLIA, Albert. Prólogo: ensayo sobre Dworkin. In. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 07.

¹⁰⁰ Para um estudo mais aprofundado acerca da relação de entrelaçamento e complementaridade entre Direito e moral, pode-se consultar o trabalho de Jürgen Habermas. Em um primeiro momento, o autor procura explicar como o Direito positivo, com a ajuda do Direito natural racional, evoluiu para a diferenciação do complexo tradicional formado pela moral, o Direito e a política. Em seguida, partindo da relação entre o Direito natural racional e a moderna concepção de Estado de direito, Habermas discute, baseado em uma perspectiva interna, a relação de complementaridade entre Direito e moral. HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por

verdadeiros trunfos frente à maioria. Uma teoria individualista e antiutilitarista que não admite a superioridade das diretrizes políticas ou objetivos sociais frente a um autêntico direito. O utilitarismo, enquanto teoria que justifica a subordinação dos direitos individuais a finalidades coletivas e objetivos sociais, posiciona-se em sentido contraposto a uma autêntica teoria dos direitos, uma vez que “os objetivos sociais somente são legítimos quando respeitam os direitos dos indivíduos. Uma verdadeira teoria dos direitos deve dar prioridade aos direitos frente aos objetivos sociais”¹⁰¹.

Uma das teses centrais à filosofia jurídica de Dworkin é a fusão entre Direito e moral, por meio da qual o autor ataca frontalmente as bases do juspositivismo. Cabe, entretanto, antes de aprofundar esta teoria, esclarecer algumas questões acerca da relação entre os valores morais e a concepção positivista do Direito, mais especificamente nos modelos teóricos desenvolvidos por Kelsen e Hart.

Os modelos positivistas kelseniano e hartiano não ignoram que por trás de cada norma ou decisão jurídica se encontra uma opção moral ou política, nem que existe uma filosofia política anteposta à Constituição e que as decisões judiciais albergam princípios morais. O que estes modelos defendem é a possibilidade e a necessidade de separação entre a dimensão jurídica e a dimensão moral. Para ser mais exato, defendem que as disposições normativas não encontram seu pressuposto de validade em nenhuma filosofia política ou discurso moral, mas sim em outras disposições normativas reconhecidamente válidas, conforme previsto por uma norma hierarquicamente superior, a exemplo da norma fundamental ou da regra de reconhecimento.

Dworkin, por outro lado, sustenta a inteira fusão entre Direito e moral a partir de uma teoria forte dos princípios, baseada na existência de uma distinção lógica entre regras e princípios, muito embora essa distinção não seja enfaticamente levada para o âmbito da aplicação do Direito, o que fica claro quando o autor sustenta que quando se propõe uma solução para casos difíceis, pode-se também alcançar os casos fáceis.

Discutindo acerca da regra de reconhecimento de Hart e a partir do critério do apoio institucional, que pressupõe um procedimento empírico para a determinação da relevância jurídica de um princípio, Dworkin propõe o seguinte critério de identificação do Direito: “um princípio é um princípio de direito se figura na teoria do direito mais lógica e melhor

vía de legalidad? Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 05, Alicante: Doxa, 1988, p. 21-45.

¹⁰¹ No original: “...los objetivos sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos. Una verdadera teoría de los derechos debe dar prioridad a los derechos frente a los objetivos sociales”. CALSAMIGLIA, *Prólogo: ensayo...*, p. 17.

fundamentada que se possa apresentar como justificação das normas institucionais e substantivas explícitas da jurisdição em questão”¹⁰².

Neste sentido, sendo admissível que uma teoria do Direito deva proporcionar uma base para o dever judicial, “então os princípios que enuncia devem *justificar* as normas estabelecidas, identificando as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que elaborou a teoria, fundamentam realmente as normas”¹⁰³.

Discutindo a relação de justaposição entre Direito e moral na teoria jurídico-filosófica de Dworkin, Prieto Sanchís afirma que a moral penetra no mundo do Direito por meio de um “procedimento um tanto misterioso que dá lugar a uma normatividade um tanto indiferenciada, onde princípios morais e regras jurídicas parecem constituir um sistema coerente do ponto de vista material ou valorativo”. Assim, a moral não deve ser vista como um ordenamento de normatividade apartado do Direito, que o influencia apenas pelas vias institucionalizadas do legislador, do juiz e etc. O discurso moral se apresenta justaposto ao discurso jurídico, de forma que toda decisão jurídica encontra substrato em uma argumentação moral e toda regra institucional está ligada a um princípio moral¹⁰⁴.

Quando os princípios morais subscritos pelo juiz para justificar as normas explícitas são bons e justos, significa que o Direito em questão resulta moralmente aceitável. Quando, por outro lado, estes princípios bons e justos não fazem parte da teoria do Direito mais forte, porque as normas explícitas são tão injustas que não podem ser justificadas mediante tais princípios, e mesmo assim são aplicadas pelos juízes, há que se admitir que os princípios podem ser imorais e também que o sistema jurídico vigente pode ser injusto.

Segundo se extrai da teoria dworkiniana, os princípios valem como princípios jurídicos porque se constituem em princípios morais que justificam o ordenamento jurídico, porque são princípios morais bons e justos que se mostram coerentes com um sistema jurídico basicamente justo. Portanto, muito embora seja possível a identificação dos princípios jurídicos válidos do sistema por meio de uma regra de reconhecimento típica do modelo hartiano, há uma sensível diferença funcional que torna incompatível tal expediente: enquanto a regra de reconhecimento serve para descrever o direito vigente e atestar a validade de

¹⁰² No original: “...un principio es un principio de derecho si figura en la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y substantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión”. DWORKIN, *Los derechos...*, p. 128.

¹⁰³ No original: “...entonces los principios que enuncia deben tratar de *justificar* las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad que, en opinión del jurista que elaboró la teoría, fundamentan realmente las normas”. Idem, p. 129.

¹⁰⁴ No original: “...mediante un procedimiento un tanto misterioso que da lugar a una normatividad indiferenciada, donde principios morales y reglas jurídicas parecen constituir un sistema coerente desde el punto de vista material o valorativo”. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 79.

práticas sociais específicas, segundo uma proposta teórica moralmente neutra e desvencilhada de propósitos de justificação¹⁰⁵, os princípios desenvolvidos por Dworkin servem para justificar a existência de certos deveres jurídicos baseados na existência de regras morais, uma justaposição entre Direito e moral que permite um redimensionamento do conceito de Direito¹⁰⁶.

Como visto, a concepção dworkiniana de Direito e sua justaposição com a moral está baseado em uma teoria forte dos princípios, o que resulta na defesa de uma distinção lógica ou estrita entre princípios e regras jurídicas. Após apresentar em linhas gerais o cerne das concepções positivistas e o edifício teórico que sustenta o conceito de Direito em Hart, o chamado modelo de regras, Dworkin inicia seu “ataque geral contra o positivismo”, partindo da distinção entre normas (regras)¹⁰⁷, princípios e diretrizes políticas.

Em determinados problemas práticos, sobretudo naqueles casos difíceis, quando os profissionais do Direito discutem e arrazoam acerca de direitos e obrigações jurídicas, acabam fazendo uso de pautas (*standards*) que não desempenham suas funções enquanto regras, funcionando sim como princípios, diretrizes políticas (*policies*) e outros tipos de *standards*, que não são devidamente reconhecidos pelo positivismo jurídico¹⁰⁸.

A categoria dos princípios jurídicos pode aparecer na filosofia jurídica dworkiniana com sentidos diversos: em uma acepção genérica, com referência a todo o conjunto daqueles *standards* que não se constituem em regras; em um sentido mais preciso, quando o termo princípio resta distinto das diretrizes políticas. As diretrizes políticas, ou simplesmente diretrizes, são aquelas pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, no mais das vezes ligados a aspectos econômicos, políticos ou sociais da comunidade. Os princípios, por outro lado, são pautas que devem ser observadas porque correspondem a um imperativo de justiça, de equidade (*fairness*) ou outra dimensão da moral positiva, e não porque potencializam ou asseguram uma situação econômica, política ou social desejável¹⁰⁹.

¹⁰⁵ O próprio Hart admite textualmente que seu propósito consiste em oferecer uma teoria do que é o Direito do ponto de vista geral e descritivo: geral porque não se refere a nenhum sistema jurídico particular; descritivo porque se propõe moralmente neutra e desprovida de propósitos de justificação. RAMÓN DE PÁRAMO, *Entrevista a...*, p. 348.

¹⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 82-86.

¹⁰⁷ Dworkin usa o termo norma como pauta diferente dos princípios em uma acepção genérica. Entretanto, o termo norma será substituído por regra, uma vez que norma tem sido aqui entendida como gênero dos quais figuram como espécies os princípios e as regras jurídicas. No mesmo sentido: ALEXANDER, *Teoría de los derechos...*, p. 83; GRAU, *A ordem econômica...*, p. 76; PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 32.

¹⁰⁸ DWORKIN, *Los derechos...*, p. 72.

¹⁰⁹ Dworkin oferece como exemplo de diretriz política a proposição segundo a qual deve ser reduzido o número de acidentes de automóvel. Como exemplo de princípio é citada a pauta que determina que ninguém poderá se aproveitar de sua própria torpeza. Esta distinção pode restar comprometida na medida em que um princípio possa enunciar um objetivo político e que uma diretriz possa enunciar um princípio, ou, ainda, no caso da adoção de

Voltando à distinção lógica entre princípios e regras jurídicas, Dworkin sustenta que as regras são aplicáveis à maneira de um “tudo ou nada” (*all-or-nothing*), ou são completamente aplicáveis ou não possuem nenhuma aplicação. Dito de outra forma, atestado que uma determinada questão prática atende aos pressupostos fáticos hipoteticamente previstos pela regra, sendo a mesma válida, deve ser aplicada com todas as suas conseqüências jurídicas. Os princípios, por outro lado, constituem-se em razões para decidir, não sendo aplicáveis automaticamente quando satisfeitas as condições previstas como suficientes a sua aplicação, característica que os confere a qualidade de critérios que devem ser levados em conta quando da decisão em um determinado sentido ou em outro¹¹⁰.

Segundo expõe Prieto Sanchís, a caracterização defendida por Dworkin pode ser assimilada de duas maneiras distintas. Primeiramente, pode-se entender que, enquanto as regras são sempre aplicáveis à maneira de um “tudo ou nada”, os princípios estão limitados a orientar uma interpretação normativa duvidosa, jamais oferecendo a solução ao problema prático e sim norteando a interpretação de outras regras mais conclusivas. Assim, os princípios não possibilitariam uma resposta categórica, mas simplesmente controlariam as soluções possivelmente dedutíveis a partir do conjunto das regras¹¹¹. Embora possa parecer uma interpretação até certo ponto aceitável da teoria de Dworkin, deve-se rechaçá-la não só por ser destoante dos modelos de Direito positivo contemporâneo, mas principalmente por se afastar da proposta teórica desenvolvida pelo autor.

Uma outra forma de interpretar a distinção lógica proposta por Dworkin não leva em conta que, quando da aplicação no caso concreto, as regras são conclusivas e os princípios não, mas sim que *a priori* é possível discernir com precisão os casos em que deve ser observada uma regra, porquanto o ordenamento prevê todas as possíveis exceções a sua aplicação, ao passo que os princípios não podem dispor de uma cláusula desse gênero. Não se pode precisar ou catalogar as situações em que tem aplicação determinado princípio, muito menos a sua intensidade e influência na solução do caso concreto¹¹².

Em sentido bastante semelhante, Atienza e Juan Ruiz Manero defendem que os princípios em sentido estrito configuram o caso de forma aberta, enquanto as regras de forma fechada. Enquanto nas regras as propriedades que conformam o caso constituem um conjunto fechado, resta impossível a formulação de uma lista completa das propriedades que

uma tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça na verdade veiculam objetivos políticos dissimulados (assegurando a maior felicidade ao maior número de pessoas). Idem, p. 72-73.

¹¹⁰ Idem, p. 75-76.

¹¹¹ PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 33-34.

¹¹² Idem, p. 35-36.

constituem as condições de aplicação para os princípios. Não se trata apenas de maior ou menor espaço de vagueza, mas sim de diferentes tipos de indeterminação que afetam aos princípios e às regras jurídicas, ainda que entre as duas espécies normativas possam existir zonas de penumbra¹¹³.

Partindo da primeira qualidade distintiva que defende a aplicação das regras à maneira de um “tudo ou nada” e dos princípios enquanto razões para decidir, Dworkin sustenta um outro traço distintivo caracterizado pela dimensão do peso ou importância que é típica dos princípios. Quando para a resolução de determinado problema uma pluralidade de princípios se coloca em posição de conflito, há que se considerar o peso relativo de cada um deles, conferindo-se prevalência ao que apresentar maior densidade, o que não enseja a invalidação dos demais. As regras, por outro lado, não possuem a dimensão do peso ou importância e quando postas em conflito, da aplicação de uma decorre necessariamente a invalidação das demais a ela contrapostas. Os critérios para a invalidação das regras jurídicas podem variar dependendo de cada ordenamento jurídico¹¹⁴, podendo-se dar prevalência à regra hierarquicamente superior, a mais recente, a mais específica ou à fundada nos princípios mais importantes¹¹⁵.

Certamente, a valoração acerca do maior peso ou importância de determinado princípio em contradição com outras pautas, todos explícita ou implicitamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico, é evidentemente inexata e amplamente controvertida. Nada obstante, Dworkin sustenta que as discussões acerca da dimensão do peso ou importância de cada princípio integram a própria essência do conceito de princípio.

A este traço distintivo Prieto Sanchís apresenta algumas oposições. Argumenta que não fica muito claro se o peso dos princípios deve ser decidido em abstrato, mediante algum critério de ordenação hierárquica, ou deve levar em conta as circunstâncias do caso concreto. Sustenta, ainda, a possibilidade de uma antinomia total entre dois princípios, o que exigiria a invalidação de uma deles, à semelhança do que ocorre no conflito entre regras¹¹⁶.

Essas críticas não conseguem invalidar as proposições dworkinianas. Ao que parece, Dworkin defende algo que poderia ser aproximado à relação de precedência condicionada sustentada por Alexy, afastando a idéia de uma ordenação hierárquica abstrata pré-estabelecida que fatalmente engessaria a dinamicidade própria dos princípios. Quanto à

¹¹³ ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. Sobre principios y reglas. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 10, Alicante: Doxa, 1991, p. 108.

¹¹⁴ A análise acerca dos critérios para a resolução das antinomias jurídicas será empreendida no terceiro capítulo. Neste sentido, ver item 3.3, *infra*.

¹¹⁵ DWORKIN, *Los derechos...*, p. 77-78.

possibilidade de antinomia total entre princípios, o que exigiria a invalidação de umas das pautas, ainda que teoricamente possível, esse argumento não tem o condão de afastar a densidade como critério distintivo entre regras e princípios.

Uma outra crítica mais consistente levada a efeito por Prieto Sanchís parte da seguinte indagação: se as regras não dispõem da propriedade do peso ou importância, no caso de conflito uma deve ser necessariamente declarada inválida ou tão-somente resta vedada a aplicação de ambas ao mesmo tempo? Aceitando-se a primeira assertiva, coerente com a teoria de Dworkin, não se poderia tomar a propriedade do peso como critério distintivo entre regras e princípios, uma vez que em tese estes também são passíveis de invalidação. A segunda hipótese é muito mais corrente naqueles ordenamentos em que vigora o critério da conservação das normas. Por este critério pretende-se estabelecer distinções parciais nos âmbitos de aplicação das regras com sentidos deônticos contraditórios, dissolvendo a contradição a partir de um critério de especialidade ou de uma cláusula de exceção, o que se aproxima muito da dimensão do peso ou importância que Dworkin defende como traço típico dos princípios¹¹⁷.

Uma outra crítica ao modelo de regras e princípios proposto por Dworkin é alinhada por Carrio, defensor do modelo juspositivista *a la* Hart. Carrio discorda que as regras sejam sempre aplicáveis à maneira de um “tudo ou nada”, e que permitam teoricamente uma catalogação completa de todas as suas aplicações e exceções. Todas as regras, específicas ou gerais, possuem textura aberta e estão sujeitas a exceções que não podem ser prévia e exaustivamente especificadas. Da mesma forma, o conflito entre regras nem sempre se resolve no plano da validade, havendo casos que exigem uma decisão justificada a partir de peculiaridades relativas a cada problema prático, muito semelhante à propriedade do peso ou importância, sendo que esta dimensão não se constitui em traço peculiar aos princípios¹¹⁸.

A textura aberta das normas jurídicas não compromete a exposição de Dworkin. O fato de a textura aberta ser comum aos princípios e às regras não guarda relação com a possibilidade de especificação teórica das exceções destas. As regras admitem, ainda que teoricamente, a enunciação prévia e exaustiva de suas exceções porque são editadas para a aplicação a uma situação jurídica determinada, por mais que seja indeterminado o número de atos ou fatos sobre os quais incidam. Essa enunciação prévia e exaustiva não cabe sequer em

¹¹⁶ PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 40-41.

¹¹⁷ *Idem*, p. 42-43.

¹¹⁸ CARRIO, *Principios jurídicos...*, p. 57-60.

tese aos princípios, porquanto estes podem ser aplicados a uma série indefinida e indeterminável de situações¹¹⁹.

Não se pode desconsiderar que a teoria forte dos princípios defendida por Dworkin abre caminho para críticas consistentes, fundadas em argumentos capazes de por em dúvida a pretensa distinção lógica ou estrutural entre regras e princípios jurídicos. O próprio autor admite textualmente que a forma de um *standard* nem sempre deixa estreme sua qualidade de princípio ou regra jurídica, havendo casos em que ambos podem desempenhar funções muito semelhantes, quando a distinção acaba se consubstanciando quase que exclusivamente em uma questão de forma¹²⁰.

Não obstante, ainda que aqui comprometida a análise do pensamento de Dworkin, tanto pela sua brevidade como pela incompletude do estudo, resta inegável a densidade e a propriedade do instrumental teórico proposto, sobretudo para refutar algumas das teses centrais do positivismo jurídico contemporâneo, estruturando uma nova teoria da justificação judicial e estabelecendo os pontos de partida para um novo conceito de Direito.

1.3.3.2 Os princípios jurídicos no pensamento de Robert Alexy

Juntamente com o pensamento jurídico dworkiniano, a teoria jurídica de Alexy se apresenta como uma das mais influentes dentro do modelo pós-positivista, que tem marcado o novo constitucionalismo. Conforme restará evidenciado, embora a teoria do Direito desenvolvida por Alexy apresente inegáveis pontos de semelhança e aproximação com a obra de Dworkin, inclusive no âmbito da divisão do sistema jurídico em regras e princípios, ambas expressam tanto diferenças formais como substanciais¹²¹.

¹¹⁹ GRAU, *A ordem econômica...*, 109-10.

¹²⁰ DWORKIN, *Los derechos...*, p. 78-79.

¹²¹ Em resposta à pergunta formulada por Atienza acerca das diferenças entre sua teoria e a de Dworkin, Alexy assim se manifestou: “Não é fácil uma comparação entre a teoria do Direito de Dworkin e a minha. Certamente, existem muitas coisas comuns, mas o arcabouço conceitual de ambas teorias é bem distinto. Talvez se possa dizer inclusive que ambas teorias são relativamente semelhantes no substancial, mas bastante distintas no formal. Em todo caso, também há diferenças substanciais. Assim, ainda que o conceito de princípio jurídico desempenhe seu papel em ambas teorias, o uso que se faz do mesmo varia. Em minha concepção, os princípios têm o caráter de mandamentos de otimização. Ademais, os bens coletivos podem também ser objeto de regulação dos princípios. Isso justifica que na contestação à pergunta sobre a lesão a um direito fundamental desempenhe um papel central o princípio da proporcionalidade e, com isso, a ponderação. As coisas são distintas na visão de Dworkin dos direitos como trunfos (“trumps”). Também há diferença na determinação das relações entre liberdade e igualdade. Eu considero a liberdade e a igualdade como princípios de mesmo traço que podem entrar em colisão. Mas isso fica excluído na visão de Dworkin da igualdade (“equal concern”) como a virtude suprema (“sovereign virtue”) da comunidade política. Para mim, o conceito que expressa a harmonia a que se aspira não é o de igualdade, sim o de correção. Tanto a liberdade como a igualdade estão subordinados a esta idéia regulativa”. No original: “No es fácil una comparación entre la teoría del Derecho de Dworkin y la mía. Ciertamente, hay muchas cosas comunes, pero el armazón conceptual de ambas teorías es bien distinto. Quizás

Alexy assenta grande parte de sua teoria dos direitos fundamentais na divisão estrutural entre regras e princípios jurídicos como espécies normativas distintas¹²². Segundo o autor, as regras são normas que se constituem em mandamentos definitivos, sendo que os direitos baseados em regras são direitos definitivos. Diversamente, os princípios são normas que ordenam que algo deva ser feito na maior medida fática e juridicamente possível. Estando as possibilidades jurídicas determinadas por regras e por outros princípios opostos, há exigência de ponderação, sendo que os direitos baseados em princípios não são definitivos e sim *prima facie*¹²³.

A distinção entre regras e princípios jurídicos proposta por Alexy abandona o âmbito gradual e avança para aspectos qualitativos. Para o autor, os princípios são normas que ordenam a realização de determinado direito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, enquanto as regras somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, deve ser cumprida na sua exata medida, nem mais nem menos¹²⁴. As regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, ao passo que os princípios são “mandamentos de otimização”¹²⁵.

Afirmar que a medida do cumprimento dos princípios está vinculada às possibilidades jurídicas significa dizer que a aplicação de determinado princípio depende diretamente dos

podiera decirse incluso que ambas teorías son relativamente semejantes en lo substancial, pero bastante distintas en lo formal. De todas formas, también hay diferencias sustanciales. Así, aunque el concepto de principio jurídico juega su papel en ambas teorías, el manejo que se hace del mismo varía. En mi concepción, los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además, los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación. Las cosas son distintas en la visión de Dworkin de los derechos como triunfos (“trumps”). También hay diferencias en la determinación de las relaciones entre libertad e igualdad. Yo considero la libertad y la igualdad como principios del mismo rango que pueden entrar en colisión. Pero eso queda excluido en la visión de Dworkin de la igualdad (“equal concern”) como la virtud suprema (“sovereign virtue”) de la comunidad política. Para mí, el concepto que expresa la armonía a la que se aspira no es el de igualdad, sino el de corrección. Tanto la libertad como la igualdad están subordinados a esta idea regulativa. ATIENZA, *Entrevista a...*, p. 674.

¹²² Uma vez que o modelo de sistema jurídico dividido em dois níveis (regras e princípios) não consegue dar conta de todo o déficit de racionalidade do discurso jurídico, Alexy acrescenta um terceiro elemento, a argumentação jurídica (procedimento), estruturando um modelo de sistema jurídico em três níveis (regras, princípios e procedimento). Neste sentido, ver item 2.4.3.1, *infra*.

¹²³ ALEXY, Robert. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. Traducción de Pablo Larrañaga. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 01, Alicante: Isonomia, 1994, p. 40-41.

¹²⁴ A distinção entre regras e princípios jurídicos é sustentada por Grau em termos bastante semelhantes: “As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto aplicáveis. Trata-se de um *tudo ou nada*. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra refira – o suporte fático hipotético, o *Tatbestand* – se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada. Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam”. GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 02, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 138.

¹²⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 86-87.

princípios e regras jurídicas àquele contrapostos. Da mesma forma, a vinculação às possibilidades fáticas atesta que o conteúdo dos princípios somente pode ser determinado a partir do problema prático. Assim, pode-se dizer que os princípios veiculam obrigações *prima facie*, que podem ser derogadas por outros princípios em caso de colisão, ao passo que as regras instituem obrigações absolutas, que não podem ser superadas por outras regras, devendo ser cumpridas na sua exata medida.

Pode-se dizer que a distinção entre regras e princípios jurídicos se apresenta como qualitativa ou conceitual. Neste caso, da mesma forma que Dworkin, Alexy rechaça a teoria segundo a qual entre regras e princípios há apenas uma diferenciação gradual, o que equivaleria admitir que os princípios nada mais são que regras com um alto nível de generalidade¹²⁶.

O critério gradualista-qualitativo¹²⁷ defendido por Alexy consiste em conferir aos princípios o caráter jurídico de mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas.

Os princípios jurídicos, normas impositivas de otimização, podem ser realizados ou concretizados em diferentes graus, variando segundo condições fáticas e jurídicas. O mesmo princípio pode apresentar diferentes graus de aplicação na resolução de problemas práticos. O valor conferido a determinado princípio, em uma dada situação, poderá ser diverso em outra, podendo até, por vezes, ter sua aplicação afastada. Já as regras jurídicas, normas que prescrevem uma dada situação ou impõem um determinado comportamento, quando válidas, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições¹²⁸.

¹²⁶ LARRAÑAGA, Pablo. Sobre la teoría del Derecho de Robert Alexy. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n.º 01, Alicante: Isonomia, 1994, p. 221.

¹²⁷ Expressão empregada por Bonavides, a fim de identificar a tese defendida por Alexy como apta a distinguir as duas espécies de normas jurídicas. BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 250.

¹²⁸ Nas exatas palavras do autor: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *principios* são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado por meio de princípios e regras que atuam em sentido contrário. Inversamente, as *reglas* são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ordena, nem mais nem menos”. No original: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fáticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fáticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos”. ALEXY, Robert.

Discutindo acerca das dimensões morais do Direito, Aleksander Peczenik distingue regras e princípios de modo em tudo semelhante à teoria de Alexy. Segundo Peczenik, uma situação regulada por uma regra somente admite duas possibilidades, obedecê-la ou não. Assim, a ação humana pode ser qualificada como conforme ou contrária à determinada regra, em um caráter binário do tipo 0 ou 1, tudo ou nada. Já os princípios estabelecem um ideal que se pode realizar em diferentes graus, sendo possível a qualificação de uma ação ou pessoa como mais ou menos perfeita à luz de determinados princípios, não no sentido binário e sim gradual¹²⁹.

A distinção estrutural entre princípios e regras fica clara quando da resolução das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras, situações em que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, ou seja, a juízos de dever ser jurídico contraditórios¹³⁰. Enquanto o conflito entre regras se resolve no plano da validade, com a invalidação de uma das regras em conflito ou a introdução de uma cláusula de exceção capaz de solucionar a contradição, a colisão entre princípios se resolve no plano do valor, tendo em vista as circunstâncias do caso, em uma relação de precedência condicionada¹³¹.

O conceito de princípios como mandamentos de otimização, como traço decisivo para respaldar a distinção entre regras e princípios, não está imune a críticas. Segundo defendem Atienza e Ruiz Manero, nem todos os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo esta qualidade afeta apenas aqueles princípios que estes autores definem como diretrizes, com a exclusão dos chamados princípios em sentido estrito¹³².

Lançando objeções ao conceito de princípios de Alexy, Prieto Sanchís assevera que a hipótese de colisão total entre princípios, embora pouco corrente, não pode ser integralmente rechaçada. Da mesma forma, as características de mandamento de otimização e máxima da ponderação não cabem exclusivamente com relação aos princípios, mas também para o caso de algumas regras que não se apresentam na forma binária, mas sim gradual. Neste sentido, a idéia de mandamento de otimização tem aplicação tanto para os princípios como para as

Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Traducción de Manuel Atienza. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 05, Alicante: Doxa, 1988, p. 142-43.

¹²⁹ PECZENIK, Aleksander. Dimensiones morales del Derecho. Traducción de Juan A. Pérez Lledó. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 08, Alicante: Doxa, 1990, p. 92.

¹³⁰ A temática acerca do conflito entre regras e da colisão entre princípios, bem como acerca da máxima da ponderação na teoria de Alexy, será debatida no terceiro capítulo, quando serão analisadas com maior profundidade as máximas da proporcionalidade e razoabilidade. Neste sentido, ver itens 3.2 e 3.3, *infra*.

¹³¹ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 87-92.

¹³² Atienza e Ruiz Manero distinguem os princípios em sentido estrito, enquanto normas que expressam os valores superiores de um ordenamento jurídico, e em diretrizes ou normas programáticas, enquanto normas que estipulam a obrigação de perseguir determinados fins. Apenas as diretrizes comportariam o

regras, não servindo como critério de diferenciação entre ambos. Portanto, o mandamento de otimização representa antes uma técnica de argumentação que pode ser útil na aplicação de qualquer *standard* normativo e não um critério de diferenciação qualitativa entre regras e princípios. Em última análise, esta diferenciação normativa proposta por Alexy com base na idéia de mandamento de otimização parece melhor caracterizar uma distinção funcional que morfológica ou estrutural¹³³.

O próprio Alexy apresenta possíveis contestações ao conceito de princípios jurídicos enquanto mandamentos de otimização. A primeira se refere à possível existência de colisões de princípios solucionáveis mediante a declaração de invalidade de um dos princípios, como ocorre no conflito entre regras. Entretanto, o autor admite esta possibilidade apenas no caso de princípios marcados por uma extrema debilidade, que não precedem a quaisquer outros em nenhum problema prático¹³⁴.

Outra possível oposição ao conceito de princípios como mandamentos de otimização remete à existência de princípios absolutos, princípios sumamente fortes e capazes de preponderar em todos os casos de colisão. Há que se reconhecer, entretanto, que a existência de princípios absolutos é inconciliável com o próprio conceito de princípios defendido por Alexy, porquanto os princípios absolutos não conheceriam limites jurídicos, mas tão-somente fáticos. Ademais, a idéia de princípios absolutos não se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais, que exige estarem os princípios limitados por questões fáticas e jurídicas¹³⁵.

A última objeção que Alexy enfrenta contra seu conceito de princípios jurídicos se refere à considerável amplitude desta concepção, englobando tanto os direitos individuais

cumprimento em diferentes graus, nos termos defendidos por Alexy. ATIENZA e RUIZ MANERO, *Sobre principios...*, p. 105-10.

¹³³ PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 46-50.

¹³⁴ Discutindo acerca da possibilidade da declaração de invalidade dos princípios jurídicos, Alexy alude àqueles casos de princípios que se colocam em contradição com todo o ordenamento jurídico, como o princípio da discriminação racial, devendo ser declarados inválidos desde seu primeiro choque com outros princípios, situação que não configura uma verdadeira colisão de princípios jurídicos. Os casos de colisões entre princípios ocorrem no interior do ordenamento jurídico, pela contradição entre princípios válidos. A validade dos princípios contrapostos se constitui em pressuposto do conceito de colisão de princípios. ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 105-06.

¹³⁵ A fim de defender a inexistência de princípios absolutos, Alexy sustenta que nem o princípio da dignidade da pessoa humana tem o condão de preponderar em todos os casos, embora seja inegável que existe uma série de condições sob as quais este princípio, com um alto grau de certeza, precede sobre todos os demais, até porque quase não existem razões jurídico-constitucionais que sustentem uma relação de preferência em seu desfavor. Não se pode olvidar, contudo, que a norma da dignidade da pessoa humana comporta uma feição dupla, tanto de princípio como de regra. Impende asseverar que a regra da dignidade da pessoa, devido a sua abertura semântica, se apresenta como absoluta, não necessitando limitação com respeito a nenhuma relação de preferência relevante. Idem, p. 106-09. Para uma análise da problemática da dignidade da pessoa humana, além do debate acerca de seu conteúdo jurídico-normativo, pode-se consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 61-75.

como os bens coletivos. Em decorrência de sua fragilidade, esta objeção é pouco combatida pelo autor, que se limita a demonstrar suas divergências com o conceito restritivo de princípios defendido por Dworkin, para quem os princípios estariam adstritos aos direitos individuais, enquanto os bens coletivos seriam meras diretrizes¹³⁶.

Não obstante as objeções apresentadas, a teoria dos princípios de Alexy desempenha um importante papel na resolução das colisões entre princípios constitucionais, servindo de parâmetro e baliza conformadora a uma teoria dos direitos fundamentais com pretensões de solidez e eficácia. Muito embora se admita que o conceito de princípios como mandamentos de otimização não represente um critério infalível para a distinção das regras jurídicas, sua aplicação no processo de argumentação jurídica e justificação das decisões judiciais demonstra considerável utilidade para a teoria dos direitos fundamentais.

1.3.3.3 Princípios e valores: o debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas

A teoria dos princípios de Alexy acaba se aproximando claramente da teoria dos valores, uma espécie de continuidade e complementaridade do que se pode chamar de “jurisprudência dos princípios” em relação à “jurisprudência dos valores”. Segundo o autor, princípios e valores estão estreitamente vinculados entre si, sendo possível falar tanto de colisão e ponderação de princípios como de colisão e ponderação de valores, da mesma forma que há identidade entre o cumprimento gradual dos princípios e a realização gradual dos valores¹³⁷.

Do ponto de vista estrutural, Alexy defende que o modelo dos princípios é essencialmente igual ao modelo dos valores, exceto que enquanto aqueles estão vinculados a conceitos deontológicos, estes gravitam no âmbito dos conceitos axiológicos. Os princípios são veiculados com a ajuda das expressões deônticas fundamentais do mandamento, permissão e proibição, ou seja, exprimem juízos de obrigação do tipo “x é devido”. Já os valores expressam o que se entende por bom, um espaço axiológico baseado em juízos do tipo “x é bom”¹³⁸.

¹³⁶ Idem, p. 109-11.

¹³⁷ Idem, p. 138.

¹³⁸ Nas palavras do autor: “A diferença entre princípios e valores se reduz assim a um ponto. O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Neste sentido, os princípios e os valores se diferenciam somente em virtude de seu respectivo caráter deontológico e axiológico”. No original: “La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los

O conceito de valor tanto na linguagem ordinária como na linguagem filosófica não é unívoco. Neste sentido, partindo da idéia de que algo *tem* um valor, os juízos valorativos podem ser classificatórios, comparativos e métricos: os juízos de valor classificatórios definem um objeto como bom ou mau, positivo ou negativo, como uma Constituição boa, uma lei boa; os juízos de valor comparativos relacionam dois ou mais objetos entre si, dispondo acerca do valor superior de um objeto em relação ao outro ou que ambos têm o mesmo valor, expressando juízos de preferência ou equivalência; nas valorações métricas é atribuído um número que indica o valor de determinado objeto¹³⁹.

Por outro lado, segundo a determinação de que algo *é* um valor podem ser estabelecidos critérios de valoração. Os critérios de valoração levam em conta diferentes aspectos do objeto analisado. Alexy usa o exemplo dos possíveis critérios para dizer se um automóvel é bom. Pode-se levar em conta critérios como segurança, velocidade, preço, beleza, durabilidade, gasto de combustível, etc. É possível que estes critérios entrem em colisão quando for pretendida uma valoração total do automóvel, cabendo uma relação de ponderação entre os critérios de modo a se alcançar o automóvel bom. Esse mesmo raciocínio serve para sopesar os princípios que se encontram contrapostos, quando da resolução de determinado caso concreto.

A identidade entre os conceitos de princípios jurídicos e de valores defendida por Alexy é fortemente criticada por Habermas, sob o argumento de que a referida proposta de “interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade... vem ao encontro do discurso da ‘ponderação de valores’, corrente entre os juristas, o qual, no entanto, é frouxo”¹⁴⁰.

Não se pode olvidar que Habermas inicia sua crítica à adaptação de princípios do Direito a valores, definindo princípios como “normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas”¹⁴¹. Esta definição se afasta sobremaneira do conceito gradualista-qualitativo defendido por Alexy.

Segundo defende Habermas, existe uma série de qualidades lógicas que distinguem as normas dos valores, inviabilizando a identidade de aplicação dos conceitos¹⁴². As normas

principios y los valores se diferencian sólo en virtude de su carácter deontológico y axiológico respectivamente”. Idem, p. 147.

¹³⁹ Idem, p. 141-43.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 315.

¹⁴¹ Idem, p. 316.

¹⁴² Nas palavras do autor: “À luz das normas se pode decidir o que estamos obrigados a fazer; no horizonte dos valores podemos decidir qual comportamento é mais recomendável. Normas reconhecidas obrigam sem exceção e igualmente, enquanto que os valores expressam as preferências acerca dos bens que em uma determinada

possuem um sentido deontológico, obrigando seus destinatários a determinado “comportamento que preencha expectativas generalizadas”, enquanto os valores têm um sentido teleológico, funcionando como “preferências compartilhadas intersubjetivamente”. Ademais, as normas se formulam com uma pretensão de validade binária, o que possibilita definir um comportamento como conforme ou contrário ao enunciado normativo estatuído. Os valores não determinam relações binárias, mas sim relações de preferência, significando que determinados bens podem ser mais atrativos que outros, em uma relação de ponderação entre as preferências de exprimem aquilo que é bom para nós ou para mim¹⁴³.

comunidade são considerados como desejáveis. Ao passo que as normas se seguem no sentido de uma satisfação de expectativas de comportamento generalizadas, os valores ou bens somente se realizam ou alcançam mediante ações dirigidas a um fim. E mais, as normas surgem com uma pretensão de validade binária e são ou bem válidas ou não. Frente às proposições normativas, como no caso das proposições assertóricas, só podemos responder dizendo “sim” ou “não”, ou abster-nos do juízo. Os valores, pelo contrário, determinam relações de preferência que significam que certos bens são mais atrativos que outros. Por isso, podemos estar mais ou menos de acordo com as proposições valorativas. A força obrigatória das normas tem um sentido absoluto de um dever incondicional e universal: o que se deve fazer pretende ser igualmente bom para todos (ou para todos os destinatários). Que uns valores sejam atrativos tem o sentido relativo de uma apreciação de bens comum ou adotada em culturas ou formas de vida: decisões valorativas importantes ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que é bom para nós (ou para mim), considerando as coisas em sua totalidade. Finalmente, as diferentes normas não se podem contradizer mutuamente, caso pretendam valer para o mesmo círculo de destinatários. Devem estar em uma relação de coerência, isto é, formar um sistema. Por outro lado, diferentes valores concorrem pela primazia. Na medida em que são objetos de reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, formam configurações flexíveis e repletas de tensões. Resumindo, as normas se distinguem dos valores, primeiro, por sua relação com uma espécie diferente de ação, dirigido por regras ou dirigido a fins; segundo, pela pretensão de validade, binária ou por codificação gradual; terceiro, por serem vinculantes de modo absoluto ou de modo relativo; e, quarto, pelos critérios de coesão que devem satisfazer os sistemas de normas e os sistemas de valores”. No original: “A la luz de las normas se puede decidir lo que estamos obligados a hacer; en el horizonte de valores podemos decidir qué comportamiento es más recomendable. Normas reconocidas obligan sin excepción e igualmente, mientras que los valores expresan las preferencias acerca de los bienes que en una determinada comunidad son considerados como deseables. En tanto que las normas se siguen en el sentido de una satisfacción de expectativas de comportamiento generalizadas, los valores o bienes sólo se realizan o logran mediante acciones dirigidas a un fin. Es más, las normas se nos presentan con una pretensión de validez binaria y son o bien válidas o no lo son. Frente a las proposiciones normativas, de modo semejante a las proposiciones asertóricas, sólo podemos responder con un “sí” o con un “no”, o bien reservanos el juicio. Por el contrario, los valores fijan relaciones de preferencia que significan que ciertos bienes son más atractivos que otros. Por ello podemos estar más o menos de acuerdo con las proposiciones evaluativas. La fuerza obligatoria de las normas tiene el sentido absoluto de un deber incondicional y universal: lo que se debe hacer pretende ser igualmente bueno para todos (o para todos los destinatarios). Que unos valores sean atractivos tiene el sentido relativo de una estimación de bienes común o adoptada en culturas o formas de vida: decisiones valorativas importantes o preferencias de orden superior nos dicen lo que es bueno para nosotros (o para mí) considerando las cosas en su totalidad. Finalmente, las diferentes normas no pueden contradecirse mutuamente, si es que pretenden valer para el mismo círculo de destinatarios. Tienen que estar en una relación coherente, esto es, formar un sistema. Por contra, diferentes valores se disputan la preeminencia. En la medida en que son objeto de reconocimiento intersubjetivo en el seno de una cultura o una forma de vida, forman configuraciones flexibles y de amplio abanico. Resumiendo, las normas se distinguen de los valores, primero, por su relación con un tipo diferente de acción, dirigido por reglas o dirigido a fines; segundo, por la pretención de validez, binaria o por codificación gradual; tercero, por ser vinculantes de modo absoluto o de modo relativo; y, cuarto, por los criterios de cohesión que deben satisfacer los sistemas de normas y los sistemas de valores”. HABERMAS, Jürgen e RAWLS, John. Debate sobre el liberalismo político. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica/ Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1998, p. 48-49.

¹⁴³ HABERMAS, *Direito e democracia...*, p. 316-17.

No entendimento de Habermas, os princípios também estão submetidos ao código binário do Direito, que se constitui inclusive em uma das características que distingue o Direito da moral. Segundo o pensamento habermasiano, há que se admitir que quando um tribunal diz que determinada lei é inconstitucional com base no princípio da igualdade, a aplicação do princípio ocorre em termos de “tudo ou nada”.

Segundo Habermas, a pergunta “o que devo fazer em uma dada situação?” possibilita respostas diversas quando o agir concreto está orientado por normas ou por valores. As normas orientam o que se deve fazer, o que é correto a partir de um sistema de normas válidas, com pretensões de generalidade que indicam a ação igualmente boa *para todos*, ao passo que os valores indicam o comportamento recomendável, que se mostra bom *para nós*, nos moldes de uma determinada cultura ou forma de vida¹⁴⁴.

Reconhecida a qualidade da argumentação habermasiana em oposição à identidade entre o modelo de princípios e o modelo de valores, tais objeções têm lastro na relação entre os valores e um tipo específico de normas, as regras jurídicas. Estas é que se formulam com pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas. Os princípios, por outro lado, admitem a aplicação gradual, levando em conta questões fáticas e jurídicas, podendo entrar em contradição uns com os outros, sem que haja prejuízo aos atributos de unidade e coerência do ordenamento jurídico.

Não se pode, entretanto, desconsiderar as fortes críticas que se têm formulado à teoria dos direitos fundamentais enquanto sistema de valores¹⁴⁵, afetando diretamente a doutrina dos princípios defendida por Alexy. Essas objeções podem ser divididas em três grupos: filosóficas, metodológicas e dogmáticas, sendo que estas últimas são pouco discutidas por Alexy, por serem facilmente refutadas¹⁴⁶.

As objeções filosóficas se dirigem mais fortemente contra o conceito de objetividade do ordenamento de valores. O conceito de um sistema objetivo de valores que pode ser

¹⁴⁴ Idem, p. 317.

¹⁴⁵ A discussão acerca de uma teoria dos direitos fundamentais enquanto veículos de um sistema de valores políticos constitucionalmente assegurados pode ser buscada na teoria integracionista de Smend, para quem a organização do Estado pressupõe a existência de um conjunto de valores preestabelecidos, os direitos fundamentais, respaldados por uma comunidade que os reafirma e renova em um constante processo de integração política. Neste sentido, a idéia de valores aparece como pressuposto de uma teoria material da Constituição e fundamento do Estado, sendo que os direitos fundamentais se constituem em fundamento cultural imprescindível à realização da Constituição. SMEND, *Constitución y Derecho...*, p. 225-35. No mesmo sentido, entendendo os direitos fundamentais como manifestação de um sistema cultural valorativo, Pablo Lucas Verdú discute acerca da dimensão axiológica do Direito Constitucional. LUCAS VERDÚ, Pablo. *Estimativa y política constitucionales: los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español*. Madrid: Universidad de Madrid, 1984, 119-46.

¹⁴⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 149.

conhecido a partir de concepções intuicionistas¹⁴⁷ conduz a uma posição extremamente subjetivista, que acaba se opondo à fundamentação de uma teoria científica acerca da existência de um sistema objetivo de valores, muito embora não consiga ilidir sua existência¹⁴⁸.

As objeções metodológicas engendram ataques mais qualificados. Segundo os argumentos metodológicos, que se concentram basicamente contra as noções de sistema hierárquico de valores e ponderação valorativa, o recurso a um ordenamento de valores permite justificar qualquer resultado, destruindo a transparência da decisão judicial e afastando a idéia de fundamentação racional. A simples racionalidade aparente do sistema de ponderações valorativas conduz a uma interpretação constitucional misteriosa e que oculta o decisionismo judicial.

O conceito de um ordenamento hierarquizado de valores apresenta inúmeros problemas. Parece pouco provável a formulação de um catálogo completo de valores e que conte com a aprovação de todos a respeito da ordem hierárquica de cada valor estabelecido. Embora se possa estabelecer um sistema completo e fechado de valores, estes teriam como traço característico um alto grau de generalidade e um baixo poder de expressão. Ademais, um ordenamento hierárquico abstrato de valores acaba por afrontar a idéia de precedência condicionada, onde o peso dos valores é dado no caso concreto, sendo descartada a possibilidade de precedência absoluta de determinado valor¹⁴⁹.

As objeções ao conceito de ponderação procuram desqualificá-la enquanto procedimento racional, controlável mediante normas ou métodos, porquanto a aplicação dos valores e princípios está sujeita ao arbítrio do operador jurídico, abrindo-se campo para o subjetivismo e o decisionismo judiciais¹⁵⁰. Para defender o conceito de ponderação enquanto modelo racional, Alexy sustenta que “uma ponderação é racional se o enunciado de

¹⁴⁷ Não há espaço para a discussão acerca das teorias intuicionistas e dos critérios de conhecimento de propriedades como o bom, o correto, e suas valorações. Para breves considerações acerca do intuicionismo: ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 48-49.

¹⁴⁸ Ainda que se possam opor fortes argumentos filosóficos à teoria intuicionista dos valores, resta a possibilidade de uma teoria mitigada dos valores e, portanto, menos vulnerável. Essa é a proposta de Alexy, uma teoria livre de suposições ontológicas e epistemológicas, que considere os valores como critérios de valoração que, semelhante às normas, valem ou não. A validade jurídica, social ou ética dos valores não se constitui em objeto de algum tipo de evidência e sim objeto de fundamentações. ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 150-51.

¹⁴⁹ Idem, p. 152-56.

¹⁵⁰ No se pode negar a força do argumento segundo o qual o modelo de ponderação de princípios abre campo para o subjetivismo e decisionismo judiciais. Esse problema somente pode ser enfrentado por uma adequada teoria da justificação judicial, baseada em uma teoria da argumentação jurídica capaz de respaldar racionalmente as decisões judiciais, vinculadas e controladas pela máxima da ponderação e pela exigência de correção. Esta será a temática recorrente nos capítulos seguintes.

preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente”. Portanto, “o problema da racionalidade da ponderação conduz à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos”¹⁵¹.

A racionalidade da fundamentação referida especificamente à ponderação é amparada pela “lei de ponderação”, que determina que a medida permitida de não satisfação ou de afronta a um dos valores ou princípios em colisão depende do grau de importância da satisfação do princípio respaldado pela decisão judicial.

Não se pode negar que a identidade entre os conceitos de princípios e valores suscita uma série de objeções que devem ser levadas a sério, tanto pela coerência e força dos argumentos como também por serem direcionadas ao cerne da teoria dos princípios de Alexy, refutando o conceito de princípios enquanto mandamentos de otimização. Por outro lado, nenhuma das contestações formuladas parece atingir fortemente a estrutura de sua teoria, a ponto de justificar seu abandono ou completa reestruturação.

1.3.4 As funções dos princípios constitucionais

A perspectiva traçada quando da distinção entre regras e princípios jurídicos, uma análise marcadamente estruturalista, embora bastante difundida na teoria jurídica contemporânea, demonstrou alguns pontos passíveis de críticas deveras consistentes. Assim, aponta com insofismável fecundidade a análise dos princípios constitucionais a partir de uma perspectiva funcional, embora não completamente desvincilhada de aspectos morfológicos ou estruturais, mas que esteja vinculada precipuamente às funções desempenhadas pelos princípios no âmbito da metodologia do Direito e da teoria da argumentação jurídica.

Por função dos princípios jurídicos podem ser traçadas distintas acepções, ainda que ligadas entre si. Em uma perspectiva mais tradicional, há que se entender por função o objetivo ou finalidade perseguido pelo operador jurídico quando aplica um princípio, no sentido de explicação do ordenamento, permitindo interpretá-lo ou integrá-lo. Em um segundo ponto de vista, pode-se perquirir acerca do resultado alcançado mediante a aplicação do princípio, limitando ou ampliando a eficácia ou o âmbito de aplicação de determinada disposição normativa. Uma terceira acepção se refere à justificação jurídica permitida ou

¹⁵¹ No original: “...una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente”. “...el problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la cuestión de la

exigida pelos princípios, o conjunto de argumentos desenvolvidos a partir da aplicação de algum princípio, guardando relação com os critérios de universalidade, argumentação sistemática e argumentação consequencialista, conforme será analisado em seguida¹⁵².

Comentando as distintas dimensões dos princípios, Bonavides alude às funções fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa, como as principais funções desempenhadas pelos princípios no ordenamento jurídico. Os princípios, de fonte subsidiária de terceiro grau, tornaram-se fonte primária de normatividade, “a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”¹⁵³.

Antes de aprofundar a discussão acerca da análise funcional dos princípios jurídicos, impende afastar uma idéia que pode surgir, sobretudo quando do estudo da teoria do Direito de Dworkin, no sentido de que os princípios somente seriam aplicados quando em questão os casos difíceis, naquelas hipóteses em que há dúvida acerca do significado e do alcance de uma disposição normativa, na falta de uma regra aplicável ao caso ou quando da existência de mais de uma regra jurídica regulando a situação de forma contraditória. Essa idéia não pode ser atribuída ao pensamento dworkiniano, que, em verdade, entende a aplicação dos princípios jurídicos a partir de uma questão moral.

Segundo defendem Atienza e Ruiz Manero, trata-se de um entendimento equivocado o que atrela a aplicação dos princípios jurídicos somente à resolução dos casos difíceis. Os casos são considerados fáceis ou difíceis depois de analisados a partir das razões estabelecidas pelos princípios. Estes sempre devem ser considerados quando da aplicação do Direito, ainda que a subsunção de um determinado fato a uma regra jurídica não reste controvertida, porquanto é o sistema de princípios que dota de sentido aquela disposição normativa¹⁵⁴.

1.3.4.1 As funções interpretativa e integrativa dos princípios jurídicos

Partindo da idéia de que os princípios sempre são aplicáveis, não só quando da resolução dos casos difíceis, Prieto Sanchís discorre acerca de quatro classes de funções que os princípios desempenham no processo de argumentação jurídica: a “função interpretativa”,

posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores o principios opuestos”. ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 157-59.

¹⁵² PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 153.

¹⁵³ BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 254.

¹⁵⁴ A expressão “dota de sentido”, neste caso, pode ter uma dupla acepção: tanto pode estar relacionada com os valores cuja realização vem assegurada pelo cumprimento da regra, como também com os objetivos sociais para

que auxilia e norteia a resolução das dúvidas que podem existir acerca do significado de uma determinada disposição normativa; a “função integrativa”, relacionada à questão do preenchimento de lacunas, oferecendo um critério quando da ausência de normas aplicáveis ao caso; a “função diretiva”, orientadora da atividade legislativa ou de outros operadores do Direito nas tomadas de decisões ou na fixação do conteúdo de uma norma; e, a “função limitativa”, que circunscreve os limites de competência de um determinado órgão ou a esfera de eficácia de uma dada regulação¹⁵⁵.

No caso da função interpretativa¹⁵⁶ ou informativa, quando os princípios representam uma norma secundária, pode-se dizer que se constituem em critérios auxiliares ao intérprete no exercício de fixação do significado de uma dada disposição normativa¹⁵⁷. Em verdade, os

cuja consecução a satisfação da regra serve de instrumento. ATIENZA e RUIZ MANERO, *Sobre principios...*, p. 117.

¹⁵⁵ Segundo Prieto Sanchís, essas quatro classes de funções podem ser reduzidas a duas: “ou bem os princípios são uma norma primária chamada a disciplinar diretamente um suposto de fato qualquer ou bem representam uma norma secundária que permite ou contribui para dotar de sentido outra disposição normativa, limitando ou ampliando seu significado lingüístico, ou inclusive o anulando quando resultar completamente incompatível com o sentido do princípio”. No original: “o bien los principios son una norma primaria llamada a disciplinar directamente un supuesto de hecho cualquiera o bien representan una norma secundaria que permite o contribuye a dotar de sentido a otra disposición normativa, limitando o ampliando su significado lingüístico, o incluso anulándolo si resulta por completo incompatible con el sentido del principio”. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 155.

¹⁵⁶ Conforme defende Grau, o verbo interpretar denota distintos significados: em um sentido amplo, interpretar é compreender, ou seja, diante de determinado signo lingüístico, a ele atribuir um significado específico, definindo a conotação que expressa, em conformidade com as regras de sentido da linguagem que vinculam aquele signo; em um sentido estrito, interpretar assume uma outra conotação. O ato de comunicação tanto pode ser veiculado por meio de palavras e expressões de linguagem suficientemente claras, em uma situação de *isomorfia*, como pode ser veiculada mediante palavras e expressões das quais não se possa claramente estabelecer um sentido preciso. Neste último caso, a interpretação busca precisar o sentido das palavras e expressões lingüísticas, em um exercício diverso da mera compreensão. No uso da linguagem jurídica, quer em situações de *isomorfia* que em situações de ambigüidade e imprecisão das palavras e expressões, a interpretação é sempre necessária. Tanto para auxiliar na compreensão dos signos lingüísticos suficientemente claros – interpretação em sentido amplo, como para precisar o sentido dos signos ambíguos e plurissignificativos – interpretação em sentido estrito, o exercício da interpretação é indissociável do processo de aplicação do Direito. GRAU, *A ordem econômica...*, p. 170-71. Para um estudo mais aprofundado acerca da interpretação constitucional, pode-se consultar: USERA, Raúl Canosa. Interpretación constitucional y formula política. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

¹⁵⁷ Faz-se imperioso estabelecer o que se deve entender por conceitos jurídicos, uma vez que o processo de interpretação está intimamente relacionado com a significação dos conceitos jurídicos. Sob uma perspectiva material, o conceito é o núcleo irradiador de um significado, o elemento identificador de algo, o significado do termo, do signo. Todo conceito tem uma compreensão (conotação), donde ressaí o conteúdo formal do termo, e uma extensão (denotação), reveladora da propriedade que o termo possui de ser aplicável a várias significações. Os conceitos jurídicos, por sua vez, são termos de significação, expressões ou sinais que objetivam uma significação, que pode ser atribuída a uma coisa, um estado de coisas ou a uma situação que tenha relação com o direito. Os conceitos jurídicos pretendem expressar o significado de uma coisa ou de uma situação, atuando como sinais de significação, meios pelos quais podem ser expressos determinados elementos. Os conceitos jurídicos, em última análise, são a medida significativa, o sentido explicativo de determinado termo jurídico. Conforme sustenta Grau, os conceitos jurídicos “nos seus atos de expressão, isto é, nos seus **termos** (...) são signos de signos, ou seja, signos de significações atribuíveis – ou não atribuíveis – a coisas, estados ou situações (...) O **objeto** do conceito jurídico expressado, assim, é uma **significação** atribuível a uma coisa, estado ou situação e não a coisa, estado ou situação”. Os conceitos jurídicos em si mesmo não são atos de expressão, não albergam significação, a significação reside nos seus termos. Os termos são as expressões dos conceitos

princípios informam e inspiram todas as disposições normativas que compõem o sistema jurídico, servindo de suporte lógico e teleológico à aplicação e conformação das regras jurídicas. Enquanto normas gerais e veiculadoras das aspirações e disposições centrais do ordenamento jurídico, os princípios vinculam o intérprete no momento em que é chamado a dotar de significado determinada disposição jurídico-normativa.

Neste sentido, há que se reconhecer uma determinada superioridade dos princípios constitucionais quando do processo de significação de uma disposição normativa. O significado e o alcance das regras jurídicas devem ser norteados conforme o conteúdo dos princípios constitucionais, devendo o operador jurídico optar sempre pela interpretação mais adequada ao conjunto de princípios constitucionais ao qual se encontra vinculada a disposição normativa em questão¹⁵⁸.

Não se está, contudo, defendendo uma relação fechada de supremacia hierárquica formal dos princípios sobre as regras jurídicas, até porque há casos em que os princípios jurídicos cedem aplicação a uma determinada regra específica. A regra está amparada por um princípio ou conjunto de princípios que devem preponderar naquela situação específica, em detrimento daquele princípio ou conjunto de princípios afastado. Nestes casos, a relação de conflito não ocorre diretamente entre uma determinada regra e um dado princípio ou conjunto de princípios, mas sim entre o princípio ou conjunto de princípios que sustentam a referida regra e aqueles que a repudiam.

Pretendendo respaldar de forma sólida a distinção entre regras e princípios, Atienza e Ruiz Manero sustentam uma distinção funcional que parte de uma caracterização empregada por Hart e Joseph Raz. Aqueles autores defendem que as regras se constituem em razões peremptórias para que o intérprete aplique a solução prevista, devendo os órgãos judiciais, estabelecidas as condições de aplicação das regras, excluir seus próprios juízos acerca de outras soluções, já que a base da decisão deve ser o conteúdo que a regra dispõe. Os princípios explícitos, de modo diverso, constituem razões de primeira ordem para nortear a solução em um determinado sentido, restando ao órgão judicial ponderar acerca das outras

jurídicos, os sinais (signos) de significação das coisas, estados ou situações. Por conseguinte, os conceitos jurídicos expressados por meio de seus termos têm como objeto significações atribuíveis a uma coisa. GRAU, Eros Roberto. Nota sobre os conceitos jurídicos. *Revista de Direito Público*, n.º 74, trimestral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 218.

¹⁵⁸ Freitas define a interpretação sistemática como “uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”. A interpretação sistemática, “quando compreendida em profundidade, é a que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto”. FREITAS, *A interpretação sistemática...*, p. 60-61.

razões, outros princípios, capazes de justificar a decisão em outro sentido. Os princípios explícitos, portanto, não se constituem em razões peremptórias para a decisão judicial, uma vez que não excluem a deliberação judicial acerca do conteúdo da resolução. Não obstante, constituem-se em razões para a ação independentes do conteúdo, porquanto gozam de aplicação no raciocínio justificatório das decisões judiciais em virtude de sua origem¹⁵⁹.

Afora a função interpretativa, há que se considerar, como já mencionado, a função integradora desempenhada pelos princípios, neste caso, enquanto normas primárias chamadas diretamente a disciplinar uma dada situação fática, ou, nas exatas palavras de Prieto Sanchís, “como normas que subministram aos operadores jurídicos os critérios substantivos que devem inspirar a emissão de uma norma geral ou particular, por exemplo, de uma lei ou de uma sentença”¹⁶⁰.

A questão da função integradora dos princípios jurídicos e a sua relação com o problema das lacunas do ordenamento jurídico acabam por conduzir a certo paradoxo. Ora, partindo da teoria segundo a qual os princípios são normas válidas do sistema jurídico, dotadas conseqüentemente de força normativa e aplicabilidade direta na regulação das situações fáticas, urge admitir que, no caso da ausência de norma – regra ou princípio – para solucionar determinado suposto fático, a lacuna persistirá. Por outro lado, existindo um princípio aplicável à resolução da questão, não se pode falar de autêntica lacuna, porquanto esta somente se configura quando da inexistência de qualquer norma – regra ou princípio – aplicável ao caso.

A função integradora dos princípios jurídicos se reveste de relevância quando atrelada à teoria dos princípios jurídicos implícitos e dos extra-sistemáticos. Como visto, existindo um princípio explícito capaz de regular determinado suposto fático, não há autêntica lacuna jurídica. Entretanto, na falta de uma regra ou princípio expressamente dispostos no ordenamento jurídico, deve-se recorrer aos princípios implícitos e extra-sistemáticos, como bitolas e parâmetros capazes de nortear a supressão daquela lacuna detectada.

1.3.4.2 A função dos princípios na argumentação jurídica

Além das funções até aqui apresentadas, cabe destacar a importância dos princípios no processo de justificação jurídica, o papel que os princípios desempenham na argumentação

¹⁵⁹ ATIENZA e RUIZ MANERO, *Sobre principios...*, p. 111-12.

jurídica. Essa dimensão por assim dizer justificatória dos princípios jurídicos constitui-se em uma de suas mais relevantes funções dentro da teoria do Direito. Os princípios jurídicos não são apenas parâmetros explicativos do Direito, mas também e, sobretudo, pautas de justificação do discurso jurídico e da decisão judicial.

A dimensão justificatória dos princípios jurídicos é apresentada por Atienza e Ruiz Manero, que sustentam ser próprio dos princípios o desempenho de duas funções básicas, uma função de explicação e outra de justificação. A função explicativa dos princípios jurídicos refere-se à capacidade destas normas de sintetizar os traços centrais do ordenamento, e dotá-lo de sentido e coerência. Afora a qualidade sintetizadora que marca os princípios jurídicos, há a aplicação enquanto parâmetro de justificação das decisões judiciais, como verdadeiras pautas de ponderação e conformação da argumentação jurídica¹⁶¹.

Conforme defende Prieto Sanchís, a utilização do modelo dos princípios como parâmetro de justificação das decisões judiciais, sobretudo quando da resolução dos chamados casos difíceis, deve ser analisada a partir de determinados métodos de interpretação, tais como o critério de universalização, as considerações consequencialistas e a interpretação sistemática¹⁶².

1.3.4.2.1 Argumentação de princípios e regra de universalização

A chamada regra de universalização vem sendo qualificada como traço essencial a qualquer teoria da argumentação jurídica que se apresente com pretensões de racionalidade. Segundo o critério de universalização, somente é possível submeter determinado sujeito a determinada solução jurídica prevista, se for garantido o mesmo tratamento a qualquer outro sujeito que se encontre nas mesmas circunstâncias daquele. Quando estabelece as regras básicas do discurso prático geral, partindo da formulação do princípio da universalização (PU) de Richard M. Hare, Alexy apresenta a regra de universalização nos seguintes termos: “Todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes”. Ainda dispondo acerca da regra de universalização, o autor enfatiza o seguinte: “Todo orador precisa afirmar apenas aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso que esteja disposto a

¹⁶⁰ No original: “...como normas que suministran a los operadores jurídicos los criterios sustantivos que deben inspirar la emisión de una norma general o particular, por ejemplo de una ley o de una sentencia”. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 159.

¹⁶¹ ATIENZA e RUIZ MANERO, *Sobre principios...*, p. 113-19.

¹⁶² PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 163.

afirmar nos mesmos termos para todo caso que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes”¹⁶³.

Uma das insuficiências da regra de universalização é a impossibilidade de uma discussão valorativa acerca das disposições normativas a serem aplicadas, se justas ou injustas, corretas ou incorretas. Trata-se apenas de uma regra formal de justificação da decisão judicial, porquanto a decisão estará justificada legítima e racionalmente sempre que puder ser adotada em quaisquer outros casos idênticos ao decidido, não se discutindo a respeito do conteúdo da decisão, de seu substrato axiológico. Pela regra de universalização, sendo possível a generalização da decisão que aplica determinada norma, são irrelevantes as razões ou motivos que informaram aquela decisão¹⁶⁴.

Por outro lado, a generalização das decisões judiciais justificadas a partir do critério de universalização reforça a importância dos precedentes, amparados pelo modelo de princípios que exige daqueles que pretendem afastar o precedente o ônus argumentativo necessário à justificação do afastamento. Segundo Alexy, as “razões básicas para seguir os precedentes é o princípio de universalizabilidade, a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal”¹⁶⁵.

Uma das dificuldades de seguir os precedentes está na determinação da relevância das diferenças existentes entre diferentes casos. Até que ponto as diferenças são irrelevantes e exigem a aplicação do precedente ou são de uma magnitude tal que admitem uma decisão judicial diversa das anteriores? Da mesma forma, embora idênticos os casos em suas circunstâncias relevantes, não seria possível uma decisão diferente baseada na reconsideração sócio-política daquela problemática? Segundo Alexy, nos casos assim estabelecidos, “surge a possibilidade de exigir respeito pelo precedente como uma questão de princípio, embora se admita exceções sujeitas a imposição do argumento do encargo sobre qualquer um que se proponha fazer uma exceção”¹⁶⁶.

Partindo da idéia defendida por Alexy de que o respeito aos precedentes é uma questão de princípio, Prieto Sanchís assegura que o abandono de um princípio somente pode ser

¹⁶³ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 187-88.

¹⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 164.

¹⁶⁵ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 259. A problemática acerca do princípio da universalização voltará a ser abordada no próximo capítulo. Neste sentido, ver item 2.4.2.1, *infra*.

¹⁶⁶ Partindo do princípio da inércia de Perelman, Alexy defende que uma decisão somente pode ser alterada se boas razões suficientes puderem ser aduzidas para fazer isso. Neste sentido, as regras para a utilização do precedente podem ser assim formuladas: (J. 13) Se um precedente pode ser citado a favor ou contra uma decisão ele deve ser citado. (J. 14) Quem desejar se desvincular de um precedente, assume o encargo do argumento. ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 259-61. A questão dos precedentes voltará a ser analisada no próximo capítulo. Neste sentido, ver item 2.4.3.3.2, *infra*.

realizado em nome de outro princípio, de outro critério normativo generalizante para o futuro, marca característica desta perspectiva funcional dos princípios. Assim, a argumentação de princípio não só justifica a adoção do precedente, mas também seu abandono, quando se faça imperiosa a adoção de um novo critério capaz de generalização e aplicação para os casos futuros, um novo princípio explícita ou implicitamente reconhecido pelo sistema jurídico¹⁶⁷.

Neste contexto, o critério de universalização, aqui apresentado como questão de princípio, aproxima-se da teoria dos princípios neutrais desenvolvida por H. Wechsler, sustentando em linhas gerais que as decisões judiciais, particularmente aquelas que aplicam a Constituição, “devem aparecer explicadas ou motivadas em todos seus extremos e isso há de fazer-se mediante razões neutrais, isto é, razões que o juiz ‘estaria disposto a respeitar em outros supostos aos quais fora aplicável’”¹⁶⁸.

A relação entre a argumentação de princípios e a regra da neutralidade¹⁶⁹ não exige do intérprete que siga os precedentes assentados pela jurisprudência, com os olhos direcionados ao passado, exige sim que, voltado para o futuro, esteja compromissado em assentar um precedente. Neste sentido, a argumentação de princípios reclama não somente a escolha de princípios aplicáveis ao suposto examinado, mas também que tais princípios enfeixem a

¹⁶⁷ PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 168.

¹⁶⁸ No original: “...deben aparecer explicadas mediante razones neutrales, esto es, razones que el juez ‘estaría dispuesto a respetar en otros supuestos a los que fuera aplicable’”. Idem, p. 168.

¹⁶⁹ Ainda que não seja objeto do presente estudo, cabe salientar a importância que a regra da neutralidade tem desempenhado principalmente no constitucionalismo estadunidense, espalhando-se também por outros países pela via do fecundo debate político travado entre liberais, comunitaristas e republicanos. Como âmbito de discussão informado pela regra da neutralidade, pode-se mencionar a relação entre autonomia privada (subjetividade) e autonomia pública (generalidade), a busca do equilíbrio entre as dimensões individual e coletiva, as diferentes concepções de bem e de justiça e as relações entre as questões de justiça – o que é bom para todos e pode ser afirmado com caráter universal – e as questões relativas a preceitos éticos ou concepções de bem – o que é bom para uma pessoa ou grupo de pessoas. Pela regra da neutralidade, nenhum indivíduo pode afirmar que as suas concepções de bem, suas concepções do que seja uma vida boa, são melhores que as dos outros. Nas palavras de Bruce Ackerman, quando discorre acerca da neutralidade e da convergência: “*Neutralidade*: Nenhuma razão é uma boa razão se requer que o possuidor do poder afirme: *a*) que sua concepção de bem é melhor que a concepção de bem sustentada por qualquer de seus concidadãos; *ou b*) que, independentemente de sua concepção de bem, ele é intrinsecamente superior a um ou mais de seus concidadãos”. No original: “*Neutralidad*: Ninguna razón es una buena razón si requiere que el poseedor del poder afirme: *a*) que su concepción del bien es mejor que la concepción del bien sostenida por cualquiera de sus conciudadanos; *o b*) que, independentemente de su concepción del bien, él es intrínsecamente superior a uno o más de sus conciudadanos”. Rawls, em seu “O Liberalismo Político”, defende o valor da neutralidade com respeito às distintas concepções de bem como o traço essencial de uma concepção política de justiça. A neutralidade garante a convivência política justa e estável em uma sociedade profundamente dividida por doutrinas morais, religiosas e filosóficas razoáveis, ainda que incompatíveis. Para aprofundar as questões mencionadas, pode-se consultar: ACKERMAN, Bruce. *La justicia social en el Estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999; HABERMAS e RAWLS. *Debate sobre el liberalismo...*; RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000; TAYLOR, Charles. *El milticulturalismo y “la política del reconocimiento”*. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993; WALZER, Michael. *La crítica comunitaria del*

melhor solução possível dentre as previsíveis, ou seja, além de uma justificação formal da decisão, um âmbito de justificação eminentemente substancial.

1.3.4.2.2 Argumentação de princípios e argumentação consequencialista

Afora o critério de universalização, outro forte âmbito de justificação onde a teoria dos princípios desempenha um papel fecundo é a argumentação consequencialista. Consequencialismo aqui entendido como um modelo interpretativo informado pela argumentação teleológica ou finalista, segundo o qual “o ordenamento propõe certos valores ou objetivos políticos e morais que devem ser perseguidos por todos os operadores jurídicos”¹⁷⁰.

A grande restrição feita à aplicação da argumentação consequencialista sustenta que os argumentos consequencialistas se contrapõem à argumentação de princípios, porquanto esta consiste na adoção da melhor decisão baseada em critérios preexistentes e que devem ser aplicados independentemente dos seus resultados, ao passo que aqueles são prospectivos e exigem uma ponderação acerca dos benefícios políticos e sociais de uma determinada decisão para o futuro.

O caráter contraditório da relação entre argumentação de princípios e argumentação consequencialista é defendido por Dworkin, quando distingue os princípios de justiça em sentido estrito e os princípios políticos, estes vinculados a questões marcadamente utilitárias de bem-estar social da maioria, comprometidos com o maior benefício possível ao maior número de cidadãos. Para Dworkin, a argumentação consequencialista somente pode ser usada no processo de justificação da decisão judicial, após o esgotamento de todos os outros recursos de justificação, quando cabe ao julgador adotar a decisão que, segundo seu juízo, melhor satisfaça os objetivos do ordenamento jurídico.

Essas críticas à argumentação consequencialista são rechaçadas por Prieto Sanchís, negando sua contradição com a argumentação de princípios, até porque quando a interpretação é remetida àqueles argumentos não há simples alusão a concepções utilitárias, mas também acerca dos resultados da decisão judicial, do ponto de vista dos princípios da liberdade das pessoas e do caráter democrático do Estado. No caso da eleição entre diversas

liberalismo. Traducción de Sebastián Abad. La Política – Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad, n.º 01, 1. semestre, Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 1996, p. 47-64.

¹⁷⁰ PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 170.

interpretações deve-se decidir por aquela que possibilite maiores benefícios à satisfação de certo objetivo proposto pelo ordenamento jurídico¹⁷¹.

Circunscrito o consequencialismo fora do chamado “utilitarismo do ato” – a análise das conseqüências de uma decisão em um caso particular e sua avaliação do ponto de vista subjetivo do intérprete sobre o melhor resultado – e adstrito a um modelo de utilitarismo que examina os resultados da decisão sob uma perspectiva geral e conforme ao ordenamento jurídico, parece inegável a relevância da argumentação consequencialista¹⁷². Se na decisão acerca de determinada situação, a norma prevista constitui uma das possíveis interpretações de alguma disposição jurídica válida, admitindo distintos graus de cumprimento, deve-se adotar aquela decisão que proporcione os melhores resultados, que melhor satisfaça os objetivos do ordenamento, o que implica um cálculo consequencialista.

Não se pode negar a relevante função dos princípios constitucionais na determinação dos fins e objetivos a serem considerados na avaliação prospectiva dos resultados de uma decisão. Os objetivos e finalidades dispostos explícita ou implicitamente no sistema constitucional são veiculados por meio de princípios constitucionais, sendo imperioso que o cálculo consequencialista dos resultados de uma decisão judicial se formule à luz desses parâmetros, quer maximizando sua satisfação quer minimizando sua restrição.

1.3.4.2.3 Argumentação de princípios e interpretação sistemática

O componente principialista também está presente no método de interpretação sistemática. Além do critério de universalização e da argumentação consequencialista, o argumento da exigência de coerência da decisão judicial com o sistema jurídico em seu conjunto, sem sombra de dúvidas, representa uma das mais fecundas aplicações da argumentação de princípios. Aplicação que não se restringe à exigência de adequação ou correção lógica entre uma norma e o conjunto de normas do sistema, espalhando-se à necessidade de adequação teleológica, o ajuste substancial dos significados de uma disposição normativa com o ordenamento jurídico conjuntamente considerado. A interpretação sistemática impõe, portanto, coerência lógica e teleológica das normas aplicadas na decisão judicial.

¹⁷¹ Segundo defende Prieto Sanchís, o consequencialismo pode ser usado em qualquer processo de justificação jurídica, conjugando-se com outros argumentos ou métodos de interpretação, e não apenas naqueles casos difíceis em que não se encontra a solução por meio de “algum método hercúleo de interpretação dworkiniano”. Idem, p. 171-72.

¹⁷² Idem, 172-73.

A interpretação sistemática pode ser dividida em duas formas distintas: primeiramente, uma “interpretação sistemática em um sentido estrito”, conforme designada por Alexy, com referência à correção lógica das normas no sistema jurídico, a adequação e coerência lógica de uma norma inserta no ordenamento jurídico¹⁷³; afora o argumento sistemático, há o argumento teleológico sistemático, quando a interpretação sistemática é norteada à determinação da coerência material da disposição normativa com os fins dispostos no ordenamento. Neste sentido, pode-se dizer que o Direito é um sistema normativo que corresponde a um projeto racional do legislador, sendo a racionalidade do sistema jurídico uma espécie de diretriz¹⁷⁴.

A junção da interpretação sistemática propriamente dita, ou seja, a correção lógica das normas jurídicas ao ordenamento normativo, com a interpretação teleológica, a argumentação destinada à aferição da coerência material das normas jurídicas e a aptidão de seus significados à satisfação dos fins do sistema jurídico, conduz à interpretação principiológica, que determina seja a Constituição aplicada e interpretada como um todo integrado e inseparável, não em partes isoladas e descontextualizadas.

Dentro de uma argumentação principialista, os princípios constitucionais funcionam como razões de correção que permitem justificar – lógica e teleologicamente – uma decisão que aplique ou afaste determinada disposição normativa. A interpretação sistemática possibilita a determinação racional das normas ou grupos de normas que devem ser aplicados na decisão de certo problema prático.

Desta forma, pode-se dizer que “os princípios desempenham uma função essencial na construção do sistema ou, talvez melhor, que as chaves valorativas e axiológicas que definem e dotam de carácter próprio o sistema são justamente os princípios”¹⁷⁵.

1.3.5 Algumas propostas de classificação dos princípios constitucionais

Os princípios constitucionais não se apresentam de forma homogênea, podendo vir revestidos de natureza e configuração diversas. Neste contexto, mostra-se relevante a preocupação da doutrina constitucionalista em oferecer propostas de agrupamentos ou classificações dos princípios constitucionais.

¹⁷³ ALEXY, *Teoria da argumentação*, p. 232.

¹⁷⁴ CALSAMIGLIA, Albert. *Introducción a la ciencia jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1988, p. 96-99.

¹⁷⁵ No original: “...los principios desempeñan una función esencial en la construcción del sistema o, quizá mejor, que las claves valorativas y axiológicas que definen y dotan de carácter propio al sistema son justamente los principios”. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 183.

Adiante serão abordadas sucinta e exemplificativamente algumas propostas de tipologia dos princípios constitucionais, sem a pretensão de traçar maiores elucubrações jurídicas ou estabelecer alguma controvérsia, apenas e tão-somente com o intuito ilustrativo.

1.3.5.1 A proposta classificatória de José Joaquim Gomes Canotilho

Uma tipologia dos princípios constitucionais é oferecida por José Joaquim Gomes Canotilho, tomando por base a Constituição de Portugal. Segundo Canotilho, os princípios constitucionais podem ter a natureza de “princípios jurídicos fundamentais”, “princípios políticos constitucionalmente conformadores”, “princípios constitucionais impositivos” e “princípios-garantia”¹⁷⁶.

Os princípios jurídicos fundamentais são aqueles “historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. Tais princípios constituem um importante fundamento para a interpretação, integração e aplicação do Direito positivo. São princípios jurídicos gerais que desempenham tanto uma função negativa, nos casos de afronta ao Estado de direito e excesso de poder, como uma função positiva, informando materialmente os atos do Poder Público. Vinculam, portanto, a atuação do Poder Legislativo e fornecem diretivas materiais de interpretação das normas constitucionais¹⁷⁷.

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores restam configurados naqueles “princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”, as opções políticas nucleares e a ideologia inspiradora da Constituição. Representam os limites ao poder de revisão e norteiam o regime político adotado para o Estado, vinculando e informando a atuação legislativa e administrativa do Poder Público¹⁷⁸.

¹⁷⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1038-41.

¹⁷⁷ Como exemplos de princípios jurídicos fundamentais, Canotilho cita os princípios da proporcionalidade, da publicidade e da imparcialidade da atividade da Administração Pública e do acesso à justiça. CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1038-39. Analisando a CRFB, a partir do critério classificatório proposto por Canotilho, Grau cita como exemplos de princípios jurídicos fundamentais, os princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário da apreciação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da CRFB), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CRFB) e os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos vinculantes à atuação da Administração Pública (art. 37, *caput* da CRFB). GRAU, *A ordem econômica...*, p. 105.

¹⁷⁸ Canotilho enumera como princípios politicamente conformadores os princípios definidores da forma de Estado, como os da organização econômico-social, os princípios definidores da estrutura do Estado, os princípios estruturantes do regime político, como os princípios do Estado de direito, democrático, republicano, pluralista, e os princípios caracterizadores da forma de governo, como o da separação de poderes. CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1039-40. Como exemplos de princípios politicamente conformadores na CRFB, Grau

Na categoria de princípios constitucionais impositivos, Canotilho circunscreve aqueles que, “sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”. Nesta categoria de princípios constitucionais podem ser situadas as chamadas normas programáticas¹⁷⁹, definidoras de fins ou tarefas para o Estado. São, portanto, princípios que norteiam e informam marcadamente a atividade política e legislativa do Poder Público¹⁸⁰. O art. 3º da CRFB, que trata dos objetivos fundamentais da República, traz uma série de exemplos desta tipologia de princípios constitucionais.

Como visto, os princípios designados por Canotilho como constitucionais impositivos estão bastante próximos daquilo que Dworkin define como diretrizes ou *policies*, aqueles *standards* que estabelecem objetivos a serem alcançados pelo Estado, no mais das vezes ligados a algum aspecto econômico, político ou social da comunidade¹⁸¹.

Por fim, Canotilho aponta os chamados princípios-garantia que visam instituir de forma direta e imediata uma garantia para os cidadãos, possuindo densidade de autêntica norma jurídica e força normativa vinculante, positiva e negativa. Podem ser designados, ainda, como “princípios em forma de norma jurídica”, porquanto estabelecem diretamente garantias para os cidadãos, vinculando estreitamente o legislador na sua aplicação. São exemplos de princípios-garantia os princípios do juiz natural, da presunção de inocência dos acusados (*in dubio pro reo*), da estrita legalidade penal (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), dentre inúmeros outros¹⁸².

1.3.5.2 A proposta classificatória de Jorge Miranda

menciona os princípios da atividade econômica (art. 170 da CRFB), o princípio federativo (art. 1º, *caput* da CRFB), o pluralismo político (art. 1º, V da CRFB), o princípio da separação de poderes (art. 2º da CRFB) e os princípios que informam a organização política (art. 14 da CRFB). GRAU, *A ordem econômica...*, p. 106.

¹⁷⁹ Ainda que a análise das normas programáticas não seja objeto do presente estudo, há que se ressaltar a necessidade, sobretudo no modelo de Estado constitucional, de total afastamento daquela doutrina tradicional que entendia as normas constitucionais impositivas de objetivos e tarefas para o legislador como simples programas, promessas e apelos, plenamente destituídas de positividade e força normativa vinculante. As normas programáticas gozam de eficácia vinculante e força normativa, constituindo-se em verdadeiras pautas dirigentes da concretização material da Constituição, devendo ser consideradas na interpretação das normas restantes, determinando seu alcance, no processo de integração de lacunas, na proibição da emissão de normas contrárias às suas disposições e como obstáculo à implementação de práticas impeditivas de sua efetivação. Para um estudo mais aprofundado acerca das normas programáticas, pode-se consultar: BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 218-27; LUCAS VERDÚ, *Estimativa y política...*, p. 169-76; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Constituição e inconstitucionalidade. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 238-52.

¹⁸⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1040.

¹⁸¹ Neste sentido, ver item 1.3.3.1, *supra*.

¹⁸² CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1041.

Uma outra proposta de classificação é desenvolvida por Jorge Miranda, para quem os princípios constitucionais podem ser divididos em “princípios constitucionais substantivos”, válidos em si mesmos e que refletem os valores básicos da Constituição material, subdivididos em “princípios axiológicos fundamentais” e “princípios político-constitucionais”, e os “princípios constitucionais instrumentais”, “complementares dos primeiros e que enquadram as disposições articuladas no seu conjunto”¹⁸³.

Segundo Miranda, os princípios axiológicos fundamentais, subclassificação dos princípios constitucionais substantivos, representam os limites transcendentais do poder constituinte, uma espécie de canal de comunicação entre o Direito natural e o Direito positivo. São exemplos de princípios axiológicos fundamentais a proibição de discriminações, a inviolabilidade da vida humana, o direito de defesa dos acusados, a liberdade de religião e de convicções, a dignidade social do trabalho¹⁸⁴.

Os princípios político-constitucionais correspondem aos “limites imanentes do poder constituinte, aos limites específicos da revisão constitucional, próprios e impróprios, e aos princípios conexos ou derivados de uns e de outros”, refletindo as linhas caracterizadoras da Constituição material. São exemplos de princípios político-constitucionais os princípios democrático, representativo, republicano, da separação de poderes¹⁸⁵.

Os princípios político-constitucionais descritos por Miranda guardam estreita relação de identidade com os princípios políticos constitucionalmente conformadores propostos por Canotilho. Ambos se constituem nas opções políticas nucleares e fundamentais da Constituição, servindo de limite à reforma pelo poder constituinte derivado.

Os princípios estruturantes do sistema constitucional são classificados por Miranda como princípios constitucionais instrumentais, de natureza fundamentalmente construtiva e que, “embora vindos do Estado constitucional ou de Direito, hoje adquiriram uma relativa neutralidade a ponto de poderem encontrar-se um pouco por toda a parte”. São exemplos de princípios instrumentais o da publicidade das normas, o da competência, do paralelismo das formas, da tipicidade das formas de lei¹⁸⁶.

1.3.5.3 A proposta classificatória adotada por Luis Prieto Sanchís

¹⁸³ MIRANDA, *Manual de Direito...*, p. 229.

¹⁸⁴ Idem, *Ibidem*.

¹⁸⁵ Idem, p. 229-30.

¹⁸⁶ Idem, p. 230.

Sem deixar de reconhecer a importância das propostas de classificação oferecidas por Canotilho e Miranda, a classificação que melhor respalda uma teoria dos princípios constitucionais nos moldes traçados, parte de sua origem ou respaldo institucional, dividindo os princípios constitucionais em explícitos, implícitos e extra-sistemáticos¹⁸⁷.

Os princípios constitucionais explícitos são aqueles previstos precisamente em alguma disposição constitucional, da qual constituem seu significado. A Constituição de 1988 é riquíssima em princípios explícitos, podendo ser caracterizada como um texto constitucional de viés claramente principiológico. Como observa Prieto Sanchís, a “constitucionalização de um amplo catálogo de princípios e, em geral, sua recepção em normas expressas não tem só um significado programático ou de manifestação pública do ordenamento de valores em que descansa o sistema”. Oferece também uma “virtualidade prática indiscutível que permite diferenciar os princípios expressos dos tradicionais princípios gerais de Direito”¹⁸⁸. Estes, uma vez que não se encontram expressamente fixados em uma disposição normativa, são necessariamente implícitos ou deduzidos do conjunto do ordenamento constitucional.

Os princípios constitucionais implícitos são aqueles princípios que não podem ser considerados como o sentido direto e imediato de nenhuma disposição constitucional, sendo obtidos a partir de um exercício de descoberta de uma ou várias disposições que se constituem em casos de aplicação ou especificação de tais princípios. Por meio de um exercício lógico e axiológico de analogia, são obtidos determinados princípios constitucionais que, embora não expressamente dispostos no texto da Constituição, integram implicitamente o ordenamento constitucional.

¹⁸⁷ Essa tipologia está sustentada na proposta classificatória de Jerzy Wróblewski, para quem os princípios poderiam ser de cinco tipos: os “princípios explícitos” ou “princípios positivos do Direito”, aqueles expressamente formulados no texto do Direito positivo, em alguma disposição normativa; os “princípios implícitos do Direito”, obtidos por dedução ou indução a partir de alguma norma ou grupo de normas; os “princípios totalmente não-expressos” ou “princípios extra-sistemáticos do Direito”, formados a partir da Constituição material ou de alguma filosofia moral ou política reconhecidamente inspiradora do ordenamento jurídico, mas que não ser razoavelmente reconhecida como constitutiva do significado de alguma disposição; os “princípios-nome do Direito”, que consubstanciam os traços essenciais das instituições jurídicas e que, além de serem instrumentos descritivos do Direito vigente, possuem uma importância normativa; os “princípios-construção”, verdadeiros “meta-argumentos” baseados em teorias ou ideologias bastante difundidas na tradição jurídica, como o legislador racional, coerente e finalista. Os princípios-nome e os princípios-construção, que podem ser reconduzidos às três primeiras categorias, além de explicar as chaves do sistema jurídico, desempenham também uma função normativa, como normas de segundo grau, na interpretação de outras normas, como argumentos ou esquemas de motivação da decisão judicial. Neste sentido: GRAU, *A ordem econômica...*, p. 95; PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 134.

¹⁸⁸ No original: “La constitucionalización de un amplio catálogo de principios y, en general, su recepción en normas expresas no tiene sólo un significado programático o de manifestación pública del orden de valores en que descansa el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica indudable que permite diferenciar los principios expresos de los tradicionales principios generales del Derecho”. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 135-36.

O procedimento que identifica os princípios implícitos é a analogia, enquanto generalização a partir de uma ou várias normas do ordenamento jurídico, em um processo de criação ou reconhecimento de um princípio geral. O raciocínio analógico não ostenta uma natureza estritamente lógico-formal, sendo informada por um componente axiológico que fundamenta os juízos de semelhança, tornando o processo de reconhecimento dos princípios implícitos suscetível de discussão e interpretações diversas. Assim, a discricionariedade dos juristas ocupa um lugar destacado no processo de identificação dos princípios constitucionais implícitos¹⁸⁹.

Vale ressaltar que os princípios constitucionais implícitos decorrem tanto de um processo indutivo como dedutivo. No primeiro caso, o princípio é identificado como o elemento central de um conjunto de disposições que refletem casos semelhantes e se constitui em uma norma generalizante capaz de disciplinar novos casos análogos. No segundo caso, parte-se da argumentação segundo a qual uma norma constitucional geral guarda relação de implicação com o princípio implícito, sendo este uma consequência lógica daquela, reforçada pelos valores ou interesses tutelados pela norma explícita¹⁹⁰.

Uma primeira dificuldade quando se discute acerca dos chamados princípios extra-sistemáticos está na sua distinção dos princípios implícitos. Restando admitido que os princípios implícitos não decorrem apenas de um processo estritamente lógico, mas em certa medida de um processo argumentativo teleológico, baseado em opções valorativas, torna-se forçoso admitir que apresentam, em maior ou menor amplitude, traços marcadamente extra-sistemáticos.

Por princípios extra-sistemáticos pode-se entender aquele conjunto de princípios constitucionais que decorrem da essência da Constituição material, informados por uma filosofia moral e política supostamente inspiradora do ordenamento constitucional. Estes princípios políticos não pertencem a um estado pré-jurídico, consubstanciando-se em fonte e essência do sistema constitucional substantivo¹⁹¹.

Prieto Sanchís salienta que os princípios extra-sistemáticos decorrem muito mais de formulações doutrinárias que do reconhecimento jurisprudencial, porquanto “não constituem a ‘derivação’ de alguma disposição normativa, sendo sim o fruto de uma argumentação

¹⁸⁹ Idem, p. 142-43.

¹⁹⁰ Idem, p. 145-46.

¹⁹¹ Pelo que se pode notar, o conceito de princípios extra-sistemáticos se aproxima em larga medida ao conceito de princípio desenvolvido por Dworkin. Neste sentido, ver item 1.3.3.1, *supra*.

política ou moral bastante elaborada que não é corrente na motivação das decisões judiciais”¹⁹².

Uma perspectiva normativista informada pelo modelo juspositivista não admitiria os princípios extra-sistemáticos como parte do Direito, uma vez que nem constituem o significado de uma disposição legal e nem podem ser dela inferidos. Ao que parece, para fazer referência às duas teorias juspositivistas já analisadas, tanto a norma fundamental kelseniana como a regra de reconhecimento hartiana são incapazes de identificar os princípios extra-sistemáticos como normas válidas do ordenamento jurídico.

No entendimento de Carrio, os princípios que não satisfaçam os requisitos da regra de reconhecimento não fazem parte do Direito. Na melhor das hipóteses são candidatos a integrar o sistema, porquanto por meio do uso reiterado adquirem consistência e caráter normativo suficiente para serem consideradas normas jurisprudenciais em vigor. Por outro lado, não há como determinar precisamente quantas vezes devem ser aplicados, e por quantos tribunais, para serem reconhecidos como integrados ao Direito pela via da jurisprudência¹⁹³.

Nada obstante, muito embora não possam ser considerados como normas válidas do sistema, sob as bases de uma perspectiva juspositivista, uma vez aplicados pelos juízes quando da motivação das decisões judiciais, os princípios extra-sistemáticos tornam-se normas eficazes, restando integrados ao ordenamento jurídico. Desde que seja aplicado no momento da atuação judicial, ainda que uma única vez, o princípio já adquire eficácia normativa e força ativa vinculante, podendo ser alegado quando da dedução de uma determinada pretensão em juízo ou servir de fundamento argumentativo à decisão judicial¹⁹⁴.

De posse de todo o arcabouço teórico apresentado até o momento, sobretudo acerca do estabelecimento de um conceito de princípios compatível com a discussão das tensões entre princípios constitucionais, faz-se necessária a análise de uma teoria da argumentação que possibilite a resolução racional das colisões entre princípios constitucionais. Este empreendimento será levado a efeito no próximo capítulo, com o estudo da teoria da justificação jurídica de Alexy.

¹⁹² No original: “...no constituyen la ‘derivación’ de alguna disposición normativa, sino que son el fruto de una argumentación política o moral bastante elaborada que no es corriente en la motivación de las dicesiones judiciales”. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 147.

¹⁹³ CARRIO, *Principios jurídicos...*, p. 66.

¹⁹⁴ PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 148-49.

CAPÍTULO 2

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

2.1 Considerações iniciais

A consolidação do chamado Estado constitucional, um modelo de organização jurídico-política estruturado sob as bases do novo constitucionalismo, tonificou sobremaneira o papel do Judiciário no processo de efetivação dos direitos fundamentais e consolidação de uma cultura de eficácia normativa da Constituição. Neste contexto, um ativismo judicial responsável e consciente da necessária disseminação de uma cultura constitucional desponta como elemento imprescindível à materialização do Estado constitucional democrático¹⁹⁵. Imprescindível sim, suficiente não: é que a garantia dos direitos de liberdade e a implementação dos direitos sociais exigem também, em larga medida, a participação ativa da sociedade civil organizada.

Em meio ao agigantamento do papel do Judiciário na consolidação do Estado constitucional e ao fomento de uma cultura da Constituição, a problemática da tensão entre princípios constitucionais ocupa um lugar destacado. A resolução de colisões entre princípios constitucionais demanda uma complexa justiciabilidade, exigindo uma teoria da ponderação de princípios alicerçada sobre uma sólida teoria da justificação judicial. É ponto pacífico a imprescindibilidade de fundamentação a toda atuação judicial, ou melhor, uma adequada fundamentação. A necessidade de justificação judicial é garantia inerente ao próprio Estado

¹⁹⁵ Para uma análise mais aprofundada acerca da necessidade de um ativismo judicial comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais, pode-se consultar: CLÈVE, Clémerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Revista da Academia de Direito Constitucional, Vol. III, Curitiba, 2003; DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. Sequência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Ano 16, n.º 31, semestral, Florianópolis: Editora da UFSC, 1995.

de direito, figurando expressamente no artigo 93, IX da CRFB. Os contornos traçados pelo Estado constitucional democrático exigem que o juiz exponha as razões de sua decisão, as motivações fáticas e jurídicas que o conduziram à sentença.

As razões norteadoras da decisão judicial desempenham uma relevante função justificatória, enquanto verdadeiros instrumentos de legitimação do poder de julgar. A legitimação sócio-política e jurídica do Poder Judiciário não pode repousar na autoridade do juiz, sob pena de séria lesão ao princípio democrático. Assim, as razões e os argumentos de justificação se configuram em instrumentos de legitimação do poder, que resta confinado dentro dos limites de sua justificação¹⁹⁶.

A declaração das razões da decisão não necessariamente se constitui em um exercício complexo. Na resolução dos chamados “casos fáceis”, o raciocínio judicial que conduz à sentença pode ser efetivado sem grandes obstáculos, permitindo a resolução do conflito com maior celeridade e eficácia. Nestes casos, o silogismo judicial¹⁹⁷ composto de uma sentença derivável de duas premissas, uma fática e outra normativa, é mecânica e prontamente atingido, mormente quando as informações acerca do conteúdo das premissas fática e normativa são suficientes ao deslinde do caso.

Esse modelo de raciocínio judicial pautado por uma lógica formal ou dedutiva garante somente a solução daqueles “casos fáceis”. Entretanto, o problema da colisão entre princípios constitucionais não pode ser assim qualificado. Configura-se em verdadeiro “caso difícil”, que demanda um modelo de raciocínio jurídico informado por uma lógica material, ou seja, por uma teoria da argumentação jurídica capaz de conferir racionalidade justificativa à decisão judicial.

Essa será a tônica a ser enfrentada: sob quais parâmetros pode ser desenvolvida uma teoria da argumentação jurídica voltada à justificação das decisões judiciais sobre colisões entre princípios constitucionais. Como visto, pretende-se aqui a análise de uma teoria da argumentação jurídica sob uma perspectiva normativa, ou seja, uma teoria voltada aos aspectos normativos da justificação das decisões judiciais¹⁹⁸.

¹⁹⁶ BERGHOLTZ, Gunnar. *Ratio et auctoritas*: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas. Traducción de Josep Aguiló Regla. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 08, Alicante: Doxa, 1990, p. 80-81.

¹⁹⁷ Para recuperar a definição aristotélica, “o silogismo é o razoamento em que, dadas certas premissas, se extrai uma conclusão conseqüente e necessária, através das premissas dadas”. ARISTÓTELES. *Organon*. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1986, p. 10.

¹⁹⁸ Conforme ensina Atienza, existem pelo menos três aspectos relativamente distintos a partir dos quais pode ser analisada uma teoria da argumentação jurídica. O primeiro se refere ao seu conteúdo ou campo de aplicação, donde se pode encontrar uma “teoria *standard* da argumentação jurídica” nos moldes desenvolvidos por autores como Aarnio, Alexy e Peczenik, uma teoria normativa da justificação judicial. Uma segunda perspectiva se refere aos métodos ou instrumentos utilizados pela referida teoria *standard*. Neste caso, não se discute o que

A partir dessa perspectiva, deve-se empreender a análise da argumentação jurídica no âmbito da aplicação das normas jurídicas à solução dos conflitos, com referência à interpretação fática e jurídica relacionada aos casos difíceis. Essa teoria da justificação jurídica não está ligada ao âmbito da produção ou estabelecimento de normas jurídicas, nem ao campo da dogmática jurídica, que tem por função fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias, fornecer critérios a sua aplicação, ordenação e sistematização, muito embora guarde estreita relação com o cumprimento daquela função dogmática relacionada à aplicação do Direito¹⁹⁹.

Conforme restará exposto em maiores detalhes, a argumentação se constitui no cerne da justificação judicial, sobretudo quando da resolução de casos difíceis como colisões entre princípios constitucionais. Ademais, não se pode negar que a prática do Direito se funda, basicamente, em argumentar e manejar os argumentos com habilidade.

Neste contexto, é inegável que a problemática da correção dos argumentos ocupa um lugar central. Do ponto de vista formal ou dedutivo, considera-se que existe uma argumentação válida “quando a conclusão necessariamente é verdadeira se as premissas são verdadeiras”. Todavia, a lógica dedutiva somente oferece critérios formais de correção, não se ocupando das questões materiais, sumamente relevantes no âmbito da argumentação jurídica. Assim, podem ocorrer argumentos logicamente corretos, embora baseados em premissas falsas, bem como argumentos logicamente incorretos, ainda que a conclusão e as premissas do raciocínio jurídico sejam verdadeiras ou altamente plausíveis²⁰⁰.

Com a problemática da correção dos jogos argumentativos ganha relevo o estudo de uma teoria procedimental do discurso jurídico²⁰¹ voltado à justificação judicial. Uma teoria preocupada com a correção e a validade das razões das decisões judiciais, pautada e informada por parâmetros de aferição de sua racionalidade.

explica a teoria, mas sim como explica, se é exitosa em sua empreitada, se não poderiam ser utilizados outros instrumentos conceituais que não aqueles empregados pelos autores da teoria *standard* e quais seriam estes instrumentos. Por fim, uma terceira perspectiva guarda relação com os resultados obtidos pela teoria da argumentação jurídica, se alcança os fins aos quais se destina, qual seu valor instrumental e etc. ATIENZA, Manuel. Para una teoría de la argumentación jurídica. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 08, Alicante: Doxa, 1990, p. 39-40.

¹⁹⁹ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 18-21.

²⁰⁰ Idem, p. 32-34.

²⁰¹ Alexy esclarece que a teoria do discurso pertence à classe das teorias procedimentais. Segundo este modelo teórico, “a adequação de uma norma ou a verdade de uma proposição depende de se a norma ou a proposição é ou pode ser o resultado de um procedimento determinado”. ALEXY, Robert. Problemas da teoria do discurso. Tradução de João Maurício Adeodato. In. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. O novo em Direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 14.

Desta forma, buscar-se-á enfrentar a problemática delineada a partir do instrumental teórico desenvolvido por Alexy em sua “Teoria da Argumentação Jurídica”, onde o autor procura situar o discurso jurídico como um caso especial do discurso racional prático, intentando estabelecer as bases de uma teoria da justificação jurídica.

Não se pode, no entanto, discutir a teoria da justificação jurídica de Alexy, bem como as críticas a ela endereçadas, sem antes empreender, ainda que sucintamente, uma análise de duas das principais teorias da moderna argumentação jurídica, de marcante influência no debate contemporâneo, quais sejam: a tópica jurídica de Viehweg e a nova retórica de Perelman²⁰². Estas duas concepções, desenvolvidas na segunda metade do século XX, inauguram uma nova fase no estudo da racionalidade prática, até então marcada pela incontestável hegemonia da razão formal-dedutiva, que a relegou ao âmbito obscuro da irracionalidade.

2.2 A tópica jurídica de Theodor Viehweg

O pensamento lógico-dedutivo dominou o discurso jurídico, com o *status* de verdade incontestável, por um considerável período histórico. Desde a consolidação do raciocínio cartesiano e do racionalismo jusnaturalista, seguido pelo modelo juspositivista, até o final da primeira metade do século XX, o Direito foi pensado, hegemonicamente, sob as bases de um modelo de racionalidade lógico-dedutiva.

Coube a Viehweg trazer a lume uma esquecida e muito antiga forma de raciocínio, que rapidamente ganhou notoriedade no seio da comunidade jurídica. A tópica ressurgiu como um modelo de raciocínio jurídico pautado pelo antisistematismo e pelo antilogicismo, fazendo frente ao pensamento sistemático formal-dedutivo. Antes da análise da tópica jurídica de Viehweg, parece relevante uma recuperação da evolução do pensamento tópico, a partir dos

²⁰² Transcende os limites deste estudo a análise de todas as principais teorias da argumentação jurídica, desenvolvidas sobretudo a partir da segunda metade do século XX. Entretanto, parece oportuno fazer referência à concepção não formal da argumentação jurídica desenvolvida por Stephen E. Toulmin e à teoria integradora da argumentação jurídica de Neil MacCormick, como exemplos de genuínas contribuições à filosofia do Direito. Outras contribuições também de relevância ímpar, como os estudos de Aarnio e Atienza, afora, por óbvio, a teoria da justificação jurídica de Alexy, que serve de base ao presente trabalho, vêm sendo incorporados ao texto desde o primeiro capítulo. Para aprofundar os estudos acerca dos autores referidos, pode-se consultar: AARNIO, Aulis. Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre Filosofía del Derecho. México: Fontamara, 1995; AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 75-85; ATIENZA, *As razões do...*, p. 133-232.

ensinamentos de Aristóteles, Cícero e Vico, que traçaram as bases desse modelo de raciocínio e serviram de fundamento teórico à obra de Viehweg.

2.2.1 Evolução do pensamento tópico

O pensamento tópico teve suas bases teóricas e práticas estruturadas a partir dos escritos aristotélicos, principalmente o estudo denominado “Tópicos”²⁰³. Não se pode, por outro lado, dizer que Aristóteles tenha sido o inventor da *Topika*, até porque esse modelo de raciocínio prático já havia sido tratado pela filosofia grega clássica, a antiga arte de disputar, o domínio dos retóricos e dos sofistas²⁰⁴.

Para entender a tópica de Aristóteles é necessário considerar três categorias básicas do seu pensamento: a dialética, a lógica e a retórica. A tópica pode ser entendida como um âmbito especial de aplicação da dialética. Dialética, que na teoria aristotélica é contraposta ao campo do raciocínio apodítico. Enquanto o raciocínio apodítico (demonstrativo) parte de uma verdade, do verdadeiro, do fundamental, o raciocínio dialético situa-se no plano do meramente opinável, da plausibilidade, da disputa argumentativa e do consenso²⁰⁵.

Aristóteles não contrapõe a lógica à dialética, o que o faz desenvolver dois tipos de silogismos (o lógico e o dialético), que diferem no conteúdo e no âmbito de aplicação. Já quanto à dialética e à retórica, ambas estão intimamente relacionadas: a primeira contemplando o modo de assentar as premissas relevantes ao raciocínio; a segunda relacionada às conseqüências necessárias baseadas em premissas dadas²⁰⁶.

A tópica aparece nessa seara como elemento comum e conformador da dialética e da retórica, a partir da idéia de proposições opináveis (*endoxa*), de opiniões geralmente aceitas. Os tópicos (*topoi*) possibilitam a formação de silogismos sobre os problemas a serem apresentados, evitando contradições e instrumentalizando conclusões derivadas de opiniões aparentemente adequadas, quer para atacar quer para defender um raciocínio²⁰⁷.

Essas são as pretensões aristotélicas com o raciocínio dialético, o espaço por excelência da argumentação tópica: “Nosso tratado se propõe encontrar um método de investigação graças ao qual possamos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas,

²⁰³ ARISTÓTELES. Tópicos. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 07-158.

²⁰⁴ VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964, p. 33.

²⁰⁵ ARISTÓTELES, *Tópicos*, p. 11.

²⁰⁶ MOREIRA, Alexandre Mussoi. Anotações sobre a tópica. Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis, Vol. II, semestral, Porto Alegre: Faculdades Integradas Ritter dos Reis, 1999, p. 193-95.

sobre qualquer problema que nos seja proposto, e sejamos também capazes, quando replicamos um argumento, de evitar dizer alguma coisa que nos cause embaraço”²⁰⁸.

No âmbito da tópica tudo é passível de discussão, não há preocupação com verdades necessárias e acabadas. Os problemas são enfrentados com base em pautas argumentativas que gozam de maior ou menor consenso entre os debatedores, sendo que, uma vez consolidadas na prática como elementos argumentativos recorrentes, recebem o nome de tópicos. Essa é a síntese do pensamento tópico em Aristóteles: “um conjunto de argumentos de caráter geral e suscetíveis de uso alternativo, que dão à argumentação os pontos de partida necessários para, a partir de um conjunto de critérios, regras e enunciados comumente aceitos, possibilitar uma construção dialética ou retórica de verdades práticas”²⁰⁹.

Pelos escritos de Aristóteles é possível definir os tópicos (*topoi*) como “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis universalmente, que são aplicáveis a favor ou contra ao opinável e que parecem conduzir à verdade”²¹⁰. Os *topoi* são aquelas pautas geralmente aceitas como verdadeiras por todos, pela grande maioria ou pelos mais notáveis e eminentes (filósofos), que podem auxiliar, com relação a cada problema, na obtenção de conclusões dialéticas e retóricas.

Outro autor que se destacou nos estudos do pensamento tópico foi Cícero, inclusive com maior influência histórica que Aristóteles. Diferente da tópica aristotélica, Cícero procurou desenvolver não uma teoria da tópica, mas sim um catálogo de tópicos, de lugares-comuns (*loci*) ou pontos de vista com aceitação generalizada e aplicação seja universalmente seja em um ramo específico do saber. Em Cícero, a tópica é estruturada no campo da invenção, um método de obtenção dos argumentos, as razões destinadas a convencer os ouvintes acerca de uma questão duvidosa. A procura pelos argumentos está no campo da tópica, já a dinâmica de passagem das premissas para a conclusão constitui o que Cícero denomina “formação do juízo”²¹¹.

A partir da Obra “*De Inventione*”, Cícero concebe a tópica de forma eminentemente pragmática, enquanto práxis da argumentação, o que explica porque a tópica interessa aos romanos apenas com relação à retórica, definida como a arte da eloquência. A tópica passa a ser encarada como recurso retórico ou oratório, a arte de encontrar os argumentos capazes de

²⁰⁷ VIEHWEG, *Tópica y...*, p. 34-35.

²⁰⁸ ARISTÓTELES, *Tópicos*, p. 11.

²⁰⁹ MOREIRA, *Anotações sobre...*, p. 197.

²¹⁰ No original: “...puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad”. VIEHWEG, *Tópica y...*, p. 38.

²¹¹ ATIENZA, *As razões do...*, p. 64-65.

convencer os ouvintes, sendo os lugares-comuns (*loci*) entendidos como depósitos de argumentos²¹².

Um terceiro autor que contribuiu ao estudo da tópica foi Vico, em sua *dissertatio* denominada “*De Nostris Temporis Studiorum Ratione*” (O Caráter dos Estudos de Nosso Tempo), sendo o primeiro autor a quem Viehweg faz alusão em sua obra. A partir de uma classificação dos métodos científicos em antigo ou tópico e novo ou crítico, Vico contrapôs o pensamento tópico ao racionalismo cartesiano em forte ebulição no início do século XVIII²¹³.

O método crítico tem como ponto de partida a verdade, uma *primum verum*, que não pode ser invalidada nem sequer pela dúvida, desenvolvida de forma geométrica, com base nas regras da ciência demonstrável e, na medida do possível, mediante grandes cadeias de dedução. Já o método tópico tem como ponto de partida o senso comum (*sensus communis*), baseado no verossímil e desenvolvido a partir dos cânones da tópica retórica, que trabalha principalmente com um tecido de silogismos.

A agudeza e a precisão se constituem nas principais vantagens do novo método científico, sempre que a *primum verum* seja efetivamente verdadeira. Entretanto, Vico admite o domínio das desvantagens desse método crítico, como a pobreza da linguagem e imaturidade dos juízos, enfim, uma “depravação do humano”. A tópica retórica evita todos esses inconvenientes, sendo defendido por Vico, não o abandono do novo método, mas sua interação com o velho modelo de pensamento, porquanto aquele sem este não pode alcançar uma verdadeira efetividade²¹⁴.

2.2.2 As contribuições de Viehweg à tópica jurídica

Em sua apresentação à versão castelhana da principal obra de Viehweg, “Tópica e Jurisprudência”²¹⁵, Eduardo Garcia de Enterría tece-lhe sonoros elogios, como “exemplo magistral de trabalho científico... uma das contribuições mais transcendentais dos últimos

²¹² Viehweg esclarece as diferenças entre a tópica aristotélica e a ciceroniana, afirmando que enquanto aquele projetou em sua tópica uma teoria da dialética, entendida como arte retórica, o segundo entendeu a tópica como uma prática da argumentação, que maneja o catálogo de tópicos para este fim esquematizado. Enquanto Aristóteles se preocupa em formar uma teoria, Cícero procura aplicar um determinado catálogo de tópicos. Àquele interessam essencialmente as causas, a este, por outro lado, interessam os resultados. VIEHWEG, *Tópica y...*, p. 39-43.

²¹³ Idem, p. 25-26.

²¹⁴ Idem, p. 27-28.

²¹⁵ Impende, desde já, estabelecer que o termo “jurisprudência” aqui empregado, e como, de resto, em várias partes deste estudo, não quer designar, como normalmente ocorre na cultura jurídica brasileira, o conjunto de decisões dos tribunais, mas sim o estudo da ciência do Direito ou o que se pode entender por teoria geral do Direito. Idem, p. 21.

tempos à teoria da ciência jurídica... verdadeira obra de arte, no mais exato sentido da expressão”²¹⁶. Em verdade, desde que em 1953 houve a primeira edição de sua obra clássica, a noção de tópica jurídica proposta por Viehweg se afirmou como conceito recorrente e amplamente difundido na metodologia jurídica²¹⁷. O estudo e a aplicação da tópica jurídica ganharam os mais largos âmbitos de abordagem, relacionando-se com as mais variadas temáticas da teoria do Direito. Seja para engrossar as fileiras em sua defesa, seja para dirigir-lhe severas críticas, é inegável que desde a obra de Viehweg, o pensamento tópico tem estado na ordem do dia.

Partindo da tópica aristotélica, Viehweg defende que o “ponto mais importante no exame da tópica constitui-se na afirmação de que se trata de uma técnica do pensamento que se orienta para o *problema*”²¹⁸. Nesta linha de raciocínio, pode-se dizer que a tópica consiste em uma técnica do pensamento problemático.

Com a obra de Viehweg a tópica pode ser caracterizada por três elementos umbilicalmente ligados: do ponto de vista de seu objeto, a tópica é uma *técnica do pensamento problemático*; por outro lado, com relação ao instrumento que opera, torna-se central a noção de *topos* ou *lugar-comum*; já no que toca ao tipo de atividade, a tópica se constitui em uma *busca e exame de premissas*. Trata-se de um método de raciocínio prático que enfatiza as premissas e não as conclusões²¹⁹.

A tópica, enquanto procedimento de busca de premissas, não pode ser encarada como uma proposta de raciocínio preocupada em alcançar resultados ou verdades definitivas. Sempre podem existir novos argumentos, novas premissas a interferir contrária ou favoravelmente no processo de justificação de um problema, até porque o repertório de tópicos invariavelmente se mostra provisório e elástico.

A análise de um caso prático enseja um jogo de situações a que se denomina tópica ou arte da invenção, a técnica de ponderação acerca das razões que recomendam ou desaconselham uma determinada decisão. Assim, Viehweg define problema como “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, segundo o qual toma o aspecto de questão que deve ser levada a

²¹⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Prólogo a la tópica y jurisprudencia. In. VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964, p. 11-12.

²¹⁷ GARCIA AMADO, Juan Antonio. Tópica, Derecho y método jurídico. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 04, Alicante: Doxa, 1987, p. 161.

²¹⁸ No original: “El punto más importante en el examen de la tópica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el *problema*”. VIEHWEG, *Tópica y...*, p. 49.

²¹⁹ ATIENZA, *As razões do...*, p. 65.

sério e para a qual se deve buscar uma única resposta como solução”²²⁰. A “aporia” é outra concepção central na tópica de Viehweg, sendo que o autor a define como uma questão iniludível e estimulante, que representa a inexistência de um caminho seguro, a situação de um problema que não se pode resolver. Portanto, as expressões pensamento problemático e pensamento aporético podem ser entendidas como sinônimas.

A partir da contraposição entre problema e sistema nos moldes formulados por Nicolai Hartmann²²¹, Viehweg estabelece que o problema, devidamente reformulado, é introduzido em uma rede de deduções mais ou menos explícita e extensa, da qual resulta uma resposta²²². Se a esta série de deduções chama-se sistema, então é possível afirmar que para encontrar uma solução, o problema é ordenado dentro do sistema.

Como se pode inferir, o ponto de maior relevo ao exame da tópica se constitui na afirmação de que se trata de uma técnica de pensamento orientada para o problema, uma técnica do pensamento problemático. Importa, portanto, e sobremaneira, discutir em quais dimensões do jurídico se manifesta o caráter problemático, a ponto de conferir à tópica o *status* de modelo de raciocínio prático conveniente à labuta jurídica.

Viehweg sustenta que a “aporia fundamental” da disciplina jurídica, o que lhe imprime sentido e relevância, consiste na questão do que seja o “justo aqui e agora”²²³. A busca do justo em cada caso concreto é, de fato, a grande razão de ser do Direito e da metodologia jurídica. Conforme Juan Antonio Garcia Amado, todo o edifício jurídico pode ser explicado em virtude da necessidade de resolver problemas, casos concretos. Por outro lado, o Direito é

²²⁰ No original: “... toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución”. VIEHWEG, *Tópica y...*, p. 50.

²²¹ Conforme Bonavides, “a caracterização do raciocínio sistemático se reveste em Hartmann da seguinte feição: ‘O pensamento sistemático parte do todo. A concepção é aqui primordial e permanece dominante. Não buscamos aqui o ponto de vista senão que o presumimos... Conteúdo de problema que não se compadece com o ponto de vista é recusado’. Quanto ao pensamento aporético, escreve ele: ‘O modo aporético de pensar em tudo procede de forma diferente. Os problemas antes de mais nada se lhe afiguram sagrados. Não conhecem nenhum fim da pesquisa que não seja o da investigação do problema mesmo... O próprio sistema não lhe é diferente, mas vale para ele apenas como idéia, como perspectiva. Não põe ele em dúvida a existência do sistema, apenas encontra o que o determina latente em seu próprio pensamento. Disso está certo, ainda quando o não compreenda’”. BONAVIDES, Paulo. O método tópico de interpretação constitucional. Revista de Direito Público, Ano 24, n.º 98, trimestral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 10.

²²² Para Viehweg, “o modo de pensar sistemático procede do todo e a concepção que tem desse todo é nele predominante. Um ponto de vista vem adotado desde o princípio da investigação e a partir dele os problemas são selecionados. Os problemas cujo conteúdo concilia-se com o ponto de vista são então assumidos ou aceitos e os que não se adaptam são rejeitados como questões falsamente colocadas. Toma-se de modo prévio, portanto, uma decisão sobre os limites dentro dos quais será possível a solução dos problemas. Já o modo de pensar por problemas, ou aporético, ‘não põe em dúvida que o sistema exista e que para sua própria maneira de pensar talvez seja latentemente o determinante. Tem certeza do seu sistema, ainda que não chegue a ter dele uma concepção’. A afirmação de que a forma de pensar por problemas parte de um sistema, mas não tem dele uma concepção precisa ou acabada, é fundamental para compreender a tópica”. ROESLER, Claudia Rosane. Theodor Viehweg e a ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 145-46.

marcado pela impossibilidade de encontrar, com caráter definitivo, geral e indiscutível, a resposta àquela questão fundamental: o que é o justo aqui e agora. Esse é o campo por excelência do pensamento tópico, o plano do discutível, do opinável, do provisório. A tópica jurídica serve “de via para a proposta de soluções e de argumentos e base ao intercâmbio argumentativo de razões, com vistas ao processo que deve conduzir à decisão”²²⁴.

Discutindo acerca da função dos tópicos, a busca de premissas adequadas à solução do problema, Viehweg divide a tópica em dois diferentes âmbitos: a tópica de primeiro grau e a tópica de segundo grau. Quando se está diante de um problema, são procuradas premissas que sirvam a sua resolução, pontos de vista mais ou menos casuais e arbitrários adequados à decisão do problema. Isso ocorre na vida cotidiana, sendo que uma observação mais acurada mostrará que a busca de premissas conduz à fixação de pontos de vista diretivos. A isso se pode designar tópica de primeiro grau²²⁵.

A falta de limites à procura de pontos de vista diretivos configura a tópica de primeiro grau como um procedimento bastante inseguro. Urge, portanto, a fixação de um repertório de pontos de vista, um catálogo de *topoi* que possam guiar a discussão do problema. Este é o âmbito da tópica de segundo grau, a tópica enquanto invenção de lugares-comuns, de argumentos suscetíveis de aplicação na solução de determinado caso concreto²²⁶.

Os *topoi* podem ser, ainda, de dois diferentes tipos: universalmente aplicáveis, constituídos por generalizações muito amplas e que podem ser aplicados a problemas de todas as áreas; ou, específicos a um determinado ramo do saber, servindo para círculos determinados de problemas. Tanto os tópicos gerais como os específicos somente adquirem sentido a partir do problema. Esta é a função primordial dos tópicos: orientar o pensamento na busca de soluções para os problemas²²⁷.

A definição dos tópicos está intimamente relacionada com sua função, a utilidade no raciocínio jurídico, enquanto elementos comunicativos que servem à argumentação, sendo que o valor pragmático dos *topoi* repousa precisamente na indeterminação. Um tópico somente será adequado ou inadequado frente ao problema, servindo ou não a sua discussão. Assim, os tópicos funcionam como possibilidades de orientação e fios condutores do pensamento, sempre cobrando sentido a partir dos problemas.

²²³ VIEHWEG, *Tópica y...*, p. 128.

²²⁴ No original: “... de vía para la propuesta de soluciones y de argumentos y base para el intercambio argumentativo de razones, con vistas al proceso que debe condizir a la decisión”. GARCIA AMADO, *Tópica, Derecho y...*, p. 164.

²²⁵ VIEHWEG, *Tópica y...*, p. 53.

²²⁶ Idem, p. 53.

²²⁷ ROESLER, *Theodor Viehweg e a...*, p. 152-53.

Enquanto técnica de raciocínio jurídico problemático, endereçada à resolução de problemas a partir de suas peculiaridades, de forma pontual e casual, a tópica jurídica constitui-se em instrumental de inegável fecundidade à resolução do conflito entre princípios constitucionais. O procedimento de busca e aplicação de argumentos adequados à solução de casos difíceis é o âmbito de atuação por excelência da tópica. A busca do justo caso a caso, com o apelo a razões de justificação jurídica consideradas adequadas, a partir de um jogo argumentativo que pretenda alcançar uma verdade – se não inquestionável e definitiva, pelo menos racionalmente aceitável e verossímil – certamente interessa à metodologia jurídica e mais precisamente à teoria da argumentação jurídica.

O modo de pensar por problemas se constitui em terreno fértil ao processo de interpretação no Direito e resolução dos casos difíceis. Por não se preocupar em partir de verdades irrefutáveis, mas apenas de argumentos verossímeis, o método tópico oferece a possibilidade de constante revisão e evolução da jurisprudência. Jurisprudência entendida enquanto ciência jurídica, o que confere maiores chances de racionalidade nos jogos argumentativos e maior conformidade com a idéia de justiça.

Um debate de capital relevância se refere à relação entre a tópica jurídica e o Direito positivo. Impende discutir sobre o lugar do Direito positivo no contexto dos tópicos que auxiliam o juiz na obtenção de decisões jurídicas. As respostas doutrinárias a esta questão são de todos os tipos: há aqueles que encaram a lei como mais um tópico, sem qualquer traço de superioridade; outros renegam a tópica jurídica justamente porque não reconhece o caráter vinculante da norma jurídica no processo de obtenção das decisões judiciais; outros, ainda, ressalvam a compatibilidade entre a metodologia tópica e o caráter preceptivo do Direito positivo²²⁸.

Para buscar uma resposta segura a esta questão, Garcia Amado parte da determinação de um conceito de Direito implícito na doutrina da tópica jurídica. Viehweg não precisou qual o papel da lei na tópica jurídica, nem sequer o alcance dos termos “lei” e “Direito”, mas é possível inferir que defende uma concepção dinâmica de Direito, o entendendo como atividade. Atividade marcada pela flexibilidade e mobilidade na busca do justo em cada caso concreto. Assim, a lei não é mais que uma parte constitutiva do Direito, um Direito que não vem dado de antemão, mas que é criado pela busca de soluções aos problemas práticos. Um processo de criação levado a cabo por uma série de elementos auxiliares, os argumentos ou tópicos. O Direito positivo aplicável seria um desses elementos auxiliares²²⁹.

²²⁸ GARCIA AMADO, *Tópica, Derecho y...*, p. 172.

²²⁹ *Idem*, p. 173-74.

Com base nessa concepção de Direito, a lei seria um tópico do mesmo nível dos outros ou superior? Pode-se defender que Viehweg não coloca o Direito positivo ao lado dos elementos constitutivos da tópica, quer em igualdade quer em superioridade. Os textos jurídicos dependem em larga medida da ação e do império da tópica, já que, muito embora fixados, seu sentido permanece indeterminado. É o sentido que importa em definitivo para a tópica, e esse somente se dá na relação com o problema. Portanto, pode-se dizer que a indagação formulada engendra um falso problema.

Garcia Amado afirma que Viehweg não defende uma aplicação *contra legem* dos tópicos. A lei é o tópico de partida para a resolução do problema jurídico. Entretanto, por conta de sua generalidade, rigidez da forma e textura aberta, precisa ser preenchido por outros tópicos, capazes de determinar seus sentidos possíveis e viabilizar a discussão sobre o significado mais adequado à solução do caso concreto. O papel da tópica seria organizar esse processo dialógico e proporcionar os argumentos aptos à solução do litígio, nem sempre consonante com o tópico de partida²³⁰.

Até o presente foi designada a tópica como um método jurídico²³¹. Entretanto, Viehweg deixa claro que a aplicação da tópica à jurisprudência não pode ser entendida como método. Método, no exato sentido do termo, deve ser definido como um procedimento estritamente demonstrável por meio de uma lógica rigorosa, sob as bases de um perfeito sistema dedutivo. A jurisprudência, informada pelo raciocínio tópico, deve ser entendida como um estilo, pautado pela flexibilidade e elasticidade e não pela comprobabilidade rigorosa. Um autêntico método exigiria o projeto de um sistema dedutivo²³².

Por certo, a concepção de método adotada por Viehweg é muito restritiva e claramente vinculada ao modelo de positivismo legalista do século XIX. Um conceito mais amplo certamente engloba o significado da metodologia da tópica. Do ponto de vista etimológico, o método pode ser entendido como o caminho, o procedimento para alcançar uma meta (resultado). Este caminho consiste em uma série de indicações para a solução de problemas, o conjunto de procedimentos dispostos em razão de certo resultado. Assim, pode-se dizer que o método jurídico pretende a eliminação da arbitrariedade da prática jurídica e a busca de um maior grau de racionalidade, no sentido de correção da atuação judicial.

A idéia de método jurídico aqui discutida se vincula a um conceito de Direito informado por diretrizes metodológicas antilegalistas, de caráter dinâmico e aberto, onde as

²³⁰ Idem, p. 174-75.

²³¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do método jurídico: reflexões em torno da tópica. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Ano 22, n.º 64, julho, Porto Alegre: AJURIS, 1995, p. 05-26.

decisões jurídicas ocupam um lugar central, portanto, uma concepção diametralmente oposta àquela visão do Direito como sistema estático, fechado e completo. A tópica jurídica – corrente antilegalista marcada por uma concepção dinâmica de Direito, baseada em uma racionalidade prática externa ao sistema – é informada por uma perspectiva argumentativa cujas bases para a decisão correta vêm dadas no contexto de cada caso prático, e não por uma disposição apriorística.

A tópica jurídica constitui-se, portanto, em um método que funciona como fonte argumentativa às partes do processo jurídico dialógico, repositório das razões fundamentadoras da decisão. A racionalidade prática do procedimento tópico é assentada na livre argumentação das partes envolvidas no processo. Não se busca uma decisão definitiva e inapelável, mas sim justificada a partir de razões que foram consensualmente apresentadas, quando do processo argumentativo prévio. Não se pretende uma decisão aceita por todos os sujeitos do discurso, mas sim baseada em razões tidas como adequadas à solução do problema. Este é o objeto último da tópica jurídica: por meio de cadeias argumentativas elásticas, servir de fonte de razões à decisão jurídica justa e adequada.

2.2.3 Algumas críticas ao pensamento tópico

As concepções expostas por Viehweg, não obstante a pronta e calorosa acolhida, não deixaram de receber inúmeras críticas de seus opositores. Críticas por vezes alimentadas pela falta de delimitação conceitual de suas categorias centrais, bem como pela inconsistência da discussão acerca do alcance e extensão de seu campo de aplicação. Peculiaridades que contribuíram na consolidação de uma doutrina tópica marcadamente geral, fragmentária e demasiadamente flexível, deixando transparecer a idéia de que a tópica jurídica aceitava a aplicação indiscriminada aos mais variados âmbitos do Direito.

Uma das mais qualificadas objeções à tópica jurídica foi empreendida por Larenz, defendendo que, na procura da solução para o problema, a tópica não pode dispensar determinados critérios gerais, sem os quais sequer seria possível apreender o problema. Um caso concreto sempre deverá ser cotejado com outros casos de problemática semelhante, com base em certos termos de comparação. Assim, o pensamento problemático não se constitui, exclusivamente, em um pensar orientado para o problema²³³.

²³² VIEHWEG, *Tópica y...*, p. 105.

²³³ LARENZ, *Metodología da ciencia...*, p. 170-82.

Outra crítica de Larenz se refere à imprecisão do conceito de *topoi*. Aparentemente, o tópico seria toda e qualquer idéia ou ponto de vista capaz de desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécies forem. A demasiada elasticidade do conceito de tópico possibilita que cada um dos autores que o empregam lhe associem uma “representação pessoal”²³⁴.

Afora a vagueza do conceito de *topoi*, um dos maiores problemas da tópica se refere à total ausência de critérios capazes de nortear a escolha entre diferentes tópicos. A tópica funciona como fonte de argumentos e razões adequadas à solução de um caso, mas não oferece critérios de hierarquização entre as razões para decidir. Portanto, pode-se dizer que padece de problema metodológico semelhante ao enfrentado pelo pensamento sistemático, na interpretação e aplicação das normas jurídicas²³⁵.

A distinção entre pensamento sistemático e pensamento problemático sofreu severas críticas, sob o argumento de que Viehweg não teria feito uma boa apreensão da doutrina de Hartmann²³⁶. Segundo Canaris, não se pode encontrar no pensamento deste autor uma oposição frontal contra o pensamento sistemático, até porque o pensamento aporético parte da existência do sistema. O que ocorre é apenas uma oposição a um modelo de sistema que se apresente definitivo e fechado. Ademais, da conexão entre tópica e pensamento problemático não resulta uma definição satisfatória da tópica²³⁷.

Antes, entretanto, de buscar elementos que fundamentem a oposição entre tópica e sistemática, mostra-se uma empresa muito mais frutífera e positiva à metodologia do Direito o estabelecimento de pontos de mútua complementação. Como defende Freitas, a “técnica do pensamento problemático não se diferencia em essência da técnica de formação sistemática, ambas facetas do mesmo poder de hierarquizar entre várias possibilidades de sentido”²³⁸.

Algumas efetivas possibilidades de integração e múltipla complementação dos pensamentos tópico e sistemático são apresentadas por Canaris, embora assevere que um tópico é apenas e sempre uma proposta de decisão, carecedora de um critério complementar capaz de nortear a escolha entre os diversos pontos de vista que apontam à solução do

²³⁴ LARENZ, *Metodología da ciencia...*, p. 172. No mesmo sentido, ver: ATIENZA, *As razões do...*, p. 71; GARCIA AMADO, *Tópica, Derecho y...*, p. 171.

²³⁵ GARCIA AMADO, *Tópica, Derecho y...*, p. 171.

²³⁶ Claudia Rosane Roesler elenca uma série de autores que criticam a contraposição estabelecida por Viehweg entre pensamento problemático e pensamento sistemático, sendo que as oposições mais severas são formuladas no sentido de que Viehweg utilizou o pensamento de Hartmann apenas e tão somente no que lhe interessava e sem considerar o contexto no qual a distinção entre problema e sistema foi desenvolvida pelo autor. ROESLER, *Theodor Viehweg e a...*, p. 146-47.

²³⁷ CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 245-50.

²³⁸ FREITAS, *A interpretação sistemática...*, p. 132.

problema. Segundo este autor, a tópica pode desempenhar destacado papel não só na integração das lacunas ante a ausência de valores legais, mas também na função complementar para os casos de remissões legislativas ao senso comum e nos casos de decisões de equidade²³⁹.

Afora os importantes pontos de toque entre a tópica e a sistemática, assegurando àquela um lugar destacado na metodologia do Direito, a grande contribuição do pensamento tópico está na sua aplicação à resolução dos casos difíceis, na qualidade de rico e frutífero instrumental teórico de justificação. A tópica tem ganhado destaque naqueles confins onde o pensamento sistemático teleológico acaba sucumbindo.

2.3 A nova retórica de Chaïm Perelman

Na trilha da virada metodológica vivida pela jurisprudência a partir da segunda metade do século XX, avessa à racionalidade cartesiana e ao império da lógica formal-dedutiva, a proposta de teoria da argumentação de Perelman, contemporânea à tópica de Viehweg, despontou como paradigma à racionalidade prática. Muito embora Perelman tenha seguido uma linha teórica própria, desvencilhada do modelo tópico, a recuperação da tradição aristotélica do raciocínio dialético e retórico, aliada à posição de ruptura com o positivismo formalista, aproximam em larga medida as propostas teóricas destes autores.

Desde que em 1958 houve a publicação de sua obra capital, intitulada “Tratado da Argumentação: a Nova Retórica”²⁴⁰, tendo como colaboradora Lucie Olbrechts-Tyteca, o projeto perelmaniano de teoria da argumentação se consolidou como a mais original e inspiradora contribuição à metodologia jurídica contemporânea.

A construção teórica de Perelman foi profundamente influenciada pelo contexto histórico de sua época, as tensões e antagonismos que marcaram de forma indelével o seu tempo. Sua proposta de teoria argumentativa não pode ser analisada sem a devida

²³⁹ Nas palavras de Canaris: “Perante o pensamento sistemático, a tópica tem, assim, aqui, uma função complementar inteiramente legítima a cumprir; pode-se mesmo dizer que, nesta questão, se exprime de novo a ‘polaridade’ dos valores jurídicos mais elevados: *a tópica ordena-se na equidade, portanto na tendência individualizadora da justiça*; ela representa o processo adequado para um problema singular formulado o mais estritamente possível ou uma argumentação de equidade, orientada para o caso concreto, na qual, no essencial, nenhum ponto de vista discutível se pode rejeitar liminarmente como inadmissível, tal como é típico do pensamento sistemático abstracto, apoiado na tendência generalizadora da justiça”. CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 259-72.

²⁴⁰ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

contextualização com a política de intolerância do nazismo, do fascismo e de outras formas de totalitarismo²⁴¹, os traumas provocados pela Segunda Guerra Mundial, a decepção com o modelo positivista de Ciência e a aspiração emancipatória da filosofia prática. Neste turbilhão de acontecimentos, sua teoria da argumentação procurou estabelecer um novo modelo de racionalidade, avesso às intolerâncias e pautado por uma lógica do razoável, capaz de evitar a repetição dos erros do passado recente²⁴².

Evidenciando a incapacidade do instrumental teórico positivista em dar conta do raciocínio sobre o mundo dos valores e sobre o conceito de justiça²⁴³, relegados à condição de irracionais, o projeto perelmaniano pretende a consolidação de um método compatível com a razão prática, comum aos campos da filosofia, da ética, do Direito e etc. As bases teóricas instrumentalizadoras de sua teoria foram buscadas na dialética e na retórica aristotélicas.

Partindo da distinção entre raciocínios analíticos ou lógico-formais e raciocínios dialéticos ou retóricos, Perelman situa sua teoria da argumentação nesse segundo âmbito. “Seu objetivo fundamental é ampliar o campo da razão para além dos confins das ciências dedutivas e das ciências indutivas ou empíricas, a fim de poder dar conta também dos raciocínios que ocorrem nas ciências humanas, no Direito e na filosofia”²⁴⁴.

A partir da dialética aristotélica, a arte de raciocinar com base em opiniões geralmente aceitas²⁴⁵, Perelman procura resgatar um modelo de raciocínio completamente abandonado tanto pelo racionalismo cartesiano, fundado na evidência e na teoria da demonstração, como pelo empirismo lógico, baseado na experiência. O fundamento do raciocínio dialético está situado no discurso argumentativo, que parte de opiniões geralmente aceitas, ou seja, de argumentos tidos como razoáveis pelos seus destinatários, no âmbito do verossímil. Assim, o

²⁴¹ Para uma análise mais aprofundada da problemática que envolve o totalitarismo, no sentido mais amplo do termo, pode-se consultar: ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo Tavares. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

²⁴² MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 07-09.

²⁴³ A temática da justiça já havia sido abordada por Perelman em uma obra específica (“Da Justiça”), anterior aos seus estudos sobre a argumentação jurídica. Conforme esclarece Atienza, partindo do método positivista de Gottlob Frege, para quem deveria ser eliminado da idéia de justiça todo e qualquer juízo de valor, porquanto estes estavam fora do campo do racional, Perelman formula uma noção puramente formal de justiça, assim enunciada: “Deve-se tratar do mesmo modo os seres pertencentes à mesma categoria”. Entretanto, por conta do caráter formal desta regra, são necessários critérios materiais de justiça que possibilitem aquilatar quando dois ou mais seres pertencem à mesma categoria. Para tanto, Perelman oferece seis critérios de justiça assim formulados: “a cada um o mesmo; a cada um segundo o atribuído pela lei; a cada um segundo sua categoria; a cada um segundo seus méritos ou sua capacidade; a cada um segundo seu trabalho; a cada um segundo suas necessidades”. Inegavelmente, a introdução destes critérios implica em assumir juízos de valor, levando Perelman a discutir como se raciocina a propósito de valores, questão que se constituiu na base prática a sua proposta de teoria da argumentação. ATIENZA, *As razões do...*, p. 81-82.

²⁴⁴ Idem, p. 84.

²⁴⁵ ARISTÓTELES, *Tópicos*, p. 11.

autor se refere à noção de razoável como aquilo que é aceitável pelo conjunto dos destinatários da argumentação²⁴⁶.

Não obstante a aproximação da teoria da argumentação de Perelman da dialética aristotélica, sua base terminológica foi a retórica clássica. A fim de evitar as confusões e relações impróprias que o plurissignificativo termo “dialética” desencadearia, optou pela palavra retórica, em profundo desuso no campo da filosofia. Ademais, a base da argumentação perelmaniana gira em torno de categorias próprias da retórica clássica, v. g., as idéias de adesão, convencimento e auditório – categorias que foram completamente redimensionadas, justificando o uso da expressão “nova retórica”²⁴⁷.

A partir da distinção entre uma retórica geral e uma retórica de aplicação específica, Perelman se refere à lógica jurídica como o conjunto de técnicas e raciocínios próprios dos juristas. Impende frisar que a lógica jurídica não é vista como um ramo da lógica formal, que reduz os raciocínios jurídicos a raciocínios lógico-formais, mas como um ramo próprio da retórica, a argumentação jurídica²⁴⁸.

Não se pode reduzir o raciocínio jurídico a uma simples dedução silogística ou mera busca de uma solução equitativa. Deve-se entendê-lo como a busca de uma síntese na qual seja levado em conta tanto o valor da solução como a sua conformidade com o Direito, a conciliação entre os valores da segurança jurídica e da equidade. O raciocínio jurídico deve estar preocupado com a busca de uma solução que, além de conforme à lei, seja equitativa, razoável e aceitável. Esse modelo jurídico-discursivo exige uma concepção de Direito marcada “pela importância atribuída aos princípios gerais do Direito e aos lugares específicos do Direito (os tópicos jurídicos)”²⁴⁹.

²⁴⁶ MONTEIRO, *Teoria da argumentação...*, p. 45-49.

²⁴⁷ PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, p. 05-06.

²⁴⁸ Conforme sustenta Perelman: “O papel da lógica formal é fazer com que a conclusão seja solidária com as premissas, mas o da lógica jurídica é mostrar a aceitabilidade das premissas. Essa aceitabilidade resulta da confrontação dos meios de prova e dos argumentos e dos valores que se contrapõe no litígio... A lógica jurídica, especialmente a judicial, que temos tratado de obter por meio da análise do raciocínio dos juristas e especialmente dos Tribunais de Cassação, se apresenta, resumindo, não no campo da lógica, mas sim como uma argumentação, que depende da maneira em que os legisladores e os juízes concebem sua missão e da idéia que fazem do Direito e de seu funcionamento na sociedade”. No original: “El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas. Esa aceptabilidad resulta de la confrontación de los medios de prueba y de los argumentos y de los valores que se contraponen en el litigio... La lógica jurídica, especialmente la judicial, que hemos tratado de obtener a través del análisis del razonamiento de los juristas y especialmente de las Cortes de Casación, se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad”. PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979, p. 232-33.

²⁴⁹ ATIENZA, *As razões do...*, p. 108-09.

A retórica clássica está fundada na arte da persuasão e do convencimento. Intimamente ligada à dialética, pela arte retórica busca-se o convencimento do auditório, a adesão dos ouvintes a um determinado argumento, com base em uma teoria do discurso persuasivo. Os gêneros de retórica podem ser de três espécies: o deliberativo, relacionado com os debates políticos e baseado em critérios de utilidade; o judicial, que tem ligação com a retórica aplicada nos tribunais, a partir de discussões acerca do que deve ser o justo; e o epidítico, relacionado com a retórica literária e com a ligação entre o orador e o auditório a partir do prisma da educação²⁵⁰.

Partindo desses elementos da dialética e da retórica clássicas, Perelman procura estruturar um novo modelo de raciocínio, com base em uma teoria da argumentação que consiga incorporar os juízos valorativos próprios da racionalidade prática. Uma lógica dos raciocínios não-formais informada pelo instrumental teórico forjado sob os rudimentos da retórica clássica, mas amplamente redimensionada, enriquecida e transformada em uma retórica renovada. Convém, portanto, analisar as categorias fundamentais dessa nova retórica.

2.3.1 As categorias fundamentais da nova retórica

Seguindo a disposição estabelecida na obra de Perelman, o âmbito da nova retórica vem estruturado a partir das seguintes categorias centrais: a argumentação, o contato dos espíritos, o auditório universal, a persuasão e o convencimento. Estas categorias, recuperadas da dialética e da retórica aristotélicas, são amplamente remodeladas, com vistas à implementação de uma teoria geral da argumentação compatível como o discurso prático.

A apresentação da teoria da argumentação tem início com a contraposição entre demonstração e argumentação. Conforme sustenta Perelman, a lógica da demonstração não tem qualquer interesse ou preocupação com as expressões consideradas válidas pelo sistema axiomático e que permitem deduzir outras expressões igualmente válidas. O que importa é o estabelecimento de um método, um conjunto de regras internas, e sua fiel observância desde as premissas até a conclusão. “De onde vêm esses elementos, sejam eles verdades impessoais, pensamentos divinos, resultados de experiência ou postulados peculiares ao autor, eis questões que o lógico formalista considera alheia à sua disciplina”²⁵¹.

²⁵⁰ ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução de Manuel Alexandre Júnior *et al.* Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 43-103.

²⁵¹ PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, p. 15-16.

No âmbito da argumentação, por outro lado, não se pode menosprezar ou descartar de plano as condições psíquicas e sociais, sem as quais a argumentação ficaria sem objeto ou sem efeito. Aquelas questões desprezadas pela lógica geométrica são centrais quando se pretende influenciar a intensidade de adesão de um auditório a certas teses. Não se pode olvidar que “toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual”²⁵².

Alexy adverte, e isso é muito importante, que a intenção de Perelman é uma teoria da argumentação como uma teoria lógica, no sentido mais amplo. Não procura, portanto, “substituir a lógica formal, mas acrescentar a ela um campo de argumentação que até agora escapou a todos os esforços de racionalização, isto é, de argumentação prática”. Mantendo sua linha de investigação no campo da lógica, Perelman se afasta de uma teoria da argumentação conduzida para uma teoria psicológica²⁵³.

Em verdade, as influências que a argumentação sofre do orador que maneja as teses, do auditório para o qual são dirigidas e do momento histórico em que estão inseridas, constituem-se no elemento diferenciador fundamental entre a lógica argumentativa e a lógica demonstrativa. A permeabilidade da argumentação às questões de tempo e espaço, a qualidade do auditório e sua vinculação às teses debatidas tornam inegável o seu caráter subjetivo e intersubjetivo. Estas peculiaridades do discurso prático argumentativo exigem o contato intelectual entre os espíritos²⁵⁴.

Partindo da premissa de que o objetivo primeiro da argumentação é a adesão do auditório a uma determinada tese, ou seja, a formação de uma comunidade de indivíduos, há que se perquirir acerca das condições mínimas para essa ação argumentativa. Primeiramente, é indispensável a existência de uma linguagem comum, de uma técnica que viabilize a comunicação entre o orador e o conjunto daqueles indivíduos que pretende influenciar com sua argumentação. A ação argumentativa pressupõe a ação comunicativa, norteadas por determinadas regras regulamentadoras do diálogo em uma dada comunidade²⁵⁵.

Outra condição necessária há formação de uma efetiva comunidade de espíritos, de uma interação subjetiva entre o orador e seu auditório, refere-se à existência de uma sociedade “mais ou menos igualitária”²⁵⁶. Conforme sustenta Cláudia Servilha Monteiro, a liberdade dos indivíduos é um fator essencial à comunidade de espíritos perelmaniana, uma comunidade

²⁵² Idem, p. 16.

²⁵³ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 130.

²⁵⁴ MONTEIRO, *Teoria da argumentação...*, p. 58.

²⁵⁵ PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, p. 17.

²⁵⁶ Idem, p. 18.

fundada nos valores democráticos, na tolerância, no repúdio a toda e qualquer forma de violência contra a pessoa. A argumentação não procura persuadir o destinatário da tese a sua adesão, pretende sim despertar sua convicção, uma convicção livre e orientada pela qualidade do argumento. Daí a relevância da relação de intersubjetividade entre o orador e o auditório, uma relação marcada por implicações históricas, culturais, políticas, sociológicas, etc²⁵⁷.

Com base nesses parâmetros diretivos do pensamento argumentativo perelmaniano, não se pode negar o seu desvelado conteúdo ético e a vinculação a uma perspectiva pluralista de defesa do diálogo, preocupação com os direitos humanos, aversão à intolerância e ao totalitarismo. O seu projeto argumentativo não pretende respaldar o império da argumentação, a formação de uma comunidade de espíritos a partir de mecanismos de persuasão. Pretende sim, o estabelecimento do império da argumentação razoável, que garante o contato dos espíritos livres por meio do convencimento.

Sem dúvida, uma das maiores contribuições trazidas pela nova retórica é o conceito de auditório. Recuperada da retórica clássica aristotélica, esta noção mostra-se tão central à teoria da argumentação de Perelman, a ponto de possibilitar a defesa de que a própria terminologia “nova retórica” decorre justamente da extensão do “auditório perelmaniano”.

O auditório não se resume, necessariamente, à pessoa que o orador interpela pelo nome; da mesma forma, por vezes, pode até transcender àqueles que o estão ouvindo, ou que são por ele vistos. Assim, em matéria de retórica é preferível definir o auditório como “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação. Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procura persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos”²⁵⁸.

Os parâmetros da relação de intersubjetividade argumentativa entre o orador e seu auditório devem ser dados a partir da adaptação daquele ao auditório e da adesão deste às teses apresentadas. Tanto mais eficaz será a argumentação, quanto maior for o grau de conhecimento que o orador possui acerca do auditório, podendo nortear o tipo de argumentação e seu comportamento com base nas qualidades do auditório. Desconhecendo-o, o orador poderá construí-lo a partir de uma presunção, sendo que o auditório presumido deverá ser o mais próximo possível da realidade, sob pena da argumentação fenecer em eficácia.

Discorrendo acerca dos gêneros oratórios definidos pela retórica aristotélica, o deliberativo, o judicial e o epidítico, Perelman reconhece tratar-se de uma distinção

²⁵⁷ MONTEIRO, *Teoria da argumentação...*, p. 59-60.

²⁵⁸ PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, p. 21-22.

puramente prática, repleta de falhas e insuficiências. Ressalta, por outro lado, a relevância desta classificação na medida em que tonifica a importância da relação de intersubjetividade argumentativa entre o orador e seu auditório²⁵⁹.

A partir da diferenciação entre os possíveis tipos de auditório racional, Perelman introduz o seu conceito de auditório universal, aquele formado pela totalidade das pessoas razoáveis, assim considerados os adultos e normais; outro tipo de auditório é aquele formado no diálogo com um só interlocutor; por fim, há o auditório constituído pelo próprio sujeito que argumenta consigo mesmo. Estes dois últimos tipos de auditório somente são considerados racionais se encarnarem a racionalidade do auditório universal²⁶⁰.

Segundo Alexy, o conceito perelmaniano de auditório contém a chave para uma teoria normativa da argumentação, porquanto o valor de uma tese é determinado pelo valor do auditório que consegue convencer. O auditório universal é uma norma da argumentação objetiva. Assim, o cerne da teoria de Perelman, como teoria normativa da argumentação, está no conceito de auditório universal, que só pode ser convencido por meio de argumentos racionais. O acordo do auditório universal “é o critério de racionalidade e objetividade na argumentação”²⁶¹.

O conceito de auditório universal funda a racionalidade argumentativa da nova retórica. Este é o modelo para o qual se dirige a argumentação filosófica. O filósofo dirige-se ao auditório universal, que é fictício e se constitui em uma representação de seu próprio ambiente cultural. Deste modo, as suas especificidades dependem do indivíduo e das contingências sociais. “Esse caráter contingente da argumentação é um aspecto importante no pensamento de Perelman e define o caráter histórico e pessoal de toda ação argumentativa”²⁶².

O acordo a que Perelman se refere consiste na adesão prévia a determinadas teses aceitas pelo auditório. Buscando a adesão dos ouvintes, o orador parte de opiniões comuns ou geralmente aceitas – aquelas teses tidas como razoáveis em um determinado contexto histórico e social – o que consiste na base de apoio do auditório universal. Esses argumentos razoáveis constituem o ponto de partida de toda argumentação, o substrato sobre o qual se constrói o consenso em torno das idéias defendidas.

Ao conceito de auditório universal deve ser associada uma distinção importante, a relação entre persuadir e convencer. Por conta de inúmeras questões, inclusive ideológicas, Perelman situa a nova retórica enquanto teoria da argumentação voltada ao convencimento do

²⁵⁹ Idem, p. 23-25.

²⁶⁰ Idem, p. 33-34.

²⁶¹ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 133.

auditório, ou seja, um discurso que pretende a adesão racional dos ouvintes, sua convicção crítica, livre de apelos emotivos ou qualquer ordem de violência emocional ou física. A argumentação convincente busca a adesão de todos os seres racionais, do auditório ideal. Por outro lado, a argumentação persuasiva é a aquela que pretende valer para um auditório particular, que está preocupada como o resultado do discurso, que objetiva a adesão dos ouvintes a partir de argumentos nem sempre, ou quase nunca, razoáveis²⁶³.

O próprio Perelman admite a imprecisão da distinção entre os termos persuadir e convencer, mas defende que, na prática, deva permanecer assim. Ocorre que a distinção entre os diversos auditórios é deveras incerta e oscilante, sujeita às impressões do orador e às variações próprias do auditório.

Afora as breves incursões na trama das categorias perelmanianas da nova retórica, outras importantes questões poderiam ser suscitadas. A relação entre a racionalidade prática argumentativa de Perelman e a racionalidade prática comunicativa de Habermas²⁶⁴, os problemas decorrentes do modelo de argumentação razoável de Perelman: como garantir os critérios de razoabilidade, uma vez que não são fornecidos parâmetros de aferição do que se pode aceitar como razoável? Poderiam, ainda, ser analisadas as técnicas argumentativas sistematicamente apresentadas na terceira parte da nova retórica²⁶⁵. Inúmeros assuntos que, por ultrapassarem os contornos desse estudo, infelizmente serão negligenciados.

2.3.2 Algumas considerações críticas acerca da nova retórica

Não há nenhum exagero na afirmação de que o pensamento de Perelman figura como uma das mais importantes e genuínas contribuições à moderna discussão da racionalidade prática. Sua obra serve como veículo reabilitador da razão prática, inserindo-a no contexto de uma via intermediária entre a racionalidade teórica das ciências lógico-formais e o campo da irracionalidade. Assim, interessa sobremaneira à razão prática porque introduz o âmbito do racional nas discussões acerca da moral, da política e do Direito.

As categorias perelmanianas, sobretudo as idéias de consenso e auditório universal, têm servido de instrumental teórico e ponto de partida para outras construções argumentativas, principalmente no campo da argumentação jurídica. Toda a acolhida e

²⁶² MONTEIRO, *Teoria da argumentação...*, p. 64.

²⁶³ PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, p. 29-34.

²⁶⁴ Para uma análise neste sentido, pode-se consultar: MONTEIRO, *Teoria da argumentação...*, p. 133-88.

difusão de seu pensamento, entretanto, não lhe isentaram de uma série de objeções, tanto conceituais e ideológicas, como acerca de sua concepção de Direito e de raciocínio jurídico.

Do ponto de vista teórico, a exemplo do que acontece com a tópica de Viehweg, a obra de Perelman é acusada de falta de clareza acerca de grande parte das concepções capitais da nova retórica. A existência de noções confusas e obscuras, como inclusive reconhecido pelo próprio autor, não deve ter lugar em uma teoria da argumentação. Manejar noções confusas quando se argumenta sobre questões práticas é diferente de empregar conceitos obscuros quando se explica uma teoria da argumentação.

Outra objeção se refere à falta de clareza, e inclusive de utilidade, da classificação dos argumentos apresentada na nova retórica, que o próprio Perelman reconhecia ser informada por certa arbitrariedade. A noção de força dos argumentos também é criticada, sob a alegação de que a nova retórica não dispõe de critérios seguros à aferição do grau de aceitação de um argumento, sua relevância, critérios capazes de distinguir os argumentos fortes dos fracos²⁶⁶.

A objeção empírica à falta de critérios para a apuração dos bons argumentos poderia ser rebatida a partir de uma perspectiva normativa, no sentido de que o argumento forte é aquele que valeria perante o auditório universal. O problema é que a própria concepção de auditório universal é considerada ambígua. Conforme Atienza, esta ambigüidade pode ser vista de diferentes formas: primeiro, na relação entre o caráter ideal do auditório universal – a humanidade ilustrada – e a simultânea e contingente determinação histórica e cultural (Aarnio); segundo, enquanto construção do orador – caráter ideal – ou inspirado no imperativo categórico kantiano pelo qual o acordo do auditório universal é o acordo de todos os seres racionais, aqueles que desenvolveram suas capacidades argumentativas (Alexy)²⁶⁷.

Afora as críticas teóricas, a obra de Perelman é acusada ainda de uma dose de conservadorismo ideológico. Partindo de conceitos como pluralismo, imparcialidade e razoabilidade, pretende o desenho de uma teoria do discurso prático argumentativo avessa à violência e tolerante às diversidades culturais e sociais, mesmo reconhecendo a impossibilidade de uma sociedade sem conflitos, se informada por um pluralismo de valores incompatíveis. A imparcialidade exige respeito às regras da estrutura posta, desde que razoáveis, dotando sua teoria de certo conservadorismo.

²⁶⁵ Atienza analisa a parte das técnicas argumentativas, onde Perelman trata de várias formas de argumento, discute a interação entre os argumentos, sua estrutura e a estrutura da argumentação. Neste sentido, pode-se consultar: ATIENZA, *As razões do...*, p. 92-104.

²⁶⁶ Idem, p. 112-14.

²⁶⁷ Idem, p. 115-16.

A noção de razoabilidade, muito embora oscilante e obscura, é central à lógica jurídica perelmaniana, servindo inclusive como idéia reguladora e enquanto limite do jurídico, pois o que é desarrazoado não é de Direito. O problema da razoabilidade relacionada ao Direito se coloca na solução dos casos difíceis, quando a opinião pública se divide a ponto de não haver solução satisfatória a todos, nem à grande maioria da sociedade, esclarecida ou não. Afora as variações históricas e sociais acerca do que seja razoável, pode-se defender com Perelman que, em determinados casos, há que se aceitar mais de uma decisão como razoável.

Outra objeção comumente endereçada à obra de Perelman se refere a sua concepção de positivismo jurídico. Ao que parece, o autor ataca um conceito de juspositivismo muito aproximado do modelo clássico do século XIX, mas que já não se aplica às concepções mais influentes do século XX, sobretudo Kelsen e Hart²⁶⁸.

Todas as críticas dirigidas à nova retórica não parecem diminuir-lhe o brilho e a importância. Talvez a principal contribuição do pensamento perelmaniano tenha sido trazer a lume a racionalidade das questões práticas, sistematicamente relegadas pela lógica dedutiva ao obscuro campo do irracional. A proposta de uma teoria da argumentação jurídica preocupada com a racionalidade justificatória das decisões judiciais tem na nova retórica um considerável ponto de partida.

Doravante, debatidas ainda que brevemente as propostas da tópica jurídica e da nova retórica, é possível passar ao estudo da teoria da argumentação jurídica de Alexy, onde o autor defende o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Pretende-se examinar até que ponto a proposta argumentativa de Alexy oferece caminhos seguros e racionais à solução das colisões entre princípios constitucionais.

2.4 A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy

Desde que em 1978 houve a publicação de sua “Teoria da Argumentação Jurídica”, o pensamento de Alexy tem exercido considerável influência na metodologia jurídica, inclusive enquanto ponto de partida para outras teorias da argumentação, como as propostas de Aarnio e Peczenik. Por outro lado, a tese de uma teoria procedimental do discurso jurídico, a partir de uma teoria geral do discurso racional prático, vem sendo contestada sob inúmeros aspectos. Aqui se pretende uma análise ao mesmo tempo descritiva e crítica da teoria da fundamentação

²⁶⁸ Idem, p. 121-23.

jurídica de Alexy, problematizando até que ponto suas teses alcançam os fins a que se propõem.

O interesse pela proposta teórica de Alexy funda-se, sobretudo, no seu estatuto de teoria da justificação jurídica. A tese do discurso jurídico – argumentação jurídica – como um caso especial do discurso prático geral – discurso moral – representa um importante ponto de partida para uma teoria da fundamentação jurídica, propondo um instrumental teórico que pretende conferir racionalidade, principalmente, à resolução dos casos difíceis, a exemplo das colisões entre princípios constitucionais.

Como se vê, Alexy parte de uma teoria da argumentação prática geral – discurso racional prático – que depois é projetada para o âmbito do Direito – discurso jurídico. Essa teoria do discurso racional deve ser entendida como uma teoria normativa do discurso, ou seja, uma teoria preocupada em propor e justificar critérios para a racionalidade dos discursos²⁶⁹.

Por outro lado, referindo-se já à teoria do discurso jurídico, Atienza sustenta que “Alexy não pretende simplesmente elaborar uma teoria normativa da argumentação jurídica (que permita distinguir os bons dos maus argumentos), e sim uma teoria que seja também analítica (penetrando na estrutura dos argumentos) e descritiva (incorporando elementos de tipo empírico)”²⁷⁰.

Antes da análise da teoria geral do discurso racional prático esboçada por Alexy, sobre a qual erige posteriormente sua teoria da justificação jurídica, ganha capital relevância articular algumas breves considerações acerca de suas fontes teóricas, as bases a partir das quais estruturou seu modelo de discurso prático.

2.4.1 As principais influências ao pensamento de Robert Alexy

Uma primeira questão relevante é o fato de que, já na introdução de sua obra, Alexy se esforça em desvincular sua teoria da argumentação jurídica da tópica jurídica de Viehweg. Muito embora defenda o papel significativo da tópica na discussão da metodologia jurídica contemporânea, Alexy sustenta que este modelo fracassa quando subestima a importância da

²⁶⁹ Discutindo a respeito das possíveis teorias do discurso, Alexy sustenta que uma teoria do discurso pode ser empírica, analítica e normativa, existindo certamente conexões entre estas três características. Pode-se dizer que é empírica quando descreve e explica a correlação entre certos grupos de oradores e o uso de certos argumentos, seus efeitos ou os pontos de vista ligados à validade dos argumentos preponderantes em certos grupos. A teoria é analítica quando se preocupa com a estrutura lógica dos argumentos existentes e dos argumentos possíveis. Por fim, a teoria é normativa na medida em que propõe e justifica critérios para a racionalidade dos discursos. ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 181.

lei, da dogmática e dos precedentes. Outra objeção se refere à análise insuficiente da estrutura profunda dos argumentos, que revela certa inutilidade dos tópicos para resolver problemas, uma de suas finalidades centrais. Ademais, uma objeção capital à tópica jurídica está relacionada à ausência de critérios ou procedimentos capazes de apontar qual o tópico decisivo à solução de determinado problema²⁷¹.

A tópica jurídica, de fato, não serviu de fonte teórica à tese da argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral. Nem por isso se pode negar sua importância como instrumental teórico e ponto de partida para o estudo da racionalidade das questões práticas, de há muito marginalizadas ao campo da irracionalidade.

As influências teóricas do pensamento de Alexy são realmente variadas. O autor inicia suas reflexões sobre algumas teorias do discurso prático a partir da filosofia moral analítica, quando procura discutir a justificação de proposições normativas com base em uma teoria da linguagem normativa²⁷². São analisadas a teoria dos julgamentos morais de Stevenson, o conceito de jogo lingüístico de Wittgenstein, a teoria dos atos de fala de Austin, as teses de Hare sobre a linguagem da moral, a teoria da argumentação de Toulmin e as teses da argumentação moral de Baier²⁷³.

Ainda na análise panorâmica acerca de algumas teorias do discurso prático, Alexy estuda a teoria da argumentação de Perelman e a teoria da deliberação prática da “Escola de Erlangen”, sobretudo com base nas formulações de Lorenzen, particularmente desenvolvidas por Schwemmer, que se constituem em uma tentativa de aplicar um método construtivo ao campo da ética²⁷⁴.

Entretanto, não obstante a importância dessas teorias na estruturação e desenvolvimento do pensamento de Alexy, inegavelmente sua influência capital repousa na teoria do discurso prático de Habermas. De fato, pode-se dizer que a teoria de Alexy “significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiano e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”²⁷⁵.

²⁷⁰ ATIENZA, *As razões do...*, p. 234.

²⁷¹ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 30-33.

²⁷² Ultrapassam os limites desse estudo a análise da teoria da justificação jurídica de Alexy a partir do paradigma da filosofia da linguagem, o que exigiria consideráveis incursões preliminares. Para uma análise da obra de Alexy a partir desse prisma, pode-se consultar: BOHN, Claudia Fernanda Rivera. Uma análise da teoria da fundamentação jurídica de Robert Alexy. Dissertação de Mestrado. Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD, Florianópolis: UFSC, 2001, *passim*.

²⁷³ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 45-91.

²⁷⁴ *Idem*, p. 117-78.

²⁷⁵ ATIENZA, *As razões do...*, p. 234.

Alexy inicia sua análise da tese habermasiana do consenso da verdade partindo da afirmação de que “as expressões normativas, como ordens e julgamentos de valor, podem ser justificadas basicamente da mesma maneira que as afirmações empíricas. A *verdade* das afirmações empíricas corresponde à *correção* das expressões normativas”²⁷⁶.

Interessa de forma capital a Alexy a concepção ampla de razão articulada por Habermas, para quem as questões práticas podem ser decididas racionalmente. É bem verdade que este autor não nega as diferenças entre a lógica da argumentação teórica e a da argumentação prática. Defende, por outro lado, que essas diferenças não são de uma monta tal a ponto de alijar a argumentação prática do âmbito da racionalidade. As questões prático-morais podem ser decididas racionalmente, a partir do melhor argumento; o resultado do discurso prático pode ser racionalmente motivado, com base em um consenso justificado. Enfim, há que se reconhecer que “as questões práticas são suscetíveis de verdade num sentido amplo dessa palavra”²⁷⁷.

Com base na teoria do consenso da verdade, Habermas defende que só seria possível atribuir um predicado a um objeto, se qualquer um que pudesse aderir à discussão atribuísse o mesmo predicado àquele objeto. Neste sentido, a distinção entre os enunciados verdadeiros e falsos depende do juízo de todos aqueles que possam entrar em discussão. A verdade das afirmações está condicionada ao acordo potencial de todas as outras pessoas²⁷⁸.

A partir de uma combinação entre a teoria do consenso da verdade e a teoria dos atos de fala é possível aceitar que uma sentença “é verdadeira quando afirma a condição de validade implícita no ato de discurso, com o que confirmamos que a afirmação feita por meio das sentenças é justificada”. Assim, a justificação de uma sentença não deve depender da verdade do que é afirmado. Pelo contrário, a verdade do afirmado depende da justificação da afirmação. O conceito de verdade é transferido do âmbito da semântica, o sentido das proposições ou das normas, para um nível pragmático, os atos decorrentes do discurso, as afirmações, as promessas, etc²⁷⁹.

Em todos os atos de fala, nas afirmações, ordens e etc., o orador erige uma pretensão de validade ou de verdade “*lato sensu*”, isto é, pretende que seu discurso seja verdadeiro,

²⁷⁶ Optou-se por discutir algumas teses do pensamento habermasiano a partir da interpretação de Alexy, até como forma manter a fidelidade as suas considerações acerca da obra de Habermas. ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 91.

²⁷⁷ ATIENZA, *As razões do...*, p. 235.

²⁷⁸ A teoria do consenso da verdade de Habermas se opõe à teoria da correspondência da verdade, segundo a qual uma sentença, expressão ou afirmação somente pode ser qualificada como verdadeira se e quando houver correspondência entre a sentença e o fato. Quando o estado de coisas às quais a sentença expressa de fato existe. ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 92.

²⁷⁹ Idem, p. 93.

válido ou encarado como sincero. Por exemplo, nos atos de fala reguladores (ordens, exigências, advertências, desculpas, repressões, etc.), partindo de uma pretensão de inteligibilidade, o orador deve escolher a manifestação correta acerca das normas e valores vigentes, para que seja possível o assentimento do ouvinte e o consenso sobre determinada expressão normativa. Não sendo problematizadas as pretensões de validade, a questão permanece no plano do que Habermas chama ação comunicativa. Havendo a problematização, passa-se para o plano do discurso, onde o orador deve oferecer razões fundamentadoras de suas asserções, enquanto verdadeiras (discurso teórico) ou enquanto corretas (discurso prático)²⁸⁰.

A teoria do discurso habermasiano, inserida em uma teoria da comunicação, culmina com a situação de discurso ideal, semelhante ao auditório universal de Perelman, em que a comunicação “não é impedida nem por fatores contingentes externos, nem por restrições internas da própria estrutura da comunicação”. A verdade das afirmações ou a correção das expressões normativas depende da possibilidade de consenso informado pela total liberdade e igualdade de oportunidades entre todos os participantes do discurso²⁸¹.

A partir das condições do discurso ideal de Habermas, Alexy formula uma “*regra geral de justificação*”, segundo a qual “todo o orador precisa dar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa de dar uma justificação”. As exigências de direitos iguais, universalidade e ausência de coerção, também referidas por Habermas como condições para a situação de discurso ideal, são formuladas por Alexy nas seguintes regras:

1. Toda pessoa que puder falar pode tomar parte no discurso.
2. (a) Toda pessoa pode problematizar uma afirmação.
(b) Toda pessoa pode introduzir qualquer afirmação no discurso.
(c) Toda pessoa pode expressar suas atitudes, desejos e necessidades.
3. Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos em 1. e 2. por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso²⁸².

A regra 3 pode ser considerada como uma regra especial, porque tanto exprime uma regra do discurso como uma condição para a realização de 1 e 2. As regras 1 e 3 têm importância capital, porquanto definem as condições de maior relevância para a racionalidade dos discursos. Certamente, essas regras não podem ser realizadas plenamente, mas mesmo

²⁸⁰ ATIENZA, *As razões do...*, p. 236-37; ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 94-95.

²⁸¹ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 104-07; ATIENZA, *As razões do...*, p. 238-39.

²⁸² ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 112.

assim são úteis enquanto ideal almejável aproximadamente, como instrumentos aferitórios de limitações injustificáveis à participação das pessoas e oportunidades de fala nos discursos, bem como enquanto critérios hipotéticos e negativos de correção ou verdade.

Feitas essas breves digressões acerca das bases teóricas à tese do discurso racional prático de Alexy, é possível iniciar a análise propriamente dita de sua teoria, que acaba informando um modelo de teoria procedimental da argumentação jurídica.

2.4.2 A teoria do discurso racional prático

Desde o início de seu trabalho, Alexy situa o debate acerca da justificação das decisões jurídicas como um problema fundamental da metodologia do Direito. Com base nessa constatação, seu objeto de análise tem como ponto de partida a estruturação de uma teoria preocupada com a racionalidade da fundamentação jurídica e a correção normativa das decisões alcançadas a partir do discurso jurídico. Por vários motivos, aquele modelo de raciocínio judicial fundado no método de subsunção lógica não consegue resolver os problemas de racionalidade da justificação jurídica e validade (correção) das decisões: primeiro, pela imprecisão da linguagem jurídica; segundo, em virtude das conhecidas situações de conflitos entre as normas; terceiro, pela possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, não encontrada nas normas existentes; quarto, por conta de possíveis decisões textualmente avessas a determinado estatuto legal.

Uma primeira questão a ser enfrentada, que guarda inúmeras implicações com o conceito de sistema jurídico e com a teoria da argumentação, se refere às relações entre Direito e moral. Alexy sustenta que a teoria dos princípios oferece um adequado ponto de partida para contestar a tese positivista da separação entre Direito e moral²⁸³.

Conforme defendem as concepções positivistas, o conceito de Direito deve ser definido sem a inclusão de nenhuma disposição moral, limitando-se aos elementos de definição relacionados à “decisão da autoridade” e à “efetividade social”. Alexy argumenta a favor das teses de conexão, sustentando uma relação conceitual necessária entre o Direito e a moral, a partir dos seguintes argumentos: um conceito de Direito que inclua a questão da validade significa a inclusão do contexto institucional de promulgação, aplicação e coação do Direito, o que torna importante a conexão conceitual com a moral; no prisma normativo, essa relação é necessária em um sistema jurídico preocupado com os resultados ou produtos dos

²⁸³ ALEXY, *Sistema jurídico...*, p. 144.

processos de criação, portanto um sistema de normas e procedimentos; pode-se defender que o sistema normativo perde necessariamente seu caráter jurídico quando ultrapassa certos limites de injustiça (argumento da injustiça); “nos processos de criação e aplicação do Direito, os participantes tem, necessariamente, uma pretensão de correção, a qual inclui uma pretensão de correção moral” (argumento da correção)²⁸⁴.

A questão da pretensão de correção, central à teoria da argumentação jurídica de Alexy, deve ser precedida de um conceito de razão ou racionalidade prática²⁸⁵. Inegavelmente, o conceito geral de racionalidade prática é bastante vago, podendo ser caracterizado a partir das idéias de consistência, coerência, fundamentalidade, verdade empírica, efetividade, otimização e reflexividade. O inventário dessas características gerais não agrega muito à busca de uma concepção de razão prática²⁸⁶.

A concepção de racionalidade prática defendida por Alexy parte de uma interpretação da idéia kantiana de universalidade, aplicada à teoria do discurso. Esta teoria é informada por uma concepção de racionalidade procedimental universalista, pela qual uma norma somente será correta se for ou puder ser o resultado de um determinado procedimento argumentativo²⁸⁷. O conceito central da teoria do discurso é a idéia de “juízo racional”, definido por meio da argumentação racional. Assim, é possível defender a racionalidade de um discurso prático quando satisfeitas as “condições do argumentar prático-racional”, que podem ser resumidas em um sistema de regras do discurso. “A razão prática pode ser definida

²⁸⁴ No original: “... en los procesos de creación y aplicación del Derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección, la cual incluye una pretensión de corrección moral”. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Traducción de Manuel Atienza *et al.* México: Fontamara, 1993, p. 37-45.

²⁸⁵ Na apresentação de uma concepção teórico-discursiva da razão prática, as duas expressões (razão prática e racionalidade prática) são usadas por Alexy como sinônimos. Neste sentido, ver: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 132.

²⁸⁶ Alexy afirma que as três principais concepções atuais de razão prática são a aristotélica, a hobbesiana e a kantiana. A concepção aristotélica parte da refutação dos valores do individualismo liberal e da moral individualista e defende a idéia de uma vida boa vinculada com o local e suas especificidades. O conceito hobbesiano parte da ampliação da noção weberiana de racionalidade instrumental para a concepção de maximização da utilidade individual, bem como uma releitura das teorias contratualistas clássicas a partir das modernas teorias da eleição e da negociação racional. Já a concepção kantiana, adotada pelo autor, tem como cerne a idéia de universalidade, que é interpretada a partir de uma variante teórico-discursiva, ou seja, a teoria do discurso. *Idem*, p. 133-35.

²⁸⁷ É conveniente esclarecer que as teorias procedimentais não são, necessária e exclusivamente, discursivas. As teses contratualistas da razão prática, como a concepção hobbesiana, são também procedimentais, ou seja, consideram correta a afirmação normativa quando é o pode ser derivada de um determinado procedimento. A diferença entre a concepção discursiva e a contratualista pode ser assim resumida: enquanto esta busca a norma correta por meio da negociação, aquela busca por meio da argumentação. Há, portanto, uma diferença de procedimento.

como a faculdade que permite chegar a juízos práticos de acordo com este sistema de regras”²⁸⁸.

Antes do estudo acerca do sistema de regras e formas de argumento do discurso racional prático, convém estabelecer alguns pressupostos usados por Alexy para sustentar a teoria do discurso enquanto teoria da correção e da racionalidade:

- a competência de julgamento dos participantes do discurso. A simples existência dos seres humanos implica em sua capacidade de distinguir entre razões boas e ruins. Esta competência de julgamento possibilita alcançar no processo argumentativo o acordo universal (norma aceita por todos em razão dos argumentos, por suas conseqüências satisfazerem todo e qualquer indivíduo).
- o julgamento prático não busca apenas determinar os interesses comuns das partes, mas especialmente julgar a reconciliação de interesses não comuns/peculiares de grupos diferentes. Assim, há a possibilidade de argumentar sobre os pesos de interesses e alcançar um julgamento comum.
- o julgamento prático deve ocorrer na estrutura comunicativa para a obtenção de uma racionalidade plena. A estrutura comunicativa é o espaço do discurso, da intersubjetividade. Desta maneira, um indivíduo não pode alcançar um julgamento prático a partir de um monólogo.
- é fundamental aceitar genuinamente os outros como indivíduos titulares de seus direitos, o que possibilita a universalidade da participação na argumentação²⁸⁹.

As regras do discurso prático geral não se constituem apenas em regras referidas às proposições argumentativas, mas também ao comportamento daqueles que formulam argumentos no discurso. Há que se ressaltar, portanto, que essas regras são de natureza semântica e pragmática. Antes de analisá-las, impende esclarecer que o próprio Alexy admite que sua formulação “pode parecer pedante, supérflua ou até mesmo arrogante”, e não nega a possibilidade de algumas deficiências, problemas acerca do conteúdo das regras, imperfeição de sua enumeração, redundância e até falta de precisão de algumas formulações. Afora os possíveis problemas, essas regras e formas do discurso podem ser encaradas como algo “semelhante a um código da razão prática”²⁹⁰.

2.4.2.1 As regras e formas do discurso prático geral

²⁸⁸ No original: “La razón práctica puede ser definida como la facultad que permite llegar a juicios prácticos de acuerdo con este sistema de reglas”. ALEXY, *El concepto y...*, p. 136-37.

²⁸⁹ BOHN, *Uma análise da...*, p. 53.

²⁹⁰ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 27.

Uma primeira questão a ser enfrentada diz respeito à justificação das regras do discurso racional. Alexy aponta quatro possíveis caminhos para a fundamentação dessas regras: os modos de justificação técnico, empírico, definidor e universal-pragmático. O primeiro modo consiste em defini-las como regras técnicas, regras que prescrevem meios para o alcance de determinados fins, como o uso do discurso para atingir a eliminação não-violenta do conflito (“Escola de Erlangen”); pelo caminho da fundamentação empírica busca-se mostrar que certas regras vigoram de fato, ou que os resultados alcançados de acordo com determinadas regras correspondem às convicções normativas realmente existentes; o caminho da justificação definidora se refere à análise das regras que definem um jogo de linguagem, com sua aceitação enquanto critério; o caminho universal-pragmático procura atestar que a validade de certas regras é condição ao exercício da comunicação lingüística²⁹¹.

Todos os quatro modelos de justificação aplicáveis no discurso-teórico do discurso, que não são os únicos possíveis, apresentam pontos de deficiência. Por outro lado, todos contêm elementos importantes, sobretudo na orientação do processo de justificação. Assim, pode-se afirmar que um discurso sobre as regras do discurso é consideravelmente significativo.

O primeiro grupo de regras do discurso racional prático, as **regras fundamentais**, constitui-se no conjunto de regras básicas do discurso, cuja validade é uma condição prévia para toda comunicação lingüística que trate da verdade ou correção de qualquer questão. Neste sentido, são aplicáveis tanto ao discurso teórico como ao discurso prático. Por estas regras são enunciados os princípios de não contradição, de sinceridade, de universalidade e o uso comum da linguagem²⁹². Tais regras estão assim formuladas:

- 1.1) Nenhum orador pode se contradizer.
- 1.2) Todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê.
- 1.3) Todo orador que aplique um predicado F a um objeto *a*, deve estar disposto a aplicar F também a qualquer outro objeto semelhante a *a*, em todos os aspectos relevantes.
- 1.3’) Todo orador somente pode afirmar aqueles juízos de valor e de dever que afirmaria também em todas as afirmações iguais, em todos os aspectos relevantes.
- 1.4) Diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com significados diferentes.

²⁹¹ Idem, p. 181-85.

²⁹² Idem, p. 187.

Conforme esclarece Alexy, as regras 1.3 e 1.4 podem ser unidas em única regra que exija de todos os oradores o uso de todas as expressões com o mesmo significado. Ambas somente foram divididas porque contêm aspectos muito diferentes da regra geral. As regras 1.1 e 1.4 devem ser chamadas de regras básicas, por conta de seu caráter elementar.

O segundo grupo, as **regras da racionalidade**, define as condições de maior importância para a racionalidade do discurso prático, com o *status* de regras que indicam um ideal, já que na prática não são plenamente cumpridas. Das quatro regras da razão, a primeira pode ser considerada a “regra geral de fundamentação”, sendo que as outras três têm relação direta com os requisitos da situação ideal de fala proposta por Habermas, a igualdade de direitos, a universalidade e a não coerção²⁹³. Sua formulação é a seguinte:

- 2) Todo orador deve, quando lhe é solicitado, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem a recusa a uma fundamentação.
- 2.1) Quem pode falar pode participar do discurso.
- 2.2) a) Todos podem problematizar qualquer asserção.
b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.
c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.
- 2.3) Nenhum orador pode ser impedido de exercer, mediante coerção interna ou externa ao discurso, os direitos estabelecidos em 2.1 e 2.2.

Certamente, a regra 2 deve ser considerada a principal regra da racionalidade, enunciando uma pretensão de fundamentação. A exigência de justificação não significa que o orador deva fundamentar todas as suas afirmações a todos e a todo o momento. Entretanto, desde que instado, salvo se a recusa for arrazoada, o orador deve providenciar as razões justificadoras das suas afirmações. As regras de racionalidade devem ser observadas como condição de validade (correção) dos argumentos de justificação, funcionando, juntamente com as outras regras do discurso, como um critério hipotético negativo para a correção de afirmações normativas²⁹⁴.

A regra 2.2.a desempenha um papel de suma relevância no discurso racional prático, porquanto permite que toda pessoa problematize qualquer afirmação. Isso evita que a discussão caia em uma interminável e inútil repetição da pergunta “por quê?”, o que poderia redundar no bloqueio da argumentação. A partir dessa problemática é necessário o estabelecimento de regras que regulem a extensão e a distribuição dos encargos de justificação.

²⁹³ ATIENZA, *As razões do...*, p. 244.

²⁹⁴ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 189-91.

As regras do terceiro grupo, as **regras sobre a carga da argumentação**, podem ser encaradas como consequência da regra 1.3 e das regras de racionalidade que exigem a igualdade de todos os participantes do discurso. As regras de carga argumentativa estão assim formuladas:

- 3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira distinta de uma pessoa B, está obrigado a justificar esta distinção.
- 3.2) Quem ataca uma afirmação ou norma que não é objeto da discussão, deve apresentar uma razão para isso.
- 3.3) Quem apresenta um argumento só está obrigado a fornecer outros quando e se surgirem contra-argumentos.
- 3.4) Quem introduz, no discurso, uma afirmação ou manifestação sobre as suas opiniões, desejos ou necessidades que não se refiram como argumento a uma manifestação anterior, deve, caso requerido, justificar a introdução dessa afirmação ou manifestação.

As regras de distribuição de encargos argumentativos desempenham, como se pode notar, uma importante função regulatória e até de viabilidade de manutenção do discurso prático, afora a sua justificação a partir das regras de racionalidade e presunção de igualdade, como no caso de 3.1 e 3.3.

Discutindo acerca das **formas de argumentos** específicas do discurso prático, Alexy sustenta a existência de duas formas de justificar um enunciado normativo singular (N): com referência a uma regra (R) pressupostamente válida ou então a partir das consequências de N (F, de *Folge* = consequência). A primeira via exige que, além de uma regra citada como razão, seja pressuposto um enunciado de fato (T, de *Tatsache* = caso concreto) que descreva as condições de aplicação da referida regra. Já a partir da segunda via, também é necessário subentender a existência de uma regra que se refira à produção de certas consequências como obrigatórias ou algo bom²⁹⁵. Assim, as duas primeiras formas de argumentos são as seguintes:

$$4.1) \begin{array}{c} T \\ \frac{R}{N} \end{array}$$

$$4.2) \begin{array}{c} F \\ \frac{R}{N} \end{array}$$

As formas de argumentos 4.1 e 4.2 podem ser entendidas como “subformas de uma forma geral de argumento, pela qual se estabelece que um enunciado normativo qualquer é

²⁹⁵ ATIENZA, *As razões do...*, p. 246.

fundamentado com a apresentação de uma regra de qualquer nível e uma razão (G, de *Ground* = razão, fundamento)²⁹⁶, assim representado:

$$4) \frac{G}{\frac{R'}{N'}}$$

A partir de 4.1 e 4.2 podem surgir discussões acerca dos fatos (T ou F), sendo que a discussão se dará na moldura de um discurso teórico, ou então a respeito das regras, quando R poderá ser fundamentada com base em conseqüências dessa regra, somada a uma regra R' que exija R sob uma condição T'. Neste sentido, resultam duas outras formas de argumentos de segundo grau, igualmente subformas da forma 4, que podem ser assim representadas:

$$4.3) \frac{F_r}{\frac{R'}{R}}$$

$$4.4) \frac{T'}{\frac{R'}{R}}$$

Em que pesem os elementos argumentativos estabelecidos, com base nessas regras ou formas de argumentos é possível alcançar resultados incompatíveis, o que exige sejam estabelecidos critérios de precedência entre os argumentos justificativos. As decisões acerca da precedência podem ser justificadas a partir de regras de prioridade entre as regras estabelecidas. Estas regras de prioridade podem prescrever a relação de precedência (P) de determinada regra sobre as demais em quaisquer situações ou sob determinadas condições específicas (C)²⁹⁷, representadas de duas formas:

$$4.5) R, PR_k \text{ ou então } R', PR'_k$$

$$4.6) (R, PR_k) C \text{ ou então } (R', PR'_k) C$$

As regras de prioridade podem ser justificadas por argumentos das formas 4.3 e 4.4, sendo que, em caso de conflito entre as regras de prioridade, há que se recorrer às regras de prioridade de segunda ordem.

Alexy afirma que somente as fórmulas 4.1 e 4.6 são formas específicas de argumentos aplicados no discurso prático. Os grupos de regras apresentados ainda deixam transparecer um vasto campo de indeterminação, que deve ser preenchido o quanto possível pelas **regras de justificação**, ligadas especificamente às características da argumentação prática e reguladoras

²⁹⁶ Idem, p. 246.

da aplicação das demais regras do discurso prático geral. Assim resta estabelecido um primeiro subgrupo das referidas regras de justificação:

5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa, que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve ser capaz de aceitar as conseqüências dessa regra também no caso hipotético de se encontrar na situação daquela pessoa.

5.1.2) As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um deve poder ser aceita por todos.

5.1.3) Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral.

A primeiras dessas regras (5.1.1) tem inspiração no princípio da troca de papéis de Hare. A regra 5.1.2 é baseada no princípio do consenso de Habermas e a regra 5.1.3 está ligada ao princípio da publicidade de Baier²⁹⁸. Um segundo subgrupo de regras de fundamentação é apresentado por Alexy, a fim de garantir a racionalidade das regras com base em sua gênese social e individual:

5.2.1) As regras morais, que servem de base às concepções morais do orador, devem poder passar na prova de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não passa nessa prova: a) se, embora originalmente possa ter sido justificada racionalmente, tenha posteriormente perdido a sua justificação; ou b) se originalmente não pôde ser justificada racionalmente e tampouco foi possível apresentar novas razões que sejam suficientes.

5.2.2) As regras morais, que servem de base para as concepções morais do orador, devem passar na prova da sua formação histórico-individual. Uma regra moral não passa nessa prova se foi estabelecida apenas com base em condições de socialização não justificáveis.

Afora este segundo subgrupo, resta apresentada uma última regra que procura garantir o cumprimento da finalidade do discurso prático, traduzindo-se na resolução das questões práticas realmente existentes, assim enunciada:

5.3) É preciso respeitar os limites de possibilidade de realização realmente dados.

²⁹⁷ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 196.

²⁹⁸ *Idem*, p. 197-98.

A aplicação desta regra pressupõe elevado conhecimento empírico. As regras 5.1 e 5.3 atuam direta e decisivamente sobre o conteúdo de afirmações e regras pendentes de fundamentação²⁹⁹.

Para explicar a necessidade do último grupo de regras, as **regras de transição**, Alexy observa que é comum no discurso prático o surgimento de problemas que não podem ser resolvidos com base na argumentação prática, obrigando que se recorra a outros tipos de discurso. Esses problemas podem estar relacionados a fatos, questões lingüísticas ou até questões referentes à própria discussão prática. A transição para outras formas de discurso é garantida pelas seguintes regras:

- 6.1) Para qualquer orador e em qualquer momento é possível passar para um discurso teórico (empírico).
- 6.2) Para qualquer orador e em qualquer momento, é possível passar para um discurso de análise da linguagem.
- 6.3) Para qualquer orador e em qualquer momento, é possível passar para um discurso de teoria do discurso.

Inegavelmente, o esboço de teoria geral do discurso racional prático de Alexy adquire considerável complexidade a partir do estabelecimento desse conjunto de regras e formas de argumentação prática. Trata-se de um arsenal teórico que pretende garantir, tanto quanto possível, a idéia de racionalidade do discurso prático, sob as bases do princípio kantiano da universalidade e da idéia habermasiana de consenso.

Muito embora Alexy sustente a racionalidade do discurso prático, partindo das regras do discurso não se pode garantir o alcance do acordo para cada questão prática (problemas de conhecimento), nem que o consenso formulado seja seguido por todos (problemas de cumprimento). Os limites do discurso prático geral são justificados por várias razões: as regras 2.1 e 2.3 só podem ser cumpridas de forma aproximada; não há uma determinação exaustiva de todos os passos da argumentação; o ponto de partida do discurso, as convicções normativas dos participantes, está sujeito a contingências históricas; há uma diferença considerável entre saber o que é certo e estar disposto a agir neste sentido.

Esses problemas de quebra de racionalidade do discurso prático justificam a necessidade do estabelecimento de um sistema jurídico, capaz de maximizar a resolução de questões práticas a partir de um conjunto de normas, bem como de impor as questões práticas

²⁹⁹ Idem, p. 199.

discutidas àqueles que não estejam dispostos a aceitá-las. Assim, o Direito é justificado em termos discursivos, tanto em sua dimensão normativa como em sua dimensão coativa³⁰⁰.

A questão da justificação do discurso jurídico é enfrentada por Alexy com base na distinção de três procedimentos que deveriam ser somados ao procedimento do discurso prático geral. Primeiramente, há o procedimento institucionalizado de criação estatal das normas jurídicas, baseado na seleção de algumas normas discursivamente possíveis. Este procedimento não consegue resolver todos os problemas do déficit de racionalidade, por conta da indefinição da linguagem jurídica, imprecisão das regras do método jurídico e impossibilidade de prever todas as questões decorrentes da complexidade discursiva³⁰¹.

Esses problemas justificam um segundo procedimento, a argumentação jurídica, também limitada pela impossibilidade de apresentar uma única resposta correta para cada problema prático. A lacuna de racionalidade somente pode ser preenchida com um terceiro procedimento, o processo judicial, que garante uma decisão única dentre aquelas discursivamente possíveis. Decisão esta qualificada como definitiva e obrigatória³⁰². A partir desses elementos, Alexy defende a tese do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral.

2.4.3 A teoria da justificação jurídica

A teoria do discurso prático geral já demonstrou suas limitações quanto à extinção completa da lacuna de racionalidade que teima em persistir, muito embora as regras e formas da argumentação prática garantam um nível tal de correção ao discurso prático, capaz de sustentar seu inegável predicado de discurso racional. O déficit de racionalidade do discurso prático geral justifica sua vinculação a uma teoria do Estado e do Direito.

A teoria do discurso acaba por se constituir em uma teoria básica do Estado constitucional de direito, ou como quer Alexy, do Estado constitucional democrático³⁰³. Um modelo de Estado de direito marcado pelas concepções constitucionalistas de força vinculante da Constituição, de normatividade dos princípios constitucionais e de eficácia dos direitos fundamentais. No novo constitucionalismo, o Estado somente justifica sua manutenção na medida em que funciona como instância concretizadora das políticas públicas

³⁰⁰ ATIENZA, *As razões do...*, p. 251.

³⁰¹ *Idem*, p. 252.

³⁰² *Idem*, p. 252.

³⁰³ ALEXY, *El concepto y...*, p. 157.

constitucionalmente definidas, garantindo os direitos fundamentais de liberdade e implementando os direitos sociais.

O novo constitucionalismo entende a supremacia da Constituição e o caráter vinculante dos direitos fundamentais como traços característicos do Estado constitucional. Esse panorama jurídico-político exige a revisão de vários institutos jurídicos e inúmeras teorias que, embora servissem a um modelo liberal de Estado de direito, atualmente não se sustentam no seio do constitucionalismo renovado: a teoria liberal da separação de poderes, a teoria fraca dos direitos fundamentais, a própria noção de soberania e a questão da justiciabilidade plena da Administração Pública.

O problema da lacuna de racionalidade do discurso prático geral exige, ainda, sua vinculação a uma teoria do Direito³⁰⁴. A lacuna de racionalidade demonstra, e isso é muito importante, que o sistema de regras argumentativas da teoria do discurso não consegue oferecer um procedimento seguro a ponto de garantir, em todos os casos e com um número finito de operações, sempre um único resultado correto, uma única decisão justa. Por outro lado, isso não significa que a teoria do discurso prático não conduza a nenhuma solução correta, o que sustaria seu predicado racional. Não se pode, portanto, atribuir à decisão alcançada por meio do discurso racional prático, o *status* de única solução correta, mas tão somente encará-la como uma das possíveis respostas corretas.

A teoria do Direito acaba funcionando como pressuposto de uma adequada teoria do raciocínio jurídico, havendo ainda uma relação de complementaridade recíproca entre ambas. A razão para essa relação entre as teorias do Direito e da argumentação jurídica se justifica a partir da teoria do discurso racional prático, que está na base de todo o sistema jurídico³⁰⁵.

2.4.3.1 O modelo tripartite de sistema jurídico (regras/princípios/procedimento)

Na tentativa de resolver o problema da relação entre o sistema jurídico e a argumentação jurídica, Alexy propõe a discussão acerca dos modelos de sistema jurídico em três diferentes níveis: o modelo puro de regras, o modelo combinado de regras e princípios, e o modelo de regras, princípios e procedimento.

Para saber se interessa considerar os princípios jurídicos como elementos integrantes do sistema normativo, é necessário pensar um sistema puro de regras. Um modelo de sistema jurídico pensado nestes termos apresentaria, necessariamente, alguns problemas: a

³⁰⁴ Idem, p. 151.

³⁰⁵ ALEXY, *Derecho y razón...*, p. 23.

impossibilidade de previsão normativa de todos os casos; a questão das chamadas lacunas de abertura e dos casos duvidosos; as restrições à força normativa dos direitos fundamentais. São problemas que não conduzem, por certo, à idéia de irracionalidade do sistema jurídico de regras, mas refletem uma concepção restrita da razão prática no sistema jurídico³⁰⁶.

O modelo de sistema jurídico formado por regras e princípios³⁰⁷ pretende reduzir ou resolver esses problemas do modelo puro de regras, sobretudo no que toca aos problemas de lacunas de abertura e força vinculante dos direitos fundamentais. Certamente, não parece defensável um modelo puro de princípios, por conta de todos os inconvenientes que acarretaria: indeterminação, debilidade, renúncia à segurança jurídica. O modelo de regras e princípios conserva a força vinculante do nível das regras e resolve o problema de abertura do sistema, a partir do recurso aos princípios que possibilitam a decisão de todos os casos com base em critérios jurídicos, garantindo o fechamento do sistema³⁰⁸.

Esse modelo de regras e princípios não está imune a objeções. Do ponto de vista substancial, aduz-se que uma teoria dos princípios, coincidente com uma teoria dos valores, afronta a liberdade individual no sentido liberal, relega as disposições constitucionais a meros elementos de ponderação no processo decisório e afeta o caráter vinculante dos direitos fundamentais, reduzindo o Direito e a Constituição ao juízo de ponderação dos juízes. Alexy refuta essas objeções sustentando que a teoria dos princípios se apresenta neutra do ponto de vista de seu conteúdo³⁰⁹.

Outra crítica se refere ao esvaziamento do poder do Parlamento e a supremacia dos tribunais, sobretudo os tribunais superiores, com base no lugar destacado que as normas constitucionais alcançam no seio de uma teoria dos princípios. Alexy rebate afirmando que não existem apenas princípios substanciais, mas também procedimentais, como o princípio que sustenta a competência do legislador legitimado democraticamente, remanescendo a independência do legislador ordinário frente ao tribunal³¹⁰.

As objeções metodológicas sustentam que a incorporação dos princípios ao sistema jurídico em nada contribui, já que a partir deles tudo pode ser fundamentado. Qualquer decisão pode ser justificada com base em princípios, o que acarreta um sistema fechado só aparentemente, porque de fato apresenta uma insuprimível lacuna de indeterminação.

³⁰⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 118-29; *El concepto y...*, p. 165-67.

³⁰⁷ Uma detida análise da teoria dos princípios de Alexy a partir do modelo de sistema de regras e princípios, bem como da relação entre princípios e valores, já foi empreendida no capítulo anterior. Neste sentido, ver itens 1.3.3.2 e 1.3.3.3, *supra*.

³⁰⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 115-38; *El concepto y...*, p. 168.

³⁰⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 147-52; *El concepto y...*, p. 169.

³¹⁰ ALEXY, *El concepto y...* p. 169.

Admitindo a força dessas objeções, Alexy sustenta que as mesmas seriam contornadas se fosse possível um ordenamento forte dos princípios e valores, controlável intersubjetivamente e que conduzisse exatamente a uma única resposta³¹¹.

Como esse modelo forte de sistema não é possível, há que se estabelecer um modelo fraco ou mitigado de ordenamento dos princípios, a ser estruturado sob três elementos básicos: um sistema de condições de precedência (lei de colisão), um sistema de ponderação (lei da ponderação tomada a partir das possibilidades fáticas e jurídicas) e um sistema de precedências *prima facie*. Estas precedências *prima facie* não contêm, por certo, determinações definitivas, até porque não existe uma relação de precedência absoluta. Prescrevem, por outro lado, uma imprescindível carga de argumentação capaz de justificar seu afastamento³¹².

A incorporação dos princípios ao sistema jurídico representa um enorme passo a favor da racionalidade. Pode-se estabelecer um conjunto mínimo de seis princípios constitucionais, os três princípios de direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, somados aos três princípios de fins e estrutura do Estado de direito, a democracia e o Estado social. A partir destes princípios, reunidos no sistema jurídico positivo, estão dadas as “fórmulas principais do moderno Direito racional. Somente uma teoria dos princípios pode conferir adequadamente validade a conteúdos da razão prática incorporados ao sistema jurídico no mais alto grau de hierarquia e como Direito positivo de aplicação direta”³¹³.

Não se pode negar que, se o modelo combinado de regras e princípios consegue dar conta do problema da lacuna de abertura do nível puro de regras, acarreta, por outro lado, o problema da lacuna de indeterminação própria do nível dos princípios. Tanto o modelo puro de regras como o modelo combinado de regras e princípios não oferece um parâmetro satisfatório ao sistema jurídico, o que justifica a incorporação do nível do procedimento de aplicação das regras e princípios, o âmbito da argumentação jurídica.

O modelo de três níveis (regras/princípios/procedimento) tem por base a orientação do sistema com base no conceito de razão prática, sendo que o nível da argumentação jurídica se constitui em procedimento assecuratório da racionalidade do sistema jurídico, a partir do processo de aplicação do Direito, que se pode estender desde o âmbito alargado da argumentação jurídica até espaço mais restrito do processo de justificação judicial, de maior interesse para o presente estudo.

³¹¹ Idem, p. 170.

³¹² ALEXY, *Sistema jurídico...*, p. 146-48.

³¹³ ALEXY, *El concepto y...*, p. 173.

A justificação do modelo tripartite de sistema jurídico repousa no fato de que os três níveis, de maneiras próprias, proporcionam a otimização da racionalidade jurídica. Todos admitem sérias objeções, que são satisfatoriamente compensadas entre si, permitindo supor o alcance de uma medida maximizada de razão prática no Direito³¹⁴. Adiante será analisado como Alexy justifica sua tese do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, para em seguida prosseguir com a apresentação das regras básicas de sua teoria da argumentação jurídica.

2.4.3.2 O discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral

A existência de déficits de racionalidade no discurso racional prático acarreta sua institucionalização pelo Direito. Segundo defende Alexy, o discurso jurídico deve ser entendido como um caso especial do discurso prático geral, a partir de uma relação de integração entre os argumentos jurídicos específicos e os argumentos práticos gerais. Contudo, não se pode encarar essa relação no sentido de que os argumentos jurídicos seriam “uma camuflagem dos argumentos morais”, ou com base em uma relação de subsidiariedade, em que argumentos morais supririam as insuficiências dos argumentos jurídicos³¹⁵.

A tese do caso especial é fundamentada basicamente em três pontos: o discurso jurídico é orientado por questões práticas, o que se deve fazer ou deixar de fazer; todo o discurso jurídico é erigido sob uma pretensão de correção, que informa integralmente o processo jurídico argumentativo; todas as discussões jurídicas ocorrem sob determinadas condições de limitação³¹⁶. “Assim, por um lado, o procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral e, por outro lado, pelas regras e formas específicas do discurso jurídico que, sinteticamente, exprimem a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática”³¹⁷.

Todos esses elementos de justificação da tese do caso especial podem ser criticados. Respondendo às possíveis objeções, Alexy defende a exigência de correção das afirmações jurídicas e morais, alegando que, tanto no discurso jurídicos como no discurso práticos gerais, não é permitido afirmar algo e depois se negar a justificá-lo sem dar as devidas razões

³¹⁴ Idem, p. 176.

³¹⁵ BOHN, *Uma análise da...*, p. 85.

³¹⁶ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 212.

³¹⁷ ATIENZA, *As razões do...*, p. 253.

à escusa. Todas as afirmações devem ser justificadas, inclusive as decisões judiciais, que estão sob a exigência de correção da lei positiva³¹⁸.

Uma crítica contra a tese do caso especial, qualificada por Alexy de radical, parte da idéia de que uma discussão jurídico-dogmática não deve ser entendida como discurso prático, mas sim como discurso teórico. Neste sentido, os juízos de valor, que desempenham um papel significativo na dogmática jurídica, estariam incluídos na argumentação teórica. A defesa de Alexy sustenta que a dogmática não está limitada ao empirismo e à lógica, sendo ativa na dimensão normativa e no contexto de questões práticas. “Na medida em que o discurso dogmático jurídico é um discurso sobre questões práticas, ele é um discurso prático”³¹⁹.

Outra séria objeção à tese do caso especial se refere ao conteúdo da exigência de correção. Segundo essa crítica, as afirmações e decisões jurídicas não precisam ser corretas, exigem apenas a justificação a partir das pressuposições do ordenamento jurídico vigente. Requerer, tão somente, a fundamentação racional com base na lei, nos precedentes e na dogmática, as limitações constitutivas da argumentação jurídica, qualitativamente diversa da argumentação prática geral³²⁰.

Para responder a objeção, Alexy situa a teoria do discurso no contexto de uma teoria mais abrangente do Estado e do Direito. A fim de resolver o problema da aplicação de uma lei irracional ou injusta, ou da possibilidade de decisões contra o texto de lei, é sustentado que o discurso jurídico representa um importante espaço de fundamentação de uma decisão *contra legem* ou no contexto de uma decisão processual constitucional. Por outro lado, Alexy admite que, embora claramente irracional e injusta, se uma lei foi considerada válida e constitucional pelo supremo tribunal, a mesma deve ser aplicada.

As objeções apresentadas não invalidam a tese do caso especial, até porque são expressamente reconhecidos os limites da argumentação jurídica. No problema de correção das decisões baseadas em leis irracionais ou injustas, há que se distinguir entre correção enquanto conformidade com o ordenamento jurídico válido, e correção no sentido mais amplo, ligado à idéia de Direito justo e um sentido abrangente de exigência de correção das decisões jurídicas. Uma decisão baseada em leis injustas é correta no primeiro sentido, mas não no segundo. Mesmo que a racionalidade discursiva não alcance o conteúdo desse tipo de decisão, serve para demonstrar sua falibilidade e como instrumental crítico.

³¹⁸ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 213-14.

³¹⁹ Idem, p. 319-20.

³²⁰ Idem, p. 321.

2.4.3.3 As regras e formas da teoria da justificação jurídica

Como Alexy tem esclarecido, os “discursos jurídicos se relacionam com a justificação de um caso especial de afirmação normativa, isto é, aquelas que expressão julgamentos jurídicos”. Partindo de uma definição formulada por Wróblewski³²¹, Alexy distingue os âmbitos de justificação em justificação interna e justificação externa. Pela primeira, é analisado se uma dada decisão pode ser aduzida logicamente das premissas de fundamentação. Já o problema da correção das premissas discutidas e adotadas no âmbito da justificação interna deve ser enfrentado no nível da justificação externa³²².

2.4.3.3.1 A justificação interna

No âmbito da justificação interna da argumentação jurídica, são apresentas duas estruturas fundamentadoras, uma mais simples, formulada a partir da noção de silogismo jurídico, e uma mais geral, para aqueles casos complicados onde resta impossibilitada a inferência dedutiva baseada na lógica silogística. A forma mais simples de justificação é assim estruturada:

$$\begin{array}{l} \text{J.1.1)} \quad . \quad 1) \quad x) (Tx \rightarrow^{323} ORx) \\ \quad \quad \quad . \quad 2) \quad Ta \\ \quad \quad \quad 3) \quad ORa \quad 1), 2) \end{array}$$

Acerca da simbologia utilizada: “‘T’ é um predicado que permite representar o caso concreto das normas como propriedades de pessoas; ‘O’ é um operador deôntico geral; ‘R’ é um predicado que exprime o que o destinatário da norma tem de fazer; e ‘x’ e ‘a’ simbolizam, respectivamente, uma variável e uma constante de indivíduo”. O ponto se empregado à esquerda de uma linha indica uma premissa, se empregado à direita da linha da conclusão, sucedido de um parêntese, indica o número das premissas de que deriva a conclusão³²⁴. Um modelo de justificação da espécie de J.1.1 satisfaz a duas regras de fundamentação interna, quais sejam:

³²¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1988, p. 57.

³²² ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 218.

³²³ O símbolo lógico \rightarrow tem o significado de condição (se... então...).

³²⁴ ATIENZA, *As razões do...*, p. 254.

J.2.1) Para a justificação de uma decisão jurídica deve ser apresentada, pelo menos, uma norma universal.

J.2.2) Uma decisão jurídica deve ser seguida logicamente de, pelo menos, uma norma universal juntamente com outras proposições.

Os casos mais difíceis e complexos – onde o raciocínio puramente silogístico resta infrutífero – não admitem um modelo de justificação interna do tipo de J.1.1. Estes casos complexos podem surgir por várias razões, ou pela indeterminação lingüística da disposição normativa aplicável, ou pela necessidade de completar a norma aplicável com outras normas, ou pela pluralidade de conseqüências jurídicas possíveis³²⁵. Para estes casos, é oferecida uma segunda forma de justificação interna:

- J.1.2)
- . 1) $x) (Tx \rightarrow ORx)$
 - . 2) $x) (M^1x \rightarrow Tx)$
 - . 3) $x) (M^2x \rightarrow M^1x)$
 - . .
 - . .
 - . .
 - . 4) $x) (Sx \rightarrow M^ax)$
 - . 5) Sa
 - . 6) $ORa \quad 1) - 5)$

Para tentar esclarecer esta forma geral de justificação interna, Atienza oferece um exemplo, alinhado nos seguintes termos:

- . 1) Quem comete um assassinato deve ser castigado com a pena de reclusão maior.
- . 2) Quem mata traiçoeiramente comete assassinato.
- . 3) Quem se aproveita da falta de defesa ou da boa fé de outrem age traiçoeiramente.
- . 4) Quem mata uma pessoa enquanto ela está dormindo, aproveita-se do seu estado de falta de defesa.
- . 5) X matou Y enquanto este estava dormindo.
- . 6) Deve-se impor a X a pena de prisão maior³²⁶.

A partir de J.1.2 é possível o estabelecimento de mais três regras adicionais da justificação interna, assim formuladas:

J.2.3) Sempre que houve dúvida se a é um T ou um M' , deve-se apresentar uma regra que resolva esta questão.

³²⁵ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 219.

³²⁶ ATIENZA, *As razões do...*, p. 255.

J.2.4) São necessários os passos de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de passos de desenvolvimento.

As regras e formas de justificação interna se referem à estrutura da fundamentação jurídica, sendo que sua ênfase se dirige à garantia da universalidade, podendo ser chamadas de “regras e formas de justiça formal”. Não se pode negar que as regras de justificação oferecidas asseguram certa dose de racionalidade das premissas³²⁷.

2.4.3.3.2 A justificação externa

A preocupação da justificação externa, o segundo nível de fundamentação da argumentação jurídica, está voltada à fundamentação do processo e das premissas usadas pelo primeiro âmbito de justificação. Neste segundo nível há o juízo acerca da racionalidade da decisão. As premissas que devem ser justificadas podem ser regras de lei positiva, afirmações empíricas, ou premissas que nem são regras de lei positiva e nem afirmações empíricas (reformulações de normas)³²⁸.

Para cada tipo de premissa há um diferente método de justificação: para as regras de lei positiva, os critérios de validade jurídica; para as afirmações empíricas, desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas de presunção racional, até a distribuição do encargo de prova; para as reformulações de normas, a argumentação jurídica. Certamente, esses procedimentos de justificação se inter-relacionam e entrecruzam, o que reforça o lugar destacado da argumentação jurídica no âmbito da justificação externa³²⁹.

Com base nessas considerações, Alexy estrutura o nível da justificação externa em seis grupos de regras e formas de fundamentação, sendo essa uma das partes mais complexas de sua teoria da argumentação jurídica. O autor discute o lugar da interpretação, da argumentação dogmática e do uso dos precedentes no discurso jurídico e, principalmente, no processo de justificação judicial. Pode-se adiantar que essas formulações renderam críticas sob vários prismas: conceituais, substanciais, ideológicos, etc. Não será possível uma apresentação exaustiva dos seis grupos de regras de justificação externa e suas respectivas objeções, o que ultrapassa os limites desse estudo, optando-se por enfatizar somente as questões que lhe são mais relevantes.

³²⁷ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 223-24.

³²⁸ *Idem*, p. 224.

O primeiro grupo de regras de justificação externa se refere à **argumentação empírica**, de suma importância tanto para a argumentação jurídica como para a argumentação prática geral. Alexy não realiza um estudo detalhado e aplicado ao discurso jurídico a respeito da argumentação empírica, aduzindo que para tanto seria necessário enfrentar quase todos os problemas do conhecimento empírico, para posteriormente direcioná-lo à argumentação jurídica. Não obstante, deve-se ter em conta que “em numerosas disputas legais o papel decisivo é representado pela apreciação dos fatos. Não há desacordo sobre as afirmações normativas a serem aceitas; a decisão se apóia apenas nos fatos sobre os quais se fundamenta”. Ademais, os argumentos empíricos ostentam destacada relevância no contexto dos cânones de interpretação. Vale frisar que, nem por isso, é possível reduzir o discurso jurídico ou o discurso prático geral à argumentação empírica³³⁰.

O segundo grupo de regra se refere aos **cânones de interpretação**, que Alexy começa a apresentar a estrutura lógica a partir de um modelo simplificado de justificação interna, uma versão resumida de J.1.2:

- J.1.2') . 1) $(Tx \rightarrow ORx)$ (R)
 . 2) $(Mx \rightarrow Tx)$ (W)
 . 3) Ma
 4) ORa 1) - 3)

O ponto de partida das regras de interpretação³³¹, sua formulação básica, dispõe que da regra R e da regra W, que deve ser entendida como uma descrição do uso da linguagem, pode-se passar para R', sendo esta uma das principais funções dos cânones de interpretação, justificar a passagem interpretativa de uma dada regra R para R'. Os cânones de interpretação foram divididos por Alexy em seis grupos: semânticos, genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos e teleológicos³³².

O **argumento semântico** tem lugar quando uma dada interpretação R' é justificada, criticada ou defendida como possível conforme o costume lingüístico. Ante estas três possibilidades de uso da argumentação semântica, Alexy propõe três diferentes formas de argumento:

J.3.1) R' deve ser aceito como interpretação de R sobre a base de Wi.

³²⁹ Idem, p. 225.

³³⁰ Idem, p. 226-27.

³³¹ Sobre o processo de interpretação e a justificação da decisão interpretativa, pode-se consultar: WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría...*, p. 57-68.

³³² ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 227-28.

- J.3.2) R' não pode ser aceito como a interpretação de R sobre a base de W_k.
 J.3.3) É possível aceitar R' como interpretação de R e é possível não aceitar R' como interpretação de R, uma vez que eles não regem nem W_i nem W_k.

No âmbito da argumentação semântica é claramente visível a importância da argumentação empírica, acima referida, bem como a relevância das questões lingüísticas na justificação da decisão jurídica. Tanto em J.3.1 como em J.3.2, os argumentos semânticos são definitivos, desde que se estabeleça ou se afaste a relação entre R e R' sobre a base de W_i ou W_k. Por outro lado, em J.3.3 fica estabelecido a impossibilidade da conclusão ou decisão judicial apenas com base na interpretação semântica, razão pela qual devem ser buscadas outras formas de interpretação³³³.

O **argumento genético** se refere à justificação de uma dada interpretação R' de R com base nas intenções do legislador³³⁴. Neste caso, a interpretação genética pode assumir duas variações, sendo que, na primeira (J.4.1) o objeto da argumentação genética é justificado em decorrência da vontade do legislador (I), e na segunda (J.4.2) a justificação da decisão é buscada na realização dos objetivos desejados pelo legislador (Z). A estrutura lógica da argumentação genética pode ser a seguinte:

J.4.1) . 1) R' (= I) é desejada pelo legislador
 2) R'

J.4.2) . 1) Com R o legislador pretende alcançar Z
 . 2) $\neg^{335} R' (= I) \rightarrow \neg Z$
 3) R'

O **argumento histórico** é empregado nos casos em que os fatos ligados à história dos problemas jurídicos em discussão são argüidos enquanto razões justificativas à decisão interpretativa. A interpretação histórica pode se usada no sentido de desaconselhar uma

³³³ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 229.

³³⁴ Para uma análise acerca da forma de interpretação baseada na intenção do legislador, pode-se consultar a obra de Dworkin, para quem é possível distinguir dois conceitos a partir da idéia de intenção legislativa: o primeiro, denominado *intenção institucionalizada*, se refere às declarações e propósitos explícitos de uma determinada legislação, que podem ser expressos no preâmbulo ou na exposição de motivos da referida legislação, os relatórios de análise do projeto de lei pelas diferentes comissões legislativas e, em alguns casos, inclusive os debates dos parlamentares dos parlamentares na fase de discussão e votação do projeto de lei; o segundo, denominado *compreensão legislativa coletiva*, é claramente um conceito psicológico, formulado a partir das convicções de certos parlamentares que redigem, defendem e votam pela aprovação ou rejeição de uma determinada lei. Dworkin defende que os dois conceitos de interpretação da intenção legislativa, mais o psicológico e menos o institucional, são de escassa e limitada utilidade para nortear a decisão judicial acerca da aplicação de uma determinada lei. Neste sentido, pode-se consultar: DWORKIN, *O império do...*, p. 377-424; DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 476-87.

determinada solução, a partir da análise de casos semelhantes anteriormente ocorridos, em que uma decisão equivalente acarretou conseqüências indesejáveis. A questão chave da argumentação histórica está em justificar a semelhança entre o caso presente e o passado, a ponto de desautorizar certa decisão³³⁶.

Os **argumentos comparativos**, muito embora aproximados dos argumentos históricos, estão mais relacionados com um estado legal de coisa de outra sociedade. Igualmente ao que ocorre com os argumentos históricos, os comparativos incluem ao menos uma premissa normativa e várias premissas empíricas³³⁷.

A **argumentação sistemática** se refere à relação lógica e teleológica entre as normas, objetivos e princípios jurídicos, podendo também indicar a posição de uma norma no texto jurídico. Em um sentido estrito, a argumentação sistemática se refere exclusivamente às relações lógicas entre normas jurídicas, de suma relevância nos problemas de contradição normativa, as antinomias jurídicas³³⁸. Alargando o âmbito de abrangência da interpretação sistemática, chega-se à argumentação teleológico-sistemática, que proporciona uma aplicação muito mais rica e otimizada deste modelo de interpretação, sobretudo no plano da hermenêutica constitucional³³⁹.

A **argumentação teleológica** se assemelha até certo ponto com a forma de argumento genético J.4.2, diferenciando-se pelo fato de que nesta são buscados os objetivos do legislador histórico, as intenções do legislador, enquanto que na argumentação teleológica são almejados objetivos racionais, prescritos no contexto do ordenamento jurídico em vigor. Estes critérios teleológico-objetivos³⁴⁰ não são uma matéria de descobertas empíricas, mas sim questões normativas. A estrutura lógica do argumento teleológico-objetivo tem a seguinte formulação:

$$\begin{array}{l} \text{J.5)} \quad . \text{ 1) } OZ \\ \quad . \text{ 2) } \neg R' (= I) \rightarrow \neg Z \\ \quad . \text{ 3) } R' \end{array}$$

Nesta estrutura lógica OZ simboliza o fato de que um estado de coisas ou situação está prescrito, enquanto $I = R'$ se constitui em um meio para alcançar Z, que não é algo pretendido

³³⁵ O símbolo lógico \neg tem o significado de negação.

³³⁶ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 231-32.

³³⁷ Idem, p. 232.

³³⁸ Idem, p. 232.

³³⁹ Para um estudo mais detalhado da interpretação sistemática do Direito, a partir do viés teleológico, pode-se consultar: FREITAS, *A interpretação sistemática...*, *passim*.

³⁴⁰ Para uma análise dos critérios teleológico-objetivos de interpretação, pode-se consultar: LARENZ, *Metodologia da ciência...*, p. 402-10.

pelo legislador, como no caso da argumentação genética, mas algo que deveria objetivamente ser realizado³⁴¹.

Todas as formas de interpretação analisadas por Alexy no mais das vezes se apresentam de modo incompleto e acarretam uma série de problemas, como o alcance de aplicação, a diversidade de resultados se aplicados diferentes cânones interpretativos, a ordem hierárquica e sua resolução no âmbito da teoria do discurso, além da questão da exigência de saturação. Para regular essa problemática Alexy estabelece quatro regras que pretendem estabelecer parâmetros à aplicação dos cânones de interpretação:

J.6) Deve resultar saturada toda forma de argumento que se deva incluir entre os cânones da interpretação.

J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico precedem sobre os demais, salvo se for possível apresentar outros motivos racionais que garantam precedência a outros argumentos.

J.8) A determinação do peso de argumentos de formas diferentes deve ocorrer segundo regras de ponderação.

J.9) Devem ser considerados todos os argumentos que possam ser propostos e que possam ser incluídos, pela sua forma, entre os cânones da interpretação.

A partir dessas considerações não se pode, por certo, defender que os cânones de interpretação garantam a descoberta da única resposta correta³⁴², informada por um relativo grau de certeza racional. Por outro lado, não se pode considerá-los meros instrumentos de legitimação de uma decisão justificável de diferentes modos. O lugar da hermenêutica e da interpretação dentro do Direito e da argumentação jurídica não deve ser pensado somente a partir do problema da legitimação das decisões judiciais, mas principalmente a partir do problema da sua correção, no marco da justificação judicial.

O terceiro grupo de regras de justificação externa da argumentação jurídica se refere à **dogmática jurídica**, que pode ser entendida como a ciência jurídica, no sentido estrito da expressão. Neste sentido, a dogmática jurídica³⁴³ é concebida como uma série de enunciados relacionados com as normas estabelecidas e com a aplicação do Direito, não podendo ser identificados com a sua descrição, enunciados estes que estão em uma relação de coerência

³⁴¹ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 232-233.

³⁴² Para uma qualificada análise acerca do problema da criatividade da interpretação e da tese da única interpretação correta, pode-se consultar: WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría...*, p. 81-91.

³⁴³ Para um estudo da dogmática jurídica, pode-se consultar: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

mútua, formados e discutidos na moldura de uma ciência jurídica institucional, além de ostentarem conteúdo normativo³⁴⁴.

No que toca às concepções de Alexy acerca da dogmática jurídica³⁴⁵, Atienza sustenta que sua concepção positiva fica demonstrada quando o autor lhe atribui as seguintes funções: de estabilização, porquanto fixa determinadas formas de decisão por longos períodos; de progresso, na medida em que amplia a discussão jurídica em sua dimensão temporal, de objeto e pessoal; de descarga, regulando o problema de reiteradas discussões acerca da mesma questão; técnica, a partir da apresentação unificada e sistemática da matéria; de controle, uma vez que permite decidir os casos com referência aos já decididos, conferindo eficácia aos princípios da universalidade e da justiça; e heurística, sendo que as dogmáticas contêm modelos de solução e sugerem novas perguntas e respostas³⁴⁶. São três as regras formuladas por Alexy acerca da argumentação dogmática:

J.10) Caso seja posto em dúvida, todo enunciado dogmático deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

J.11) Todo enunciado dogmático deve resistir a uma comprovação sistemática, tanto no sentido estrito como no sentido amplo.

J.12) Sempre que os argumentos dogmáticos forem possíveis deverão ser usados.

Essas regras se referem à necessidade de justificação dos enunciados dogmáticos em enunciados práticos gerais, no caso de problematização ou dúvida a respeito de sua força argumentativa. Ademais, todo enunciado dogmático deve vencer o crivo da análise sistemática, ou seja, deve ser compatível com o conjunto normativo que compõe o ordenamento jurídico positivo. Por fim, há a necessidade de utilização da argumentação dogmática, porquanto não estando em contradição com os princípios da teoria do discurso, são exigidos por esta no contexto especial do discurso jurídico³⁴⁷.

O quarto grupo de regras da justificação externa tem relação com o **uso dos precedentes**, que Alexy qualifica como um dos mais característicos aspectos da argumentação jurídica. As razões básicas que sustentam a força argumentativa dos precedentes repousam no princípio da universalidade e na exigência de tratamento igualitário, informados pela idéia de justiça formal.

³⁴⁴ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 241.

³⁴⁵ Para uma análise crítica do lugar da dogmática jurídica na teoria da argumentação jurídica de Alexy, pode-se consultar: BOHN, *Uma análise da...*, p. 66-79.

³⁴⁶ ATIENZA, *As razões do...*, p. 260.

A questão crucial do uso dos precedentes está na determinação das diferenças relevantes entre dois problemas prático-jurídicos, pois se não existirem diferenças relevantes entre dois casos, a decisão judicial (normalmente) deve ser conduzida no sentido do precedente. Diz-se normalmente, porque mesmo nos casos semelhantes em todas as questões relevantes, pode-se justificar uma decisão diferente, com base em uma série de fatores que alteram o âmbito de abordagem das circunstâncias decididas. Assim, deve-se exigir o respeito ao precedente como uma questão de princípio, admitindo-se exceções sujeitas à imposição do encargo da argumentação. Alexy sustenta essas afirmações com base no princípio da inércia de Perelman, pelo qual uma decisão somente pode ser alterada se boas razões suficientes puderem ser aduzidas para tanto³⁴⁸. A partir destas ponderações, são estruturadas as duas regras básicas da argumentação com base em precedentes:

J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, isso deve ser feito.

J.14) Quem deseja se desvincular do uso de um precedente, assume a carga da argumentação.

O uso dos precedentes, inegavelmente, desempenha importantes funções de estabilização e redução de encargo argumentativo no Direito, contribuindo para a efetivação dos princípios da segurança jurídica e da universalidade, além de diminuir a possibilidade de decisões jurídicas contraditórias. Por outro lado, a regra J.14 deve ter uma aplicação bastante cuidadosa e criteriosa, não no sentido negativo, a fim de garantir que pelo uso dos precedentes o sistema jurídico não fique atrelado a uma realidade ultrapassada e descompassada com a complexa marcha evolutiva da sociedade.

Em um sistema jurídico como o brasileiro, que teve o instituto da súmula vinculante recentemente incorporado ao ordenamento constitucional, conforme o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 45/04³⁴⁹, a problemática do uso dos precedentes ganha um novo colorido,

³⁴⁷ Idem, p. 260-61.

³⁴⁸ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 259.

³⁴⁹ O referido dispositivo constitucional tem a seguinte redação: “Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que

demandando uma análise criteriosa, comprometida com a moderna teoria constitucional e com a adequada atuação dos poderes constituídos. Trata-se, certamente, de um debate de considerável interesse tanto à teoria do Direito como à argumentação jurídica, mas que ultrapassa os limites desse estudo.

Entretanto, há que se tecer algumas breves considerações. Quando o exercício da função judicial ganha contornos alarmantes, com um só juiz decidindo anualmente centenas de processos judiciais; quando o número de processos decididos figura como elemento de promoção por merecimento dos magistrados; quando os avanços das tecnologias da informação permitem que decisões judiciais sejam elaboradas em um tempo absurdamente curto; quando o instituto da súmula vinculante se apresenta como instrumento que confere agilidade e comodidade ao ato de decidir; há que se pensar cuidadosamente sobre o lugar da teoria da argumentação jurídica e, principalmente, da teoria da justificação judicial.

Não se está, por óbvio, defendendo que a argumentação jurídica esteja perdendo importância frente à realidade da atividade jurisdicional. Muito pelo contrário, é nesse contexto que a justificação jurídica desponta como instrumento de vanguarda na efetivação de um ativismo judicial responsável e comprometido com a defesa da Constituição, com a garantia dos direitos fundamentais de liberdade e a implementação dos direitos sociais. Na argumentação jurídica os operadores jurídicos encontraram as ferramentas necessárias ao efetivo desempenho da atividade jurisdicional, sobretudo no cumprimento da carga argumentativa necessária ao racional e adequado afastamento dos precedentes, quando a questão prática assim exigir.

Por fim, Alexy discute a aplicação das **formas especiais de argumentos jurídicos**, representadas pela analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori*, e o *argumentum ad absurdum*, usadas especialmente na metodologia jurídica, mas não com exclusividade. Todas estas formas de argumentos especiais podem ser aplicadas em esquemas de inferência válidos logicamente. Assim, podem ser estruturadas logicamente as seguintes fórmulas:

$$J.15) \quad . 1) (x) \quad (OGx \rightarrow Fx)$$

contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso". BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. Emenda Constitucional nº 45/2004, de 08 de dezembro de 2004, que altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 jan. 2005.

$$2) (x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx) \ 1)$$

$$\begin{aligned} \text{J.16)} \quad & \cdot 1) (x) (Fx \vee F \text{ sim } x \rightarrow OGx) \\ & \cdot 2) (x) (Hx \rightarrow F \text{ sim } x) \\ & \cdot 3) (x) (Hx \rightarrow OGx) \ 1), \ 2) \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} \text{J.17)} \quad & \cdot 1) O \neg Z \\ & \cdot 2) R' \rightarrow Z \\ & \cdot 3) \neg R' \end{aligned}$$

A forma J.15 se constitui em um esquema de inferência logicamente válido, independente da adição de qualquer premissa especial, aplicável para os argumentos *a contrario*. A forma J.16 está ligada aos princípios da universalidade e da igualdade e tem aplicação na argumentação analógica. A forma J.17 se refere aos casos em que se levam em consideração as conseqüências, com base na argumentação *ad absurdum*. À semelhança do que ocorre com os cânones da interpretação, a utilização das formas especiais de argumentos jurídicos somente ostenta racionalidade na medida em que as mesmas sejam saturadas e que os enunciados de saturação possam ser justificados no discurso jurídico³⁵⁰. O uso destas formas especiais de argumentos jurídicos é regulado pela seguinte regra:

J.18) As formas dos argumentos jurídicos especiais têm de ser saturadas.

Por fim, o sexto e último grupo de regras de justificação externa se refere aos **argumentos práticos gerais**, cujas regras e formas já foram expostas. Como visto, várias das regras e formas da argumentação jurídica são justificadas e estruturadas a partir de regras, formas e princípios do discurso prático geral, o que, de certa forma, reforça a tese do caso especial.

Apenas para explicitar o lugar da argumentação prática geral na justificação externa da argumentação jurídica, pode-se empregá-la nas seguintes situações: justificação de premissas normativas necessárias à saturação das diferentes formas de argumentos; na fundamentação da escolha entre distintas formas de argumentos que impliquem em resultados diversos; na justificação e exame de enunciados da dogmática jurídica; na justificação de casos de *distinguir e prevalecer*; diretamente na fundamentação dos enunciados aplicados na justificação interna³⁵¹.

³⁵⁰ ATIENZA, *As razões do...*, p. 262-63.

³⁵¹ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 266.

O código da argumentação jurídica expresso nessas diferentes regras e formas de argumentação representa as condições mínimas para o estabelecimento de um modelo de justificação jurídica com pretensão de correção. Certamente, trata-se de um complexo catálogo de regras, que traz inegáveis dificuldades tanto para a compreensão como para a aplicação prática. Passadas todas essas considerações, uma indagação teima em persistir: restam superados os problemas do déficit de racionalidade do discurso jurídico, garantindo-se o cumprimento daquela pretensão de unidade de solução correta para qualquer problema prático? Ao que parece, a resposta infelizmente é negativa.

A teoria do discurso jurídico não oferece nenhum procedimento que permita obter, dentro de certo número de operações racionalmente ordenadas, exatamente um único resultado. Seguramente, esse problema representa uma das maiores celeumas da metodologia jurídica contemporânea e, ao que parece, não está próximo de uma solução definitiva.

2.4.4 Algumas críticas à teoria de Robert Alexy

Desde o surgimento há mais de duas décadas, a teoria de Alexy tem sido alvo de inúmeras objeções. As críticas vão desde sua concepção de discurso prático geral até a teoria do discurso jurídico, principalmente no que toca a sua tese central: a argumentação jurídica entendida como um caso especial da argumentação prática geral. Afora essas problemáticas conceituais, relacionadas com a idéia de pretensão de correção, outras críticas questionam até seu alcance prático e significado ideológico³⁵². Serão expostas, primeira e sucintamente, as objeções formuladas contra a teoria do discurso prático geral, seguidas da análise mais detida das críticas à teoria do discurso jurídico.

As objeções endereçadas ao modelo de argumentação prática geral de Alexy, em sua ampla maioria, são aquelas desferidas à concepção habermasiana de racionalidade prática. Isso acontece porque, como já mencionada, Alexy parte da teoria consensual da verdade e do princípio kantiano de universalidade, que fundamentam a teoria discursiva de Habermas.

Uma primeira crítica, empreendida por Weinberger, sustenta que o procedimento discursivo não pode constituir o caráter de verdade ou correção dos enunciados. No campo da justificação dos enunciados, o que importa é a verdade objetiva e não as opiniões subjetivas dos participantes do discurso. Não interessa se as razões são obtidas por consenso, interessa

³⁵² Uma análise bastante completa das críticas que foram formuladas à teoria da argumentação jurídica de Alexy pode ser buscada em Atienza. São expostas as objeções formuladas por diversos autores, como Ota Weinberger,

sim que sejam boas razões, assim compreendidas como “argumentos da lógica, experiência e tomada de posição”. Enquanto para Alexy a racionalidade discursiva representa uma teoria procedimental relacionada com o problema da forma e do resultado do discurso (correção), para Weinberger esta teoria se refere à questão das boas razões³⁵³.

Alexy sustenta a inexistência de uma grande diferença entre a sua concepção de racionalidade e a defendida por Weinberger, que pintou um quadro distorcido da teoria do discurso. Este sustenta que o consenso seria facilmente alcançado em situações de psicose de massa. Alexy até concorda, mas contra-argumenta justificando que as situações de psicose de massa são exatamente o oposto da situação do discurso racional, que exige postura argumentativa livre dos participantes do discurso racional prático³⁵⁴.

Outra crítica, formulada por Tugendhat, tem relação com o caráter comunicativo da justificação das afirmações práticas. Partindo de uma distinção entre regras semânticas e regras pragmáticas, o autor sustenta que a justificação dos enunciados práticos não exige, essencialmente, um processo comunicativo ou dialógico, podendo partir de um indivíduo para si mesmo, sendo, neste sentido, monológica. Segundo Tugendhat, Alexy não teria levado em conta essa distinção, uma vez que emprega em sua teoria do discurso prático tanto regras semânticas (1.1), como pragmáticas (1.4)³⁵⁵.

No que toca à teoria do discurso jurídico, um problema levantado por Atienza se refere à falta de clareza sobre o que Alexy entende por argumentação jurídica ou discurso jurídico: em sentido estrito, pode ser entendido como um procedimento não-institucionalizado situado entre o processo de estabelecimento estatal do Direito e o processo judicial; em sentido amplo, também há argumentação jurídica no contexto destes últimos procedimentos, embora não haja apenas argumentação, mas também decisão³⁵⁶.

A ambigüidade que Atienza sustenta está relacionada à seguinte questão: por um lado, Alexy defende que o discurso jurídico em sentido estrito é um tipo de procedimento não-institucionalizado, ou seja, não regulado por normas jurídicas que garantam um resultado definitivo e obrigatório – basicamente a dogmática jurídica; por outro lado, quando Alexy contrapõe o discurso jurídico *stricto sensu* ao discurso no processo judicial, inclui neste as

Ernst Tugendhat, Javier Muguerza, Ulfrid Neumann, Kaarlo Tuori, Klaus Günther, dentre outros, bem como as críticas formuladas pelo próprio Atienza. ATIENZA, *As razões do...*, p. 270-312.

³⁵³ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 301-02.

³⁵⁴ Idem, p. 303.

³⁵⁵ As regras semânticas são aquelas que determinam o uso de uma expressão, independentemente de sua utilização comunicativa ou monológica. Contrariamente, as regras pragmáticas só devem ser seguidas no âmbito do diálogo, da comunicação. ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 304-05; ATIENZA, *As razões do...*, p. 275.

³⁵⁶ ATIENZA, *As razões do...*, p. 289.

argumentações das partes, sendo que a argumentação justificatória do juiz pertenceria ao âmbito do procedimento não-institucionalizado.

Atienza explica que tal objeção poderia ser refutada, na medida em que para Alexy a pretensão de correção, elemento que torna o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral, é comum a todos os tipos de argumentação jurídica, institucionalizados ou não. Não obstante, Atienza assegura que essa ambigüidade atinge em cheio a teoria de Alexy, porquanto as especificidades da argumentação jurídica e o déficit de racionalidade suscitado variam em cada tipo de argumentação, o que não fica suficientemente enfatizado pelo autor³⁵⁷.

Outra questão que tem sido objeto de críticas é a tese de que nos diversos contextos da argumentação jurídica se propõe uma pretensão de correção, tanto com relação às normas e decisões jurídicas individualmente consideradas, como no que toca ao sistema jurídico, sendo um elemento necessário do conceito de norma jurídica. Assim, sempre que é feita uma afirmação, parte-se da idéia de verdade ou correção do que é afirmado. A justificação de qualquer questão jurídico-discursiva deve ser pautada por um critério de correção, sendo que as afirmações jurídicas, tal como as afirmações normativas gerais, demandam a exigência de correção³⁵⁸.

A existência de pretensão de correção não é aceita com muita facilidade no âmbito da argumentação empreendida pela partes no processo judicial. No caso do procedimento judicial, segundo sustenta Habermas, não se estaria no âmbito do discurso prático jurídico, mas sim no âmbito de uma ação estratégica levada a cabo por duas partes em confronto³⁵⁹. Assim, as partes em um processo judicial não buscam um fim comum, não pretendem obter a verdade, pretendem sim uma decisão favorável. As partes não estariam interessadas em um julgamento justo ou correto do caso – não seriam movidas em função da busca cooperativa da verdade – mas sim que o resultado do processo judicial lhes fosse favorável, satisfazendo seus interesses subjetivos³⁶⁰.

³⁵⁷ Idem, p. 290.

³⁵⁸ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 213.

³⁵⁹ Essas considerações formuladas por Habermas são apresentadas pelo próprio Alexy em sua Teoria da Argumentação Jurídica. Entretanto, em um trabalho posterior à publicação desta obra, Habermas, que até então sustentava que o processo judicial era uma suposição de ação estratégica, declarou-se convencido pela argumentação de Alexy, passando a concordar que as argumentações jurídicas, em todas as suas expressões institucionais, devem ser entendidas como um caso especial de discurso prático. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

³⁶⁰ Neste sentido, ver: ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 216; ATIENZA, *As razões do...*, p. 291; GIANFORMAGGIO, Letizia. *La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Juan Ruiz Manero. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 14, Alicante: Doxa, 1993, p. 163.

Essa é uma objeção que deve ser levada a sério, porquanto o ataque é desfechado diretamente ao centro da teoria de Alexy, a tese do caso especial. Se não se pode falar em pretensão de correção no âmbito dos processos judiciais, a tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral fica comprometida, já que estes casos deveriam ser concebidos como ação estratégica e não como discurso.

Alexy responde à objeção, afirmando que as intervenções das partes e de seus advogados são apresentadas com uma pretensão de correção, ainda que estejam dirigidas a interesses subjetivos. As razões apresentadas a favor de uma decisão poderiam, ao menos em princípio, ser incluídas em um tratado científico-jurídico. É comum, principalmente em processos perante tribunais superiores, que as fundamentações decorram de discussões doutrinárias. Ademais, as razões levadas aos tribunais muitas vezes são encontradas nas justificações judiciais e não se pode questionar que estas são empreendidas sob a exigência de correção³⁶¹.

Mas a questão ainda pode ser problematizada a partir daqueles processos judiciais em que a questão em controvérsia admita transação judicial, os chamados direitos disponíveis. Quem deseja levar a bom termo uma negociação, certamente pretende que a solução buscada além de favorável aos seus interesses seja também a solução justa e correta. Neste sentido, a pretensão de correção não passaria de uma pretensão de seriedade, de que os argumentos sejam propostos segundo as regras do jogo, ao que dificilmente se pode atribuir um significado moral³⁶².

A defesa de Alexy deixa transparecer uma questão relevante. Parece que enquanto os seus opositores estariam discutindo a questão com base em comportamentos reais, na prática dos processos judiciais, o autor estaria se referindo a modelos ideais. Assim, restam mantidas as teses do caso especial e da necessidade de pretensão de correção nos procedimentos judiciais.

Uma outra séria objeção é exposta por Letizia Gianformaggio a respeito da relação entre a argumentação jurídica procedimental e o problema da justiça das decisões judiciais. Para tanto, a autora parte da idéia de racionalidade enquanto procedimento, pela qual “*ser racional* não significa nada mais que *atual de uma maneira racional*”. De acordo com este modelo, a decisão correta ou justa não é aquela que decorre logicamente dos mandamentos de uma remota autoridade; nem tampouco a decisão arbitrariamente tomada pela autoridade que

³⁶¹ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 216.

³⁶² ATIENZA, *As razões do...*, p. 292.

efetivamente decide. A decisão correta e justa “é o resultado de uma ponderação comparativa dos argumentos, interpretações, provas alegadas pelas partes”³⁶³.

Há problemas em aceitar essa concepção como uma regra semântica de justiça, sendo conveniente encará-la como um princípio moral, que não se refere ao significado de justiça, mas sim à seleção de um procedimento que permita chegar até a conclusão justa. Entretanto, o problema persiste, já que por meio de um procedimento correto os tribunais podem alcançar uma decisão injusta ou o oposto³⁶⁴.

Acerca da possibilidade de decisões injustas alcançadas a partir da correta aplicação de um procedimento jurídico racional, Alexy se posiciona defendendo que essas decisões injustas ou baseadas em leis injustas são judicialmente válidas, podendo ser exigíveis com base em princípios formais como a segurança jurídica, mas não cumprem completamente a exigência de correção. São válidas porque estão situadas dentro da moldura do ordenamento jurídico válido. Por outro lado, decisões como essas não se encaixam no âmbito do Direito justo, não podendo ser entendidas como juridicamente perfeitas. Não se pode aceitar, nestes casos, que a pretensão de correção tenha sido completamente satisfeita³⁶⁵.

Sobre tal questão há, ainda, um problema mais complexo. Imagine-se uma decisão que disponha o seguinte: condeno o réu, com base em uma lei injusta, a uma pena de dez anos de reclusão. Neste caso, muito embora esteja satisfazendo o que se possa chamar de estrita pretensão de correção, a decisão não estaria cumprindo completamente a exigência de correção. Se, por outro lado, a decisão fosse a seguinte: Absolvo o réu da pena prevista pela lei, uma vez que a mesma é injusta. Agora, restaria satisfeita a exigência de correção em sentido amplo, mas não em sentido estrito. Essa problemática leva Atienza a pensar que “a tese do caso especial só vale se se pressupõe a justiça do Direito positivo”³⁶⁶.

Uma outra objeção bastante séria é formulada por Günther, em uma réplica à tese do caso especial de Alexy³⁶⁷. Em linhas gerais, aquele autor sustenta a tese segundo a qual as questões ligadas à validade de uma norma devem ser separadas da problemática que envolve sua aplicação. A partir dessas considerações, pode-se concluir que o discurso de justificação das normas deve ser completado pelo discurso referente à aplicação, o que leva à necessidade

³⁶³ No original: “... *ser racional* no significa nada más que *actuar de una manera racional*”. “... es el resultado de una ponderación comparativa de los argumentos, interpretaciones, pruebas alegados por las partes”. GIANFORMAGGIO, *La noción de...*, p. 159 e 166.

³⁶⁴ Idem, p. 166.

³⁶⁵ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 322-23; ATIENZA, *As razões do...*, p. 292-93.

³⁶⁶ ATIENZA, *As razões do...*, p. 293-94.

³⁶⁷ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 17, Alicante: Doxa, 1995, p. 271-302.

de explicação do raciocínio judicial como um discurso de aplicação das normas. Assim, dentro do discurso jurídico deve ser empreendida a distinção entre uma atividade de justificação e outra de aplicação das normas jurídicas³⁶⁸.

Günther critica Alexy por não empreender claramente essa distinção. Suas críticas têm ganhado considerável repercussão na medida em que, não obstante tenha sido Alexy o primeiro autor a descobrir na obra de Habermas um potencial teórico frutífero para o estudo da teoria da argumentação jurídica, ultimamente Habermas vem se remetendo com maior profusão a Günther e não a Alexy³⁶⁹.

As objeções de Günther à teoria de Alexy podem ser resumidas em alguns pontos fundamentais. Primeiro, no que toca à distinção entre regras e princípios, aquele autor sustenta que Alexy permite o tratamento diferenciado entre essas espécies normativas, restringindo aos princípios o argumento de adequabilidade (ponderação de valores). Uma segunda crítica se refere à tese do caso especial, que segundo Günther limita a exigência de universalidade ao discurso geral, restando ao Direito o que se pode chamar de uma lógica axiomática da argumentação. Outra crítica se refere aos princípios como mandamentos de otimização, porquanto nesse modelo os valores a serem ponderados quando das situações de conflito ficam imunes a toda especulação crítica³⁷⁰.

Segundo defende Günther, nos discursos práticos gerais deve-se distinguir entre os discursos de fundamentação e os de aplicação, já que os critérios utilizados para atestar a validade de um enunciado normativo são diferentes daqueles usados para indicar a adequação de uma norma válida a uma dada situação. Neste sentido, enquanto no âmbito de justificação das normas o princípio da universalidade, que determina a consideração recíproca dos interesses de todos os envolvidos, desempenha um papel central, no plano da aplicação das normas se destaca o princípio da adequação (adequabilidade)³⁷¹.

Para Alexy, as regras possuem sua adequabilidade subsumida ao parâmetro de validade. Günther, por outro lado, admite a aplicação de regras, em condições de dupla contingência, ou seja, tempo e conhecimento ilimitados, afastado o argumento de

³⁶⁸ MORAL SORIANO, Leonor M. ¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 21-I, Alicante: Doxa, 1998, p. 193.

³⁶⁹ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. Presentación al artículo de Klaus Günther. In. GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 17, Alicante: Doxa, 1995, p. 272.

³⁷⁰ GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, *passim*.

³⁷¹ Ultrapassa os limites do presente estudo uma análise mais aprofundada da tese de Günther sobre o princípio da adequabilidade. Para aprofundar a análise da presente temática, pode-se consultar: GÜNTHER, *Un concepto normativo...*, p. 278 e ss; GÜNTHER, *Teoria da argumentação...*, *passim*.

adequabilidade, apenas quando a adequabilidade tenha sido decidida pelo legislador em temas universais e aplicados estritamente sob aquelas condições descritas na norma. Desta forma, a problemática da estrutura normativa (validade semântica) é deslocada para o âmbito da aplicação da norma.

O raciocínio prático voltado à aplicação das normas exige a consideração de todas as características da situação, desde que relevantes para garantir uma coerente interpretação de todas as normas aplicáveis. Assim, o juízo de aplicação é norteado por uma exigência de imparcialidade, juízo este que se impõe tanto no discurso moral como no discurso judicial. Partindo da idéia de coerência, um enunciado normativo particular deve estar amparado por uma norma válida a ser aplicado de forma adequada, isto é, levando-se em conta todas as circunstâncias do caso.

Com base nessas considerações, Günther sustenta a falência da tese do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, muito embora haja relação entre algumas regras da justificação interna ou externa da argumentação jurídica com aquelas da argumentação moral, baseadas no princípio da universalidade da ética discursiva. Em síntese, afastando a idéia de justificação do centro da teoria do discurso, Günther sustenta a argumentação jurídica como um caso especial do discurso moral de aplicação³⁷².

Para fugir desse tipo de objeção, Alexy defende que é necessário situar a teoria do discurso em uma teoria mais abrangente do Estado e do Direito, partindo de um modelo de teoria do Estado constitucional democrático e de um modelo tripartite de sistema jurídico (regras/princípios/procedimento)³⁷³.

Uma análise superficial das concepções de Günther não permite avaliar até que ponto suas objeções conseguem desestruturar a teoria da argumentação jurídica de Alexy. Ao que parece, Alexy e Günther estão comprometidos com propostas até certo ponto semelhantes, mas com diferentes pontos de partida, o que leva a crer que suas incompatibilidades teóricas são mais aparentes que reais. Por outro lado, essa análise superficial permite atestar que a tese central de Günther, da distinção entre duas atividades complementares no âmbito do discurso prático geral, a justificação e a aplicação dos enunciados normativos, não tem o condão de justificar a introdução do discurso de aplicação, com o *status* pretendido, no âmbito da teoria do discurso.

Há, ainda, uma objeção endereçada à obra de Alexy, que questiona se é possível aceitar o modelo de racionalidade discursiva para todos os campos da argumentação jurídica.

³⁷² GÜNTHER, *Un concepto normativo...*, p. 296-302.

³⁷³ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 321; *El concepto y...*, p. 151-76.

Sustenta-se que a justificação de decisões jurídicas não é norteada apenas por razões de correção, mas também por razões teleológicas e consequencialistas. No caso, principalmente, de ramos do Direito com o Direito Administrativo e o Direito Económico, a justificação de uma decisão jurídica não pode ficar adstrita a sua correção (racionalidade discursiva), devendo ser consideradas suas potencialidades para alcançar determinados fins, a partir de raciocínios teleológicos ou consequencialistas³⁷⁴.

Essa objeção teria mais consistência se Alexy formulasse uma concepção de sistema jurídico como a de Dworkin, que defende a existência de normas, princípios e diretrizes políticas, estas relacionadas com os objetivos sociais. No entanto, a concepção de sistema jurídico de Alexy enfeixa os objetivos sociais no âmbito dos princípios jurídicos, garantindo que os raciocínios consequencialistas ou teleológicos estejam imbricados na sua concepção de princípios, e por extensão, na exigência de correção *lato sensu*, de conformidade racional com o Direito.

Outra espécie de crítica se refere à utilidade e ao efetivo alcance da proposta de Alexy. O próprio autor reconhece claramente os limites de sua teoria, inclusive de que por meio dela não se pode alcançar a unidade de solução correta para todos os casos práticos. Sua teoria, estruturada como uma teoria geral da argumentação jurídica, é acusada de incompletude por não ter delimitado os diversos contextos do discurso jurídico, detalhando suas especificidades e relações mútuas³⁷⁵.

O pensamento de Alexy não tem escapado a críticas no plano ideológico. Quando expõe as regras do discurso prático geral, o autor parte de uma perspectiva inegavelmente normativa. Já no âmbito do discurso jurídico sua análise se torna eminentemente descritiva, uma vez que parte das regras tradicionais do método jurídico. Da mesma forma, instituições do Direito moderno, como a lei, a dogmática jurídica e os precedentes, são sumamente idealizadas por Alexy. A dogmática jurídica é apresentada não como uma instância situada nos limites do Direito positivo, mas sim como uma instância demarcadora de seus limites³⁷⁶.

A tese referente à relação conceitual necessária entre o Direito e a moral também é contestada³⁷⁷. Conforme sustenta Atienza, esta idéia se presta a uma utilização ideológica, já que Alexy admite a possibilidade de um sistema jurídico dotado de pretensão de correção ser consideravelmente injusto, bem como que uma norma ou decisão jurídica pode não cumprir plenamente as exigências de correção e continuar sendo jurídica. Ao que parece, admitir a

³⁷⁴ ATIENZA, *As razões do...*, p. 296-97.

³⁷⁵ Idem, p. 297-98.

³⁷⁶ Idem, p. 302-03.

possibilidade de um Direito injusto, de uma norma jurídica injusta ou uma decisão jurídica injusta se mostra em paradoxo com a relação conceitual necessária entre o Direito e a moral³⁷⁸.

Muitas das objeções aqui apresentadas são realmente sérias e, como se pode notar, ainda não foram satisfatoriamente refutadas por Alexy. O certo é que, embora de inegável pertinência, nenhuma das críticas consegue atingir suas concepções a ponto de comprometê-las enquanto proposta teórica. Até porque, no mais das vezes, quando são endereçadas objeções a uma teoria não se pretende invalidá-la ou desautorizá-la por completo. O intento principal é (ou deveria ser) o de fomentar o debate e contribuir para o seu aprimoramento.

Neste sentido, a tese central de Alexy que concebe o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, não sofre nenhuma objeção capaz de justificar seu abandono ou completa reestruturação. Não se trata de um projeto acabado, isto é inegável, até porque ainda persiste um déficit de racionalidade que teima em se colocar como limite à teoria da argumentação jurídica, o problema da unidade de solução correta para os casos difíceis.

Em verdade, eis a temática latente ao longo desse trabalho: como fundamentar racionalmente as decisões jurídicas sobre colisões entre princípios constitucionais? Ou melhor, é possível justificar a existência de uma única decisão judicial correta para esses casos? Ou, muito embora partindo de um procedimento racional de justificação judicial, não se pode garantir uma unidade de soluções justas ou corretas? Ou ainda, esta unidade de solução correta é possível, mas somente no plano ideal, restando-lhe por outro lado uma importante função enquanto idéia reguladora?

Essa será a tônica das questões a serem discutidas adiante. Partindo de uma análise das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, será empreendida a análise da problemática da colisão entre princípios constitucionais e do modelo de ponderação oferecido por Alexy, na tentativa de responder ou pelo menos lançar algumas luzes sobre as indagações acima alinhadas.

³⁷⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 37-58.

³⁷⁸ Neste caso, Atienza defende uma noção mais forte da moral, possivelmente embasada numa ética discursiva, que certamente dificultaria a explicação do Direito positivo, mas, por outro lado, não permitiria apenas justificá-lo de per si, possibilitando, apenas, seu julgamento como menos ou mais valioso a partir de seu grau de aproximação com relação à moral. ATIENZA, *As razões do...*, p. 304-05.

CAPÍTULO 3

A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A MÁXIMA DA PONDERAÇÃO

3.1 Considerações iniciais

A metodologia constitucional, como de resto toda a cultura jurídica contemporânea, vem sofrendo uma profunda reestruturação em suas bases teóricas, bem como na interação com os diversos fatores que compõem a sociedade atual. A paulatina consolidação do novo constitucionalismo – sinal indelével de uma sensível superação das teses centrais do positivismo jurídico – tem refletido viva e fecundamente na consolidação de uma moderna teoria da Constituição, pautada pela força normativa dos princípios constitucionais, pela eficácia dos direitos fundamentais e pela supremacia da ordem constitucional.

O primeiro capítulo procurou ressaltar a importância central dos princípios constitucionais na consolidação de um efetivo Estado constitucional de direito. A partir de algumas das principais idéias que informam o novo constitucionalismo, sobretudo a fusão entre Direito e moral e a força normativa dos princípios constitucionais, restou a possibilidade de superação do modelo juspositivista dominante até as últimas décadas do século XX. O combate à posição coadjuvante que o positivismo jurídico reserva aos princípios jurídicos – reduzidos a fontes normativas subsidiárias – desponta como condição *sine qua non* à consolidação de uma efetiva teoria material da Constituição.

Os princípios constitucionais constituem-se em normas que fundamentam e sustentam o sistema constitucional, as pautas normativas basilares do ordenamento jurídico. Vinculam e norteiam a atuação tanto do Poder Público como dos particulares, ostentando eficácia jurídica ativa e vinculante, pelo que deve ser totalmente afastada aquela idéia juspositivista que

entendia os princípios como meros programas ou linhas sugestivas da atividade pública ou particular.

A consolidação da qualidade normativa dos princípios jurídicos reveste de considerável relevância o estudo das formas de resolução das colisões entre princípios constitucionais, sobretudo se analisadas a partir de uma moderna teoria da argumentação jurídica. Tal empreitada exige a rediscussão e a redefinição da hermenêutica constitucional clássica, pautada pela lógica formal-positivista, avançando-se para uma nova hermenêutica constitucional, vivificada pelo raciocínio tópico retórico e pela aplicação da máxima da proporcionalidade³⁷⁹.

Exige-se, inegavelmente, o estabelecimento de uma adequada teoria da justificação jurídica, capaz de conferir correção ao discurso jurídico e judicial, dirimindo na maior medida possível o déficit de racionalidade comum ao discurso prático geral e ao discurso jurídico. O instrumental teórico do modelo de argumentação jurídica de Alexy, analisado no capítulo anterior, permite uma adequada discussão do problema da colisão entre princípios.

Não se pode olvidar que o movimento histórico-evolutivo de constitucionalização dos princípios jurídicos e a consolidação de uma cultura de eficácia vinculante dos princípios constitucionais demandam a estruturação dos mecanismos de resolução das colisões entre princípios. Colisões estas muito correntes, sobretudo naquelas Constituições abertas e prolixas como a brasileira, que albergam um sistema jurídico constitucional extremamente complexo e dinâmico.

Os métodos clássicos de resolução de antinomias entre regras jurídicas não conseguem oferecer respostas satisfatórias às situações de colisão entre princípios constitucionais reconhecidos expressa ou implicitamente pela ordem constitucional. A solução das colisões entre princípios deve vencer o prisma da validade, afeto aos conflitos entre regras jurídicas, alcançando as qualidades de densidade, peso e importância, próprias dos princípios jurídicos.

Certamente, não se está discutindo colisões entre princípios constitucionais que sustentem valores em tudo contraditórios, capazes de pôr em risco a coerência e a unidade do sistema constitucional. A referência se inclina àquelas oposições entre princípios que não se coadunam na solução de determinado caso, as antinomias jurídicas impróprias³⁸⁰, das quais

³⁷⁹ BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 446-80.

³⁸⁰ Grande parte da doutrina divide as antinomias jurídicas em próprias – aquelas situações de conflito entre regras jurídicas – e impróprias – aquelas situações de colisão entre princípios jurídicos, quando, muito embora haja uma situação de oposição entre ambos, a aplicação de um não implica a eliminação do outro, mas apenas o afastamento de sua aplicação naquele caso concreto. Segundo este entendimento, as antinomias de princípios não são antinomias propriamente ditas. Neste sentido, ver: BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 90; GRAU, *A ordem econômica...*, p. 115. Em sentido diverso, Freitas defende que as colisões entre princípios são verdadeiras

não resultam riscos de ruptura insanável à ordem jurídica. Nessas situações de colisão, um princípio constitucional deve ser afastado para a aplicação de outro, como forma de garantir a harmonia e a coerência do ordenamento constitucional.

A preparação teórica da discussão acerca das colisões entre princípios constitucionais já foi levada a efeito, com o estudo sobre o sistema jurídico, a qualidade normativa dos princípios constitucionais, a distinção estrutural entre princípios e regras jurídicas, a análise funcional dos princípios constitucionais, bem como a partir da estruturação de uma teoria da justificação jurídica capaz de garantir níveis adequados de racionalidade (correção) ao discurso jurídico. Antes, porém, do estudo acerca da resolução de colisões entre princípios constitucionais, torna-se imprescindível o estudo das máximas da razoabilidade e proporcionalidade, com ênfase aos contornos traçados pela doutrina jurídico-constitucional estadunidense e germânica.

3.2 As máximas da razoabilidade e da proporcionalidade

A consolidação de um efetivo Estado constitucional exige, inexoravelmente, um modelo de Estado de direito marcado por uma Constituição efetivamente garantista³⁸¹. Uma Constituição definidora dos fundamentos e objetivos norteadores das ações estatais, com força vinculante acerca das políticas públicas necessárias a sua consecução. Uma carta política asseguradora de direitos e garantias fundamentais – e o mais importante – capaz de impor aos poderes constituídos a inarredável obrigação de implementá-los.

antinomias jurídicas, as mais importantes, porque se constituem nas antinomias propriamente teleológicas. FREITAS, *A interpretação sistemática...*, p. 69.

³⁸¹ Analisando o fenômeno do Estado de direito a partir de uma perspectiva diacrônica, Sérgio Cademartori divide a progressiva consolidação deste modelo de Estado em “governo *per leges*”, “governo *sub lege*” e “Estado constitucional de direito”. O aparato de dominação *per leges* se constitui num poder que se expressa por meio de leis gerais e abstratas, decorrentes da vontade geral. Os atributos de generalidade e abstração da norma jurídica garantem a igualdade formal e afastam o arbítrio da ação governamental, vez que vinculam os poderes às formalidades e procedimentos dispostos em lei. No “governo *sub lege*” ocorre a vinculação e submissão dos poderes ao Direito, condicionando, além das formalidades e procedimentos da ação governamental, o conteúdo de tal ação, vinculando o governo a determinadas matérias. O Estado constitucional marca o caráter plenamente normativo e vinculante das Constituições, implicando na superação da redução positivista do Direito à lei e do jurídico ao legislativo. Deste modo, os direitos fundamentais passam a se constituir em matérias sobre as quais os poderes do Estado não podem dispor, uma vez que se constituem no fundamento de legitimidade do próprio Estado e expressão inarredável das democracias modernas. A garantia dos direitos fundamentais de liberdade e a implementação dos direitos fundamentais positivos é o dever primeiro do Estado, condição de legitimidade dos poderes constituídos. CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 19-32. Para um estudo mais detido acerca das bases da teoria do garantismo jurídico, pode-se consultar: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 851-957.

Diante desse quadro jurídico-constitucional, o estudo da razoabilidade e da proporcionalidade ganha considerável relevo, porquanto possibilitam um exame da atividade dos produtores das leis e de seus aplicadores que supera em larga medida os aspectos da estrita legalidade.

Pelas máximas da razoabilidade e proporcionalidade pode-se aquilatar a conformação das atividades legislativa e administrativa do Estado com os valores e interesses inscritos, expressa ou implicitamente, na Constituição. Constituem-se, portanto, em verdadeiros limites à atuação do Poder Público, exigindo-lhe a fiel observância não apenas da lei em sentido estrito – princípio da legalidade estrita, mas de todo o ordenamento jurídico – princípio da juridicidade.

Neste trabalho, a razoabilidade e a proporcionalidade têm sido tratadas como verdadeiras máximas, cânones de interpretação. Entretanto, não se pode olvidar que são comumente designados como princípios jurídicos. Por certo, a designação terminológica da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios constitucionais, não se coaduna com o conceito de princípios jurídicos alicerçado na teoria de Alexy – enquanto espécies normativas contrapostas às regras jurídicas. Nos termos da doutrina do jurista alemão as regras expressam deveres definitivos, contendo determinações no âmbito do fática e juridicamente possíveis, somente podendo ser cumpridas ou não. Em contrapartida, os princípios expressam deveres *prima facie*, ordenando a máxima realização de determinado direito, conforme as possibilidades reais e jurídicas existentes. O conteúdo definitivo dos princípios somente pode ser fixado após o sopesamento com outros princípios também aplicáveis à determinada situação, constituindo-se em verdadeiros mandamentos de otimização.

Resta, portanto, evidente a impropriedade terminológica consubstanciada na designação da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios, porquanto ambas não entram em disputa com outros princípios constitucionais, em uma relação de precedência condicionada às peculiaridades fáticas e jurídicas que marcam o caso concreto. A razoabilidade e a proporcionalidade são os parâmetros, os critérios e os padrões de interpretação que possibilitam o sopesamento entre princípios constitucionais contrapostos e a verificação da legitimidade e juridicidade dos atos legislativos e administrativos.

Parece mais correto definir a razoabilidade e a proporcionalidade como máximas, verdadeiros cânones de interpretação, parâmetros de aferição da ordenação lógica e racional do sistema jurídico e da atuação do Poder Público. Segundo a teoria de Alexy, que divide as normas jurídicas em regras e princípios, as três máximas que compõem a proporcionalidade

se afastam do conceito de princípios jurídicos enquanto mandamentos de otimização, podendo ser catalogadas como regras³⁸².

A questão da definição da razoabilidade e da proporcionalidade é enfrentada por Ávila de forma bastante coerente e inovadora. Segundo o autor, ambas não podem ser enquadradas nem na categoria de princípios e nem na categoria de regras. Não se pode considerá-las princípios, porque estes são definidos como normas imediatamente finalísticas, “normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção”. Da mesma forma, não podem ser catalogadas como regras, porquanto estas “são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder”³⁸³.

Neste sentido, Ávila defende que a razoabilidade e a proporcionalidade devem ser entendidas como postulados normativos, superando-se o âmbito das normas para adentrar no terreno das metanormas. Podem ser consideradas como normas de segundo grau que informam a estrutura de aplicação das outras normas – as regras e os princípios. Não se pode falar, portanto, em violação dos postulados da razoabilidade ou proporcionalidade, mas sim em violação de regras e princípios que não foram aplicados conforme os referidos postulados, cuja interpretação foi empreendida em desacordo com sua estruturação. Em última análise, há que se entender os postulados normativos aplicativos como “deveres estruturantes da aplicação de outras normas”³⁸⁴.

Os postulados, diversamente dos princípios, não impõem a promoção de um fim, mas sim estruturam a aplicação do dever de promover um fim; não prescrevem indiretamente comportamentos, mas sim raciocínios e argumentações relativos às normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Da mesma forma, diferentemente das regras, os postulados não descrevem comportamentos, mas sim estruturam as normas que o fazem; não estão limitados à mera atividade de subsunção como ocorre com as regras, exigindo a ordenação e a relação entre vários elementos e não a simples análise da correspondência entre a hipótese da norma e a situação fática³⁸⁵.

³⁸² ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 112.

³⁸³ ÁVILA, *Teoría dos princípios...*, p. 89.

³⁸⁴ Segundo Ávila, os postulados normativos podem ser de duas espécies: os postulados inespecíficos ou incondicionais, aqueles postulados normativos eminentemente formais, que se constituem em meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação, como são exemplos a ponderação de bens, a concordância prática e a proibição do excesso; os postulados específicos ou condicionais, aqueles postulados normativos que, muito embora formais, têm a aplicação condicionada à existência de determinados elementos e são pautados por certos critérios, com o relacionamento entre os elementos específicos a partir de critérios orientadores. São exemplos de postulados específicos, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade. *Idem*, p. 88-125.

³⁸⁵ *Idem*, p. 89-90.

A defesa da razoabilidade e da proporcionalidade enquanto postulados normativos aplicativos, ressalvadas algumas peculiaridades, mostra-se bastante aproximada da idéia de máxima aqui defendida, ou seja, parâmetros de aferição da ordenação teleológica e racional das normas que compõem o sistema jurídico. Por outro lado, não é o nome que determina a natureza jurídica do instituto e querer remodelar a terminologia aplicada à razoabilidade e à proporcionalidade seria fazer olhos cegos à já consolidada cultura jurídica nacional. Entretanto, não obstante o tratamento consolidado na doutrina nacional, a razoabilidade e a proporcionalidade continuarão sendo designadas como máximas constitucionais.

3.2.1 A não sinonímia entre razoabilidade e proporcionalidade

Antes de se empreender o exame mais aprofundado e individualizado da razoabilidade e da proporcionalidade, que devem ser entendidas como verdadeiras máximas, parâmetros de interpretação acerca da validade e legitimidade da atuação legislativa e administrativa do Estado, faz-se mister abordar algumas peculiaridades que afastam a sinonímia entre ambas, porquanto expressam construções técnico-jurídicas diversas.

Não se pode negar, por certo, que a razoabilidade e a proporcionalidade apresentam forte semelhança, sobretudo no que toca à finalidade da sua aplicação, controlar e limitar a atuação do Poder Público. A aparente sinonímia é reforçada pela similaridade com que estes termos são usados na linguagem não-jurídica. Dizer que determinada situação ou atitude é desarrazoada ou desproporcional sugere a mesma idéia de reprovação. Até mesmo no meio jurídico, desde que empregados em um sentido laico, os dois termos podem encerrar o mesmo significado³⁸⁶.

Na doutrina nacional a sinonímia entre razoabilidade e proporcionalidade é defendida por inúmeros autores, que entendem não haver qualquer diferença no tratamento entre as duas máximas, por eles entendidas como princípios³⁸⁷. Ambas teriam o mesmo significado, havendo apenas diferença de nomenclatura, mas identidade de conteúdo e finalidade. A proporcionalidade do Direito alemão seria o equivalente terminológico da razoabilidade

³⁸⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, Ano 91, n.º 798, abril, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28.

³⁸⁷ Neste sentido, dentre outros: BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996; BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Ano 6, n.º 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996;

estadunidense. No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, a proporcionalidade nada mais é que uma faceta da razoabilidade³⁸⁸.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF também não faz diferença entre as duas máximas, referindo-se, por vezes, à razoabilidade e à proporcionalidade notoriamente como sinônimas. Essa postura jurisprudencial tem contribuído negativamente para o efetivo estabelecimento dos contornos e especificidades técnico-estruturais dos dois institutos, reforçando a idéia da identidade plena³⁸⁹.

Uma primeira diferença entre a razoabilidade e a proporcionalidade está na origem dos institutos. Enquanto a origem da razoabilidade remonta a Magna Carta inglesa de 1215³⁹⁰, a proporcionalidade é fruto da tentativa de limitação do poderes estatais, contemporâneos à passagem do Estado absolutista para o Estado de direito, tendo aplicação primeiramente no Direito Administrativo alemão.

Outro ponto que afasta a sinonímia entre a razoabilidade e a proporcionalidade relaciona-se a sua estrutura e aplicação. Enquanto a razoabilidade constitui-se em pauta que exige que os atos estatais sejam razoáveis, devendo apresentar adequação entre meios e fins, a proporcionalidade foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão em três níveis independentes e que devem ser ordenadamente aplicados na análise da legitimidade das leis ou atos do Poder Público: a adequação, a necessidade e a ponderação³⁹¹.

Levando em conta a estrutura técnico-jurídica, pode-se dizer que a razoabilidade corresponde ao primeiro dos três níveis que compõem a proporcionalidade, a exigência de adequação, de relação lógica e ordenada entre os meios empregados e os fins perseguidos. Desta forma, resta imperioso admitir a maior amplitude da proporcionalidade, que não se esgota na análise da compatibilidade entre meio e fins³⁹².

Certamente, não há intenção de negar a existência de semelhanças entre os dois institutos. Pretende-se sim, uma mais apurada análise dos mesmos, com suas especificidades

³⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 68.

³⁸⁹ Neste sentido, ver item 3.4, *infra*.

³⁹⁰ Para uma visão divergente acerca da origem do princípio da razoabilidade, pode-se consultar: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 283; SILVA, 2002, p. 29.

³⁹¹ Para uma visão diferente da aqui defendida, com base na análise da aplicação da razoabilidade pela Suprema Corte estadunidense como máxima de ponderação e parâmetro eficaz à resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, pode-se consultar: MARTEL, Letícia de Campos Velho. Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte Estadunidense. Dissertação de Mestrado. Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD, Florianópolis: UFSC, 2001, p. 251-68.

³⁹² SILVA, *O proporcional e o...*, p. 33.

estruturais, de origem e de conteúdo, até como mecanismo de otimização de sua aplicação pelos tribunais, possibilitando, ainda, uma melhor compreensão doutrinária. Na sequência serão abordadas, com maior afinco, as alegadas especificidades e disparidades entre as duas máximas constitucionais.

3.2.2 A máxima da razoabilidade

A máxima constitucional da razoabilidade está fortemente enraizada no ordenamento jurídico contemporâneo, fazendo parte de inúmeros sistemas normativos. Em diversos países a razoabilidade consta expressamente na Constituição, sendo que em outros tantos é implicitamente reconhecido, ressaíndo da própria ordem constitucional vigente.

No ordenamento constitucional brasileiro, há que se considerar a razoabilidade como máxima constitucional expressa, que encontra sua “*sedes materiae*” na disposição normativa que disciplina o devido processo legal, o artigo 5º, LIV da CRFB, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Não se pode olvidar que a cláusula do devido processo legal, conforme disposta na CRFB, encerra não somente o devido processo legal em seu caráter processual, mas principalmente o devido processo substantivo, onde descansa a máxima da razoabilidade. Portanto, a razoabilidade está expressamente prevista na Constituição brasileira, a salvo de qualquer investida do poder constituinte derivado, porquanto amparado pela blindagem do artigo 60, § 4º, IV da CRFB, que veda expressamente a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir, entre outras coisas, os direitos e garantias fundamentais.

A matriz jurídico-filosófica da razoabilidade é a cláusula do “*due process of law*”, que se desenvolveu a partir do direito anglo-saxônico. A garantia do devido processo legal, que em um primeiro momento restringiu-se a aspectos marcadamente processuais (“*procedural due process*”), evoluiu lenta e progressivamente para uma garantia substantiva (“*substantive due process*”), uma espécie de degrau evolutivo daquele³⁹³.

A análise do conteúdo e dos contornos da razoabilidade exige um apanhado histórico de sua origem e evolução. Impende, portanto, traçar a trajetória da cláusula do “*due process of law*”, desde o seu nascimento no direito anglo-saxônico até a substantivação pelo Direito estadunidense.

³⁹³ Para uma análise aprofundada acerca da evolução da cláusula do devido processo legal no Direito estadunidense, pode-se consultar: MARTEL, *Devido processo legal..., passim*.

3.2.2.1 Origem e evolução da cláusula “*due process of law*”

A formulação dos princípios que regem, modernamente, o ordenamento constitucional inglês, teve seu marco inicial na evolução da estrutura feudal britânica, em meados do século XI. As tensões sobre o arbítrio real culminaram no reinado de João Sem Terra, que, incapaz de resistir às pressões dos senhores feudais – verdadeira revolução política e social que se vinha avolumando desde a “Pequena Carta” – viu-se forçado a outorgar a “Magna Carta” em 1215. Este documento se consolidou enquanto estatuto fundamental do Direito inglês, estabelecendo os princípios básicos de sua estruturação política e jurídica. Cumpre esclarecer, todavia, que aquela carta política não “visava proteger os direitos individuais do cidadão”, muito embora tenha sido um de seus reflexos. Foi concebida sim, essencialmente, “como um complexo limitador apenas da ação real e jamais do Parlamento”³⁹⁴.

A Magna Carta inglesa, em seu capítulo 39, assegurava aos senhores feudais a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, cuja supressão só se daria por meio da “lei da terra” (“*per legem terrae*” ou “*law of the land*”). Passados alguns séculos, a expressão “*per legem terrae*” acabou, por motivos ignorados, sendo substituída pela expressão “*due process of law*”, como encontrada na famosa “*Petition of Rights*” de 1628. A matriz do devido processo legal, portanto, remonta à “lei da terra” inscrita na Magna Carta³⁹⁵.

Há que se considerar, por outro lado, com certa ressalva esse lugar de destaque emprestado à Magna Carta, como expressão primeira da cláusula do devido processo legal e estatuto fundamental do Direito inglês. Existem consideráveis controvérsias acerca do seu *status* de fonte informadora basilar do conjunto de direitos fundamentais que compõe o sistema jurídico anglo-saxônico. Esse verdadeiro mito consolidado em torno da Magna Carta acaba exacerbando sua real importância. Segundo uma versão histórica, o documento assinado no século XIII foi imediatamente descumprido pelo Rei João Sem Terra e rapidamente alcançou o esquecimento, somente sendo resgatado tempos mais tarde, em meados do século XVII³⁹⁶.

No início, a cláusula do devido processo legal exigia simplesmente um processo judicial compatível à natureza do caso. Um processo ordenado, onde restasse assegurado aos

³⁹⁴ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e “due process of law”*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 09-10.

³⁹⁵ A redação do dispositivo citado era a seguinte: “nenhum homem será detido ou preso, nem despojado de seu livre domínio, de sua liberdade ou livres costumes, nem posto fora da lei, nem exilado, nem molestado de maneira alguma, e nós não poremos nem mandaremos por a mão nele, a não ser em virtude de um julgamento legal por seus pares e na forma da lei da terra”. *Idem*, p. 11-12.

litigantes ou acusados a previsão de atos processuais formalizados. Realmente, em um primeiro momento evolutivo, ressaí o nítido caráter processual da norma. Somente por volta do século XVII é que o Direito inglês passou a reconhecer na cláusula do devido processo legal a garantia ao contraditório, com a prévia citação à demanda, e a oportunidade à defesa.

A garantia do devido processo legal, no Direito estadunidense, teve sua separação do Direito inglês com as inúmeras declarações de direitos das colônias americanas durante as lutas pela independência. “De fato, é nesse ensejo que o princípio se desliga de sua matriz inglesa e passa a integrar o sistema jurídico americano, numa trajetória que o transmudaria no mais fecundo de quantos instrumentos se criaram para a defesa de direitos individuais”³⁹⁷.

A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, ainda que sentida, “no plano federal, a necessidade de se circunscrever a esfera privativa dos direitos individuais, imunes à interferência da União recém-organizada”, não trouxe qualquer referência expressa à cláusula do devido processo legal. Somente em 1791 é que tais garantias foram perfeitamente cristalizadas pelo texto da V Emenda Constitucional, segundo a qual “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal”. O conjunto de emendas à Constituição estadunidense, em número de dez, ficou conhecido como “*Bill of Rights*”³⁹⁸.

O preceito estabelecido no texto da V Emenda, no entanto, vinculava apenas o Governo Federal. Sua abrangência era limitada, já que não obrigava o Governo dos Estados federados. Com a Guerra de Secessão, abalada a União em sua unidade, sentiu-se a necessidade de fortalecê-la mediante a centralização de poderes, fazendo-se imprescindível garantir a igualdade jurídica aos escravos dos Estados do Sul. Neste contexto histórico que, em 1868, incorporou-se à Constituição estadunidense a XIV Emenda, vinculando os Estados federados às limitações previstas na cláusula do devido processo legal. Restou prescrito que “nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal”³⁹⁹.

Neste período, o princípio do devido processo legal ainda era visto apenas como norma de caráter processual, situação que se configurou em uma primeira fase do princípio no Direito estadunidense. Mas foi na fase do devido processo legal substantivo que essa garantia se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Para considerações a respeito, pode-se consultar: GUERRA FILHO, *Princípio da proporcionalidade...*, p. 283; SILVA, *O proporcional e o...*, p. 29.

³⁹⁷ DÓRIA, *Direito Constitucional...*, p. 15.

³⁹⁸ Idem, p. 16.

³⁹⁹ Idem, p. 17.

3.2.2.2 A razoabilidade e o sentido substantivo do devido processo legal

Vencida a primeira fase, onde o princípio do devido processo legal buscava assegurar a regularidade processual, uma garantia à observância de certas formalidades procedimentais, a evolução jurisprudencial da Suprema Corte estadunidense conferiu nova roupagem à cláusula do devido processo legal, que passou de instituto processual à garantia substantiva de direitos individuais.

O devido processo legal substantivo, juntamente com outros princípios constitucionais como a igualdade e a idéia de justiça, tornou-se instrumento importantíssimo na defesa dos direitos individuais, ferramenta limitadora do exercício arbitrário do Poder Legislativo e da discricionariedade administrativa. O controle da razoabilidade das leis e dos atos administrativos discricionários permitiu ao Poder Judiciário examinar os atos legislativos e administrativos sob o prisma da justiça, não só formal, mas, sobretudo, material.

Parece forçoso admitir que a máxima da razoabilidade encontra seu fundamento de aplicação, em última análise, no Direito natural, em decorrência de sua origem marcadamente influenciada pelas concepções jusnaturalistas do Direito estadunidense, em uma clara interação às idéias do liberalismo clássico. A razoabilidade – evolução material dos princípios da igualdade e da justiça processual – não se constitui em expressão de uma norma abstrata e superior. Pelo contrário, decorre da enunciação de valores históricos e relativos. Daí o caráter jusnaturalista defendido, que prescinde até da sua normatividade⁴⁰¹.

A doutrina estadunidense do devido processo substantivo começou a ser delineada no final do século XIX, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. Pode-se dizer que, em um primeiro momento, a máxima da razoabilidade teve cunho eminentemente liberal, um meio de diminuir a interferência do Poder Público nos negócios privados⁴⁰². Posteriormente, no Governo do Presidente Franklin Roosevelt, em meados de 1930, sua aplicação sofreu sensível declínio, em face do aumento do intervencionismo estatal na economia e abdicação pela Suprema Corte, cedendo a pressões do Governo, do exame de mérito das normas de cunho econômico. Finalmente, em um terceiro momento, ascendeu a

⁴⁰⁰ BARROSO, *Os princípios da...*, p. 65.

⁴⁰¹ Neste sentido: DÓRIA, *Direito Constitucional...*, p. 26-31; BARROSO, *Os princípios da...*, p. 70.

⁴⁰² Não há uma harmonia entre os autores nacionais no sentido de estabelecer um marco inicial à aplicação do princípio da razoabilidade. Por exemplo, Antônio Roberto Sampaio Dória, admitindo que o conceito substantivo de “*due process of law*” não se impôs repentinamente, cita como *leading case* uma decisão da Suprema Corte do Estado da Carolina do Norte, datada de 1804, que invalidou lei estadual por contrária à “*law of the land*”. DÓRIA, *Direito Constitucional...*, p. 30.

razoabilidade como garantia constitucional aos direitos individuais, instrumento de controle dos atos arbitrários e injustos praticados pelo Legislativo e pela Administração Pública⁴⁰³.

Certamente, até em razão da vagueza e indeterminação do termo jurídico, não é tarefa fácil estabelecer um conceito com pretensões de universalidade à máxima da razoabilidade. Seu conteúdo é bastante mutável e consideravelmente influenciado pelos padrões culturais da sociedade, variando nos aspectos temporais e espaciais⁴⁰⁴. Entretanto, ainda que reconhecido seu alto grau de abstração, deve-se perseguir a instituição de elementos objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos legislativos e administrativos.

Deve-se, por certo, fixar certas circunstâncias, determinados fins que para serem atingidos demandam o emprego de determinados meios. Conforme Luiz Roberto Barroso, o princípio (máxima) da razoabilidade constitui-se em parâmetro de conformidade entre os atos do Poder Público e o valor superior da justiça que informa todo o ordenamento jurídico⁴⁰⁵.

Segundo Juan Francisco Linares, ao termo razoabilidade podem ser emprestados diferentes significados jurídicos: desde significados técnicos jurídicos, quando se fala em meios razoáveis para alcançar determinado fim; axiológicos, quando se busca o fundamento dos valores específicos do plexo axiológico; e ligados à ciência do Direito, quando se busca a razão suficiente de uma conduta compartilhada⁴⁰⁶.

⁴⁰³ BARROSO, *Os princípios da...*, p. 67-69.

⁴⁰⁴ Sobre os motivos desaconselhadores à tentativa de conceituar o conteúdo substantivo do devido processo legal, Sampaio Dória trás as idéias oferecidas pelo Justice FRANKFURTER, aqui fielmente reproduzidas: “Due Process não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros lindes de uma fórmula... due process é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. Due process não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo”. DÓRIA, *Direito Constitucional...*, p. 33.

⁴⁰⁵ Nas palavras do autor: “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em um dado momento ou lugar”. BARROSO, *Os princípios da...*, p. 69.

⁴⁰⁶ Nas palavras do autor: “a) Na técnica fala-se de meios razoáveis para obter certo fim. Isto é, vislumbra-se uma certa adequação racional de meios a fins. Trata-se, pois, de uma racionalidade técnica; b) Na axiologia jurídica fala-se de razoabilidade quando se busca o fundamento dos valores específicos do plexo axiológico: solidariedade, cooperação, poder, paz, seguridade, ordem e se encontra no valor de totalidade chamado justiça. A justiça é, assim, racionalizadora dos outros valores. Estes são razoáveis enquanto fundados na justiça; c) Na ciência do Direito a razoabilidade se apresenta quando se busca a razão suficiente de uma conduta compartilhada. Essa razão pode ser de essência, quando a conduta se funda em uma norma jurídica; de existência quando o fundamento é o mero fato de que o comportamento jurídico se dá; e, de verdade quando tem fundamento de justiça”. No original: “a) En la técnica se habla de medios razonables para obtener cierto fin. Es decir, se mienta una cierta racional adecuación de medios a fines. Se trata, pues, de una razonabilidad técnica; b) En axiología jurídica se habla de razonabilidad cuando se busca el fundamento de los valores específicos del plexo axiológico: solidaridad, cooperación, poder, paz, seguridad, orden y se lo halla en el valor de totalidad llamado justicia; c) En ciencia del derecho la razonabilidad se presenta cuando se busca la razón suficiente de una conducta compartida. Esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica; de existencia cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da; y de verdad cuando

A pluralidade de sentidos do termo razoabilidade é também reconhecida por Ávila, para quem se pode falar “em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa”. De todas as possíveis acepções à razoabilidade, o autor destaca as seguintes: “razoabilidade como equidade” – diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, tanto mostrando como a norma deve ser aplicada como indicando as hipóteses em que o caso individual não se enquadra na norma geral; “razoabilidade como congruência” – diretriz que exige uma ligação das normas jurídicas com a realidade, “seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir”; e, “razoabilidade como equivalência” – diretriz que “exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”⁴⁰⁷.

A máxima constitucional da razoabilidade é uma orientação, uma diretiva interpretativa que permite a aferição acerca da legalidade substancial dos atos administrativos e legislativos, não o mero controle formalístico. Permite alcançar o sentido finalístico da norma, a conformidade teleológica entre o ato praticado e o mandamento normativo. Não a simples legalidade formal, em sentido estrito, mas a legalidade material, ou melhor, a juridicidade das leis e dos atos administrativos.

A busca de um conceito mais preciso e menos elástico à razoabilidade não parece ostentar maior conveniência. Não se pode olvidar que o alto grau de indeterminação e a imprecisão conceitual são traços comuns e essenciais aos princípios e também às máximas jurídicas. O aprisionamento da razoabilidade em um conceito fechado e preciso acabaria por engessar sua aplicação no controle da juridicidade dos atos legislativos e administrativos.

Os princípios jurídicos, enquanto canais de diálogo e interação entre o ordenamento jurídico positivo e a sociedade marcada pela extrema dinamicidade e complexidade, não devem ser confinados em uma disposição conceitual fechada e restritiva. A abertura e a indeterminação conceitual dos princípios jurídicos otimiza o desempenho de uma de suas principais funções, recepcionar as transformações processadas no seio da comunidade e, por vezes, estancá-las se afastadas do cerne substancial do ordenamento constitucional.

Uma discussão jurídico-filosófica bastante interessante acerca da definição de razoabilidade é empreendida por Atienza, quando procura estabelecer elementos para uma

tiene fundamento de justicia”. LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 108.

⁴⁰⁷ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 103-09.

razoável definição de “razoável”. Segundo o autor, a noção de razoabilidade é um componente comum dos conceitos jurídicos indeterminados, conceitos que resultam da aplicação, a campos distintos, de um mesmo conceito básico, o de razoabilidade. A afirmação de que a razoabilidade no Direito é uma “noção de conteúdo variável” ou um “valor função”, deve ser entendida tanto em um sentido histórico ou social – o que se entende como razoável está sujeito a circunstâncias temporais e especiais, como em um sentido lógico – o que se considera razoável em cada caso depende do seu campo de aplicação⁴⁰⁸.

Defendendo a importância prática central do conceito de razoabilidade para a argumentação jurídica e para a interpretação do Direito, Atienza situa a noção de razoável enquanto diversa da “estritamente racional”, separando a razoabilidade da lógica do racional, a lógica formal. A lógica do razoável é uma lógica material, uma lógica dos conteúdos. Não que autor contraponha o razoável ao racional, o que obrigaria a aceitar que o razoável não é racional. Em um sentido amplo, o razoável também é racional, ainda que o racional possa não ser razoável. Assim, pode-se dizer que todo o razoável é racional, mas a recíproca não é verdadeira⁴⁰⁹.

Atienza concorda que a razoabilidade, enquanto conceito variável histórica e socialmente, admite uma pluralidade de possíveis soluções jurídicas, ou seja, que duas ou mais decisões judiciais podem ser, todas elas, razoáveis. O que o autor pretende é uma reconstrução do conceito de razoabilidade a partir da prática da argumentação jurídica, no sentido de estabelecer critérios que auxiliem na justificação da decisão judicial, um esquema de critérios que ajude a justificar uma determinada interpretação ou decisão como preferível às demais também razoáveis.

A tentativa de estabelecer critérios capazes de nortear a decisão mais razoável, a decisão jurídica preferível entre duas ou mais decisões razoáveis, sobretudo nos chamados casos difíceis, apresenta-se de extrema relevância e dificuldade⁴¹⁰. A razoabilidade é uma máxima naturalmente vaga e imprecisa, um termo jurídico aberto e oscilante histórica e socialmente. Desta forma, não se pode negar que, partindo de um hábil exercício argumentativo, quase todas as decisões jurídicas poderiam ser justificadas a partir da razoabilidade.

⁴⁰⁸ ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de “razonable”. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 04, Alicante: Doxa, 1987, p. 189-90.

⁴⁰⁹ Idem, p. 190-93.

⁴¹⁰ A problemática acerca da unidade de solução correta para os casos difíceis será analisada no final deste capítulo. Interessa destacar o pensamento de Aarnio sobre essa questão, com o qual as idéias de Atienza se alinham consideravelmente. Neste sentido, ver item 3.5, *infra*.

Em uma situação onde existe uma contraposição entre valores ou princípios, a decisão razoável deve ser alcançada a partir do sopesamento dos princípios contrapostos, visando uma situação de equilíbrio. Este equilíbrio raramente, ou nunca, será o meio termo, porquanto os princípios podem ostentar pesos distintos, o que exige o deslocamento do ponto de equilíbrio para um dos extremos da ponderação bipolar⁴¹¹.

Conforme Atienza, a escolha da decisão mais razoável, a que melhor alcança o equilíbrio entre os princípios contrapostos, deve ser pautada segundo o parâmetro da aceitação pela comunidade ou, sendo ambas aceitáveis, a que suscite um maior consenso. Esse critério, embora apto a nortear a escolha da decisão razoável, suscita uma série de objeções, admitidas pelo próprio autor.

O consenso pode ser fático ou ideal. O consenso fático – a aceitação da decisão pela comunidade – não pode ser considerado como o único ou último critério de aferição da decisão judicial mais razoável. Primeiro, porque não serve como critério hábil à resolução dos casos difíceis, quando há divisão da comunidade acerca de qual princípio deve ser respaldado pela decisão judicial. Neste caso, o argumento majoritário (regra da maioria), embora passível de aplicação, acarreta um outro problema, o que se deve entender por comunidade, visto que no Direito operam várias comunidades: o tribunal que deve decidir o caso, os tribunais de um país, a doutrina, a população diretamente afetada pela decisão, o conjunto da sociedade. Assim, podem surgir diversos acordos majoritários contrapostos entre si. Segundo, porque não se pode identificar de plano “opinião razoável” com “opinião majoritária”, sendo temerária e até desarrazoada a exclusão *a priori* da decisão judicial alinhada com o consenso fático minoritário⁴¹².

O recurso ao consenso ideal ou racional consegue solver, em larga medida, os problemas decorrentes do consenso fático, mas, por outro lado, trás consigo o problema da prova da razoabilidade de uma decisão, que acaba se reduzindo a um juízo meramente hipotético. Ademais, outra dificuldade seria estabelecer as condições ideais da decisão razoável, que não se resolve simplesmente pela aplicação dos princípios abstratos de justiça, passíveis de formulação mediante um consenso ideal⁴¹³.

Um caminho para alcançar a decisão mais razoável dentre outras também razoáveis, isto partindo do pressuposto de que a razoabilidade é uma máxima que admite o cumprimento em diferentes graus, pode ser a busca de pontos de acordo entre as diversas argumentações

⁴¹¹ ATIENZA, *Para una razonable...*, p. 195.

⁴¹² *Idem*, p. 197.

⁴¹³ *Idem*, p. 198.

que fundamentam as decisões judiciais razoáveis, mesmo sabendo-se que tais acordos somente são alcançados no caso de princípios de caráter muito abstrato⁴¹⁴.

Partindo agora para a discussão acerca dos níveis de razoabilidade, conforme sustenta Barroso, a razoabilidade de um ato normativo deve ser aferida enquanto razoabilidade interna – compatibilidade entre meios e fins, e razoabilidade externa – legitimidade dos fins. A primeira exige uma relação racional entre seus motivos, meio e fins. A razoabilidade deve ser cotejada dentro da lei. Constatada a razoabilidade interna da norma, há que se verificar sua adequação aos meios e fins preconizados pelo texto constitucional, a razoabilidade externa. Ainda que internamente razoável, se contrária aos valores e princípios albergados pela Constituição, a medida eleita deverá ser considerada desarrazoada⁴¹⁵.

No âmbito do Direito Administrativo, a razoabilidade é aplicada enquanto parâmetro de aferição da relação de ordem lógica entre os pressupostos fáticos – motivos – e o ato administrativo praticado, visando o cumprimento do pressuposto teleológico da atividade administrativa, a satisfação do interesse público. Pela máxima da razoabilidade é possível anular atos administrativos aparentemente legais, motivados e pretensamente cumpridores de uma finalidade pública, mas que, em verdade, não guardam uma congruência lógica entre os motivos elencados e o ato praticado, em relação ao alcance da finalidade prevista. Pela falta de ordem lógica entre a trinca motivo/conteúdo/finalidade pode-se invalidar a atividade administrativa, por afronta à máxima constitucional da razoabilidade.

O Poder Público deve agir de modo razoável e equilibrado, usando os meios que melhor satisfaçam o interesse público, a finalidade pública inscrita na norma. Destoando deste mandamento, tanto o Legislativo como o Executivo se colocam à margem da razoabilidade, situação que reclama a invalidação jurisdicional dos atos legislativos e administrativos. Vê-se, pois, que a máxima da razoabilidade funciona, em larga medida, como “um parâmetro negativo da atuação do Poder Público”⁴¹⁶.

Por conta de todas as dificuldades no estabelecimento de critérios hábeis à aferição gradual da razoabilidade, critérios que possibilitem a eleição da decisão mais razoável, pode-se dizer que ao Poder Judiciário não compete exercer um juízo positivo acerca da razoabilidade das leis e dos atos da Administração Pública. Incumbe-lhe, sim, a invalidação da atividade pública contrária à máxima da razoabilidade. Não se pode, por outro lado, afirmar que a razoabilidade constitui-se em fundamento suficiente à aferição da validade de

⁴¹⁴ Idem, p. 199.

⁴¹⁵ BARROSO, *Os princípios da...*, p. 70-71.

determinado ato, porquanto afora o vício de razoabilidade outros podem contaminar a atividade legislativa e administrativa.

3.2.3 A máxima da proporcionalidade

Na tentativa de fixar garantias às liberdades individuais, em face da atuação legislativa e administrativa do Poder Público, controlando assim os desmandos do Governo caracterizados pelo conhecido ‘excesso de poder’, germinou com enorme repercussão a máxima da proporcionalidade, notadamente no Direito Administrativo alemão.

Não obstante a proporcionalidade do Direito europeu estar intimamente ligado à razoabilidade do Direito estadunidense, em uma relação de identidade e reciprocidade, ambos apresentam pontos de distanciamento. Afora a diferença de origem, há que se notar, ainda, uma considerável diferença de conteúdo. Enquanto aquela se consolidou em verdadeira máxima de ponderação, a razoabilidade representa a evolução substancial do princípio do devido processo legal.

Semelhante ao que ocorre com a razoabilidade, a máxima da proporcionalidade se encontra expressamente positivada pelo ordenamento jurídico de alguns países, sendo que, em outros, decorre do próprio Estado de direito. No Brasil, não há consenso por parte da doutrina acerca da *sedes materiae* da máxima constitucional da proporcionalidade. Considerável parte da doutrina, acompanhada pela jurisprudência do STF, tende a reconhecer que o *status* constitucional da proporcionalidade deve ser buscado na cláusula do devido processo legal, disposta no artigo 5º, LIV da CRFB, o mesmo dispositivo que encerra a razoabilidade⁴¹⁷.

O entendimento de que a proporcionalidade está constitucionalmente sediado no princípio do devido processo legal substancial, portanto, com *sedes materiae* comum à razoabilidade, decorre, em grande medida, da relação de sinonímia que boa parte da doutrina nacional atribui a estas máximas. A referida relação de sinonímia, conforme defendido, não se sustenta ante uma análise criteriosa dos dois institutos, quer por questões de origem, quer por diferença de estrutura, quer por diferença na aplicação. A inexistência de completa identidade entre a proporcionalidade e a razoabilidade justifica o estudo de possíveis outros espaços de justificação da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira.

⁴¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Ano 4, n.º 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 174.

⁴¹⁷ Neste sentido, dentre outros: BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 89-90; MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de Jurisprudência, n.º 23, quinzenal, dezembro, São Paulo: IOB, 1994, p. 469.

Discutindo acerca do *status* constitucional da proporcionalidade, Bonavides sustenta que tal princípio (máxima) “pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”. Segundo o constitucionalista pátrio, a proporcionalidade se infere de outros princípios afins, como a igualdade, “sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito”⁴¹⁸.

Trata-se, portanto, de instituto implícito e positivado em nosso ordenamento constitucional que, embora ainda não formulado como norma jurídica global, decorre “do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição”. Aninha-se, portanto, juntamente com “aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”⁴¹⁹.

Esse, realmente, parece ser o verdadeiro *status* da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira, uma máxima implicitamente reconhecido pela Constituição, que decorre diretamente do Estado constitucional de direito, do regime e dos princípios que informam o nosso modelo constitucional, gozando da proteção prescrita no artigo 60, § 4º, IV da CRFB, em virtude do disposto em seu artigo 5º, § 2º, quando assegura que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Se na esfera constitucional há certa celeuma doutrinária a respeito da *sedes materiae* da proporcionalidade, no âmbito infraconstitucional a mesma já se encontra devidamente positivada no artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que regula o procedimento administrativo no âmbito da União.

Parece interessante atentar que, enquanto nos Estados nacionais europeus a máxima da proporcionalidade se consolidou como uma reação dos cidadãos ao arbítrio do rei, a razoabilidade estadunidense evoluiu de tensões sociais e não da tentativa de limitar um poder soberano, sendo esta uma considerável diferença entre os dois institutos constitucionais.

Por certo, tanto a proporcionalidade como a razoabilidade têm por escopo oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público, suporte jurídico ao controle judicial da atividade administrativa e legislativa. Cabe, primeiramente, um breve apanhado acerca da

⁴¹⁸ BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 395.

⁴¹⁹ *Idem*, p. 396.

origem e evolução da proporcionalidade no Direito europeu, a fim de que, posteriormente, seja estabelecida a sua trajetória na doutrina e jurisprudência nacionais.

3.2.3.1. A proporcionalidade no Direito europeu

As raízes da proporcionalidade podem ser buscadas na passagem do Estado absolutista⁴²⁰ para o Estado liberal-individualista, quando se percebeu a necessidade de controle do poder ilimitado do monarca. O advento do Estado de direito exigiu a atenuação do “poder de polícia real” antes ilimitado e legitimado pela lei, passando a ser por ela limitado e controlado. A proporcionalidade despontou como um obstáculo aos desmandos do monarca, demarcando os meios empregáveis e os fins que poderia perseguir⁴²¹.

O germe do instituto em comento, conforme o entendimento de Suzana de Toledo Barros, deve ser buscado na idéia de garantia da liberdade individual em face dos interesses da Administração. “Essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII”⁴²².

Pode-se notar, segundo visto com a razoabilidade, que o fundamento de aplicação destas balizas limitadoras da ação do Estado e garantidoras dos direitos fundamentais dos cidadãos é o jusnaturalismo, essa ordem de valores imanentes à personalidade humana, tomada pelo homem a fim de viver com retidão e segundo os preceitos da justiça. Um Direito natural, fruto da história e da cultura das civilizações, com ela evoluindo e se adaptando às variações de tempo e espaço.

O Direito Administrativo consagrou a máxima da proporcionalidade como uma evolução do princípio da legalidade, sendo que, inicialmente, a idéia de proporção ligava-se somente às penas. Em um segundo momento, passou-se a exigir que os atos administrativos

⁴²⁰ No Estado absolutista a Administração se encontra legalmente incondicionada, sem limites na sua atuação. A fonte de todo o Direito é a pessoa subjetiva do rei, representante divino na terra, sendo que a sua vontade é a lei suprema. O rei é o criador, executor e julgador da e segundo a lei, podendo, entretanto, decidir contrariamente à norma que ele mesmo instituiu. Segundo a filosofia política de Thomas Hobbes o poder soberano não encontra limites ou obstáculos na lei ou em outra fonte de poder, sendo um poder ilimitado e incondicionado. O monarca, expressão do poder soberano do Estado, não se subordina a nenhuma lei, está acima da lei e confunde-se com a própria lei, na medida em que a vontade do monarca é a expressão da lei. Para Hobbes o poder soberano é um poder sem controle, o poder máximo dentro de um Estado. Os súditos não podem desobedecer ao monarca, desafiar sua autoridade, salvo para resguardar-se de ameaça à vida, o bem em defesa do qual pactuaram o estado civil. O poder soberano não encontra fundamento divino ou natural, trata-se de um poder laicizado, fundado no contrato e na razão humana. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, *passim*.

⁴²¹ BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 33.

⁴²² *Idem*, p. 33.

fossem adequados ao cumprimento das finalidades da lei, e que os meios usados não ferissem em demasia os direitos dos cidadãos⁴²³.

O Direito francês desenvolveu o controle da proporcionalidade dos atos da Administração Pública como decorrência da evolução da teoria do desvio de poder. Trata-se de um meio de controle judicial da atividade administrativa, consistente na invalidação daqueles atos do Poder Público destoantes da finalidade inscrita na norma – finalidade esta sempre vinculada à satisfação do interesse público, ou que, embora praticados mirando o interesse público, não cumprem o fim específico prescrito na norma.

Em determinados países a máxima da proporcionalidade se encontra expressamente positivada pelo ordenamento jurídico, sendo que, em outros, decorre diretamente do Estado de direito. A Lei Fundamental alemã de 1949, em seu artigo 19, previu expressamente o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, estatuiuindo que quaisquer restrições devem ser necessárias e mantenedoras de seu conteúdo essencial, passíveis de tutela jurisdicional em caso de violações⁴²⁴.

O Direito Administrativo espanhol, desde a Lei de Procedimento Administrativo de 1958, também prevê expressamente a necessidade de os atos administrativos serem adequados aos fins que os justifiquem. Na Constituição espanhola de 1978, pós-queda do regime franquista, restou fixado no artigo 53.1 o caráter vinculante dos direitos fundamentais e o necessário respeito de seu conteúdo essencial pela legislação regulamentadora⁴²⁵. No mesmo sentido, segundo Canotilho, a ordem constitucional portuguesa, com a qual o Direito Constitucional brasileiro guarda estreita relação, também logrou positivar o princípio (máxima) da proporcionalidade⁴²⁶.

Pode-se dizer que o Tribunal Constitucional alemão é quem melhor vem aplicando a máxima da proporcionalidade no Direito europeu, quando do controle das leis restritivas de direitos⁴²⁷. Os parâmetros da proporcionalidade vêm sendo usados para invalidar leis que são aparentemente arbitrárias, contudo, de difícil comprovação quando do seu confronto com a

⁴²³ Idem, p. 35.

⁴²⁴ Idem, p. 42-43.

⁴²⁵ Idem, p. 49.

⁴²⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 265.

⁴²⁷ O entendimento do Tribunal Constitucional alemão acerca do conteúdo do princípio da proporcionalidade pode ser notado em decisões como a do controle da constitucionalidade de uma lei sobre armazenagem de petróleo, dada em 16 de março de 1971. Assim restou consignado o aresto: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 68.

Constituição. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, segundo critérios de proporcionalidade, desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão, repercutiu em grande parte da Europa e, mais recentemente, em países da América Latina como o Brasil⁴²⁸.

3.2.3.2 Significado da proporcionalidade

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa ou administrativa. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

A moderna doutrina constitucional, em se tratando de restrições a direitos fundamentais, tem inquirido não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição – reserva legal, mas também acerca de sua compatibilidade com a máxima da proporcionalidade. “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador...”⁴²⁹.

Pela máxima da proporcionalidade é possível averiguar se o exercício da função legislativa ou administrativa não acaba por restringir – demasiada e desnecessariamente – direitos fundamentais assegurados aos cidadãos, impedindo o vilipêndio dos ditames constitucionais por leis e atos administrativos desproporcionais. Pode-se, ainda, limitar a discricionariedade administrativa⁴³⁰, de modo a invalidar os atos administrativos praticados por meios que não os mais idôneos ou com desmedida restrição a direitos fundamentais.

A discricionariedade administrativa se encontra inarredável e inegavelmente vinculada aos princípios constitucionais e à satisfação dos direitos fundamentais. Pode-se dizer que o Estado constitucional de direito exige um modelo de discricionariedade administrativa

⁴²⁸ Para uma análise mais detida acerca do uso do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional alemão e sua importância no controle das leis restritivas de direitos, pode-se consultar: BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 42-43; BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 370-73; MENDES, *Direitos fundamentais...*, p. 207-25.

⁴²⁹ MENDES, *Direitos fundamentais...*, p. 68.

⁴³⁰ Para um estudo mais detido acerca da discricionariedade administrativa, pode-se consultar: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2003; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *A evolução do princípio de legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, Ano 3, n.º 25, agosto, Curitiba: Zênite, 2003, p. 14-30.

vinculada diretamente à Constituição e ao conteúdo dos direitos fundamentais, a garantia dos direitos fundamentais de liberdade e a implementação dos direitos fundamentais sociais⁴³¹.

Como menciona Canotilho, discutindo acerca dos limites a atuação do Poder Público, por meio de “*standards* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição do excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão”⁴³².

A proporcionalidade ganha relevância quando do exame judicial daqueles atos discricionários sabidamente arbitrários, mas aparentemente legais, quando há extrema dificuldade para detectar a ilegalidade que vicia a atividade administrativa. Munido dos parâmetros da proporcionalidade, o juiz parte em busca das ilegalidades materiais dos atos administrativos que, no mais das vezes, ficam encobertas pelo manto da discricionariedade e até mesmo do mérito administrativo⁴³³.

As arbitrariedades e os desmandos do Poder Público, acoitados pelo dogma da insindicabilidade do mérito administrativo, são perfeitamente invalidados pela aplicação da máxima da proporcionalidade. A vedação à justiciabilidade do mérito administrativo representa um resquício do poder de polícia administrativo e de uma doutrina liberal de absoluta separação dos poderes, que já não se sustenta ante uma teoria constitucional de vanguarda.

O mérito administrativo não pode servir de zona limite à impunidade e à arbitrariedade do Poder Público, devendo ser controlado pelo Judiciário, não para demonstrar ingerência sobre o Executivo, mas para guardar a Constituição, zelar pelo Estado democrático de direito e garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

Outro âmbito do discurso jurídico onde a aplicação da máxima da proporcionalidade se reveste de extrema relevância está relacionado ao controle jurisdicional de políticas públicas. A problemática da justiciabilidade de políticas públicas, que guarda estreita relação com a temática central deste trabalho, encontra na máxima da proporcionalidade um importante parâmetro de conformação. A garantia dos direitos fundamentais de liberdade e, principalmente, a implementação dos direitos fundamentais sociais, exige um ativismo judicial responsável e comprometido, que, embora reconhecendo os ineludíveis limites da

⁴³¹ No mesmo sentido, ver: FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa vinculada a princípios fundamentais. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, Ano 3, n.º 35, junho, Curitiba: Zênite, 2004, 1223-34.

⁴³² CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 263.

⁴³³ Para um estudo mais detido acerca do mérito administrativo, pode-se consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, Ano 3, n.º 35, junho, Curitiba: Zênite, 2004, 1235-46.

reserva do possível⁴³⁴, torne viável e efetiva a paulatina realização dos compromissos sociais constitucionalmente assegurados. Dentre os inúmeros espaços de aplicação da máxima da proporcionalidade, sem dúvida na defesa da lógica da justiciabilidade plena da Administração Pública e na concretização dos direitos fundamentais sociais podem ser colhidos os frutos mais significativos à teoria constitucional e à efetiva justiça social⁴³⁵.

Defendido por Bonavides como o que há de mais novo, abrangente e relevante no constitucionalismo contemporâneo, o princípio (máxima) da proporcionalidade tem a vocação de “compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotada da mais larga esfera possível de incidência”, não se deixando capturar pelas “regiões teóricas, puramente formais e abstratas”⁴³⁶.

3.2.3.3 As máximas constitutivas da proporcionalidade

⁴³⁴ Em se tratando de limitações à concretização dos direitos fundamentais, sobretudo a partir do ativismo judicial comprometido com a defesa da Constituição, os parâmetros da reserva do possível se apresentam como argumentos realmente sólidos, sobrepondo-se no mais das vezes aos argumentos democráticos e da separação de poderes. Ultrapassa os contornos desse estudo uma discussão mais aprofundada acerca dos limites da reserva do possível em matéria de implementação dos direitos fundamentais. Entretanto, algumas considerações devem ser alinhadas. Primeiramente, não se pode negar a existência, em tese, de limites à eficácia dos direitos fundamentais. Diz-se em tese, porque somente no caso concreto é que se poderá avaliar a real existência da limitação imposta. Por certo, são limitações que não podem ser desconsideradas, até porque estão na base do próprio projeto de implementação do catálogo de direitos fundamentais, expressa e implicitamente dispostos na Constituição. A dimensão da reserva do possível, para melhor análise, deve ser dividida em três outras dimensões constitutivas: primeiramente, a dimensão das limitações fáticas ou limitações orçamentárias, quando a implementação de um determinado direito fundamental esbarra na comprovada insuficiência orçamentária; em segundo lugar, a dimensão das limitações jurídicas, quando a vinculação jurídico-orçamentária das receitas disponíveis pelo poder público inviabiliza a consecução de uma política pública constitucionalmente assegurada; Por fim, a dimensão da máxima da ponderação, que limita as prestações pleiteadas pelos cidadãos aquilo que se possa razoavelmente exigir do Estado. Muito embora seja comprovada a disponibilidade orçamentária, o limite do razoável veda que o cidadão pleiteie do poder público aquilo que possa prover com seus próprios recursos. Certamente, os limites da reserva do possível devem ser aplicados de modo responsável e constitucionalmente comprometido, como parâmetros a uma paulatina consolidação do Estado social democrático, mas nunca como meros argumentos que isentem o Estado da implementação dos deveres inscritos na Constituição. Finalmente, cabe reconhecer aos cidadãos o direito de exigir do Estado não apenas os meios e recursos garantidores do chamado mínimo vital, mas sim o mínimo essencial. Por mínimo essencial deve-se entender não apenas a garantia da sobrevivência, mas a garantia de uma sobrevivência com o mínimo de dignidade e humanidade. Neste sentido, se a discussão acerca dos limites à eficácia dos direitos fundamentais gravita no âmbito da garantia do mínimo essencial, os argumentos dos limites da reserva do possível não podem ser levados a sério. Para aprofundar o estudo acerca das limitações aos direitos fundamentais, os limites da reserva do possível e a problemática dos limites dos limites aos direitos fundamentais, pode-se consultar: SARLET, *A eficácia dos direitos..., passim; Dignidade da pessoa humana...*, p. 118-41.

⁴³⁵ Para um estudo mais aprofundado acerca da problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, pode-se consultar: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, Ano 4, n.º 41, dezembro, Curitiba: Zênite, 2004, p. 451-62.

⁴³⁶ BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 395.

A doutrina constitucional alemã, em uma visão estrutural e funcional, estabeleceu três elementos parciais que compõem a máxima da proporcionalidade, sendo de enorme relevância enquanto níveis de averiguação de vícios substanciais das leis ou dos atos administrativos, parâmetros impositivos de limites à atuação do Poder Público. A proporcionalidade é constituída pelas máximas da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

Cabe salientar que existe uma relação de precedência na aplicação dessas máximas constitutivas da proporcionalidade, uma ordem pré-definida que exige seja analisada primeiramente a adequação da medida legislativa ou administrativa; posteriormente, se adequada a medida, deve-se aferir sua necessidade; e, caso adequada e necessária a medida, há que se aplicar a máxima da ponderação.

Desta forma, resta imperioso reconhecer que nem sempre será aplicada a proporcionalidade em seus três níveis. Na verdade, além da relação de precedência, há uma inegável relação de subsidiariedade entre os três elementos parciais constitutivos da máxima constitucional da proporcionalidade⁴³⁷. Em seguida, passar-se-á ao breve apanhado conceitual acerca de um deles.

3.2.3.3.1 Máxima da conformidade ou da adequação dos meios (*Geeignetheit*)

O Poder Público, na prática de seus atos, deve adotar medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir. A medida adotada deve ser pertinente à consecução dos fins previstos na lei. Em outras palavras, o interesse público deve ser buscado segundo meios idôneos, proporcionais, adequados, exigindo-se a existência de conformidade entre os meios empregados e os fins inscritos na norma.

Na esteira da doutrina alemã, Bonavides se refere ao elemento da conformidade como sinônimo de pertinência ou aptidão, pelo qual se pretende aferir “se determinada medida representa ‘o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público’, conforme a linguagem constitucional dos tribunais”. Assim, o autor defende que a adequação se aproxima ou até mesmo se confunde com o princípio da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*), que também é utilizado com significado idêntico à máxima geral da proporcionalidade⁴³⁸.

No que toca à identidade entre a proporcionalidade e a proibição do excesso, cabe asseverar que a doutrina nacional, na sua ampla maioria, reconhece esta questão como ponto

⁴³⁷ SILVA, *O proporcional e o...*, p. 34.

⁴³⁸ BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 360.

pacífico⁴³⁹. Neste sentido, sustenta Raquel Denize Stumm, amparada nos escritos de Canotilho, que o “princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição do excesso, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito a exigência da análise da relação de meios e fins”⁴⁴⁰.

A defesa da relação de sinonímia entre a proporcionalidade e a proibição do excesso não é acompanhada por Luiz Virgílio Afonso da Silva, que, partindo do entendimento esposado em recentes decisões do Tribunal Constitucional alemão, sustenta a separação dos dois institutos, já que ostentam contornos conceituais e âmbitos de aplicação diversos⁴⁴¹. Também reconhecendo a distinção entre proporcionalidade e proibição do excesso, Ávila defende que a “proibição do excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido”, devendo, portanto, ser investigado em separado da proporcionalidade, porquanto sua “aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”, mas sim “depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido”⁴⁴².

Continuando a justificar a referida diferenciação, Ávila sustenta que a “realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”. Assim, a proibição do excesso guarda relação com a restrição ao núcleo essencial de determinado direito fundamental, ao passo que na proporcionalidade resta preservado o núcleo essencial do direito fundamental restringido⁴⁴³.

Voltando à análise da máxima da conformidade, segundo Canotilho, a exigência de adequação pressupõe a investigação e a prova de que a atividade administrativa está conforme aos fins justificativos de sua adoção, um controle da relação de adequação medida-fim. “Este controle, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controle do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador”⁴⁴⁴.

Conforme ensina Afonso da Silva, a jurisprudência alemã não exige que com o meio empregado seja alcançado o objetivo, mas sim que com o meio utilizado seja fomentada, promovida a finalidade visada. Deve-se aferir acerca da conformação entre os meios

⁴³⁹ Neste sentido, dentre outros: BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 69-70; BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 360; STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78-79.

⁴⁴⁰ STUMM, *Princípio da proporcionalidade...*, p. 78.

⁴⁴¹ Para um estudo mais detido acerca da não sinonímia entre a proporcionalidade e a proibição do excesso, pode-se consultar: SILVA, *O proporcional e o...*, p. 29 e ss.

⁴⁴² ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 97.

⁴⁴³ *Idem*, p. 100.

⁴⁴⁴ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 264.

utilizados e o possível fomento do objetivo almejado⁴⁴⁵. Desta forma, o “controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender à ‘relação de adequação medida-fim’, pressupõe a investigação e prova de sua aptidão para e sua conformidade com os fins que motivaram a sua adoção”⁴⁴⁶.

Cabe ressaltar que pela máxima da adequação não se deve considerar o grau de eficácia das medidas escolhidas, tidas como capazes de alcançar o objetivo almejado. A perspectiva da eficácia e o debate acerca do melhor meio para a realização da finalidade desejada, a medida menos gravosa ao cidadão, já transbordam o prisma da adequação e entram na órbita do princípio da necessidade⁴⁴⁷.

O juiz, quando do controle da proporcionalidade dos atos do Poder Público, deve examinar se o meio escolhido é idôneo à obtenção do resultado pretendido pela lei, à satisfação do interesse público. Não deve, entretanto, exigir uma total e absoluta adequação entre meios e fins, deve sim examinar a conformidade da medida sob o enfoque negativo, invalidando os atos praticados em desconformidade com os fins pretendidos pela norma que visavam cumprir.

3.2.3.3.2. Máxima da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*)

No exame acerca da proporcionalidade de determinada atuação discricionária do Poder Público, compete ao juiz averiguar se a medida tomada pela Administração ou pelo Poder Legislativo, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos. Dentre as medidas disponíveis deve ser escolhida a menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais dos cidadãos. A máxima da necessidade exige que “a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”⁴⁴⁸.

Como se pode notar há inegável clareza na diferença entre a necessidade e a conformidade. A análise da necessidade é imprescindivelmente comparativa, ao passo que o exame da adequação é imperiosa e necessariamente absoluto⁴⁴⁹. Conforme sustenta Heinrich Scholler, a “adequação representa a relação com a realidade empírica e deveria ser aferida em

⁴⁴⁵ SILVA, *O proporcional e o...*, p. 36.

⁴⁴⁶ STUMM, *Princípio da proporcionalidade...*, p. 79.

⁴⁴⁷ BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 74.

⁴⁴⁸ Idem, p. 76.

⁴⁴⁹ SILVA, *O proporcional e o...*, p. 38.

primeiro lugar, ainda que o critério da necessidade tenha a maior relevância jurídica”. As medidas adequadas nem sempre serão necessárias. Por outro lado, “meios necessários serão sempre adequados”⁴⁵⁰.

O controle jurisdicional da necessidade da medida restritiva deve apurar a possibilidade do Poder Público ter adotado outra medida, igualmente eficaz e menos desvantajosa à coletividade. “O pressuposto do princípio da necessidade é que medida restritiva seja indispensável para a consecução do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”⁴⁵¹.

O controle de constitucionalidade de uma limitação normativa ou administrativa deve aferir se a atuação legislativa ou executiva – além de imprescindível à garantia do exercício do direito fundamental protegido – se apresenta como o instrumento mais eficaz e menos gravoso aos cidadãos. A simples maximização de um direito fundamental não legitima a restrição de outro, havendo que se questionar acerca da necessidade da medida restritiva, ou seja, se outros instrumentos garantidores do direito a ser implementado não acarretariam menor gravame ao direito limitado.

Não podem ser adotadas medidas excessivamente restritivas a direitos dos cidadãos para simplesmente garantir o alcance do fim visado pela lei. A certeza na satisfação da finalidade legal não legitima a adoção de medidas que, sem necessidade real, afetam sensivelmente os direitos fundamentais. O Estado não pode se valer de quaisquer medidas para garantir o resultado pretendido, devendo agir com senso de oportunidade e razoabilidade, adotando medidas que em menor escala limitem os direitos fundamentais dos cidadãos.

3.2.3.3.3. Máxima da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*)

Por vezes, tanto as medidas administrativas como as legislativas podem, muito embora adequadas e necessárias, trazer uma carga excessiva de restrições e limitações aos direitos fundamentais dos cidadãos. A medida adotada pelo Poder Público, ainda que no intuito de conferir efetividade a determinado direito constitucionalmente assegurado, acaba por ferir um outro direito também garantido pelo ordenamento constitucional, situação que acarreta demasiado prejuízo à coletividade. Nestes casos, “deve perguntar-se se o resultado obtido

⁴⁵⁰ SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Revista Interesse Público, n.º 2, 1999, p. 99.

⁴⁵¹ BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 76.

com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. (...) Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”⁴⁵².

No entendimento traçado por Barros, mesmo quando o juiz considera adequada e necessária a medida adotada pelo Poder Público, nem por isso está a cancelar um instrumento (meio) que imponha ônus demasiado ao cidadão. Por vezes, “é plenamente possível identificar um desequilíbrio da relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro”⁴⁵³.

Conforme sustenta Afonso da Silva, para que uma medida seja taxada de desproporcional “não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado *núcleo essencial* de algum direito fundamental”. Para que seja reconhecida a afronta ao nível da proporcionalidade em sentido estrito, “basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”. Portanto, se “a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional”⁴⁵⁴.

Em termos bastante semelhantes, José Carlos Vieira de Andrade sustenta que a ideia de proporcionalidade em sentido estrito impõe “que a escolha entre as diversas maneiras de resolver a questão concreta se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa segundo o seu peso na situação”⁴⁵⁵.

Nos termos da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, a atuação levada a cabo deve estar afinada com a ideia de “justa medida”. Os meios utilizados devem guardar razoável proporção com o fim almejado, demonstrando um sustentável equilíbrio entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora.

A máxima da ponderação entende os princípios como mandamentos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que nas máximas da adequação e da necessidade recorre-se às possibilidades fáticas. Segundo Alexy, o fundamento ao princípio (máxima) da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se exclua,

⁴⁵² CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 265.

⁴⁵³ BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 80.

⁴⁵⁴ SILVA, *O proporcional e o...*, p. 40.

⁴⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 223.

contudo, outras fundamentações como os princípios do Estado de direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça⁴⁵⁶.

O Judiciário, quando da análise de uma medida restritiva de direitos dos cidadãos, sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, deve exercer um juízo de ponderação entre o direito efetivado pela medida e aquele por ela restringido, a fim de averiguar acerca da justiça da medida eleita. Deve o juiz valorar, segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, se a medida obteve um resultado satisfatório e se o direito limitado deveria sucumbir frente ao efetivado, em uma relação de precedência condicionada. Como se pode inferir, a valoração das circunstâncias demanda considerável juízo subjetivo⁴⁵⁷.

Nesta esteira, assevera Stumm que o princípio (máxima) da proporcionalidade em sentido estrito está relacionado com a pragmática da ponderação ou lei da ponderação. “Decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica (plurissignificação, vaguidade, porosidade, ambigüidade, fórmulas vazias) presentes no sistema jurídico. Constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre meios e fins”. Desta forma, o “juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins”⁴⁵⁸.

Conforme a doutrina de Alexy, no que toca à colisão entre princípios constitucionais, deve ser avaliado, no caso concreto, qual dos princípios em conflito tem maior peso; segundo as circunstâncias e condições da situação, qual dos direitos deve ser efetivado, em uma relação de precedência condicionada.

A chamada lei da ponderação deve ser aplicada a partir de três fases distintas, muito embora essencialmente relacionadas e complementares. “Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação em sentido estrito e próprio”. As três fases de aplicação da lei da ponderação, em uma espécie de graduação da proporcionalidade, demonstram com razoável propriedade que o ceticismo

⁴⁵⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 112-15.

⁴⁵⁷ No mesmo sentido é o entendimento de Barros, para quem a proporcionalidade em sentido estrito “é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus. Todavia, por si, não indica a justa medida do caso concreto. Esta há de ser inferida a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo, dando margem à tese, defendida por muitos, de que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito”. BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 82-83.

⁴⁵⁸ STUMM, *Princípio da proporcionalidade...*, p. 80-81.

acerca da ponderação e as dúvidas quanto à racionalidade do procedimento são injustificados e incapazes de sustentação, se contrastados com o instrumental teórico oferecido⁴⁵⁹.

Não se pode olvidar que os “princípios *prima facie* possuem sempre pesos relativos e pela necessidade de otimizar as possibilidades jurídicas, eles só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro”. Assim, pode-se dizer que a lei de ponderação “não é um procedimento abstrato ou geral, ao contrário, é um trabalho de otimização que atende ao princípio da concordância prática”⁴⁶⁰.

Discutindo acerca da importância do princípio da concordância prática para a solução de colisões de direitos e sua relação com a máxima da ponderação, como mecanismos essenciais à manutenção da idéia de unidade da Constituição, Andrade defende que a concordância prática não deve ser entendida como um regulador automático, que prescreve propriamente a realização ótima de cada um dos valores em jogo, em termos matemáticos. Trata-se “apenas de um *método* e um *processo de legitimação* das soluções que impõe a *ponderação* de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore algum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja preservada na maior medida possível”. O “princípio da concordância prática executa-se, portanto, através de um critério de *proporcionalidade* na distribuição dos custos do conflito”⁴⁶¹.

Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta e decidir se a medida eleita não afrontou um direito fundamental que deveria prevalecer naquele caso, precedendo ao outro direito efetivado. É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se proporcionais ou não. Pela máxima da ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação do mandamento de otimização que a medida procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar.

3.3 A problemática das antinomias jurídicas

⁴⁵⁹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Revista de Direito Administrativo, n.º 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 78.

⁴⁶⁰ STUMM, *Princípio da proporcionalidade...*, p. 81.

⁴⁶¹ ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 222-23.

A distinção estrutural entre princípios e regras jurídicas, levada a efeito no primeiro capítulo, se apresenta sumamente relevante quando da resolução das tensões produzidas dentro do ordenamento jurídico. Em um sistema normativo constituído por regras e princípios jurídicos em constante e necessária transformação, que refletem uma sociedade dinâmica e heterogênea, são inevitáveis as oposições entre as espécies normativas, situação que reclama a adoção de critérios adequados à resolução dos conflitos e à salvaguarda da unidade e coerência do ordenamento jurídico⁴⁶².

Segundo Alexy, “comum às colisões de princípios e aos conflitos de regras é o fato de que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, ou seja, a dois juízos de dever ser jurídico contraditórios”⁴⁶³.

Cumprido, primeiramente, ressaltar que a teoria dos conflitos entre normas jurídicas a ser apresentada se afasta da discussão acerca de conflitos entre as diferentes espécies normativas, ou seja, situações de oposição entre uma regra e um princípio jurídico⁴⁶⁴. Há que se reconhecer que, substancialmente, as relações de oposição ocorrem entre as espécies normativas, as colisões de princípios jurídicos e os conflitos de regras. Em verdade, não se cogita da relação de conflito entre regras e princípios jurídicos, até porque as regras são

⁴⁶² Neste sentido, Andrade sustenta que as situações de “colisão e de conflito são hoje freqüentes ou até normais, em face do alargamento do âmbito e da intensidade de protecção dos direitos fundamentais. Por um lado, as liberdades tornam-se complexas e multicéfalas, apresentando-se com novas facetas, designadamente nos planos econômico, educacional e da comunicação; por outro lado, a susceptibilidade de colisão é maior numa sociedade a viver em espaços limitados”. O constitucionalista lusitano oferece uma série de situações onde direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico se colocam em clara relação de oposição: “Poderá ser, por exemplo, o caso da liberdade de expressão ou de imprensa, quando se oponha à intimidade da vida privada, ao direito ao bom nome e à reputação, à segurança nacional, ao respeito pelas instituições ou à moral pública. Uma revista ou um filme considerados pornográficos deverão ser proibidos? Poderão os jornais discutir problemas de segurança do Estado? Não poderão os governantes ser criticados na sua pessoa ou nos seus actos? Poderá advogar-se o derrube do governo constituído de forma pública? Poderá um jornalista entrevistar um preso? Ou um jornal comentar um caso em julgamento? Ou, noutros campos, deverá punir-se por homicídio um pai que, por convicção religiosa, não permite que se faça uma transfusão de sangue a um seu filho menor, necessária par ao manter vivo? Poderá ser absoluta a proibição do aborto? Poderá um cidadão recusar-se a prestar serviço militar em caso de guerra, por razões de consciência? Até que ponto podem os pais dispor da maneira de viver dos filhos. *Idem*, p. 220-21.

⁴⁶³ No original: “común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios”. ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 87.

⁴⁶⁴ Já foi defendido alhures a possibilidade de conflitos que se desenvolvem entre as diferentes espécies de normas jurídicas, uma situação de oposição entre regras e princípios jurídicos. Estes conflitos seriam resolvidos, no mais das vezes, em favor dos princípios jurídicos, por conta do critério de hierarquia formal, sendo, por outro lado, reconhecida a possibilidade de prevalência das regras em condições muito peculiares, com o afastamento da aplicação do princípio, a partir de um parâmetro que se pode chamar de hierarquia substancial. Entretanto, sob um prisma material e mediato, conforme aqui referido, há que se reconhecer que as relações de conflito ou ocorrem no plano das regras (validade) ou no plano dos princípios (valor). Para uma análise desta questão: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. Revista Discente – CPGD/UFSC. Ano 2, n.º 2, julho, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 168.

informadas e respaldadas pelos princípios, o que acaba por deslocar a relação de oposição do binômio princípio/regra para uma relação de conflito normativo do tipo princípio/princípio.

Portanto, quando da análise acerca da afronta de determinada regra jurídica ao conteúdo normativo ostentado por um princípio, não se discute diretamente sobre a oposição entre a regra e o princípio jurídico hostilizado, mas sim acerca da tensão entre o princípio desrespeitado e aqueles outros princípios que respaldam a aplicação da regra jurídica.

A situação de oposição entre uma disposição normativa veiculada por meio de determinada regra jurídica e o conteúdo de um princípio constitucional, ou mesmo um conjunto de princípios constitucionais, não pode ser resolvida pela aplicação de um critério de hierarquia formal. Um critério que garanta aos princípios jurídicos superioridade hierárquica perante as regras, devendo prevalecer no caso de conflitos normativos. A aplicação da regra jurídica no caso concreto ou sua invalidação depende do resultado da relação de tensão entre os princípios contrários a sua aplicação e aqueles que a respaldam, portanto, uma típica situação de colisão de princípios jurídicos.

Por outro lado, cumpre ressaltar que a possibilidade de conflito entre diferentes espécies normativas, no caso uma regra e um princípio jurídico, é defendida por Freitas, quando discute acerca das configurações hipotéticas de antinomias jurídicas, buscando resolver estes conflitos a partir dos critérios de solução de antinomias jurídicas. O autor se refere à possibilidade de oposição entre um princípio superior e uma norma (regra) posterior inferior, entre uma norma (regra) especial e um princípio superior e, ainda, entre uma norma (regra) superior e um princípio superior⁴⁶⁵.

3.3.1 Conflito entre regras jurídicas

O problema das antinomias jurídicas é amplamente enfrentado por Bobbio, em sua “Teoria do Ordenamento Jurídico”, quando discute acerca da coerência do ordenamento jurídico, sendo que a situação de disposições jurídicas incompatíveis entre si é qualificada como “uma dificuldade tradicional frente a qual se encontraram os juristas de todos os tempos”⁴⁶⁶.

A partir de Bobbio, pode-se definir antinomia jurídica como aquela situação de incompatibilidade entre duas normas (regras) jurídicas, ambas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e com âmbito de validade comum, sob os prismas temporal, espacial,

⁴⁶⁵ FREITAS, *A interpretação sistemática...*, p. 79-84.

⁴⁶⁶ BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 81.

pessoal e material. Desta forma, há antinomia jurídica naqueles casos em que uma regra jurídica *ordena* que se faça algo, enquanto uma outra regra *proíbe* fazê-lo, em uma situação de *contrariedade*; ou quando uma regra jurídica *ordena* fazer e uma outra *permite* não fazer, em uma situação de *contraditoriedade*; ou ainda, naqueles casos em que uma regra jurídica *proíbe* que se faça algo e outra *permite* fazê-lo, novamente em uma situação de *contraditoriedade*⁴⁶⁷.

Com base nessa definição, Bobbio fala em “antinomia jurídica própria” enquanto situação de conflito entre duas regras jurídicas, a fim de diferenciá-la daquelas situações de antinomia entre princípios jurídicos, ditas “antinomias jurídicas impróprias”, relações de colisão entre princípios jurídicos reconhecidos explícita ou implicitamente pelo sistema jurídico.

Muito embora apresente pontos de inegável afinidade com o pensamento de Bobbio, Freitas parte de um prisma axiológico e teleológico de abordagem para conceituar as antinomias jurídicas enquanto “*incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico*”, sendo que da sua superação dependem a manutenção da unidade interna e coerência do sistema, “*para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional*”⁴⁶⁸.

Neste sentido, Freitas não comunga da definição restritiva das antinomias jurídicas que entende os conflitos entre princípios e valores como antinomias impróprias. Pelo contrário, defende as antinomias entre princípios e valores como as oposições de maior relevância para ordenamento jurídico, “as antinomias propriamente teleológicas”. Adverte, ainda, que em certa medida todas as antinomias são teleológicas, porquanto “as prescrições jurídicas jamais se revestem de conteúdo apenas lógico-formal, senão que de uma material tendência a fins, em relação aos quais devem ser procedidas a interpretação e a aplicação do Direito positivado”⁴⁶⁹.

Como visto, no conflito entre regras, a aplicação de duas diferentes prescrições jurídicas, ambas juridicamente válidas, conduz a resultados incompatíveis entre si. Usando novamente os ensinamentos de Alexy, é possível afirmar a existência de casos em que o conflito entre regras pode ser resolvido com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, na intenção de remover a situação de oposição. O autor alemão propõe o seguinte exemplo: uma regra que proíba abandonar a sala antes de soar a sirene de saída e

⁴⁶⁷ Idem, p. 85-88.

⁴⁶⁸ FREITAS, *A interpretação sistemática...*, p. 70.

⁴⁶⁹ Idem, p. 69.

uma ordem para abandoná-la em caso de alarme de incêndio. Este conflito poderia ser eliminado com a introdução de uma cláusula de exceção na primeira regra, determinando a saída da sala em caso de alarme de incêndio. Não sendo possível semelhante solução, pelo menos uma das regras deverá ser declarada nula, restando eliminada do ordenamento jurídico⁴⁷⁰.

Segundo Alf Ross, no que é seguido fielmente por Bobbio⁴⁷¹, as antinomias jurídicas, por aquelas chamadas de inconsistências, podem ser divididas em três tipos diferentes. No caso de regras incompatíveis com igual âmbito de validade, pode-se falar em antinomia do tipo *total-total*, já que não é possível a aplicação de uma regra sem que haja o conflito com a outra. Para usar a simbologia proposta por Ross, tomando os fatos condicionantes de cada regra como um círculo, haverá uma inconsistência *total-total* quando ambos os círculos coincidirem. Por outro lado, fala-se em antinomia do tipo *total-parcial* no caso de duas regras jurídicas incompatíveis em que o âmbito de validade, embora comum, seja mais restrito em uma das disposições normativas, isto é, o campo de validade de uma regra é integralmente igual a uma parte do campo de validade da outra. Neste caso, a antinomia é total no que toca à primeira regra e somente parcial na relação da segunda com a primeira, ou seja, um círculo se encontra dentro do outro. Por fim, no caso de regras incompatíveis com âmbito de validade em parte igual e em parte diferente, pode-se falar em antinomia do tipo *parcial-parcial*, porquanto a antinomia subsiste somente em parte do campo de aplicação das disposições normativas⁴⁷².

O conflito entre regras se resolve no âmbito da validade, já que se uma regra vale e é aplicável ao caso concreto, então, valem também suas conseqüências jurídicas, porquanto contidas dentro do ordenamento jurídico. Deste modo, se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de “dever ser” reciprocamente contraditórios,

⁴⁷⁰ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 88.

⁴⁷¹ Como exemplo de antinomia do tipo *total-total*, Bobbio cita a hipótese de uma regra que disponha ser proibido, aos adultos, fumar entre cinco e sete horas da noite na sala de cinema, e outra que prescreva ser permitido, aos adultos, fumar entre cinco e sete horas da noite na sala de cinema; como exemplo de antinomia do tipo *parcial-parcial*, o autor italiano se refere a uma regra que estabeleça ser proibido, aos adultos, fumar cachimbo e charuto entre cinco e sete horas da noite na sala de cinema, enquanto outra permita, aos adultos, fumar charuto e cigarro entre cinco e sete horas da noite na sala de cinema; um exemplo de antinomia do tipo *total-parcial* pode ser dado por uma regra que proíba, aos adultos, fumar entre cinco e sete horas da noite na sala de cinema e outra que lhes permita fumar somente cigarros, entre cinco e sete horas da noite, na sala de cinema. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 88-89.

⁴⁷² A questão das antinomias jurídicas é discutida por Ross quando enfrenta os problemas lógicos da interpretação, que, segundo o autor, são aqueles atinentes às relações entre expressões em um determinado contexto, problemas estes que podem gravitar no âmbito da inconsistência (antinomia), da redundância e das pressuposições. ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires – EUDEBA, 1997, p. 164-70. Para uma análise mais detida acerca dos conceitos de validade e

não sendo possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema jurídico, como meio de preservação da coerência e unidade do ordenamento⁴⁷³.

Conforme sustenta Bobbio, há situações de conflito entre regras jurídicas em que não se pode resolver a antinomia, quer pela impossibilidade de aplicação de quaisquer dos tradicionais critérios para a solução das antinomias, quer porque em determinados casos é possível a aplicação, ao mesmo tempo, de dois ou mais critérios de solução em situação de conflito. Nestes casos, pode-se falar de antinomias insolúveis ou reais, que se diferem das antinomias solúveis ou aparentes, uma vez que estas podem ser resolvidas por meio da aplicação dos critérios de resolução de conflitos entre regras jurídicas⁴⁷⁴.

A existência de antinomias insolúveis é fortemente contraposta por Freitas, para quem todos os conflitos entre normas jurídicas são solúveis. A partir do prisma teleológico defendido pelo autor, com base no critério hierárquico axiológico, informado pelo conceito de sistema jurídico enquanto rede axiológica e hierarquizada de regras, princípios e valores jurídicos voltados ao cumprimento da Constituição, e pela interpretação sistemática, pode-se oferecer uma solução adequada para todos os casos de antinomia jurídica⁴⁷⁵.

As regras fundamentais para a solução de antinomias jurídicas são os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. Neste sentido, a regra posterior derroga a regra anterior (“*lex posterior derogat legi priori*”), pela aplicação do critério cronológico; a regra hierarquicamente superior derroga a inferior (“*lex superior derogat legi inferiori*”), segundo a determinação do critério hierárquico; pode-se estabelecer, ainda, a prevalência da regra especial sobre a regra geral (“*lex specialis derogat legi generali*”), usando o critério da especificidade⁴⁷⁶.

eficácia no pensamento jurídico de Ross, pode-se consultar: BARZOTTO, *O positivismo jurídico...*, p. 63 e ss.; CADEMARTORI, *Estado de direito...*, p. 58-62.

⁴⁷³ Nas palavras de Alexy: “Se uma regra vale e é aplicável a um caso significa que vale também sua consequência jurídica. Qualquer que seja a forma pela qual se fundamente, não pode ser o caso que sejam válidos dois juízos concretos de dever ser reciprocamente contraditórios. Se constatada a aplicabilidade de duas regras com consequências juridicamente contraditórias no caso concreto e não podendo esta contradição ser eliminada mediante a introdução de uma cláusula de exceção, deve-se então declarar inválida, pelo menos, uma das regras”. No original: “Que una regla vale y es aplicable a un caso significa que vale también su consecuencia jurídica. Cualquiera que sea la forma cómo se los fundamente, no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser reciprocamente contradictorios. Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias reciprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas”. ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 88.

⁴⁷⁴ BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 92.

⁴⁷⁵ FREITAS, *A interpretação sistemática...*, p. 76.

⁴⁷⁶ BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 92-97.

Pelo critério cronológico, em uma situação de oposição entre duas regras jurídicas, prevalece a regra posterior, em simetria com um preceito jurídico geral de que a vontade jurídica posterior prevalece sobre a anterior. Assim, enquanto expressão da vontade da autoridade legislativa, a disposição normativa posterior invalida a anteriormente prescrita, desde que ambas se coloquem em oposição. Em última análise, o critério cronológico garante a evolução do ordenamento jurídico e sua relação dialética com a sociedade em constante marcha evolutiva.

O critério cronológico se encontra expressamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 2º, § 1º do Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, quando prescreve que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Por sua vez, o critério hierárquico estabelece a prevalência das disposições normativas hierarquicamente superiores com relação às inferiores, partindo da idéia segundo a qual, em caso de conflito, as regras de maior poder normativo têm o condão de invalidar aquelas que estejam inferiormente escalonadas. As regras inferiores não podem dispor de forma diversa da regulamentação estabelecida por uma disposição normativa superior, sob pena de invalidação.

No sistema jurídico brasileiro, o princípio da hierarquia normativa está previsto no artigo 59 da CRFB, quando dispõe que o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

O critério de especialidade dispõe que, entre duas regras incompatíveis, sendo uma geral e outra especial, prevalece a regra jurídica especial. O critério da especialidade vem nitidamente justificado a partir do princípio da igualdade, que garante o igual tratamento às pessoas pertencentes à mesma categoria. Como a regra especial acaba por tratar de forma diversa uma situação que já havia sido tratada genericamente pela regra geral, é imperioso que se garanta a primazia da regra especial, porquanto o princípio da igualdade garante que situações diferentes devem ser tratadas de forma diferente, de conformidade com a medida de suas diferenças. Pelo critério de especialidade não se pretende a anulação total da regra geral, mas tão-somente a parte em que haja incompatibilidade com a disposição normativa especial.

Entretanto, conforme suscita Bobbio, há situações em que os presentes critérios de solução de antinomias restam insuficientes, como no caso de incompatibilidades entre dispositivos legais de um mesmo instrumento legislativo, bastante possível em codificações de leis. Neste caso, quando os critérios cronológico, hierárquico e de especialidade não

conseguem solucionar a situação de conflito entre duas regras válidas do sistema jurídico, restaria um autêntico poder discricionário ao intérprete para eliminar uma das regras postas em conflito, eliminar as duas ou, ainda, conservar ambas⁴⁷⁷.

Bobbio sustenta que a terceira possibilidade é a mais usada pelos juízes e juristas quando do enfrentamento das antinomias reais. A partir do princípio da conservação das normas, busca-se justificar a inexistência de qualquer situação de incompatibilidade entre as regras ditas antinômicas, ou seja, que a antinomia é apenas aparente, fruto de uma interpretação descontextualizada ou desconforme com o ordenamento jurídico. Todavia, não sendo possível a resolução da antinomia pela argumentação baseada na sua inexistência, há que se eliminar ou uma ou as duas regras em conflito, uma vez que ambas não podem coexistir dentro do sistema jurídico⁴⁷⁸.

Afora a possibilidade da existência de antinomias insanáveis a partir dos critérios tradicionais de resolução de conflitos entre regras jurídicas, impende esclarecer que as antinomias também podem surgir do conflito entre os mencionados critérios, as chamadas antinomias de segundo grau. Neste sentido, há uma verdadeira relação de antinomia decorrente da possibilidade de aplicação concomitante de dois ou até dos três critérios: cronológico, hierárquico e de especialidade. Por certo, há casos em que a aplicação concomitante dos critérios conduz à mesma solução; no entanto, o problema ocorre quando a aplicação concomitante dos critérios indica soluções diversas, como no caso de uma regra superior-antecedente que se encontra em conflito com outra inferior-subseqüente: como exemplo pode-se indicar a relação de conflito entre uma disposição constitucional e um dispositivo legal constante de uma lei ordinária criada posteriormente.

As antinomias de segundo grau podem surgir do conflito entre os critérios hierárquico e o cronológico, relação de antinomia entre uma regra anterior-superior e uma regra posterior-inferior, do conflito entre os critérios de especialidade e cronológico, relação de oposição entre uma regra anterior-especial e outra posterior-geral, bem como do conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade, relação de antinomia entre uma regra superior-geral e outra inferior-especial⁴⁷⁹.

No conflito entre os critérios hierárquico e cronológico há a relação de prevalência do primeiro sobre o segundo, fazendo com que seja eliminada a regra posterior e dada aplicação à regra superior, que está amparada pelo princípio da hierarquia das normas, um princípio

⁴⁷⁷ Idem, p. 97-100.

⁴⁷⁸ Idem, p. 102-04.

⁴⁷⁹ Idem, p. 107-09.

básico e estruturante dos ordenamentos jurídicos modernos. De outra forma, ter-se-ia que admitir a prevalência de uma disposição normativa constante de uma lei ordinária em face de uma disposição constitucional, o que poria em risco todo o sistema jurídico. Ademais, o critério cronológico somente ganha respaldo no caso de regras dispostas no mesmo plano hierárquico.

O conflito entre os critérios de especialidade e cronológico também se resolve em desfavor deste último. Embora posterior, a regra geral não tem o condão de eliminar ou afastar a regra especial, ainda que anterior. Neste sentido, resta reconhecida a força normativa dos princípios da justiça e da igualdade, que sustentam o critério de especialidade enquanto critério forte para a resolução de conflitos entre regras jurídicas.

No conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade há o confronto entre os dois critérios fortes, o que acaba por dificultar uma resposta segura e infalível. Nos casos em que entram em conflito uma regra superior-geral e uma inferior-especial, a solução acaba dependendo da interpretação norteadada pelo sopesamento, no caso concreto, da relação entre o respeito à ordem hierárquica ou aos princípios da justiça e igualdade, que sustentam a prevalência do critério de especialidade. Mesmo assim, no âmbito teórico, deve-se reconhecer a precedência do critério hierárquico frente ao de especialidade, até como forma de garantir a supremacia e a força normativa da Constituição.

A defesa da prevalência do critério hierárquico é incisivamente proposta por Freitas, para quem a solução dos conflitos jurídico-normativos, nas chamadas antinomias de segundo grau, “há de *sempre fazer preponderar o critério hierárquico axiológico, admitindo-se, sem vacilações, uma mais ampla visão de hierarquia, a ponto de escalonar princípios, normas e valores no seio da própria Constituição*”⁴⁸⁰.

Não se pode olvidar que Freitas não defende a prevalência absoluta do critério hierárquico tradicional sobre os demais. Defende sim a prevalência do critério *hierárquico axiológico*, um metacritério hermenêutico visceralmente relacionado à temática da justiça, por meio do qual é possível até, em determinados casos, decidir-se pela preponderância de uma norma especial inferior frente a uma norma superior geral, porquanto “em derradeira instância, a hierarquização formal cede à substancial”⁴⁸¹.

Como visto, a resolução das antinomias entre regras jurídicas se resolve no plano da validade, muito embora nesse último caso de antinomia de segundo grau, quando há a oposição entre os critérios hierárquico e de especialidade, não se possa negar que o conflito

⁴⁸⁰ FREITAS, *A interpretação sistemática...*, p. 77.

⁴⁸¹ *Idem*, p. 78.

possa ser solucionado também a partir do sopesamento dos critérios, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto, o que se aproxima sensivelmente do pensamento defendido por Freitas a partir da aplicação do princípio hierárquico axiológico. Ademais, não poderia ser de outra forma, uma vez que no conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade está-se diante de verdadeira colisão de princípios, de um lado o princípio da hierarquia das normas e de outro os princípios da justiça e da igualdade.

Urge reforçar que as antinomias de segundo grau não se constituem em conflitos entre regras jurídicas, mas sim em situações de oposição entre critérios de resolução de antinomias. Portanto, as antinomias de segundo grau não se resolvem no plano da validade, mas sim a partir da relação de peso ou importância dos diferentes critérios, segundo as peculiaridades do caso concreto.

3.3.2 A colisão entre princípios constitucionais e a máxima da ponderação

A colisão entre princípios constitucionais não tem solução no campo da validade, mas no campo do valor⁴⁸². Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, em uma relação de precedência condicionada, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Interessante notar que Alexy constrói praticamente todo o seu conceito de princípio jurídico baseado na idéia de mandamento de otimização, sendo este o principal traço distintivo entre o seu conceito de princípio jurídico e aquele oferecido por Dworkin.

Na idéia de mandamento de otimização faz-se imprescindível a referência tanto às possibilidades fáticas como às jurídicas, questão que fica mais evidente quando da colisão entre princípios contrapostos, oportunidade em que as possibilidades jurídicas ganham um relevo especial. De fato, no que toca apenas às condições fáticas, os princípios deixam a estrutura de mandamentos de otimização para se constituírem em mandamentos de maximização. Os princípios considerados de forma isolada ou independentemente de suas relações com outros princípios, ostentam a natureza de mandamentos de maximização.

⁴⁸² Esta dimensão valorativa própria dos princípios, qualidade não afeta às regras jurídicas, é entendida por Grau como uma diferença marcante entre essas duas espécies normativas. O jurista brasileiro assevera que “quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Esta valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será com frequência discutível. Não obstante, as indagações a respeito de possuir ele essa dimensão e fazer sentido questionar quão importante e relevante ele é integram o conceito de princípio”. GRAU, *Despesa pública...*, p. 139.

Entretanto, não se pode olvidar que a relação entre os princípios é constitutiva do seu próprio conceito. Não há como pensar a realização de um princípio sem relacioná-lo com o conjunto constituinte do ordenamento jurídico e sem analisá-lo a partir das situações de tensão e colisão entre princípios, o que justifica a manutenção de sua definição como mandamento de otimização⁴⁸³.

Não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, porque não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso e importância, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. A solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão entre princípios constitucionais ocorre no âmbito do valor⁴⁸⁴.

Alexy discute a relação de precedência condicionada a partir de um caso decidido pelo Tribunal Constitucional alemão sobre incapacidade processual, onde estavam em relação de tensão o dever do Estado em garantir a aplicação adequada do Direito Penal e o interesse do acusado na salvaguarda de seus direitos fundamentais de proteção da vida e integridade física, direitos estes que devem ser preservados pelo Estado. No caso concreto, discutia-se a admissibilidade da realização de uma audiência, que, por conta das circunstâncias fáticas que cercavam o caso, traria elevado risco de vida ao acusado. Conforme o entendimento do Tribunal Constitucional, o conflito deveria ser solucionado mediante a ponderação de interesses opostos, baseado no maior peso ou importância dos interesses do acusado contrário à intervenção, que violava o princípio da proporcionalidade, afetando seus direitos

⁴⁸³ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 91.

⁴⁸⁴ Nas palavras de Alexy: “Quando dois princípios entram em colisão – tal como ocorre quando segundo um princípio algo é proibido e, segundo outro princípio, é permitido – um dos dois princípios têm que ceder ante o outro. Entretanto, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado deva-se introduzir uma cláusula de exceção. De fato, o que sucede é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios possuem diferente peso e que tem primazia o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se resolvem na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem entrar colisão princípios válidos – tem lugar a partir da superação da dimensão da validade, na dimensão do peso”. No original: “Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”. *Idem*, 89.

fundamentais à vida e à integridade física, direitos que deveriam prevalecer naquele caso prático, justificando o afastamento da aplicação efetiva do Direito Penal⁴⁸⁵.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem ser consideradas as circunstâncias que cercam o problema prático, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o princípio de maior importância. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

A tensão entre princípios constitucionais não é eliminada pela invalidação de um deles, nem, tampouco, pela introdução de uma cláusula de exceção, de modo a limitar sua aplicação nos casos futuros. “A solução da colisão consiste em que, levando em consideração as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*”⁴⁸⁶. Equivale dizer que, tomando em conta a situação concreta, determinam-se as condições sob as quais um princípio constitucional precede ao outro. Havendo modificação nas condições, a questão da precedência pode ser resolvida inversamente.

Voltando ao caso apresentado acima, a questão da incapacidade processual, pode-se melhor explicá-lo a partir da designação dos dois princípios opostos como (P^1) – direito à vida e à integridade física, e (P^2) – aplicação do Direito Penal, sendo que (P^1) determina a não realização da audiência, enquanto (P^2) ordena a realização da audiência. Portanto, (P^1) e (P^2) conduzem a juízos concretos de dever ser jurídico reciprocamente contraditórios, que podem ser solucionados a partir do estabelecimento de uma relação de precedência (P) incondicionada ou condicionada. As condições de precedência podem ser representadas por (C)⁴⁸⁷. A representação das possíveis soluções da colisão em análise pode assumir quatro diferentes formas:

1. $P^1 P P^2$ – uma relação absoluta de precedência incondicionada, que não pode ser admitida para o caso de colisão entre princípios constitucionais;
2. $P^2 P P^1$ – novamente, em uma relação absoluta de precedência incondicionada, que não pode ser admitida para o caso de colisão entre princípios constitucionais;

⁴⁸⁵ Alexy assegura que, muito embora o Tribunal Constitucional não tenha se referido à “colisão”, mas sim “campo de tensão” e conflito, bem como não tenha feito menção a “princípio”, mas sim “dever”, “direito fundamental”, “pretensão” e “interesse”, resta plenamente viável apresentar a situação como uma autêntica colisão de princípios, que deve ser resolvida a partir da idéia de relação de precedência condicionada. Idem, p. 90-91.

⁴⁸⁶ No original: “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*”. Idem, p. 92.

⁴⁸⁷ Idem, Ibidem.

3. $(P^1 \mathbf{P} P^2) C$ – o direito à vida e à integridade física, em uma relação de precedência condicionada ou relativa, segundo as circunstâncias do caso concreto, prepondera sobre a aplicação do Direito Penal;
4. $(P^2 \mathbf{P} P^1) C$ – a aplicação do Direito Penal, em uma relação de precedência condicionada ou relativa, segundo as circunstâncias do caso concreto, afasta o direito à vida e à integridade física.

Alexy denomina “lei de colisão” à solução da tensão entre mandamentos de otimização com base na relação de precedência condicionada. Assim, as representações 1 e 2 devem ser descartadas de plano, já que não existem relações absolutas de precedência, porquanto sempre serão determinadas pelas circunstâncias do caso concreto. Não existe um princípio que, invariavelmente, prepondere sobre os demais, sem que devam ser levadas em conta as situações específicas do caso. Em última análise, não existem princípios constitucionais absolutos ou um princípio constitucional absoluto que, em colisão com outros princípios, preceda independentemente da situação posta.

A existência de princípios absolutos, capazes de preceder sobre os demais em quaisquer condições de colisão, não se mostra consonante com o próprio conceito de princípios jurídicos. Não se pode negar, por outro lado, a existência de mandamentos de otimização relativamente fortes, capazes de preceder aos outros em praticamente todas as situações de colisão. Como exemplos, podem ser citados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da proteção da ordem democrática e o direito à higidez do meio-ambiente.

A questão mais importante e, de resto, o cerne da teoria da ponderação apresentada, inegavelmente, gravita em torno do estabelecimento das condições de precedência (C). Aquelas situações que determinam, conforme o caso concreto, as razões suficientes à decisão pelo maior peso ou importância de um princípio em detrimento de outro. A qualificação das condições relevantes e o seu sopesamento desempenham um papel central na teoria das colisões de princípios.

As condições de precedência desempenham uma dupla função, tanto enquanto condição de uma relação de precedência, conforme a representação $(P^1 \mathbf{P} P^2) C$, como enquanto pressuposto de um suposto de fato de uma norma. Ocorrendo as circunstâncias (C) significa que valem as conseqüências jurídicas (R) dispostas em P^1 , ou seja: se $(P^1 \mathbf{P} P^2) C$, então $(C \rightarrow R)$. Para esclarecer melhor, pode-se dizer que “as condições sob as quais um

princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”⁴⁸⁸.

A questão das condições de precedência (*C*) pode ser ainda debatida com maior complexidade, como no exemplo do caso Lebach, apresentado por Alexy. O problema se resume no seguinte: um programa de televisão pretendia apresentar um documentário acerca de um fato bastante famoso na Alemanha, o assassinato dos soldados em Lebach, quando quatro soldados que guardavam um depósito de armas e munições do Exército alemão foram assassinados enquanto dormiam, tendo os delinquentes, após os assassinatos, subtraído armas para a realização de outros atos delitivos⁴⁸⁹.

Um dos assaltantes, que havia sido condenado por cumplicidade no crime e estava no final do cumprimento da pena, recorreu ao Judiciário alegando que a exibição do referido documentário feria seu direito de personalidade e colocava em risco sua ressocialização, uma vez que seu nome e fotografias eram expressamente referidos. Tendo seu pleito de proibição da exibição do documentário rechaçado tanto no Tribunal da Província, como em sede de apelação, a parte interpôs recurso de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional alemão, que resolveu o caso a partir da teoria da colisão de princípios.

No Tribunal Constitucional foram postos em relação de colisão a proteção do direito à personalidade (*P*¹) e a liberdade de informação (*P*²). Restou decidido que no caso de uma informação atual sobre fatos delitivos (*C*¹), existe uma precedência geral da liberdade de informação da emissora (*P*²), ou seja, (*P*² **P** *P*¹) *C*¹. Entretanto, isto não significa que toda a informação atual está *a priori* permitida. Ocorre que no caso em análise não existem as condições de precedência (*C*¹), mas sim outras circunstâncias que exigem o estabelecimento de uma nova condição de precedência (*C*²): uma informação televisiva repetida sobre delitos graves, que não responde a um interesse atual de informação e que põe em perigo a ressocialização da parte envolvida. Neste sentido, segundo o Tribunal Constitucional, a relação de precedência garante a proteção à personalidade do autor, ou seja, (*P*¹ **P** *P*²) *C*², sendo que no caso do surgimento das circunstâncias (*C*²), valem as consequências jurídicas (*R*) dispostas em *P*¹ (*C*² → *R*).

Como já referido, a máxima da ponderação se efetiva a partir da relativização das possibilidades jurídicas entre os princípios opostos. Se um princípio entra em relação de colisão com outro, as possibilidades jurídicas de sua realização dependem do princípio

⁴⁸⁸ No original: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el suposto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”. Idem, p. 94.

⁴⁸⁹ Idem, p. 95-98.

oposto. De posse do conceito de princípio constitucional, estabelecidas as formas de eliminação das tensões entre os mandamentos de otimização da ordem normativa, cabe a definição dos critérios usados para determinar a precedência de um princípio sobre outro, as condições que se sobrepõem na relação de precedência. Daí, a importância do estabelecimento de uma teoria da argumentação jurídica, como se procurou fazer no capítulo anterior, capaz de fundamentar a decisão judicial pela precedência de um valor constitucionalmente assegurado em detrimento de outros, legitimando a atuação jurisdicional e realizando o princípio da justiça.

Pode-se dizer que para uma aplicação salutar e coerente da máxima da ponderação entre os princípios constitucionais em colisão, mostra-se imprescindível delinear firmemente uma teoria da justificação jurídica, como forma de evitar que as decisões judiciais pela precedência de um ou outro princípio fiquem sujeitas ao arbitrário sopesamento do juiz. Até porque, como assegura Grau, “não há, no sistema, nenhuma norma a orientar o intérprete e o aplicador a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado. Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada”⁴⁹⁰.

O juiz, quando decide pela prevalência de determinado princípio constitucional em colisão com outro ou outros, deve basear sua decisão não em convicções de foro íntimo, mas em argumentos e razões fáticas e jurídicas que, além de consentâneas ao ordenamento normativo vigente, sejam plenamente aceitáveis e justificáveis perante comunidade. Sem resumir, por outro lado, a justificação judicial ao argumento majoritário, que não pode ser *a priori* identificado como argumento razoável. Do contrário, pode-se estar avançando a passos largos para uma nefasta e deletéria substituição do primado da lei, típica do tradicional modelo formal-positivista, pelo primado das valorações subjetivas dos juízes, desprovidas de parâmetros e critérios aferíveis e justificáveis para respaldar a atividade jurisdicional.

3.4 A aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

Toda a evolução da cláusula do devido processo legal consagrada no Direito estadunidense, desde a fase adjetiva, quando se restringia à mera garantia a um adequado procedimento formal, passando pela fase substantiva, notabilizada como reação ao

⁴⁹⁰ GRAU, *Despesa pública...*, p. 142.

intervencionismo estatal na ordem econômica, até se constituir em limite material à restrição de direitos fundamentais dos cidadãos, bem como toda a evolução da proporcionalidade do Direito alemão, sobretudo enquanto máxima da ponderação, não refletiu com a merecida força e extensão no Direito brasileiro. Ainda que o Brasil tenha adotado o sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade das leis semelhante ao estadunidense, nossa jurisprudência só passou a se valer do conteúdo da razoabilidade, mesmo que de modo acanhado, a partir da segunda metade do século passado.

Embora não haja consenso se as máximas da razoabilidade e proporcionalidade estão expressa ou implicitamente contidas no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o certo é que gozam de plena eficácia e aplicabilidade no exame da juridicidade de leis e atos administrativos e no controle das restrições e limitações aos direitos fundamentais.

Não obstante a cláusula do devido processo legal há muito constar da ordem constitucional brasileira, tradicionalmente manteve-se adstrita ao âmbito processual, assegurando o regular andamento do processo e o direito do cidadão à ordem processual. Esta concepção processual da garantia do devido processo legal, no entanto, veio gradativamente alterando-se para o reconhecimento da máxima da razoabilidade na cláusula do devido processo, sobretudo, a partir da Constituição da República de 1988. O artigo 5º, LIV da CRFB constitui-se em base normativa à garantia do devido processo substantivo, similar ao *standard* existente no Direito estadunidense⁴⁹¹.

Já a proporcionalidade é máxima viva, elástica, protetora do cidadão contra os excessos do Estado e escudo aos direitos e liberdades constitucionais⁴⁹². Trata-se de verdadeira máxima que tem a vocação de tornar efetivos os demais princípios constitucionais, regular e nortear sua aplicação, fazendo-os incidir sobre a dinâmica social de modo largo e incisivo.

A jurisprudência do STF, desde 1951, faz referência aos princípios (máximas) da razoabilidade e da proporcionalidade, como fundamentos à invalidação de atos administrativos e ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Ao que consta, a primeira aplicação, mesmo que implicitamente, foi no Recurso Extraordinário – RE nº 18.331/51, quando se decidiu acerca da majoração do imposto de licença sobre cabinas de banho. Assim restou alinhado pelo Ministro Orozimbo Nonato, relator do referido julgado:

⁴⁹¹ Neste sentido: BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 64; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 178; MENDES, *Direitos fundamentais...*, p. 83.

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatíveis com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “*détournement de pouvoir*”⁴⁹³.

Ainda sob a égide da Constituição anterior, o STF, embora decidindo pelo não conhecimento do RE interposto⁴⁹⁴, foi questionado acerca da legitimidade da reprovação de candidato a delegado que, aprovado nas fases anteriores do concurso público, foi vetado na prova de esforço físico. O relator Ministro Moreira Alves fundamentou o não conhecimento do recurso na ausência de prequestionamento de questões constitucionais.

O Poder Judiciário, neste caso, decidiu acerca da validade do ato administrativo. Parece forçoso concluir, sem maiores elucubrações, que tanto a lei como o edital de concurso público que exijam testes de esforço físico à aprovação de candidato a delegado, afrontam às máximas da razoabilidade e da proporcionalidade. O meio escolhido não é adequado para alcançar a finalidade da norma, selecionar o melhor servidor, o que afronta à máxima da adequação. Ademais, não há necessidade de “teste de suficiência física” para a ocupação de cargo de delegado, visto que, em regra, são os agentes que desempenham as missões.

No ano de 1993, o STF decidiu acerca da proporcionalidade e razoabilidade de dispositivos de uma lei do Estado do Paraná (Lei n.º 10.248/93), que exigia a pesagem, pelos estabelecimentos comercializadores de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, dos botijões ou cilindros quando da entrega e do recolhimento do vasilhame pelas distribuidoras do produto. Para tanto, os postos revendedores e os veículos que realizavam entrega em domicílio deveriam portar balança apropriada à finalidade prescrita. A inconstitucionalidade da legislação paranaense foi argüida tanto por vício de incompetência como por lesão à razoabilidade e proporcionalidade, tendo sido reconhecida pelo STF, conforme a ementa da decisão cautelar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 855-2/93, que suspendeu provisoriamente os efeitos da lei paranaense, conforme segue:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com

⁴⁹² BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 394-95.

⁴⁹³ Jurisprudência citada por Gilmar Ferreira Mendes como a primeira referência do STF, ainda que implicitamente, ao princípio da razoabilidade. MENDES, *Direitos fundamentais...*, p. 69.

⁴⁹⁴ RE n.º 117.110-3/DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 14/10/1988, publicado no Diário de Justiça da União – DJU em 10/03/1989. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2004.

pagamento imediato da eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida⁴⁹⁵.

Neste caso, ainda que se possa alegar a competência concorrente dos Estados-membros para editar normas referentes à produção e consumo, bem como no que tange à responsabilidade por danos ao consumidor, nos termos do artigo 24, V e VIII da CRFB, como reconheceu o Ministro Marco Aurélio, não se pode afastar a primazia da competência privativa da União para legislar sobre energia e metrologia, venda e revenda de combustíveis de petróleo, conforme dispõem os artigos 22, IV e VI e 238 da CRFB.

A presente questão, como visto, poderia ter sido solucionada sem que fosse decidido acerca da razoabilidade e proporcionalidade da medida adotada pela legislação paranaense, porquanto a mesma se encontrava eivada de incompetência. Não obstante, a ausência de razoabilidade e proporcionalidade da medida foi reconhecida pela maioria dos ministros, sem que fossem, por outro lado, adequadamente aplicados os elementos constitutivos da máxima da proporcionalidade.

Para analisar a questão a partir da máxima da proporcionalidade, há que se considerar, primeiramente, a adequação da medida legislativa eleita, ou seja, se existe conformidade entre meios e fins, se o procedimento de pesagem dos cilindros e botijões de GLP à vista do consumidor, tanto na venda como no recolhimento do vasilhame, constitui-se em mecanismo hábil à defesa do consumidor, evitando possíveis prejuízos decorrentes da compra do produto.

À primeira vista, não se pode negar que a medida eleita pelo Legislativo paranaense mostra-se adequada ao cumprimento dos fins a que se destina. O procedimento de pesagem do vasilhame pelo qual é comercializado o GLP evitaria que os consumidores pagassem por produto não recebido, bem como possibilitaria o ressarcimento da quantidade de GLP eventualmente não utilizada pelo consumidor. Entretanto, como consta do parecer técnico do Instituto de Metrologia – INMETRO, a utilização de balança nos termos dispostos pela legislação paranaense traria como inconveniente o elevado grau de desgaste e desregulagem das balanças, com prejuízos às medições determinadas.

⁴⁹⁵ Medida Cautelar em ADI nº 855-2/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 1º/07/1993, publicado no Diário de Justiça da União – DJU em 1º/10/1993. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2004.

Ainda que se possa discutir acerca da adequação da medida eleita, haja vista a dificuldade de pesagem dos cilindros e botijões de GLP no local de venda e distribuição do produto, deve-se perquirir acerca da necessidade da medida eleita. Impende indagar se a medida é exigível; se, dentre as possíveis medidas capazes de proteger os consumidores, este é o instrumento que trás menor restrição ou impacto negativo aos sujeitos passivos da medida.

Pela análise da máxima da necessidade, parece claro que a medida eleita é excessiva e desnecessária, impondo aos distribuidores de GLP um ônus muito maior de que os benefícios que a medida poderia trazer aos consumidores. Primeiro, porque há parecer técnico do INMETRO demonstrando a inviabilidade da operacionalização do sistema de pesagem previsto pela legislação paranaense; segundo, porque a implementação do referido sistema no local da venda do GLP encareceria consideravelmente o valor do produto, trazendo prejuízos diretos aos consumidores; terceiro, e principalmente, porque a regularidade na comercialização de GLP pode ser alcançada mediante efetiva fiscalização dos órgãos competentes, que devem aferir periodicamente se os vasilhames usados na comercialização do GLP obedecem à legislação em vigor. Reconhecida a afronta à máxima da necessidade, conforme a teoria da proporcionalidade, desnecessária a análise do caso sob o prisma da máxima da ponderação⁴⁹⁶.

Posteriormente, em 1994, o STF decidiu a arguição de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 8.713/93, que limitava a participação dos partidos políticos nas eleições de 1994, mediante imposição de inúmeras restrições ao lançamento de candidatos a Presidente, Vice-Presidente, Senador, Governador e Vice-Governador, espaiadas pelos parágrafos e incisos do referido dispositivo legal. No julgamento de mérito das ADI nº 966-4/DF e ADI nº 958-3/RJ restou fixada a “*sedes materiae*” da máximas da razoabilidade no ordenamento pátrio, nos seguintes termos:

A Constituição em seu art. 5º, inciso LIV - e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas

⁴⁹⁶ Analisando a mesma decisão do STF, Afonso da Silva chega a conclusões diferentes das aqui esposadas, entendendo que a medida legislativa do Estado do Paraná deve ser considerada constitucional, sob o prisma da máxima da proporcionalidade, porquanto respeita os parâmetros da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Quanto à adequação da medida não há desacordo, se somente surge quando da análise da exigibilidade da medida. Segundo Afonso da Silva, a medida se mostra necessária, uma vez que a pesagem dos botijões de gás não se destina apenas a evitar o locupletamento indevido por parte das empresas distribuidoras, mas também a proteger o consumidor individualmente, para que não pague pelo que não recebeu efetivamente. Neste sentido, não haveria outra medida igualmente eficaz e menos gravosa à empresas comercializadoras de GLP. Vencida a máxima da necessidade, o autor conclui pela constitucionalidade da medida legislativa estadual, no que toca aos parâmetros da proporcionalidade, porquanto sob o prisma da ponderação, o fomento à proteção do consumidor deve preponderar sobre uma pequena limitação à liberdade de iniciativa. Neste sentido, ver: SILVA, *O proporcional e o...*, p. 37-41.

jurídicas - estabelece que: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Processo legal, aqui, evidentemente, não é processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista, inclusive o inciso II do art. 5º que diz: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Esse princípio constitucional que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade⁴⁹⁷.

Caso de notável repercussão na jurisprudência do STF acerca de tensões entre direitos fundamentais, com a aplicação da máxima da ponderação, deu-se em sede do *Habeas Corpus* – HC nº 71.373-4/RS, quando se discutiu a tensão entre o direito do filho em conhecer seu pai biológico e o direito do suposto pai em não ser compelido à colheita de sangue necessário à realização do exame hematológico, o que restou decidido da forma que segue:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos⁴⁹⁸.

A contenda teve início com uma ação declaratória, mediante a qual duas crianças gêmeas pleiteavam o reconhecimento da paternidade do suposto pai biológico. O Juízo da Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre determinou a realização de exame ácido desoxirribonucléico – ADN, na intenção de dirimir a controvérsia. O suposto pai se negou à colheita de sangue, sendo determinada a execução forçada da ordem judicial, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O caso acabou ascendendo ao STF, onde os votos se dividiram, sendo que o Tribunal Pleno, por seis votos contra quatro, decidiu pela inconstitucionalidade da decisão judicial que determinou a colheita de sangue do indigitado pai, contra sua vontade, por afronta aos princípios da dignidade

⁴⁹⁷ BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 121.

⁴⁹⁸ HC nº 71.373-4/RS, Relator Ministro Francisco Rezek, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 10/11/1994, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, publicado no Diário de Justiça da União – DJU em 22/11/1996. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2004.

humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo, princípios que preponderam, segundo o STF, sobre o direito das crianças em conhecer o verdadeiro pai.

A aplicação da máxima da ponderação faz-se imprescindível, uma vez que o caso não se resolve pela aplicação das máximas da adequação e da exigibilidade. Primeiro, porque é inegável a relação de adequação entre meios e fins. Salvo a discussão acerca do percentual de certeza e segurança, que não alcança a totalidade plena, o exame ADN é o mecanismo hábil por excelência para atestar a paternidade biológica. Segundo, por conta do maximizado grau de satisfação do direito das crianças em conhecer sua verdadeira identidade biológica, ou a negação de uma forte suspeita, à custa de uma pequena restrição ao direito do suposto pai à intimidade e intangibilidade do corpo, o que inegavelmente satisfaz à máxima da necessidade.

A discussão essencial do caso concentrou-se na ponderação entre o direito das crianças em conhecer sua real – e não apenas presumida – identidade biológica (P^1), em confronto com o direito do suposto pai a sua intimidade e intangibilidade física (P^2). No presente caso, ambos os direitos podem ser tutelados a partir do princípio fundamental geral da dignidade da pessoa humana, sendo que a condição de precedência (C) que cerca o caso concreto deve ser enfeixada no fator essencial ao deslinde da questão, a colheita de material para a realização do exame ADN.

O direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética, e não apenas à paternidade fundada em uma presunção processual, inegavelmente tem maior peso frente à singela restrição ao direito à intangibilidade física do suposto pai. Claro que ambos são direitos tuteláveis, mas o primeiro prepondera sobre o segundo, em face das condições do caso concreto (P^1 P^2) C , sendo que, nestas circunstâncias dever-se-ia garantir o direito das crianças em conhecer, com certeza científica, o pai biológico ($C \rightarrow R$).

A intangibilidade do corpo é plenamente passível de restrições, como, para exemplificar, a determinação estatal de vacinação forçada visando controlar doenças de proporções epidêmicas. Os cidadãos não poderão invocar o direito à intangibilidade do corpo, a fim de se eximir da vacinação, porquanto se está resguardando princípio de maior peso, a saúde da coletividade. O sacrifício imposto à integridade corporal do suposto pai é, em última análise, “risível” – para usar da expressão do Ministro Francisco Rezek – frente ao direito das crianças em conhecer sua origem real, direito que decorre da própria extensão do princípio da dignidade humana, inscrito no artigo 1º, III da CRFB.

Alguns anos mais tarde, o STF foi novamente chamado a analisar questão bastante semelhante àquela enfrentada no HC nº 71.373/RS, agora em sede do HC nº 76.060-4/SC, onde o pai presumido de menor nascido na constância do casamento estava na iminência de

ser constrangido a submeter-se ao exame ADN, nos autos de ação ordinária de reconhecimento de filiação cumulada com retificação de registro, movida por terceiro que pretendia ver-se declarado o pai biológico do menor. O iminente constrangimento estava amparado em despacho do Juízo de Primeiro Grau, decisão confirmada por acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo pai presumido.

No STF, o HC impetrado foi deferido por unanimidade, no sentido de vedar definitivamente a produção da prova questionada. Entretanto, não está na consonância das duas decisões o aspecto mais relevante do caso, mas sim os fundamentos que justificaram a concessão da ordem, conforme segue:

DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa de DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria⁴⁹⁹.

A questão de maior importância para a análise sob o prisma aqui empreendido é o voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence que, no caso anteriormente decidido, havia se posicionado claramente pela preponderância do direito do filho em conhecer, com certeza científica, o pai biológico, em detrimento do direito do suposto pai em não ter ferido seu direito à intimidade e à intangibilidade do corpo.

No presente caso, o Ministro Sepúlveda Pertence, aplicando explicitamente a máxima da ponderação, entendeu que aquelas circunstâncias que cercavam o caso debatido no HC nº 71.3736-4/RS, respaldando a restrição ao direito do pai presumido, não estavam mais presentes. Em outras palavras, as condições de precedência haviam sido alteradas por peculiaridades do caso concreto, justificando uma decisão diversa da anterior, o que demonstra a ampla dinamicidade e complexidade na aplicação da máxima da ponderação.

⁴⁹⁹ HC nº 76.060-4/SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 31/03/1998, publicado no Diário de Justiça da União – DJU em 15/05/1998. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2004.

Como deixou assente o Ministro Sepúlveda Pertence, “por certo, não estão presentes as circunstâncias – que, atinentes ao direito fundamental à própria e real identidade genética – me induzem a insistir na ressalva prudente”. Nesta demanda há uma hipótese atípica, em que um terceiro pretende ver-se declarado pai de uma criança gerada na constância do casamento do pai presumido, contra quem a ação é dirigida. Realmente, neste caso, o que não parece resistir “ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço”, prova esta que se coloca em contrariedade à presunção de que é titular. Neste sentido, a precedência do direito do pai presumido em não ser constringido à realização do exame ADN.

Merece registro, ainda, a discussão relativa à proporcionalidade da restrição a cidadãos com altura inferior a 1.60 m (um metro e sessenta centímetros), à participação em concurso público para o cargo de agente de polícia. O STF, decidindo sobre a constitucionalidade da restrição contida no artigo 13, VI da Lei Complementar nº 38/89, do Estado do Mato Grosso do Sul, entendeu ser razoável a restrição imposta pelo edital do concurso público, porquanto guardava relação de pertinência com a função a ser desempenhada pelo futuro agente público. A ementa do referido caso restou alinhada nos seguintes termos:

CONCURSO PÚBLICO - AGENTE DE POLÍCIA - ALTURA MÍNIMA - VIABILIDADE. Em se tratando de concurso público para agente de polícia, mostra-se razoável a exigência de que o candidato tenha altura mínima de 1,60 m. Previsto o requisito não só na lei de regência, como também no edital de concurso, não concorre a primeira condição do mandado de segurança, que é a existência de direito líquido e certo⁵⁰⁰.

Neste caso, ao que parece, a decisão do STF não se pode sustentar ante a aplicação da máxima da proporcionalidade. Como resta patente, a finalidade da norma restritiva da participação dos cidadãos, sem dúvida, é garantir a eficiência do serviço público. Entendeu o legislador sulmatogrossense que as pessoas de baixa estatura não teriam a força intimidatória necessária ao bom desempenho das funções de agente policial. A restrição imposta, em última análise, ressaí do senso popular de que as pessoas verticalmente prejudicadas impõem menor respeito.

⁵⁰⁰ RE nº 148.095-5/MS, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 03/02/1998, publicado no Diário de Justiça da União – DJU em 03/04/1998. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2004.

Esse argumento fica claro no voto do Ministro Marco Aurélio, no que foi acompanhado pela unanimidade dos membros da Segunda Turma do STF, quando expôs que na carreira policial, exsurtem peculiaridades próprias à função de agente de polícia. “Enquanto, por exemplo, o cargo de escrivão não exige, em si, estampa que se mostre até mesmo intimidadora, no caso de agente tem-se justamente o contrário, em face a uma atuação que pressupõe, à primeira vista, respeito aos cidadãos em geral”.

A restrição imposta não se coaduna com a máxima da adequação, porquanto a altura do servidor não interfere na prática da função de agente policial, não havendo relação de conformidade entre meios e fins na medida eleita. Ademais, trata-se de restrição que se constitui em gravame excessivo a onerar os cidadãos, ferindo a máxima da necessidade. A Administração Pública só pode impor restrições discriminatórias ao preenchimento de cargos públicos, se e somente se, no intento de adequar os candidatos às exigências do cargo. Exigências apuradas mediante critérios objetivos e confiáveis e não arrimadas no senso popular de que a altura das pessoas é diretamente proporcional ao respeito que impõem.

Novamente, a análise do caso a partir dos critérios integrantes da proporcionalidade deixa clara a afronta às máximas da adequação e exigibilidade, sendo desnecessário o exame da proporcionalidade em sentido estrito, com base na máxima da ponderação.

Apenas a título argumentativo, poder-se-ia discutir a colisão de princípios constitucionais, na disputa entre o direito dos cidadãos em acessar aos cargos públicos, conforme previsto pelo artigo 37, I da CRFB (P^1), em conflito com o dever de eficiência do Estado, hoje expressamente reconhecido como princípio constitucional, nos termos do artigo 37, *caput* da CRFB (P^2).

Muito embora não expressamente reconhecido ao tempo da decisão, o dever de eficiência já era admitido como princípio constitucional implícito. Pode-se dizer que Administração Pública eficiente é aquela que assegura aos cidadãos os direitos fundamentais de liberdade e implementa, no maior grau possível, os direitos fundamentais positivos, garantindo a eficácia dos direitos sociais.

Cabe, primeiramente, asseverar que nenhum dos dois princípios goza de precedência *a priori*, precedência incondicionada, sendo que ambos podem sofrer restrições e limitações quando da aplicação em uma situação concreta. A condição de precedência (C) está consubstanciada nas circunstâncias que limitam o amplo acesso ao cargo de agente policial para os cidadãos com altura mínima inferior a 1,60 m, bem como pelo pressuposto de que a estatura da pessoa é diretamente proporcional a sua força intimidatória.

Levando em conta as circunstâncias do caso concreto, há que se reconhecer que em uma relação de precedência condicionada, o direito dos cidadãos com altura inferior a 1,60 m de acessar ao cargo de agente policial precede sobre o dever de eficiência da Administração Pública ($P^1 \text{ P } P^2$) C . Uma vez presentes as circunstâncias (C), valem as conseqüências jurídicas (R) que garantem a precedência de P^1 ($C \rightarrow R$).

Não se pode olvidar, ainda, que a medida restritiva afronta ao princípio da igualdade entre as pessoas, conforme o artigo 5º, *caput* e inciso I da CRFB. Muito embora desarrazoada e desmedida, a restrição deveria pelo menor estabelecer diferentes alturas mínimas a homens e mulheres, porquanto, segundo dados constantes em pesquisas populacionais, ambos possuem estatura média diferente. A afronta ao princípio da igualdade se operou quando a lei restritiva, sem coerência, igualou os desiguais.

Atualmente, um dos casos de maior repercussão social, econômica e política, afora a considerável complexidade jurídica, envolvendo colisão entre princípios constitucionais, foi decidido pelo STF no julgamento da ADI nº 3105-8/DF, envolvendo a questão da inconstitucionalidade da contribuição previdenciária sobre os servidores públicos inativos e pensionistas, conforme previsto pelo artigo 4º da Emenda Constitucional – EC nº 41/03⁵⁰¹.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP propôs a referida ADI em face do artigo 4º da EC nº 41/03⁵⁰², sustentando, principalmente, que a instituição da contribuição previdenciária afronta o direito adquirido e ato jurídico perfeito, nos termos do artigo 5º, XXXVI da CRFB; afronta, ainda, o princípio da isonomia tributária, previsto no artigo 150, II da CRFB, por ter instituído tratamento diferenciado entre os servidores aposentados até a promulgação da EC nº 41/03 e os que se aposentarem

⁵⁰¹ ADI nº 3105-8/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 18/08/2004, Relator para acórdão Ministro Cezar Peluso, pendente de publicação no Diário de Justiça da União – DJU. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2004.

⁵⁰² O dispositivo legal objeto da ADI nº 3105-8/DF tem a seguinte redação: “*Artigo 4º* Os servidores públicos inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. *Parágrafo único.* A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere: *I* – cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; *II* – sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e pensionistas da União”. BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. Emenda Constitucional nº 41/2003, de 19 de dezembro de 2003, que modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 jan. 2005.

posteriormente, bem como entre os servidores inativos da União e os servidores inativos dos Estados, Distrito Federal e Municípios; afronta, também, o princípio da irredutibilidade dos vencimentos e proventos.

No STF houve uma clara divisão dos Ministros em duas correntes distintas: os que admitiam a tese da inconstitucionalidade total do artigo 4º da EC nº 41/03, capitaneados pela Ministra Ellen Gracie, acompanhada pelos Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello; e, os que admitiam a tese da inconstitucionalidade apenas das expressões “*cinquenta por cento do*” e “*sessenta por cento do*”, constantes dos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da EC nº 41/03, capitaneados pelo Ministro Cezar Peluso, seguido pelos Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Gilmar Ferreira Mendes, Eros Roberto Grau e Nelson Jobim.

A Ministra Ellen Gracie, em seu voto, reconheceu que a contribuição previdenciária instituída pelo artigo 4º da EC nº 41/03 constitui-se em verdadeira bi-tributação, afrontando ao disposto no artigo 154, I da CRFB, porquanto utiliza fato gerador próprio do Imposto sobre a Renda. Ademais, trata-se de contribuição despida de causa eficiente, não havendo qualquer contraprestação ao novo benefício criado, em dissonância ao disposto no artigo 195, § 5º da CRFB, que exige a manutenção do equilíbrio atuarial. Outro argumento acolhido foi a afronta ao princípio da isonomia tributária previsto no artigo 150, II da CRFB, uma vez que o dispositivo hostilizado discrimina indevidamente contribuintes que estão em condição idêntica, ferindo, portanto, garantias individuais postas a salvo do poder constituinte reformador, nos termos do artigo 60, § 4º, IV da CRFB.

O Ministro Cezar Peluso, em seu voto, afastou o argumento de afronta ao direito adquirido, porquanto seu reconhecimento neste caso, afora outras justificativas, acabaria por instituir autêntica imunidade tributária, sem previsão constitucional. Afastou, ainda, o argumento da bi-tributação – por conta dos fatores constitucionais da finalidade da instituição e da destinação das receitas – e da ocorrência de verdadeira contribuição sem causa – por conta do caráter contributivo e solidário assumido pelo regime previdenciário disciplinado na EC nº 41/03.

No que toca à alegada ofensa ao princípio da isonomia tributária, o Ministro Cezar Peluso reconheceu que o tratamento normativo diferenciado para os servidores inativos da União com relação aos servidores inativos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como a distinção entre os servidores aposentados até a data da EC nº 41/03 e aqueles que viessem a se aposentar após sua publicação, conforme previsto pelo artigo 4º, parágrafo

único, I e II da EC nº 41/03, constitui-se em tratamento discriminatório vedado pela Constituição de 1988.

Da mesma forma, reconheceu que a norma contida no artigo 195, II da CRFB, quando estabelece imunidade aos aposentados e pensionistas do regime geral de previdência, configura-se em tratamento normativo-constitucional que deve ser estendido aos aposentados e pensionistas do regime próprio de previdência, devendo ser reconhecida a imunidade para os benefícios dos servidores públicos inativos e pensionistas até o limite do valor máximo dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência, estabelecendo-se, com isso, o caráter geral da regra que consta do artigo 40, § 18 da CRFB.

Muito embora os votos dos demais Ministros tenham essencialmente acompanhado uma das duas correntes capitaneadas pelos Ministros Cezar Peluso e Ellen Gracie, interessa à presente análise a expressa aplicação da máxima da ponderação, como no caso do Ministro Joaquim Barbosa, mencionado pelo Ministro Cezar Peluso, quando argumentou no sentido de que “o princípio dos direitos adquiridos, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela nossa Constituição”. Segundo aquele Ministro, no presente caso, estar-se-ia “diante de princípios constitucionais relativos, que admitem ponderação com outros princípios, desse confronto podendo resultar o afastamento pontual de um deles”.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto, deixou assente que as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base em lei aprovada pelo Parlamento submetem-se, igualmente, ao controle de proporcionalidade. “Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade”. Neste sentido, a situação conflitiva entre os princípios constitucionais não pode ser analisada em abstrato, porquanto eventual “dúvida ou controvérsia somente poderia surgir na aplicação ‘*in concreto*’ das diversas normas”, sendo que “a conformação do caso concreto pode-se revelar decisiva para o desfecho do processo de ponderação”.

Da riqueza e profundidade da temática de teoria constitucional enfrentada pelos Ministros do STF, sobretudo no julgamento do presente caso, pode-se notar que o STF vem consolidando jurisprudência no sentido da aplicação da máxima da proporcionalidade, não apenas enquanto máxima de adequação e necessidade, mas também enquanto máxima de ponderação, para resolver situações de colisão entre princípios constitucionais, em um processo de incorporação do sofisticado instrumental teórico que respalda o processo de ponderação, sobretudo a partir do pensamento jurídico de Alexy.

Nada obstante, há que se admitir que a jurisprudência do STF ainda não realiza a exata diferença entre a razoabilidade e proporcionalidade, no mais das vezes usando os dois termos como verdadeiros sinônimos. Da mesma forma, a proporcionalidade não vem sendo aplicada tecnicamente, porquanto não são analisados separadamente os seus elementos, em uma relação de precedência e subsidiariedade. As decisões que reconhecem a desproporcionalidade de uma medida não explicitam quais elementos foram analisados e quais restaram afrontados.

Há um vasto espaço de estruturação teórica e prática no curso da firme e efetiva consolidação das máximas da razoabilidade e, principalmente, da proporcionalidade. Portanto, a doutrina comprometida com a defesa de uma ordem constitucional viva e garantidora dos direitos dos cidadãos não se pode furtar do compromisso propositivo, fornecendo aos tribunais os subsídios teóricos necessários à judiciosa aplicação destes parâmetros.

A estruturação de uma teoria da Constituição comprometida com a defesa dos direitos fundamentais e a construção de um efetivo Estado constitucional tem no estudo da razoabilidade e da proporcionalidade um dos campos mais fecundos. A consolidação de uma Constituição limitadora dos poderes públicos constituídos e garantidora dos valores e interesses insculpidos no texto fundamental, passa, necessariamente, pela aplicação responsável das máximas da razoabilidade e proporcionalidade.

Esses institutos constituem-se em critérios aferitórios da adequação e conformação de determinada medida não apenas à lei, mas a todo ordenamento jurídico constitucional. Possibilitam averiguar se as atividades legislativa ou administrativa não trouxeram excessivo prejuízo à coletividade, ônus sensivelmente maior que os benefícios fomentados. Pode-se atestar se a medida escolhida era necessária e, principalmente, se outra não solucionaria o caso com menor prejuízo aos cidadãos.

As máximas da razoabilidade e proporcionalidade são instrumentos deixados ao Poder Judiciário para que, por meio de um ativismo judicial comprometido e responsável, possa fazer valer a vontade da Constituição, defendendo os cidadãos de medidas perpetradas pelos poderes constituídos sabidamente afrontosas aos direitos fundamentais.

O Judiciário é o guardião da Constituição e das instituições democráticas, único poder com força ativa capaz de obstaculizar os desmandos e as ilegalidades levadas a cabo pelos demais poderes constituídos. Resta-lhe a função de garantir o Estado democrático de direito, preservar e proteger os direitos fundamentais, fortalecendo-se e despontando como principal espaço assecuratório da força normativa da Constituição.

A aplicação das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade não fica adstrita ao exame de leis ou atos administrativos restritivos de direitos dos cidadãos, gozando de abrangente âmbito de incidência, como parâmetros efetivadores da justiça e da igualdade, pautas de sustentação dos direitos fundamentais e do próprio Estado constitucional.

A análise da jurisprudência do STF acerca da aplicação das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade serve, inegavelmente, para comprovar a atualidade e a relevância da discussão acerca das colisões entre princípios constitucionais. Por outro lado, reforça a problemática acerca do déficit de racionalidade do discurso jurídico e, principalmente, da justificação das decisões judiciais, sobretudo nos casos difíceis. Conforme já debatido, a teoria da argumentação jurídica de Alexy não consegue dar conta integralmente dos problemas do discurso jurídico, no sentido de garantir uma unidade de solução correta para todos os problemas práticos.

Isso não demonstra, certamente, uma impropriedade de sua proposta teórica. Longe disso, demonstra sim a existência de limites à racionalidade do discurso jurídico, limites que devem ser levados a sério e não apenas contornados. Imperiosa, portanto, uma detida aproximação da temática referente à unidade de resposta correta para os casos difíceis.

3.5 A resposta correta para os casos difíceis e a discricionariedade judicial

O déficit de racionalidade deixado pela teoria da justificação jurídica de Alexy não se refere a uma problemática nova. A questão da unidade ou pluralidade de soluções justas e corretas aos casos difíceis desde há muito persegue a metodologia do Direito e, principalmente, a teoria da argumentação jurídica. A estrutura de um método racional que garanta a certeza da resposta, a partir de um determinado número de operações, tem sido empreendida e justificada de diferentes formas, sem que se tenha alcançado um resultado satisfatório.

Antes de avançar à análise de algumas propostas de abordagem dessa complexa problemática, é necessário determinar um conceito de casos difíceis, com base no qual se possa atestar a sua existência. Por outro lado, há que se admitir que o termo “caso” é empregado de forma ambígua e plurissignificativa no discurso jurídico, o que aconselha sua prévia definição.

O termo “caso” pode ser definido a partir de uma distinção entre caso em sentido amplo e caso em sentido estrito. Em sentido lato, os casos jurídicos são problemas práticos

que envolvem certa pessoa (x), que se encontra em determinada circunstância (C) e pretende alcançar determinado resultado (R). Neste sentido, a primeira vista, os casos jurídicos podem apresentar várias soluções disponíveis, ou nenhum; a situação inicial dificilmente é passível de descrição integral; as regras aplicáveis à solução do caso podem ser complexas, vagas e ambíguas; e, a solução do caso pode ser influenciada por fatores morais, políticos e econômicos⁵⁰³.

Os casos jurídicos *stricto sensu* podem ser considerados como aquelas situações nas quais interessa saber a qualificação deontica de uma dada ação. Essas ações para as quais se estabelece a qualificação normativa integram o que se pode convencionar de universo de ações (UA), em um contexto determinado de universo do discurso (UD). Os casos em sentido estrito se relacionam com o âmbito fático de um problema e devem ser analisados a partir das circunstâncias a serem consideradas para sua resolução⁵⁰⁴.

Mesmo com base nessas considerações, é difícil estabelecer quando um caso deve ser considerado difícil. Isso depende inclusive das concepções de sistema jurídico tomadas como ponto de partida, resultando em uma pluralidade de situações possíveis: quando não há resposta correta para o caso; quando os enunciados normativos são vagos e informados por uma textura jurídica aberta; nos casos de incompletude (lacunas) ou inconsistência do Direito; quando não há consenso na comunidade de juristas sobre a resposta; quando o caso não é comum ou solucionado pela aplicação mecânica da lei; naqueles casos em que há conflito entre normas jurídicas, o que exige o sopesamento mediante argumentos não dedutivos; quando a resolução do caso exige um raciocínio jurídico baseado em argumentos de princípio; naqueles casos em que a solução requer necessariamente juízos morais⁵⁰⁵.

Há que se atentar, ainda, para a relação entre os casos difíceis e dificuldade subjetiva dos julgadores para decidi-los. Neste sentido, pode-se partir de uma definição objetiva do que sejam casos difíceis, sem descuidar da existência de casos logicamente fáceis, com a possibilidade de simples subsunção do fato à norma, mas axiologicamente difíceis, quando existem razões morais que justificam a não aplicação da solução lógico-dedutiva. Isso conduz a uma discussão muito complexa, mas que aqui não será empreendida, sobre a obrigatoriedade do juiz de aplicar a lei, mesmo que injusta.

⁵⁰³ Essa definição é sugerida por Pablo E. Navarro, com base no pensamento de Carrio. Neste sentido, pode-se consultar: NAVARRO, Pablo E. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 14, Alicante: Doxa, 1993, p. 250.

⁵⁰⁴ Navarro apresenta essa definição de casos em sentido estrito a partir da teoria de sistema normativo de Carlos Alchourrón e Bulygin. Idem, p. 250-51.

⁵⁰⁵ Idem, p. 252-53.

Procurando identificar em que sentido se pode qualificar um caso como difícil, Atienza se refere a quatro tipos de problemas jurídicos: problemas de relevância, quando há dúvidas sobre a norma aplicável ao caso; problemas de interpretação, quando não se tem certeza como deve(m) ser entendida(s) a(s) norma(s) aplicável(eis) ao caso, ou porque há insuficiência de informação (não é possível interpretar a norma como aplicável) ou porque há excesso de informação (a norma possibilita interpretações incompatíveis entre si); problemas de prova, quando a dúvida se remete à existência ou não do fato alegado; problemas de classificação, quando não se tem certeza se um fato provado está sob o âmbito de aplicação do enunciado normativo⁵⁰⁶.

Aqui, a concepção de casos difíceis será, essencialmente, informada pela problemática da interpretação, sem descuidar das questões de relevância e classificação. Essas questões têm relação direta com a colisão entre princípios constitucionais, idéia que serve como ponto de partida para a definição de casos difíceis ora empregada.

Apenas para informar a problemática adiante enfrentada, vale frisar que o raciocínio jurídico admite considerar a expressão “única resposta correta” a partir de dois diferentes prismas: do ponto de vista interno, pode-se entendê-la como resposta logicamente adequada com relação a um conjunto de premissas e regras de derivação (inferência lógica); do ponto de vista externo, entende-se como a decisão que harmoniza satisfatoriamente pretensões antagônicas (construção da decisão jurídica). Como se sabe, essa dualidade exige diferentes estruturas de justificação⁵⁰⁷.

3.5.1 As concepções positivistas de Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart

No capítulo primeiro foram apresentadas algumas considerações acerca do pensamento de Kelsen e Hart, que representam as duas mais influentes concepções do positivismo jurídico contemporâneo⁵⁰⁸. Cumpre agora discutir como são enfrentadas por estes dois autores as questões da discricionariedade judicial e da unidade de solução correta para os casos difíceis.

A temática é analisada por Kelsen quando discute a questão da interpretação, que é definida como “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no

⁵⁰⁶ ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho: sobre la justificación de las decisiones judiciales. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n.º 01, Alicante: Isonomia, 1994, p. 63.

⁵⁰⁷ BARRAGÁN, Julia. La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 08, Alicante: Doxa, 1990, p. 63.

⁵⁰⁸ Neste sentido, ver item 1.2.3, *supra*.

seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. Trata-se, portanto, do processo de fixação de sentido das normas a serem aplicadas, “o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto”⁵⁰⁹.

Essa relação entre os escalões superior e inferior do ordenamento jurídico – o processo de aplicação do Direito – é marcado por uma relativa indeterminação. As normas do escalão superior não conseguem vincular integralmente o ato de sua aplicação, remanescendo ao aplicador uma margem, maior ou menor, de livre apreciação ou discricionariedade, que é parte do Direito e deve ser exercida dentro dos limites de competência traçados. Desde que a interpretação da norma esteja dentro da moldura normativa estabelecida, há que se considerá-la conforme o ordenamento jurídico.

Essa indeterminação do ato de aplicação do Direito pode tanto ser intencional, expressamente disposta pela norma superior, ou não-intencional, como ocorre quando o enunciado normativo contém termos ou expressões plurissignificativos, vagos ou elásticos. Intencionalmente ou não, a indeterminação própria do processo de aplicação do Direito deixa ao seu aplicador a discricionariedade para decidir por uma dentre uma pluralidade de possibilidades de aplicação.

Neste sentido, pode-se concluir com Kelsen que “a decisão do magistrado será sempre uma decisão política, pois, assim como o legislador age politicamente ao elaborar uma lei que complementa a Constituição, o magistrado, ao manifestar sua decisão, estará, num patamar inferior, implementando a lei”⁵¹⁰.

Com base nessas considerações, Kelsen sustenta que a interpretação de uma lei não conduz, necessariamente, a uma única solução correta, mas possivelmente a várias soluções, cumprindo ao aplicador da lei escolhê-la discricionariamente. Além do caráter declaratório, a função jurisdicional possui necessariamente um caráter constitutivo, como verdadeiro espaço de criação do Direito. Assim, uma sentença judicial não deve ser entendida como *a* norma individual, mas apenas “*uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”⁵¹¹.

A problemática da discricionariedade judicial na resolução dos casos difíceis também foi abordada por Hart, que procurou estabelecer uma via conciliadora entre as concepções formalistas e realistas. Hart alega que, diferentemente do que sustentam os formalistas, as

⁵⁰⁹ KELSEN, *Teoria pura...*, p. 387.

⁵¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 190.

decisões judiciais estão sujeitas a fatores psicológicos, políticos e ideológicos, o que desautorizaria uma idéia de interpretação unívoca da lei. Por outro lado, naqueles casos repetitivos e que não exigem uma ação intelectual do magistrado, a decisão seria tomada de maneira quase automática, sem grandes exercícios interpretativos, como defendem os formalistas⁵¹².

O problema surge com aqueles casos em que a lei é omissa ou confusa, demandando um considerável e complexo exercício interpretativo por parte dos juízes, exercício informado por certo grau de discricionariedade. Assim, nos casos difíceis certamente algumas das considerações dos realistas fazem sentido⁵¹³.

Discutindo acerca do déficit de incerteza que decorre da aplicação da linguagem geral aos casos concretos, Hart sustenta que em “todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza humana, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”. Assim, haverá “casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis... mas haverá casos em que não é claro se se aplicam ou não”⁵¹⁴.

Nestes últimos casos, em que o raciocínio meramente silogístico não é suficiente, abre-se caminho para a atividade discricionária do juiz, que deverá escolher dentre as opções de interpretação oferecidas pela norma, que servem de limite e parâmetro à discricionariedade judicial. Essa indeterminação é constitutiva do próprio Direito, que se vale de termos e conceitos multissignificativos, de textura aberta. Esses problemas de indeterminação e abertura lingüística do Direito devem ser completados pelos tribunais, a partir das circunstâncias de cada problema prático.

Nessas zonas de penumbra e incerteza do Direito, o julgador desempenha uma função de produção normativa. A discricionariedade judicial consiste basicamente em escolher um dentre a pluralidade de sentidos que podem ser atribuídos ao enunciado normativo em questão. A textura aberta das normas confere ao juiz a possibilidade de decidir em um ou outro sentido, desde que nos limites do ordenamento jurídico. Não se pode, por outro lado, confundir discricionariedade com arbitrariedade. O exercício de interpretação de uma disposição normativa imprecisa não admite qualquer interpretação. Ainda que atuando discricionariamente, o juiz está limitado pelo conjunto do sistema jurídico.

⁵¹¹ KENSEN, *Teoria pura...*, p. 390-91.

⁵¹² HART, *O conceito...*, p. 137 e ss.

⁵¹³ VIEIRA, *A Constituição e sua...*, p. 191.

⁵¹⁴ HART, *O conceito...*, p. 139.

A partir dessas considerações, Hart não defende a idéia de unidade de soluções corretas para os casos difíceis, que decorrem de problemas de omissão ou obscuridade da lei. Para esses casos que se encontram na penumbra, Hart dá razão aos realistas e admite que as decisões judiciais são discricionárias.

3.5.2 A tese de Ronald Dworkin acerca da única resposta correta

As teses positivistas de Kelsen e Hart de que, quando chamado a decidir um caso considerado difícil, o juiz disporia de discricionariedade para decidir o litígio em favor de quaisquer das partes envolvidas no processo, é frontalmente combatida por Dworkin. Não se admite que o juiz introduza novos direitos para serem aplicados, retroativamente, ao caso em questão. Mesmo nos casos difíceis, quando não há claramente uma resposta prevista pelo ordenamento, é dever do juiz descobrir no sistema jurídico quais os direitos das partes, sem inventar retroativamente direitos novos. O juiz não pode atuar como legislador⁵¹⁵.

Na exposição da teoria forte da unidade de solução correta, Dworkin parte do estabelecimento de uma tese dos direitos em que distingue argumentos de princípio (*arguments of principle*) e argumentos de política (*arguments of policy*). Estes fundamentam uma decisão política, sob a justificativa de que contribuem à satisfação ou proteção de algum objetivo da sociedade como um todo. Já os argumentos de princípio fundamentam a decisão, sob a justificativa de que a mesma respeita ou garante algum direito individual ou coletivo⁵¹⁶.

Neste sentido, Dworkin defende que os indivíduos possuem direitos anteriores e independentes do ato de adjudicação judicial. Esses direitos estão em algum lugar do ordenamento jurídico, o conjunto de normas, princípios e diretrizes políticas, cabendo ao julgador encontrá-los a partir de um processo de construção argumentativa da decisão judicial. Não a partir da criação de direito novo, mas descobrindo o direito previamente estatuído. O juiz não possui discricionariedade para tomar a decisão em determinado sentido, devendo sempre buscar a solução apontada pelo ordenamento jurídico. Como visto, o autor está preocupado em estabelecer uma teoria da decisão judicial.

Não se pode olvidar, por outro lado, que uma análise mais apurada do pensamento dworkiniano permite situar a problemática de saber se os juízes são criadores ou intérpretes do Direito como uma falsa questão. Os juízes são ambos e nenhum.

⁵¹⁵ DWORKIN, Ronald. Casos difíciles. Traducción de Javier Esquivel. Cuadernos de Crítica, n.º 14, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas – Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 05.

⁵¹⁶ Idem, p. 07.

Quando Dworkin defende que o juiz não possui discricionariedade para decidir acerca de determinado problema levado a sua jurisdição, está fazendo referência a um sentido forte de discricionariedade. A este se opõe um sentido fraco ou mitigado, pelo qual em determinados casos exige-se certo grau de discernimento na aplicação de certas normas jurídicas. A crítica de Dworkin à tese positivista da discricionariedade judicial se refere, certamente, àquele sentido forte de discricionariedade⁵¹⁷.

A tese dos direitos de Dworkin está respaldada por uma teoria forte dos princípios, que garante sua prevalência sempre que postos em contradição com as diretrizes políticas. Assim, cabe ao julgador encontrar a única resposta correta, inclusive para os casos difíceis, que não é algo previamente dado pelo sistema jurídico, podendo ser extraído a partir de um procedimento argumentativo norteado, essencialmente, pela teoria forte dos princípios. Essa tarefa de descobrimento da única resposta correta para todos os problemas práticos, certamente exige um juiz extremamente qualificado e dono de um aguçado poder de discernimento.

O projeto teórico dworkiniano não está pautado por um modelo de interpretação semântica, mas sim pragmática dos princípios à luz de um caso concreto e singular. A única decisão correta ocorre em face de um caso determinado, marcado por um contexto histórico-social. Desta forma, a unidade de solução correta não está respaldada por um procedimento atemporal que permita conduzir à decisão correta em todos os problemas práticos, até porque a integridade opera caso a caso.

Para tentar resolver essa problemática, Dworkin estabelece seu conhecido modelo ideal de julgador, o Juiz Hércules, dotado de habilidades, aprendizagem, paciência e agudeza intelectual sobre-humanas, um modelo de juiz onisciente, que conhece o ordenamento jurídico por completo e dispõe de todo tempo necessário para encontrar a única solução correta⁵¹⁸. O sistema jurídico em que o Juiz Hércules atua não possui lacunas, sendo construído um esquema de princípios abstratos e concretos capazes de proporcionar uma justificação coerente a todos os casos julgados, bem como para as disposições constitucionais e infraconstitucionais⁵¹⁹.

O Juiz Hércules, onisciente e sobre-humano, sabe que não possui legitimidade para criar normas, sabe também que as partes em conflito buscam uma resposta baseada em um direito próprio e pré-existente. Sua tarefa, portanto, consiste em “desenvolver a melhor e mais

⁵¹⁷ DWORKIN, *Los derechos...*, p. 84-86.

⁵¹⁸ DWORKIN, *Casos difíciles*, p. 44.

⁵¹⁹ *Idem*, p. 61.

coerente teoria que explique e justifique o Direito explícito e, de modo particular, que integre e compreenda todas as exigências que derivam do sistema constitucional”⁵²⁰.

A confiança de Dworkin na unidade de solução justa está assentada, além da teoria forte dos princípios, na estrutura peculiar do raciocínio jurídico. Como sustenta o autor, as questões levadas pelas partes à apreciação jurisdicional são mutuamente excludentes, deixando ao julgador somente dois caminhos, reconhecer o direito a uma ou outra das partes. As questões colocadas ao julgador discutem se um contrato é válido ou não, se uma pessoa é responsável por determinado fato ou não, se houve crime ou não. Não existe uma terceira via, uma resposta intermediária. Todas as pretensões levadas ao juiz devem ser devidamente justificadas, com os argumentos indicativos da existência do direito subjetivo da parte⁵²¹.

A concepção de Dworkin pode ser melhor entendida a partir da sua tese da fusão, ou quase uma relação de indiferenciação, entre Direito, moral e política. O pensamento dworkiniano é marcado por uma concepção objetivista da moral, um modelo de objetivismo axiológico capaz de garantir a completude do Direito, com base em uma idéia de integridade. Para aqueles casos não alcançados pelas normas institucionalizadas explícitas ou que não há claramente uma única solução justa, a moral surge como elemento garantidor da completude do ordenamento jurídico, estipulando um conjunto de princípios implícitos capazes de conduzir a decisão no caminho da única resposta correta. Portanto, mesmo nos casos mais difíceis, quando parece faltar qualquer resposta jurídica, o juiz está submetido ao ordenamento jurídico e deve encontrar a decisão a partir dos princípios explícitos ou implícitos.

O conjunto de princípios sempre deve prevalecer, inclusive quando em confronto com determinados interesses ou objetivos coletivos. O Juiz Hércules justifica sua decisão quando aplica os princípios explícitos ou implícitos em conformidade com os direitos subjetivos dos indivíduos, mesmo que sua decisão contrarie diretrizes políticas expressamente estabelecidas. Os direitos subjetivos dos cidadãos devem prevalecer sobre as diretrizes políticas.

Essas concepções de Dworkin vêm sendo muito mais refutadas que seguidas. Trata-se de uma tese que apresenta poucos pontos favoráveis e muitos pontos contrários. Uma objeção à tese de Dworkin pode ser norteadada pela idéia de que suas concepções não servem para todos os sistemas jurídicos, mas somente para os substancialmente justos. Da mesma forma, em um sistema jurídico informado por uma infinidade de princípios explícitos e implícitos, a sua aplicação acarreta certa dose de discricionariedade ou eleição entre alternativas diferentes. Do

⁵²⁰ PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 111.

⁵²¹ DWORKIN, *Uma questão de...*, p. 178.

ponto de vista semântico, tanto a textura aberta e imprecisa dos princípios, como a inexistência de critérios seguros para aferir o peso relativo de cada princípio que compõe o ordenamento, indicam a impossibilidade de defesa da tese da única resposta correta⁵²².

Há que se refutar, ainda, a carga ideológica que vem no bojo da tese da única resposta correta, que assegura uma situação de ausência de responsabilidade dos julgadores como criadores do Direito, o que acaba fomentado a discricionariedade judicial. Pela tese de Dworkin os juízes apenas descobrem e aplicam um Direito pré-existente, que não está limitado ao conjunto de normas jurídicas expressas, espalhando-se pelos confins da moral e da política, de onde o julgador extrai as razões justificadoras de sua decisão⁵²³.

Pelo visto, a proposta de Dworkin, baseada no alargamento das fronteiras do Direito estrito e no alcance dos limites da moral pela via dos princípios – o que garante a transformação do modelo lacunoso e impreciso do Direito em um sistema claro, completo e objetivo – parece suscitar vários problemas conceituais e até ideológicos. Por outro lado, essa versão forte da tese da única resposta correta, muito embora não tenha conquistado grande número de seguidores, certamente tem contribuído genuína e crucialmente para o debate dos problemas da discricionariedade e da correção das decisões judiciais.

3.5.3 A problemática no pensamento de Aulis Aarnio

Ainda que não tenha figurado diretamente como objeto de análise nesse estudo, o pensamento jurídico-filosófico de Aarnio ostenta lugar destacado na metodologia jurídica contemporânea, sobretudo a partir de seu modelo de justificação jurídica baseada na idéia de razoabilidade, o que se pode chamar de uma teoria social da justificação do Direito. Acrescente-se, sua contribuição à renovação da hermenêutica jurídica e os férteis contrapontos às propostas teóricas de Dworkin e Alexy⁵²⁴.

Discutindo acerca do conceito de única resposta correta, Aarnio defende a prévia necessidade de se distinguir entre resposta final e resposta correta. Ora, qualquer sistema

⁵²² PRIETO SANCHÍS, *Sobre Principios...*, p. 122.

⁵²³ *Idem*, p. 123.

⁵²⁴ Suplanta os limites deste estudo a análise da teoria de Aarnio, restando apenas a indicação de suas principais obras: AARNIO, *Lo racional como...; Derecho, racionalidad y...*; AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (Comps.). *La normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997. Para estudos complementares, pode-se consultar ainda: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A justificação do Direito e a sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Crise moderna e racionalidade argumentativa no Direito: o modelo de Aulis Aarnio*. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 39, n.º 154, abril/junho, Brasília: Senado Federal, 2002, p. 213-27.

jurídico racional, informado pela idéia de Estado de direito, pressupõe a imprescindibilidade de que, em algum momento do processo jurídico, o sistema produza uma decisão aplicável a cada caso particular. Essa resposta final, não necessariamente se constitui na única correta, que implica certos critérios de correção formais e substanciais⁵²⁵.

Parece inquestionável que o conceito de única solução correta é ambíguo. Partindo dessa questão, Aarnio divide a noção em duas diferentes versões: a versão forte (Dworkin), que defende a existência de uma única solução correta para cada caso concreto, solução esta que, por mais escondida que esteja, pode ser encontrada em algum lugar do ordenamento, exigindo a habilidade do juiz para tornar explícito o que está latente no sistema jurídico; a versão fraca ou mitigada (Alexy), que aceita a existência da resposta correta, mas não concorda que ela possa ser sempre alcançada. O fundamento desta versão é principalmente ideológico, já que a busca pela única resposta correta serve como objetivo norteador da atuação do juiz e do jurista⁵²⁶.

Aarnio não segue nenhuma dessas correntes, defendendo que não se pode pretender a resposta correta no raciocínio jurídico, mas sim a resposta melhor justificada em um determinado momento. A explicação para sua tese parte da importância da justificação jurídica. O Estado de direito, sustenta Aarnio, garante um máximo de certeza jurídica para as partes no processo, caracterizando-se essa certeza jurídica, inclusive, como uma expectativa jurídica primária dos membros das sociedades democráticas. As sociedades modernas, desenvolvidas sob um modelo de Estado de bem-estar social, exigem um modelo de justificação jurídica que afaste a arbitrariedade e a irracionalidade da atuação dos juízes. Exigem, portanto, respostas judiciais que possam ser justificadas de forma racional, a partir de argumentos apropriados (razões)⁵²⁷.

Mas o que se deve entender por razões apropriadas? Esta questão está visceralmente relacionada com a problemática da democracia e seu caráter de abertura e controle social. Em um Estado democrático de direito, o controle social exige que os tribunais justifiquem suas decisões, um processo de fundamentação baseado em razões apropriadas (substanciais), o que vai muito além da mera referência a textos jurídicos ou outras fontes formais do Direito (fontes autoritativas).

O problema da justificação dos casos difíceis tem relação direta com a perspectiva externa de fundamentação, a justificação das premissas empregadas na decisão. Essa questão

⁵²⁵ AARNIO, *Derecho, racionalidad y...*, p. 51.

⁵²⁶ AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. Traducción de Josep Aguiló Regla. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 08, Alicante: Doxa, 1990, p. 24.

deve ser analisada levando-se em conta que o discurso jurídico de justificação segue o modelo de argumentação racional, buscando o convencimento do auditório. Mas isso não garante o alcance de uma solução absolutamente correta. O que o discurso jurídico racional exige é a melhor argumentação possível às decisões, ou seja, a melhor justificação possível, a justificação ideal.

Partindo da discussão acerca dos modelos idéias de discurso e de justificação, Aarnio refuta o modelo do Juiz Hércules de Dworkin. A objeção é a seguinte: se existissem dois ou mais Juízes Hércules, todos seres racionais, é possível que tomassem decisões contraditórias, mas igualmente bem justificadas? Como seria possível escolher a única solução correta? Dever-se-ia recorrer a um *meta-Hércules*? Isso levaria a um regresso ao infinito argumentativo⁵²⁸.

A fim de estabelecer seu conceito de justificação judicial dos casos difíceis, Aarnio remete à idéia de *Comunidade Jurídica II*, um conceito ideal que, da mesma forma que o Juiz Hércules de Dworkin, pretende medir “a racionalidade e a correção da interpretação jurídica. Ambos analisam a atividade judicial, porque nela se refletem de maneira mais clara as relações entre o Direito, a sociedade, as questões morais e políticas, e em torno delas giram as expectativas sociais de certeza e segurança jurídica”⁵²⁹.

A *Comunidade Jurídica I* seria formada por todos os juristas profissionais e as demais pessoas envolvidas com os assuntos jurídicos, portanto, um auditório concreto que existe na prática jurídica. Já a *Comunidade Jurídica II* seria formada por todos aqueles que se comprometam com as regras e princípios da racionalidade discursiva, um auditório ideal. Mas se esta comunidade é ideal e nela todos os participantes podem usar as informações dadas sem nenhuma limitação específica, como é possível chegar a mais de uma resposta correta? É que o discurso jurídico é influenciado por valores (concepções morais) que podem ter implicação direta no raciocínio jurídico⁵³⁰.

Para tentar resolver o problema dos casos difíceis e da pluralidade de soluções corretas, Aarnio sustenta que uma resposta à questão pode ser dada a partir do princípio da maioria. Mesmo ante os riscos do princípio majoritário e a questão dos direitos das minorias, sustenta-se que a decisão justificada por razões apropriadas, em última análise, é aquela que

⁵²⁷ AARNIO, *La tesis de la única...*, p. 25-26.

⁵²⁸ AARNIO, *Derecho, racionalidad y...*, p. 62.

⁵²⁹ DOBROWOLSKI, *A justificação do...*, p. 114.

⁵³⁰ AARNIO, *La tesis de la única...*, p. 33-34.

tem o apoio da maioria da Comunidade Jurídica II, uma resposta justificada no momento como a melhor possível para o caso em discussão⁵³¹.

Esse apelo de Aarnio ao princípio da maioria é devidamente dosado por um caráter contrafático. O autor se refere a um procedimento racional ideal, que respeite todas as regras e exigências da racionalidade discursiva, o que exige serem levadas em consideração as opiniões das minorias nos processos de tomada de decisão, até porque o que deve prevalecer nessa sociedade ideal é a força do melhor argumento. Todos os participantes desse discurso racional aceitam o critério da maioria como um critério racional de decisão, preferível a outros critérios como o sorteio⁵³².

Neste sentido, pode-se dizer que Aarnio descarta a possibilidade de unidade de solução correta, no caso de conflitos de valores ou interesses entre os participantes do discurso, a regra em uma sociedade democrática e pluralista. Inclina-se para a idéia de aceitabilidade racional das decisões jurídicas, funcionando o princípio da maioria como critério pragmático para a estabilização das respostas jurídicas. Os julgadores ficam obrigados a justificar da melhor maneira possível suas decisões, uma vez que as sociedades democráticas estabelecem um diálogo racional entre os juízes e os destinatários da atividade judicial. Esta exigência de justificação baseada na comunicação entre os atores do discurso jurídico serve como fator de legitimação e controle do poder de julgar.

3.5.4 A proposta conciliadora de Robert Alexy

Conforme restou assente quando da apresentação da teoria da argumentação jurídica de Alexy, um dos limites do discurso jurídico seria a impossibilidade de alcançar uma única solução correta para cada caso prático, por meio de um procedimento discursivo racional, em um número finito de operações. Neste sentido, Alexy não segue a teoria radical ou forte defendida por Dworkin, pela qual cada problema prático pode ser solucionado pelo ordenamento jurídico, que oferece uma única decisão correta, que deve apenas ser encontrada pelo juiz.

Essa unidade de solução correta somente poderia ser aceita, argumenta Alexy, se fosse possível desenvolver uma lista completa de todos os princípios que compõem o sistema jurídico, com o posterior estabelecimento de todas as relações de prioridade abstratas e concretas. A partir dessa teoria forte dos princípios poderiam ser expressos os pesos e

⁵³¹ Idem, p. 35-38.

⁵³² DOBROWOLSKI, *A justificação do...*, p. 122-23.

intensidades de realização dos princípios em uma escala numérica, o que garantiria a obtenção de uma única resposta correta para todos os problemas práticos⁵³³.

Segundo Alexy, a “aceitação da existência de uma única resposta correta independente de procedimento para cada pergunta prática é uma tese ontológica, contra a qual há poucos pontos a favor e muitos pontos contra”. Não se pode, neste sentido, aceitar “que só exista uma única resposta possível para cada pergunta prática”⁵³⁴.

Certamente, uma teoria forte dos princípios fracassa ante os problemas de medição do peso e da intensidade de realização dos diferentes princípios, o que sugere o abandono da idéia de unidade de solução correta. Em troca dessa concepção mais forte, Alexy defende uma tese fraca ou mitigada segundo a qual os princípios seriam ordenados a partir de três elementos: um sistema de condições de prioridade; um sistema de estruturas de ponderação; e um sistema de prioridades *prima facie*⁵³⁵.

A idéia de condições de prioridade enseja a formulação de uma lei de colisão, segundo a qual “as condições, sobre as quais um princípio prevalece sobre outro, formam o suposto de fato de uma regra que determina as conseqüências jurídicas do princípio preponderante”. A partir das condições de prioridade estabelecidas em um sistema jurídico e das correspondentes regras de precedência, pode-se aferir o peso relativo dos princípios. Quanto ao sistema de estruturas de ponderação, este deve ser informado por uma lei de ponderação que leve em conta a qualidade dos princípios enquanto mandamentos de otimização, segundo as condições fáticas (adequação e necessidade) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito). Por fim, o sistema de prioridades *prima facie* estabelece cargas de argumentação, não contendo obviamente determinações definitivas, apenas com a exigência da argumentação àqueles que pretendem seu afastamento⁵³⁶.

Partindo dessas concepções Alexy defende a noção de unidade de solução correta como uma idéia reguladora, ou seja, enquanto objetivo a ser perseguido por todos os participantes do discurso. “Como idéia reguladora, o conceito de correção não pressupõe que exista uma resposta correta para cada pergunta prática, que resta apenas encontrar”. No campo do processo judicial, cada parte deve fazer a defesa, independentemente da efetiva existência, de que a sua seja a única solução correta⁵³⁷.

⁵³³ ALEXY, *Sistema jurídico...*, p. 145-46.

⁵³⁴ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 310-11.

⁵³⁵ ALEXY, *Sistema jurídico...*, p. 146.

⁵³⁶ No original: “las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre outro, forman el supuesto de hecho de una regla que determinalas consecuencias jurídicas del principio prevaleciente”. Idem, p. 147-48.

⁵³⁷ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 311.

Como visto, Alexy até admite que possa haver uma única solução correta para cada problema prático, desde que a aplicação do discurso prático conduza sempre ao consenso, o que não ocorre, inclusive, porque algumas de suas regras somente podem ser cumpridas de maneira aproximada. Ademais, a unidade de solução correta somente seria possível segundo condições ideais do discurso, como tempo ilimitado, informação ilimitada, clareza lingüística conceitual ilimitada, etc⁵³⁸.

Portanto, admitir a inexistência de um procedimento discursivo capaz de conduzir a uma única resposta correta, não significa que se deva abandoná-la completamente. Esta há de ser perseguida por todos os participantes do discurso prático geral e do discurso jurídico, inclusive no âmbito do processo judicial, em que cada parte deve defender sua pretensão como a única correta.

⁵³⁸ ALEXY, *Sistema jurídico...*, p. 150-51.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consolidação de um modelo de sistema normativo formado por regras e princípios jurídicos representa, inegavelmente, um traço evolutivo do novo constitucionalismo em relação ao positivismo jurídico contemporâneo. O reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos contribui para a estruturação de um conceito de sistema jurídico marcado pela inter-relação axiológica e teleológica de princípios constitucionais e valores fundamentais. Um modelo de ordenamento jurídico que se apresenta aberto, dinâmico e coerente, informado pelo constante processo dialógico entre o Direito e a realidade social, bem como pela imposição aos poderes constituídos, enquanto função precípua, da satisfação e defesa dos princípios e objetivos fundamentais do Estado constitucional de direito.

Inegavelmente, esse modelo de sistema jurídico exige a superação da aparente contradição entre a tópica jurídica e o pensamento sistemático, o que aponta não somente para uma relação de interpenetração entre ambas, ou uma relação de complementaridade e subsidiariedade da tópica jurídica ao pensamento sistemático, como sustenta Canaris. Há que se implementar uma verdadeira identificação essencial entre os dois modelos de raciocínio jurídico, a partir da consolidação de um modelo de pensamento tópico-sistemático. Torna-se necessário um modelo teórico capaz de informar uma moderna teoria da interpretação sistemática do Direito, bem como enfrentar com segurança e correção os problemas da colmatação das lacunas e da resolução das antinomias jurídicas.

A proposta de uma profunda identificação entre o pensamento tópico e o sistemático demanda uma completa reestruturação de uma série de institutos centrais ao Direito positivo e à metodologia jurídica. Há que se repensar, por exemplo, a problemática das antinomias jurídicas, definidas por Bobbio a partir de um conceito extremamente restritivo, a ponto de reduzir as situações de colisão entre princípios jurídicos à condição de meras antinomias impróprias.

Em verdade, é no debate acerca da problemática das antinomias jurídicas, sobretudo na resolução das colisões entre princípios, que a exigência de implementação do pensamento

tópico-sistemático alcança um relevo inquestionável. O problema das antinomias entre princípios não pode ser satisfatoriamente discutido nem com base em uma interpretação exclusivamente tópica, incapaz de resolver o déficit de racionalidade própria desse modelo teórico; nem por uma interpretação essencialmente sistemática, marcada pela limitação lógico-formal, que não consegue vencer toda a complexidade exigida pelo raciocínio jurídico teleológico e axiológico. Unilateralmente, tanto a tópica jurídica como o pensamento sistemático não oferecem os subsídios teóricos necessários a uma efetiva discussão do problema das antinomias entre princípios jurídicos. A grande contribuição desses modelos teóricos repousa na sua aplicação conjugada, a partir do raciocínio tópico-sistemático.

O conceito de antinomia jurídica não pode ficar restrito aquelas contradições entre as regras de um mesmo ordenamento jurídico. As colisões entre princípios são casos de antinomias jurídicas, inclusive com um *status* mais elevado que os conflitos entre regras, até porque se configuram em antinomias verdadeiramente teleológicas. Assim, com apoio nas considerações de Freitas, impende definir as antinomias jurídicas como aquelas situações de incompatibilidade instauradas entre regras ou princípios jurídicos que pertençam ao mesmo sistema jurídico, de cuja resolução dependem os pressupostos da adequação valorativa e unidade interior do sistema, bem como a efetividade de sua teleologia constitucional.

Os princípios constitucionais desempenham uma função fundamental no sistema jurídico, conferindo-lhe adequação valorativa, ordenação axiológica e unidade interior. São as pautas basilares e norteadoras do ordenamento jurídico, de onde decorrem os atributos de abertura e dinamicidade do sistema, vias pelas quais a moralidade se espraia a todos os confins do Direito. Os princípios explícitos e implícitos devem ser entendidos como os canais de inter-relação entre o Direito e a moral, as janelas por meio das quais ocorre o efetivo diálogo entre o ordenamento jurídico e a realidade social.

Um sistema jurídico informado por uma teoria dos princípios, certamente, consegue fazer frente aos principais inconvenientes daquele modelo de sistema puro de regras jurídicas. O problema das lacunas de abertura, o afastamento da interpretação teleológica e a mitigada força normativa dos direitos fundamentais, são questões satisfatoriamente resolvidas no seio de um sistema jurídico de regras e princípios.

A superação dos problemas do modelo puro de regras trás consigo outras adversidades próprias do sistema compartilhado de regras e princípios, sobretudo a questão das lacunas de indeterminação, já que o fechamento sistemático oferecido pela teoria dos princípios seria apenas aparente. Este problema poderia ser resolvido a partir de uma teoria forte de sistema jurídico, informada por um modelo hierarquizado de princípios e valores que conduzisse,

segundo um imperativo semântico, exatamente a uma única resposta correta para todos os casos práticos.

Essa teoria forte dos princípios jurídicos, segundo sustenta Alexy, é inviável por uma série de fatores, sobretudo pela impossibilidade de aferição do peso e da intensidade de realização entre os diferentes princípios, o que inviabiliza sua ordenação hierárquica. Essa concepção forte deve ser substituída por uma teoria fraca ou mitigada dos princípios, que garanta sua ordenação a partir de três elementos: um sistema de condições de prioridade; um sistema de estruturas de ponderação; e, um sistema de prioridades *prima facie*.

A estruturação desse modelo de sistema jurídico tem como ponto de partida a diferenciação conceitual entre regras e princípios jurídicos. Partindo do pensamento jurídico dworkiniano, Alexy sustenta que tanto os princípios como as regras jurídicas são espécies normativas, diferentes não apenas no sentido gradual, mas principalmente no aspecto qualitativo.

Enquanto as regras se constituem em mandamentos definitivos, devendo ser cumpridas na exata medida de suas prescrições, os princípios são definidos como mandamentos de otimização, espécies normativas que determinam a realização de determinado direito na maior medida possível, dentro das condições jurídicas e reais existentes. Os princípios não são apenas normas com um alto grau de generalidade, como defendido com base em um critério puramente gradual. Enquanto normas impositivas de otimização, os princípios podem ser concretizados em diferentes graus, segundo as condições fáticas e jurídicas existentes.

A teoria dos princípios como mandamentos de otimização apresentada por Alexy adquire considerável relevância quando aplicada à problemática das antinomias jurídicas, na diferenciação entre as colisões de princípios jurídicos e os conflitos de regras jurídicas. A resolução dos conflitos entre regras ocorre no plano da validade, a partir da invalidação de uma das regras em conflito ou a introdução de uma cláusula de exceção capaz de suprimir a contraditoriedade. Por outro lado, a colisão entre princípios ultrapassa o plano da validade, alcançando o nível axiológico, a relação do peso ou importância própria dos princípios.

Com base nas circunstâncias do caso prático, em uma relação de precedência condicionada, resta decidido pela prevalência de um princípio sobre os demais. O peso preponderante de um princípio determina o afastamento dos demais que se mostrem contraditórios, mas não enseja sua invalidação, até porque em outro problema, alteradas as condições de precedência, a decisão poderá respaldar aqueles princípios anteriormente afastados.

A máxima da proporcionalidade possibilita o estabelecimento das relações de precedência entre os princípios constitucionais. A análise das três máximas da adequação, da necessidade e da ponderação, permite aferir a idoneidade das medidas legislativas e administrativas, ou se estas medidas não acabam por restringir, demasiada e desnecessariamente, direitos fundamentais dos cidadãos. A proporcionalidade e a razoabilidade desempenham um papel extremamente importante na limitação da atuação do Poder Público e na manutenção e consolidação dos ditames constitucionais. Enquanto máximas ou cânones de interpretação, ambas despontam como ferramentas efetivamente idôneas à salvaguarda dos direitos fundamentais e à manutenção da ordem constitucional.

A teoria dos princípios como mandamentos de otimização acaba se aproximando claramente de uma teoria dos valores, o que tem rendido fortes objeções à doutrina de Alexy. Com base no seu pensamento, o modelo dos princípios é intimamente relacionado com o modelo dos valores, ambos repousando sobre um substrato marcadamente axiológico. Na verdade, os princípios e os valores somente seriam diferenciados pelo caráter deontológico daqueles e axiológico destes.

Essa situação de vinculação entre princípios e valores é criticada por Habermas, para quem existe uma série de qualidades lógicas capazes de distinguir as normas dos valores. Para o autor, as normas se formulam com uma pretensão de validade binária, ao passo que os valores se formulam a partir de relações de preferência, o que garante que alguns valores sejam mais atrativos que outros, em uma relação de ponderação entre as preferências que indicam o que é bom para um grupo de pessoas ou para um indivíduo.

As objeções de Habermas acerca da qualidade binária das normas não servem para a espécie normativa dos princípios jurídicos. Somente as regras se formulam com uma pretensão de validade binária, do tipo válidas ou inválidas. Da mesma forma que ocorre com os valores, os princípios jurídicos se formulam a partir de relações de preferência. Ambos podem entrar em contradição, sem que haja prejuízo aos atributos de unidade e coerência do ordenamento jurídico.

Não obstante as inúmeras críticas endereçadas ao conceito de princípio jurídico de Alexy, seus contornos permitem respaldar a defendida distinção entre regras e princípios jurídicos, senão por um aspecto exclusivamente estrutural, ao menos por um prisma funcional. Certamente, sua principal contribuição se refere à problemática das colisões entre princípios constitucionais, quando as questões jurídicas adquirem uma importância considerável.

O estabelecimento das relações de precedência condicionada entre princípios conflitantes, ou seja, aquelas condições sob as quais um princípio precede sobre outro, deve

ser levada a efeito com base em uma adequada teoria da justificação jurídica, capaz de conferir racionalidade e correção ao procedimento jurídico-discursivo. A decisão pela prevalência de determinado princípio constitucional deve ser fundamentada no marco de uma teoria da justificação jurídica que garanta como resultado uma solução correta.

Essas questões levam Alexy a estruturar seu modelo de sistema jurídico a partir de três níveis: as regras, os princípios e um procedimento argumentativo que assegure a racionalidade do discurso jurídico. O processo de aplicação do Direito pode ser estendido desde o âmbito alargado da argumentação jurídica até o espaço restrito da justificação judicial. A otimização da racionalidade jurídica depende da conjugação dos três níveis, já que cada um contribui em uma dada medida para a pretendida e necessária maximização da racionalidade jurídico-discursiva.

Alexy explica a institucionalização da razão prática pelo Direito com base no déficit de racionalidade do discurso prático geral. Ainda que informado por um conjunto de regras e formas do discurso, a argumentação prática está limitada por uma gama de fatores que inviabilizam o alcance de uma única solução correta para todos os problemas práticos. O processo de institucionalização jurídica do discurso prático geral faz com que o autor defenda o discurso jurídico como um caso especial da argumentação moral.

A tese do caso especial, muito embora amplamente criticada, é sustentada por Alexy a partir de três pontos fundamentais: o discurso jurídico é orientado por questões práticas, o que se deve fazer ou deixar de fazer; o discurso jurídico é desenvolvido com base em uma pretensão de correção, uma idéia de que as afirmações professadas sejam verdadeiras (corretas); todos os processos jurídico-argumentativos são efetivados sob determinadas condições de limitação.

Certamente, uma das principais críticas a tese do caso especial se refere ao fato de que, nos processos judiciais, as partes em litígio não apresentam suas razões sob uma pretensão de correção, mas sim a partir de interesses subjetivos, o reconhecimento do direito alegado. As partes não estariam preocupadas em alcançar a verdade, mas sim uma decisão favorável. Neste sentido, a pretensão de correção não seria comum a todo o discurso jurídico, o que faria desmoronar a tese do caso especial.

A resposta de Alexy a essa objeção parece anular a crítica formulada. Segundo o autor, ainda que estejam dirigidas a interesses subjetivos, as afirmações das partes e de seus advogados são apresentadas com uma pretensão de correção. Todas as razões que justificam uma decisão poderiam, ao menos em princípio, fazer parte de um tratado jurídico-científico. Muitas vezes, as razões ventiladas pelas partes são efetivamente usadas na justificação das

decisões judiciais, o que reforça o caráter de correção da argumentação jurídica desenvolvida nos processos judiciais.

Certamente, Alexy não está partindo de uma análise da práxis judicial, da realidade da argumentação jurídica aplicada à vida forense. Neste caso, sua teoria parte de um plano prescritivo e normativo da idéia de pretensão de correção. Não se pode pensar que as partes somente afirmem questões verdadeiras, ou que se restar comprovado que afirmam inverdades, sua teoria deverá ser abandonada.

O modelo de justificação jurídica de Alexy é estruturado a partir de um complexo emaranhado de regras e formas de argumentação, que pretendem garantir a racionalidade e a correção das decisões jurídicas. Afora uma série de objeções conceituais e ideológicas que podem ser endereçadas a sua doutrina jurídico-argumentativa, o principal problema da teoria apresentada se refere ao déficit de racionalidade que teima em persistir. O discurso jurídico, erigido a partir do discurso prático geral e para fazer frente a sua lacuna de racionalidade, não consegue dar conta dessa empreitada, muito embora tenha conseguido otimizar sobremaneira os níveis da racionalidade prática.

Uma primeira limitação, que está no cerne da problemática da metodologia jurídica contemporânea, se refere à relação entre a argumentação jurídica procedimental e o problema da justiça das decisões judiciais. A possibilidade de decisões judiciais injustas, alcançadas por meio da correta aplicação de um procedimento jurídico racional, representa um duro golpe contra a teoria de Alexy. A partir de sua teoria, a decisão correta ou justa é o resultado de uma ponderação entre os argumentos oferecidos pelas partes no discurso jurídico. No seio de uma teoria procedimental, a adequação de uma norma ou a correção de uma afirmação depende da possibilidade de representarem, ainda que apenas potencialmente, o resultado de um determinado procedimento.

Muito embora Alexy afirme que as decisões injustas ou baseadas em leis injustas sejam corretas apenas em um sentido estrito, uma vez que não cumprem completamente as exigências de correção, o problema da possibilidade de decisões injustas ainda persiste. É claro que não se está falando em decisões injustas porque contrárias aos interesses das partes. No mais das vezes, a parte derrotada no processo acredita que fora injustiçada e isso não torna a decisão judicial injusta. O que uma teoria da justificação judicial deveria aplacar é a possibilidade de decisões substancialmente injustas, baseadas em razões ou justificações explícita ou implicitamente afastadas de uma pretensão de correção.

Outro problema que não representa uma limitação da teoria de Alexy, mas sim da própria teoria do discurso prático geral, e por extensão do discurso jurídico, está ligado à

impossibilidade de se alcançar uma única solução correta para todos os casos práticos. Alexy sustenta o que poderia ser definido como uma versão fraca ou mitigada da tese da unidade de solução correta. É que, mesmo estruturado com base em um amplo e complexo arsenal de regras e formas de argumentação, o discurso jurídico não consegue resolver completamente o déficit de racionalidade próprio do discurso prático geral.

Alexy sustenta que a tese da unidade de solução correta assume uma importante função reguladora do discurso jurídico, servindo de parâmetro sob o qual devem ser apresentadas as afirmações jurídicas. Dito de outra forma, que todos os participantes do discurso jurídico devem defender sua afirmação como a única correta, independente de existirem outras afirmações igualmente corretas. As partes de um processo judicial devem sustentar suas razões como sendo as únicas razões corretas, independentemente da existência de outros argumentos que possam justificar uma decisão correta desfavorável a sua pretensão.

Em verdade, a idéia de unidade de resposta correta para todos os problemas práticos, principalmente os casos difíceis, depende de uma série de fatores que somente podem ser efetivados em condições ideais do discurso. Na prática, há que se admitir a pluralidade de soluções corretas como resultado comum ao procedimento jurídico-discursivo. A tese da unidade de solução correta parece desconsiderar, até certo ponto, a indeterminação da linguagem, os limites de tempo e de informação que são próprios da argumentação jurídica.

A impossibilidade de uma única decisão correta para o problema das colisões entre princípios constitucionais não desautoriza a teoria de Alexy, muito pelo contrário, reforça sua utilidade e relevância na medida em que permite o estabelecimento de parâmetros aferitórios da correção das decisões judiciais. A impossibilidade de se alcançar uma única solução correta não significa que seja impossível alcançar uma solução correta.

A teoria de Alexy representa um importante ponto de partida para o processo de justificação das decisões judiciais, o que é reforçado no caso das colisões entre princípios constitucionais, que exigem um amplo e complexo processo de fundamentação, a fim de legitimar e respaldar a solução apontada. Com isso não se está defendendo que o único fim da teoria da argumentação jurídica seja a legitimação do poder de decidir. Por outro lado, não se pode negar que uma de suas funções principais é o estabelecimento de contornos racionais e razoáveis ao poder de julgar, o que não deixa de servir-lhe como fonte de legitimação.

Não se pode negar que a teoria de Alexy consegue estruturar, racionalmente, a solução das tensões entre princípios constitucionais. Mas sua importância não fica limitada a esse âmbito do discurso jurídico, possibilitando ainda uma razoável e racional via intermediária entre a vinculação e a flexibilidade ligadas à eficácia dos direitos fundamentais e dos

princípios constitucionais, com a vedação da simples defesa da não-vinculatividade àquelas normas constitucionais que não se deixam cumprir completamente.

A partir da máxima da ponderação, inegavelmente os direitos fundamentais e os princípios constitucionais gozam, de forma otimizada, dos atributos da eficácia e aplicabilidade. Atributos que devem ser temperados e ponderados, em cada caso concreto, com os limites da reserva do possível, o que exige um ativismo judicial responsável, conseqüente e comprometido com a implementação da Constituição.

A defesa de um ativismo judicial informado por estes contornos, nem de longe, inspira uma lógica de supremacia do Poder Judiciário ou da discricionariedade judicial ilimitada. O discurso jurídico – e principalmente o discurso judicial – deve ser respaldado por uma adequada teoria da justificação judicial, capaz de conferir parâmetros de racionalidade e razoabilidade ao processo de decisão. Neste sentido, a pretensão de correção do discurso jurídico, certamente, não gravita em torno da unidade de solução justa, mas sim na consecução de decisões racionalmente adequadas, implementadoras dos princípios constitucionais e da vontade da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. **Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre Filosofía del Derecho**. México: Fontamara, 1995.

_____. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. Traducción de Josep Aguiló Regla. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 08, Alicante: Doxa, 1990.

_____. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (Comps.). **La normatividad del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

ACKERMAN, Bruce. **La justicia social en el Estado liberal**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n.º 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Derecho y razón práctica**. Traducción de Manuel Atienza *et al.* México: Fontamara, 1993.

_____. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. Traducción de Pablo Larrañaga. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n.º 01, Alicante: Isonomia, 1994.

_____. **El concepto y la validez del Derecho**. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. Problemas da teoria do discurso. Tradução de João Maurício Adeodato. *In*. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **O novo em Direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Traducción de Manuel Atienza. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 05, Alicante: Doxa, 1988

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

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo Tavares. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **Organon**. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1986.

_____. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior *et al.* Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

_____. Tópicos. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. *In*. **Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

_____. Entrevista a Robert Alexy. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 24, Alicante: Doxa, 2001.

_____. Las razones del Derecho: sobre la justificación de las decisiones judiciales. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n.º 01, Alicante: Isonomia, 1994.

_____. Para una razonable definición de “razonable”. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 04, Alicante: Doxa, 1987.

_____. Para una teoría de la argumentación jurídica. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 08, Alicante: Doxa, 1990.

ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. Sobre principios y reglas. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 10, Alicante: Doxa, 1991.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do método jurídico: reflexões em torno da tópica. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Ano 22, n.º 64, julho, Porto Alegre: AJURIS, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARRAGÁN, Julia. La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 08, Alicante: Doxa, 1990.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, Ano 6, n.º 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Editora da UNISINOS, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BERGHOLTZ, Gunnar. *Ratio et auctoritas*: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas. Traducción de Josep Aguiló Regla. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 08, Alicante: Doxa, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

BOHN, Claudia Fernanda Rivera. **Uma análise da teoria da fundamentação jurídica de Robert Alexy**. Dissertação de Mestrado. Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD, Florianópolis: UFSC, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. O método tópico de interpretação constitucional. **Revista de Direito Público**, Ano 24, n.º 98, trimestral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Constituição da República Federativa do Brasil. Emenda Constitucional n.º 41/2003, de 19 de dezembro de 2003, que modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição

Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 01 jan. 2005.

_____. _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Emenda Constitucional nº 45/2004, de 08 de dezembro de 2004, que altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 01 jan. 2005.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 855-2/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 1º/07/1993, publicado no DJU em 1º/10/1993. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 26 out. 2004.

_____. _____. ADI nº 3105-8/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 18/08/2004, Relator para acórdão Ministro Cezar Peluso, pendente de publicação no Diário de Justiça da União – DJU. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 26 out. 2004.

_____. _____. HC nº 71.373-4/RS, Relator Ministro Francisco Rezek, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 10/11/1994, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, publicado Diário de Justiça da União – DJU em 22/11/1996. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 26 out. 2004.

_____. _____. HC nº 76.060-4/SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 31/03/1998, publicado no Diário de Justiça da União – DJU em 15/05/1998. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 26 out. 2004.

_____. _____. RE nº 117.110-3/DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 14/10/1988, publicado no Diário de Justiça da União – DJU em 10/03/1989. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 26 out. 2004.

_____. _____. RE nº 148.095-5/MS, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 03/02/1998, publicado no Diário de Justiça da União – DJU em 03/04/1998. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 26 out. 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, Ano 4, n.º 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BULYGIN, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 09, Alicante: Doxa, 1991.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2003.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. Prólogo: ensayo sobre Dworkin. *In*. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

_____. **Introducción a la ciencia jurídica**. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1988.

_____. Postpositivismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 21-I, Alicante: Doxa, 1998.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução de António Menezes Cordeiro, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARACCILO, Ricardo A. Sistema jurídico y regla de reconocimiento. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 09, Alicante: Doxa, 1991.

CARRIO, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CLÈVE, Clémerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia de Direito Constitucional**, Vol. III, Curitiba, 2003.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A evolução do princípio de legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, Ano 3, n.º 25, agosto, Curitiba: Zênite, 2003.

_____. Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo. **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, Ano 3, n.º 35, junho, Curitiba: Zênite, 2004.

_____. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. **Revista Discente – CPGD/UFSC**. Ano 2, n.º 2, julho, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas. **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, Ano 4, n.º 41, dezembro, Curitiba: Zênite, 2004.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do Direito e a sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. **Seqüência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, Ano 16, n.º 31, semestral, Florianópolis: Editora da UFSC, 1995.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e “due process of law”**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Casos difíceis**. Traducción de Javier Esquivel. Cuadernos de Crítica, n.º 14, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas – Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

_____. **Los derechos en serio**. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

_____. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Prólogo de Norberto Bobbio. 4. ed. Madrid: Editorial Trotá, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Discrecionalidade administrativa vinculada a princípios fundamentais.

Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, Ano 3, n.º 35, junho, Curitiba: Zênite, 2004.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. Tópica, Derecho y método jurídico. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 04, Alicante: Doxa, 1987.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Prólogo a la tónica y jurisprudencia. *In.* VIEHWEG, Theodor. **Tónica y jurisprudencia**. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

GIANFORMAGGIO, Letizia. La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica. Traducción de Juan Ruiz Manero. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 14, Alicante: Doxa, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, n.º 02, São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Nota sobre os conceitos jurídicos. **Revista de Direito Público**, n.º 74, trimestral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. *In.* GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

_____. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 17, Alicante: Doxa, 1995.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por vía de legalidad? Traducción de Manuel Jiménez Redondo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 05, Alicante: Doxa, 1988.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen e RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica/ Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LARRAÑAGA, Pablo. Sobre la teoría del Derecho de Robert Alexy. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n.º 01, Alicante: Isonomia, 1994.

LINARES, Juan Francisco. **Razonabilidad de las leyes**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Estado liberal de derecho y Estado social de derecho**. Madrid: Universidad de Salamanca, 1955.

_____. **Estimativa y política constitucionales: los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español**. Madrid: Universidad de Madrid, 1984.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte Estadunidense**. Dissertação de Mestrado. Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD, Florianópolis: UFSC, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n.º 23, quinzenal, dezembro, São Paulo: IOB, 1994.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Constituição e inconstitucionalidade**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAL SORIANO, Leonor M. ¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 21-I, Alicante: Doxa, 1998.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. Anotações sobre a tópica. **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**, Vol. II, semestral, Porto Alegre: Faculdades Integradas Ritter dos Reis, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência: elementos de teoria constitucional, I**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

NAVARRO, Pablo E. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 14, Alicante: Doxa, 1993.

PECZENIK, Aleksander. Dimensiones morales del Derecho. Traducción de Juan A. Pérez Lledó. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 08, Alicante: Doxa, 1990.

PERELMAN, Chaïm. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

PISARELLO, Geraldo. Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n.º 15, Alicante: Isonomia, 2001.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

RAMÓN DE PÁRAMO, Juan. Entrevista a H. L. A. Hart. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 05, Alicante: Doxa, 1988.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires – EUDEBA, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. **Revista Interesse Público**, n.º 2, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, Ano 91, n.º 798, abril, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Traducción de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAYLOR, Charles. **El munculturalismo y “la política del reconocimiento”**. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Crise moderna e racionalidade argumentativa no Direito: o modelo de Aulis Aarnio. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 39, n.º 154, abril/junho, Brasília: Senado Federal, 2002.

USERA, Raúl Canosa. **Interpretación constitucional y formula política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos. Presentación al artículo de Klaus Günther. *In*.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 17, Alicante: Doxa, 1995.

VELLUZZI, Vito. “Interpretación sistemática”: ¿un concepto realmente útil? – consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación. Traducción de Amalia Amaya. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 21-I, Alicante: Doxa, 1998.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WALZER, Michael. La crítica comunitaria del liberalismo. Traducción de Sebastián Abad. **La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad**, n.º 01, 1. semestre, Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 1996.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1988.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derecho y justicia**. Traducción de Marina Gascón, Madrid: Trota, 1995.