

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

RAFAEL GIORGIO DALLA BARBA

**A (IN)TRANSPARÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
DAS ORIGENS AOS LIMITES DA TEORIA DISCURSIVA EM ROBERT ALEXY**

SÃO LEOPOLDO

2017

Rafael Giorgio Dalla Barba

A (IN)TRANSPARÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Das origens aos limites da teoria discursiva em Robert Alexy

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito,
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2017

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**A (IN)TRANSPARÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DAS ORIGENS AOS LIMITES DA TEORIA DISCURSIVA EM ROBERT ALEXY**" elaborada pelo mestrando **Rafael Giorgio Dalla Barba**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 08 de agosto de 2017.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck _____

Membro: Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza _____

Membro: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira _____



Para meus pais, Italo e Vilma. Sempre.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos precisam começar pelo grupo de pesquisa sem o qual não poderia ter realmente aprofundado as investigações deste trabalho com a intensidade na qual mergulhei, o *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Clarissa Tassinari, Daniel Ortiz Matos, Danilo Pereira Lima, Eduardo José da Fonseca Costa, Fabiano Müller, Guilherme Augusto Soares de Vargas, Igor Raatz, Júlio César Maggio Stürmer, Lúcio Delfino, Pedro Henrique Santos, Rafael Fonseca Ferreira, Thiago Fontanive, William Galle Dietrich e Ziel Ferreira Lopes são as pessoas que não posso deixar de nomear.

Em particular, dedico esse trecho a Daniel, Ziel e William, que foram as pessoas com quem eu tive o prazer e o privilégio de, durante alguns anos da minha vida, poder desenvolver longas discussões que foram decisivas para minha formação acadêmica. Daniel, pela grande parceria nas apresentações de trabalhos Brasil à fora; William, pela integridade intelectual e comprometimento profissional na condução das pesquisas e orientação do grupo; Ziel, pelo imenso espírito de amizade e compreensão, sem falar no talento incontestável para o universo acadêmico.

Também agradeço em especial ao Igor, aquele que conseguiu analisar o caso Vanusa sob a sua “melhor luz”, dworkinianamente falando. Com o seu conhecimento diferenciado nessa poderosa e complexa teia de armadilhas que é o processo civil, conseguiu demonstrar o caminho mais adequado no meio dos labirintos que se escondiam na linguagem entre o caso, a lei e argumentação.

Agradeço também ao Professor Denis Coitinho Silveira do Departamento de Pós-Graduação em Filosofia da UNISINOS, com quem tive a oportunidade de, desde a graduação, ser entusiasmadamente introduzido nesse universo incrível da Filosofia Moral e Política, acompanhar de perto seu trabalho filosófico e poder vivenciar intensamente as riquezas do câmbio interdisciplinar entre Direito e Filosofia.

Mas não é possível falar em Direito e Filosofia sem mencionar aquele que talvez tenha sido o grande inspirador não apenas do meu trabalho, mas de praticamente todo o grupo de pesquisa do qual participei, o Professor Ernildo Jacob Stein. Além de ter tido o privilégio de acompanhar o último semestre de docência do Professor Ernildo na PUCRS, ainda tive o prazer de poder conversar e aprender ainda mais com um dos maiores intelectuais do país nas vezes que fui visitá-lo em Porto Alegre. Como meu “xará” Rafael Tomaz de Oliveira uma vez disse: “Diante do Professor Ernildo Stein, a atitude mais adequada é sentar e ouvir com atenção que ele tem a dizer”.

Aqui também registro meus agradecimentos ao Professor Anderson Vichinkeski Teixeira, que além de ter acompanhado de perto minha formação desde o primeiro semestre do curso de Mestrado, foi o professor com quem tive a oportunidade de poder colaborar com uma humilde tradução de um texto para publicação oficial na *RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* por ele coordenada.

Na sequência, também preciso agradecer à colaboração dos amigos Eduardo Vandré Lema García e Pablo Castro Miozzo, pelos preciosos conselhos e instruções dos quais eu jamais irei esquecer; sem falar da verdadeira inserção no universo do Direito Alemão, nos breves, mas marcantes debates à distância.

Agradeço também ao Vinícius Almada Mozetic, pelo envio de precioso material de pesquisa em língua alemã, e à equipe da UNOESC, em Chapecó, onde tive a satisfação de poder apresentar um trabalho sobre parte dessa obra e o prazer de ter contato pessoal com os Professores Robert Alexy e Martin Borowski.

Também preciso agradecer ao próprio Professor Robert Alexy que, na turbulência de seus compromissos intelectuais e profissionais, retirou parte do seu curto tempo para responder aos meus e-mails e enviar textos originais e inéditos em língua alemã, os quais incorporo nessa obra como material bibliográfico imprescindível para os resultados da minha pesquisa.

Institucionalmente, quero mencionar expressamente meu agradecimento pela confiança no fornecimento da bolsa de estudos à CAPES/PROEX, e pelo apoio do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), nomeadamente, a Vera, Ronaldo e Vanessa, que foram impecáveis no auxílio e acompanhamento de todo meu processo acadêmico como aluno regular desde a iniciação científica até a conclusão do Mestrado.

Por fim, mas jamais menos importante, quero registrar categoricamente o meu profundo agradecimento ao meu orientador, Professor Lenio Luiz Streck, não apenas pelo preciosíssimo aprendizado e inestimável consideração, mas por ter aberto uma verdadeira clareira (*Lichtung*) na Teoria do Direito brasileiro.

Como uma vez disse Heidegger: *denken ist danken*.

A linguagem é o bem mais precioso
e também o mais perigoso que foi dado ao homem

Friedrich Hölderlin

RESUMO

O trabalho aborda a problemática da argumentação jurídica em decisões judiciais que interpretam e aplicam normas de direitos fundamentais. Essa abordagem é realizada sob a perspectiva da teoria discursiva de Robert Alexy, importante jusfilósofo alemão contemporâneo. O primeiro capítulo expõe algumas origens e fundamentos filosóficos que amparam a estrutura básica da sua teoria, demonstrando pormenorizadamente a relação da dicotomia entre deveres perfeitos e imperfeitos em Kant com a distinção estrutural entre regras e princípios. O segundo capítulo realiza uma reconstrução compilada dos elementos centrais da teoria discursiva de Alexy, vinculando a teoria dos princípios com a teoria da argumentação jurídica, sem deixar de abordar o formato da relação entre Direito e Moralidade no pensamento do autor. O terceiro capítulo, por sua vez, traz o desenvolvimento da discussão filosófica e metodológica exposta anteriormente diante de um caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando não apenas a simplificação da fundamentação utilizada pela Corte Constitucional, mas também os limites do procedimento discursivo apresentado por Alexy para garantir a racionalidade da argumentação jurídica. O trabalho tem como finalidade básica uma exposição geral da teoria discursiva de Alexy a partir de alguns de seus alicerces filosóficos, tomando como fio condutor a questão da discricionariedade judicial e os reflexos práticos. Além disso, oferece algumas críticas a sua proposta, apontando três possíveis objeções a esse modelo teórico, que correspondem respectivamente aos três componentes centrais da teoria discursiva: a teoria dos princípios, a teoria da argumentação jurídica e o conceito não-positivista inclusivo de Direito. A metodologia utilizada no desenvolvimento do trabalho se realizou a partir de extensa consulta e revisão bibliográfica em material especializado e apropriado à temática. Como resultados parciais, pode-se dizer que a partir do referencial filosófico adotado por Alexy, a sua teoria discursiva pode oferecer recursos importantes para encarar a problemática da fundamentação das decisões judiciais, inclusive por meio da incorporação de critérios de racionalização dos argumentos morais que ingressam no discurso jurídico, mas ainda permanece um considerável espaço de discricionariedade para determinar a justificação da decisão judicial, cujo resultado pode variar devido a valorações diversas e impasses, ratificando inclusive posições antagônicas.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Direitos fundamentais. Filosofia do Direito. Decisão judicial.

ABSTRACT

The thesis addresses the issue of legal argumentation in judicial decisions that interpret and apply fundamental rights norms. This approach is taken out from the perspective of the discursive theory of Robert Alexy, an important contemporary German philosopher. The first chapter exposes some philosophical origins and foundations that support the basic structure of his theory, showing in details the relationship from the dichotomy between perfect and imperfect duties in Kant to the structural distinction between rules and principles. The second chapter performs a compiled reconstruction of the central elements of Alexy's discursive theory, linking the theory of principles with the theory of legal argumentation, while addressing the relationship between law and morality in the author's thinking. The third chapter, in turn, brings the development of the philosophical and methodological discussion previously exposed a judicial case judged by the Federal Supreme Court, demonstrating not only the simplification of the reasoning used by the Constitutional Court, but also the limits of the discursive procedure presented by Alexy to ensure the rationality of legal argumentation. The thesis has as its basic purpose a general exposition of Alexy's discursive theory based on some of its philosophical foundations, taking as its guiding line the problem of judicial discretion and practical reflexes. In addition, it offers some critics to this proposal, pointing out three possible objections to this theoretical model, which correspond respectively to the three central components of discursive theory: theory of principles, theory of legal argumentation and the inclusive non-positivist concept of Law. The methodology used on the development of the college paper was taken out from extensive consultation and bibliographical review in specialized material appropriate to the theme. As partial results, from the philosophical reference adopted by Alexy, his discursive theory can offer important resources to face the problem of legal reasoning in judicial decision, including by incorporating rationalization criteria of moral arguments that enter on legal discourse, but still remains a considerable discretion space to determine the justification of judicial decision, in order that the result may vary due to different values and deadlocks, ratifying even antagonistic positions.

Key-words: Legal reasoning. Fundamental rights. Philosophy of Law. Judicial decision.

LISTA DE SIGLAS

Teoria dos direitos fundamentais

G	Peso concreto
P _{i,j}	Princípio i ou j
C	Circunstâncias
A	Peso abstrato
I	Afetação ou interferência
W	Importância da satisfação
S	Segurança das proposições empíricas

Teoria da argumentação jurídica

A	Indivíduo
T	Predicado que representa a previsão normativa
X	Variável de um indivíduo (pessoa física ou jurídica)
→	Se... então (condicional)
M	Características relevantes
ORa	Conclusão
(x)	Para todo x (quantificador universal)
R	Predicado que indica o que o destinatário da norma deve fazer
R'	Interpretação da norma R através de W
Z	Fim
W	Sentido das palavras utilizadas na expressão linguística objeto de interpretação
I	Interpretação
¬	Negação

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 ALGUMAS ORIGENS E FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS	25
2.1. Traços Fundamentais do Idealismo Transcendental	26
2.1.1. Os Limites da Razão Pura Teórica: O Que <i>Eu</i> Posso Conhecer?	27
2.1.2. Os Fundamentos da Razão Pura Prática: O Que <i>Eu</i> Devo Fazer?	31
2.1.3. A Distinção Estrutural Entre Deveres Perfeitos e Imperfeitos	34
2.2. Transfigurações da Dimensão Valorativa na Passagem do Século XIX ao XX	37
2.2.1. O Neokantismo da Escola de Baden	38
2.2.2. A Fórmula Radbruch	39
2.2.3. A Necessidade de Justificação Racional de Argumentos Morais	41
2.3. Algumas Repercussões do Giro Linguístico na Filosofia Moral Contemporânea	43
2.3.1. O Discurso Prático Sob as Formas de Vida	45
2.3.2. O Surgimento da Razão Comunicativa	48
2.3.3. Esboço de uma Teoria Geral do Discurso Prático Racional	50
2.4 CONSIDERAÇÕES INTERMEDIÁRIAS	54
3 DOS TRAÇOS E DESDOBRAMENTOS FUNDAMENTAIS	57
3.1. Aspectos Decisivos na Teoria dos Princípios	58
3.1.1. O Conceito de Norma de Direito Fundamental e a Dogmática da Discricionariedade .	59
3.1.2. A Distinção Estrutural Entre Regras e Princípios e a Lei de Colisão	62
3.1.3. A Máxima da Proporcionalidade e as Leis (Material e Epistêmica) do Sopesamento ..	67
3.2. Aspectos Decisivos na Teoria da Argumentação Jurídica	73
3.2.1. A Tese do Caso Especial e a Pretensão de Correção	74
3.2.2. Os Traços Fundamentais da Argumentação Jurídica	77
3.2.3. A Interdependência Entre o Discurso Jurídico e o Discurso Prático Geral	82
3.3. A Relação Entre Direito e Moral: Conceito, Validade e (Dupla) Natureza do Direito	84
3.3.1. As Teses da Conexão e Separação Entre Direito e Moral: A Perspectiva do Observador	85
3.3.2. Os Argumentos em Favor da Tese da Conexão: A Perspectiva do Participante	87
3.3.3. O Não-Positivismo Inclusivo e a Dupla Natureza do Direito	89
3.4 CONSIDERAÇÕES INTERMEDIÁRIAS	92
4 DA TEORIA À PRÁTICA: REFLEXÕES E CONTRAPONTO	95

4.1. O Que a Teoria dos Princípios e da Argumentação Jurídica Podem Nos Oferecer?	95
4.1.1. O <i>Caso Vanusa</i> : Concursos Públicos e a Aplicação da “Teoria do Fato Consumado”	96
4.1.2. A Metodologia Analítico-Procedimental da Máxima da Proporcionalidade	99
4.1.3. Regras e Formas Pragmático-Transcendentais dos Discursos Jurídico e Prático Geral	102
4.2. Três Possíveis Objeções à Teoria Discursiva	105
4.2.1. Quanto à Teoria dos Princípios Como Mandamentos de Otimização	106
4.2.2. Quanto à Teoria da Argumentação Jurídica	109
4.2.3. Quanto ao Argumento da Injustiça do Não-Positivismo Inclusivo	112
4.3. Uma Questão de Paradigma Filosófico e Seus Desdobramentos Práticos	115
4.3.1. Normas de Direito Fundamental Enquanto Deveres Latos e Imperfeitos	116
4.3.2. A Margem de Indeterminação da Teoria Geral do Discurso Prático Racional	118
4.3.3. Direitos Fundamentais, Argumentação Jurídica e Limites Interpretativos	122
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
REFERÊNCIAS	131
APÊNDICE A – DIÁLOGO COM ROBERT ALEXY	138

1 INTRODUÇÃO

A História da Teoria do Direito é constituída por uma existência sucessiva e concomitante de diversas posições filosóficas que fornecem seus pilares estruturais. Isso implica, entre outras coisas, assumir de imediato que não é possível simplesmente entrar no universo jurídico-filosófico ao escolher um autor sem estar de algum modo já iniciado em seu pensamento. Escolher um autor – filósofo, jurista ou outro tipo de teórico – significa então estar ciente de que com isso se abandona convicções ingênuas sobre a realidade.

Ao mesmo tempo, a escolha desse caminho acarreta uma inexorável filiação a uma série de elementos de identificação que servirão de guia para todo o desenvolvimento teórico subsequente. Gostemos ou não, esses elementos explicitam o pertencimento a determinado paradigma filosófico e, por consequência, as características específicas no que se refere à linguagem utilizada. A linguagem filosófica como tal não se refere simplesmente à descrição do mundo factual nem se restringe à dimensão da subjetividade individual. Para além de uma dicotomia rígida entre sujeito e objeto, ela se assenta num universo autônomo no qual permite gerar expressões que formulam os pressupostos determinantes do discurso sobre qualquer campo do conhecimento.

Em Filosofia, costuma-se chamar esses pressupostos de *a priori*, cuja característica básica é a impossibilidade de poder ser inferidos a quaisquer objetos factuais. E não o podem porque se referem à condição de possibilidade para se falar em objetos. Esse dualismo foi o que introduziu, a partir de Kant, o que se convencionou chamar de transcendental: um elemento estruturante, procedimental e organizador do discurso filosófico e, por sua vez, ao que interessa em particular a esse trabalho, do discurso jurídico.

Na medida em que se trata de um discurso sobre as condições de possibilidade do discurso sobre objetos, qualquer aspecto que surja na linguagem filosófica terá alguma referência – mais cedo ou mais tarde - a esse *a priori*. Na verdade, o reconhecimento da existência desses pressupostos define o espaço genuinamente filosófico de investigação

A partir desse momento o paradigma filosófico passa a conter um método próprio, uma teoria do que pode ser considerado racional e verdadeiro. E a imersão verdadeira no pensamento de um autor significa assumir o paradigma que gerou sua linguagem e interpretar seus textos nesse espaço e diante das preocupações que lhe são próprias.

Esse método exerce sobretudo uma função no conhecimento científico, particularmente na Teoria do Direito. Ou seja, esse *a priori* pode ser considerado um vetor de organização da racionalidade jurídica. Esse vetor – que com Ernildo Stein podemos denominar de *standard* de

racionalidade¹ – estabelece o trânsito necessário de uma matriz filosófica para o campo empírico-científico. E essa mediação, ao estipular o perímetro de atuação dessas disciplinas do conhecimento, nos permite hoje concluir que “os cientistas buscam a solução de problemas e os filósofos se ocupam com os problemas da solução”.²

Nessa medida, o paradigma filosófico determina o método pelo qual se desenvolve a racionalidade jurídica e, por consequência, um formato específico de linguagem que determina a argumentação. Por isso, o confronto entre posições na Teoria do Direito não se encerra simplesmente na verificação de premissas diferentes. Um olhar atento percebe que a causa das divergências teóricas pode ser descoberta pela identificação do *standard* de racionalidade que ampara o formato argumentativo de tais premissas.

Não existem argumentos contundentes que possam substituir as divergências assentadas em paradigmas filosóficos diversos. É por isso que existem estilos de argumentação, modos de proceder na identificação dos elementos centrais do Direito e estratégias que encontram seus limites justamente pelo *standard* de racionalidade que se escolheu. É, portanto, a partir desse vetor de racionalidade que se produzem os conceitos centrais de uma teoria jurídica e o seu desenvolvimento prático.

Nessa medida, a identificação desse panorama permite ao investigador científico direcionar suas indagações diretamente aos pontos nevrálgicos que sustentam a estrutura básica de uma teoria, por mais abrangente e pormenorizada que seja. Mas essa tarefa exige uma exposição da teoria do autor abordado de modo que seja possível visualizar as influências do paradigma filosófico em seu modelo teórico, bem como os contornos históricos e pessoais que lhe dão personalidade própria.

É sob essa perspectiva que se pode demonstrar os pontos de contato (eventual distanciamento) da sofisticada teoria discursiva de Robert Alexy com o paradigma filosófico que ampara os recursos utilizados para a suas teorias jurídicas. Os pressupostos que aparecem ao longo da obra do autor já estavam de certa forma antecipados no idealismo transcendental de Immanuel Kant, ainda que de forma rudimentar, e formulados diferentemente do ponto de vista terminológico.

Essa conexão, exibida ao longo do primeiro capítulo, passa por um processo de sofisticação filosófica e de introdução no universo jurídico de modo que a sua exposição sistemática, pela incontornabilidade hermenêutica de nunca podermos acessar o fenômeno em

¹ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 126.

² Ibid. p. 128.

sua totalidade, torna-se um desafio a qualquer investigação. No entanto, o que se mantém inalterável é justamente esse elemento filosófico estruturante no pensamento dos autores.

Partindo da hermenêutica filosófica, atenta à importância e à primazia da pergunta em qualquer investigação, o que se torna fundamental é ir ao encontro de uma tradição filosófica com a consciência de se estar sempre desenvolvendo apenas uma leitura possível, uma interpretação que se orienta sob os impulsos de uma indagação central. Nesse trabalho, essa pergunta quer investigar a questão da decisão judicial e os limites da argumentação como forma de fundamentação racional na obra de Robert Alexy.

Essa questão, que se desdobra naturalmente em diversas problemáticas acessórias, guia o trabalho em três momentos distintamente visíveis. Ao passo que o primeiro capítulo se preocupa em demonstrar as origens, os pressupostos filosóficos e o consequente desenvolvimento histórico, o segundo expõe pormenorizadamente a estrutura analítica da teoria dos princípios de Alexy, sem deixar de demonstrar a conexão necessária com a teoria da argumentação jurídica e, por sua vez, com o próprio conceito de Direito não-positivista. Ao final, o terceiro capítulo traz essa exposição teórica para o plano prático, avaliando, em primeiro lugar, se os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal poderiam se adequar à racionalidade da teoria da argumentação jurídica de Alexy, e, em segundo, apontando limitações e perplexidades da proposta, sempre com atenções à indagação apresentada acima.

Isso conduz o trabalho à investigação não apenas sobre o modo como a teoria discursiva de Alexy – compreendida sob um aspecto integral – poderia oferecer recursos para demonstrar se os fundamentos e os resultados de decisões judiciais podem ser considerados racionais dentro dos seus padrões argumentativos, mas também sobre a própria consistência teórica do modelo principiológico-argumentativo de Alexy. Sob essa perspectiva, a determinação do espaço argumentativo sob o qual se estabelece um discurso racional passa a ser o ponto onde se concentram todas as atenções.

O caso concreto exposto no terceiro capítulo é tomado por amostragem geral. Não é novidade que os tribunais brasileiros – em especial o próprio Supremo Tribunal Federal – utilizam conceitos provenientes da teoria discursiva de Alexy para fundamentar suas decisões. Expressões como “colisão de princípios”, “ponderação”, “proporcionalidade” e “ônus argumentativo” são intensamente férteis nesse âmbito. Mas a pergunta que precisa ser respondida é se a utilização dessas expressões e conceitos segue com fidelidade a teoria proposta pelo seu instituidor, e, ainda que a resposta seja positiva, em que medida ela própria resiste à questão da discricionariedade judicial.

Por parte da doutrina constitucional brasileira, o que se percebe é uma aceitação quase unânime da teoria dos princípios de Alexy. Os mais diversos autores, por mais divergentes que sejam em relação a outros aspectos significativos da dogmática constitucional, surpreendentemente endossam as ideias centrais do jusfilósofo alemão, principalmente no que diz respeito à questão da colisão de princípios e à lei do sopesamento/ponderação. Desde autores clássicos como Paulo Bonavides,³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁴ Ives Gandra da Silva Martins⁵ e Celso Ribeiro Bastos,⁶ passando pela doutrina contemporânea de Humberto Ávila,⁷ Virgílio Afonso da Silva,⁸ Clèmerson Clève⁹ e Ingo Wolfgang Sarlet,¹⁰ até juízes constitucionais como Gilmar Ferreira Mendes,¹¹ Luís Roberto Barroso,¹² Eros Roberto Grau¹³ e Carlos Ayres Britto.¹⁴

De alguma forma, a ampla anuência à teoria de Alexy pela doutrina constitucional brasileira mostra, em primeiro lugar, a gigantesca proporção que seu pensamento jurídico alcançou no país. Em segundo, a importância e os méritos de uma teoria que, ainda que tenha sido pensada para o cenário jurídico alemão, consegue alcançar uma amplitude poucas vezes vista antes. Em terceiro, os grandes desafios para as posturas teóricas que de algum modo se colocam em contraposição ao modelo principiológico-argumentativo oferecido pelo professor alemão.

Na Alemanha, por sua vez, a teoria discursiva de Alexy também encontra grande ressonância em importantes continuadores contemporâneos, principalmente em juristas como

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 285-286.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 423-424.

⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 488.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 79.

⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 194-195.

⁸ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 43.

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto Gra; DA CUNHA, Sérgio Sérvulo (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 231-243.

¹⁰ SARLET, Ingo Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 155. Também em SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74-75.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 339 e 347.

¹³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 182.

¹⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 197.

Martin Borowski,¹⁵ Nils Jansen,¹⁶ Matthias Klatt¹⁷, Fiete Kalscheuer¹⁸ e Jan-Reinard Sieckmann¹⁹ e é, até hoje, uma das teorias de grande destaque. Mas está longe de encontrar unanimidade tanto na área do Direito Constitucional como na Filosofia do Direito. O êxito impressionante da teoria discursiva de Alexy também fez com que recebesse críticas advindas de diversos lados.

Ernst-Wolfgang Böckenförde²⁰ objetou que a teoria dos princípios leva a uma inflação da esfera de proteção dos direitos fundamentais cuja consequência prática seria um inchaço da tutela jurisdicional a ponto de suprimir a esfera de legitimidade política do Poder Legislativo. Bernhard Schlink,²¹ por sua vez, refere que no exame da proporcionalidade em sentido estrito, articulada pela lei do sopesamento, o que realmente está em jogo é a subjetividade dos julgadores que a realiza, tornando a decisão judicial um ato arbitrário. Nessa mesma linha, Habermas²² reforça a crítica da irracionalidade na lei do sopesamento, acrescentando que a construção em princípios representa um perigo para os direitos fundamentais, uma vez que sua aplicabilidade fragilizaria sua densidade normativa. Já o representante kelseneano Matthias Jestaedt²³ questiona a possibilidade de afirmar uma validade universal da construção em princípios e da máxima da proporcionalidade, abrindo a possibilidade que a ponderação fragilizasse a estrutura escalonada do ordenamento jurídico. Por fim, Ralf Poscher²⁴ refere que a dicotomia entre regras e princípios é supérflua na medida em que ambas espécies de norma podem ser consideradas mandamentos de otimização, e a tentativa alexyana de explicar os

¹⁵ BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**: die unterscheidung von prima facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 204.

¹⁶ JANSEN, Nils. Die normativen Grundlagen rationale Abwägens im Recht. In: SIECKMANN, Jan-Reinard (Org.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 39-57.

¹⁷ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

¹⁸ KALSCHUEUR, Fiete. Kants Theorie der Abwägung. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, v. 1, n. 99, pp. 499–505, 2013.

¹⁹ SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1990.

²⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (Org.). **Staat, Verfassung, Demokratie**. Frankfurt am Main, 1991. p. 190.

²¹ SCHLINK, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. In: DREIER, H; BADURA, P. (Orgs.). **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**. Tübingen, 2001. p. 460.

²² HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 250-286.

²³ JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre: ihre Stärken und ihre Schwächen. In: DEPENHAUER, Otto; HEINTZEN, Markus; JESTAEDT, Mathias; AXER, Peter (Orgs.). **Staat im Wort**: Festschrift für Josef Isensee. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2007. p. 269 e segs.

²⁴ POSCHER, Ralf. Theorie eines Phantoms - Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand. **Rechtswissenschaft**, n. 1, v. 4, 2010, p. 349-378. Também ver POSCHER, Ralf. Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie. In: SIECKMANN, Jan-Reinard (Org.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte**: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 59-79.

últimos como um “dever ser ideal” faz com que se perca o objeto ao qual se referem, recaindo em uma obscuridade ontológica.

A essas críticas, cujo desenvolvimento encontrara resguardo em algum lugar específico dentro dessa obra, agregam-se as possíveis objeções expostas no capítulo derradeiro, em que se busca demonstrar como os pressupostos que se formam na Filosofia Moral de Kant, ainda que reforçados por diversos recursos extraídos de sofisticadas teorias analíticas da linguagem moral, marcam a estrutura epistemológica básica da teoria de Alexy. Da mesma forma, a tentativa de conexão entre Direito e Moralidade por meio do argumento da injustiça de Radbruch acaba, assim como as teorias dos princípios e da argumentação jurídica, dependentes da mesma limitação, justamente no que concerne à indeterminabilidade do conteúdo que preenche a fundamentação das decisões judiciais.

2 ALGUMAS ORIGENS E FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

Nenhum pensamento, nenhum discurso e, igualmente, nenhuma teoria nasce do vazio. Estamos condenados a um pertencimento histórico do qual sempre fazemos parte como discretos continuadores, e nunca como inauguradores. A Teoria e a Filosofia do Direito não poderiam estar imune a esse tipo de efeito histórico-cultural. As marcas que surgem nas pegadas da linguagem não conseguem, como um vidro transparente, refletir qualquer conhecimento que não esteja abarcado pelo sublinhado da história.

A partir da segunda metade do século XX, desencadeou-se uma série de projetos filosóficos e jurídicos espalhados pelo Planeta incentivados pela ânsia de explicação e reestruturação do cenário ocidental então traumatizado pelos gravíssimos distúrbios políticos e sociais. Diante desse *background*, a relação entre Direito e Moral passa a assumir um papel central a ponto de determinar a estrutura interna do sistema jurídico em seus elementos mais sensíveis e complexos. Constituições normativas se espalharam pela Europa prevendo direitos e deveres interdependentes de modo a contrabalancear os compromissos da relação entre indivíduo e coletividade. O desafio para o Direito passa a ser então o de buscar responder aos problemas decorrentes dessas relações. Como se interpreta e se concretiza as disposições constitucionais? Quais são, realmente, os deveres e direitos dos indivíduos? Em que medida e de que maneira o Direito se assemelha e se conecta com a esfera da moralidade?

Dentre as mais sofisticadas teorias que se enquadram na perspectiva de enfrentamos dessas intrincadas questões está a teoria discursiva de Robert Alexy. Como se mostrará, o jusfilósofo alemão desenvolve seu pensamento a partir do paradigma filosófico ligado a Immanuel Kant, o qual lhe fornece os principais alicerces epistemológicos para a estruturação básica de todo seu projeto jurídico-filosófico. Longe de uma realizar apenas uma espécie de “transposição automática” dos conceitos kantianos para o contexto contemporâneo, a teoria discursiva de Alexy se alimenta dos principais desdobramentos que se seguiram nesse imenso paradigma.

Nesse transcurso são desenvolvidas diversas teorias e escolas de pensamento com suas preocupações específicas, mas que de algum modo influenciaram no itinerário histórico que liga a filosofia transcendental de Kant até a teoria discursiva de Alexy. Este capítulo busca mostrar esse fio condutor subjacente, aproximando os pontos de contato até então ainda implícitos e demonstrando as constantes transfigurações da dimensão do fenômeno moral e os seus impactos no Direito.

2.1. Traços Fundamentais do Idealismo Transcendental

No prefácio de sua *Crítica da Razão Pura*, cuja primeira edição fora editada em 1781, e a segunda, com certas alterações, em 1787, Kant levanta como origem dos problemas filosóficos o fato de o ser humano inevitavelmente proferir enunciados cujo conteúdo se refere a entidades que não podem ser verificadas empiricamente. A partir dessa constatação, Kant percebe que o conhecimento objetivo pode ser formulado em juízos, isto é, pela capacidade da razão subsumir, através de uma ligação, algo sob determinado conceito cuja estrutura linguística se apresenta por sujeito, verbo e predicado.²⁵

Os juízos apresentam uma dupla divisão disjuntiva: sintéticos, em que o predicado amplia o conhecimento do sujeito, ou analíticos, em que o predicado está contido no sujeito; e *a priori*, sua constatação independe de qualquer experiência, e *a posteriori* dependentes das impressões sensíveis. Essa dupla distinção permite ao todo quatro combinações: (i) juízos analíticos *a priori*, como “todos os corpos são extensos”; (ii) juízos sintéticos *a posteriori*, como “o cavalo é branco”; (iii) juízos analíticos *a posteriori* são descartados, pois juízos analíticos são tautológicos; e (iv) juízos sintéticos *a priori*, que ampliam o conhecimento (não são tautológicos), mas independem de verificação pela experiência para serem verdadeiros.²⁶

Assim, a grande questão da filosofia para Kant passa a ser responder à pergunta: como são possíveis juízos sintéticos *a priori*? Essa indagação decide a possibilidade da metafísica – tradicionalmente concebida como a disciplina que trata dos conceitos de “alma”, “liberdade” e “Deus” – enquanto campo de conhecimento objetivamente válido e autônomo em relação às ciências analíticas (lógica e matemática) e naturais ou empíricas (física, química, biologia, etc.). Isso porque os conceitos centrais da metafísica, à diferença da lógica e matemática, pretendem ampliar o conhecimento objetivamente válido, mas diferentemente das ciências naturais, não podem ser constatados empiricamente.²⁷

À primeira vista, uma ciência que não pode ser verificada empiricamente e ao mesmo tempo ampliadora do conhecimento objetivo parece algo insólito e improvável. O próprio Kant discordou dos dogmas do racionalismo cartesiano que acreditava na capacidade de a razão alcançar objetividade para a noção de “Deus”, por exemplo. No entanto, as possibilidades da metafísica como ciência aumentam consideravelmente na medida em que outras ciências, como a matemática e a física, aceitam juízos sintéticos *a priori* como fundamento válido e necessário

²⁵ KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1976. p. 42. [A 3 / B 7]

²⁶ Ibid. p. 45-48. [A 7-10 / B 11-14]

²⁷ Ibid. p. 51. [B 19]

universalmente para sua objetividade. Assim, a tarefa da primeira *Crítica* será descobrir quais são essas condições transcendentais que possibilitam um conhecimento válido e necessário universalmente, aumentam o conhecimento sobre o mundo, mas não podem ser constatadas pela verificação empírica.²⁸

2.1.1. Os Limites da Razão Pura Teórica: O Que *Eu* Posso Conhecer?

Na primeira parte da *Crítica*, Kant refere que o conhecimento humano é construído sob dois grandes pilares interdependentes: *sensibilidade*, capacidade de receber os dados advindos do mundo empírico; e *entendimento*, encarregado do modo como tais fenômenos são constituídos como objetos. Essa dualidade se justifica pela diferença irreduzível entre os dois elementos sem os quais não haveria qualquer conhecimento: intuição e conceito. Pela sensibilidade, as intuições que advêm do mundo exterior são captadas como sensações (cores, sons, impressões de calor, etc.); pelo entendimento, tais dados amorfos são formulados como objeto em geral. Como refere Kant, “[...] Sem sensibilidade nenhum objeto nos seria dado, e sem entendimento nenhum seria pensado. Pensamentos sem conteúdo são vazios, intuições sem conceitos são cegas”.²⁹

Ao passo que o sujeito recebe uma multiplicidade de sensações (ópticas, acústicas, gustativas, etc.) desestruturadas, requer-se um conjunto de conceitos que indiquem qual aparência essas informações devem ter para que seja percebido um objeto e não outro qualquer. São condições sem as quais não é possível a unidade conceitual dos dados sensíveis, mas apenas informações desconexas. Trata-se de *conceitos puros do entendimento*, ou *categorias*. Essa síntese implica a existência de um *eu penso* (*Ich denke*), de uma representação mental que acompanha todo juízo e lhe serve como fundamento. O *eu penso* desempenha o papel da *autoconsciência transcendental*, isto é, o fato de pertencer à consciência não apenas o objeto, mas estar consciente desse pertencimento.³⁰

Mas na medida em que são estes os pilares constitutivos e imprescindíveis ao conhecimento, Kant conclui pela necessidade da existência de um modo de ligar esses dois domínios que não se submeta à experiência, mas que a ela seja imprescindível. Trata-se da *faculdade do juízo*, da capacidade de ligar elementos singulares recebidos pela sensibilidade sob formas gerais proporcionadas pelo entendimento por meio de um processo de *subsunção*.

²⁸ KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1976. p. 52-55. [B 20-24]

²⁹ „Ohne Sinnlichkeit würde uns kein Gegenstand gegeben, und ohne Verstand keiner gedacht werden. Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind“. Ibid. p. 95. [A 51 / B 75]

³⁰ Ibid. p. 140a-146b, [B 132-136], § 16.

Para combinar corretamente, Kant introduz o *esquematismo*, os *esquemas transcendentais*: determinações transcendentais do tempo, isto é, regras *a priori* que fazem coincidir as intuições com cada categoria correspondente. Assim, sob a condição dos esquemas transcendentais são desenvolvidos os *princípios puros do entendimento*, enunciados válidos transcendentemente e formadores do último grau de cognitivo da razão teórica.³¹

Para essa investigação, o conhecimento *a priori* que merece maior atenção são as *analogias da experiência*. Princípios que possibilitam reconhecermos a ligação de intuições sensíveis no transcorrer do tempo, uma vez que a experiência nos aparece em uma multiplicidade de percepções em um contínuo temporal. O ponto central de Kant é demonstrar que a mudança de estado de um objeto não pode ser visualizada em si, mas somente em relação à imutabilidade de sua substância. Ou seja, apenas temos acesso às alterações fenomênicas do objeto, mas não à substância permanente que a ele subjaz. Ainda que a substância seja uma propriedade imutável, nunca vemos a rua a nossa frente em sua “essência”, mas como fenômeno submetido a alterações temporais: seca em um momento e molhada em outro, por exemplo.³²

Essa estrutura dúplice o faz concluir que a mudança dos fenômenos submetida à sucessão temporal só nos é acessível pela conexão dessas percepções com os conceitos puros do entendimento, mais especificamente, com a categoria da *causalidade*. Por isso, percebemos a experiência em uma sequência temporal diante do fato de determinado fenômeno resultar do anterior. Assim, a causalidade não significa simplesmente um “antes”, mas um “por isso”, uma lei que determina a própria natureza. Uma vez que as categorias se encontram na estrutura interna do sujeito e não nos objetos, o homem fica impedido de acessar as “coisas em si”, permitindo-o conhecer apenas fenômenos. Ou seja, o próprio sujeito implanta na natureza a legislação transcendental formulada pelos princípios puros do entendimento, reconhecendo os *fenômenos (phaenomenon)* e impedindo um conhecimento da *coisa em si (noumenon)*, de algo transcendente ao mundo fenomênico.³³

No entanto, na medida em que o entendimento confere ao material trazido pela sensibilidade uma unidade mediante a subsunção sob conceitos e princípios, a própria natureza da razão a conduz a procurar pelas causas desse conhecimento *a priori*, levando-a a uma unidade conceitual ainda mais geral. Mas essa nova unidade não pode estar condicionada a um conceito ainda mais abrangente, devendo, portanto, ser algo incondicionado. Na procura dessa

³¹ KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1976. p. 196. [A 137 / B 176]

³² HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. München: C. H. Beck, 2007. p. 128.

³³ Para uma leitura pormenorizada da categoria da causalidade em Kant, ver PATON, Herbert James. **Kant's metaphysic of experience**. Londres: George Allen and Unwin, 1936. p. 544 e segs.

unidade, a razão não encontra apenas uma, mas três ideias: o incondicionado como unidade da consciência do sujeito, a imortalidade da alma; o incondicionado como totalidade de todas as coisas, a totalidade do mundo; e o incondicionado como unidade absoluta das condições de todo o pensar, a existência de Deus. Essas três ideias correspondem às três metafísicas especiais antes já diagnosticadas por Christian Wolff: psicologia racional, cosmologia racional e teologia racional, respectivamente.³⁴

E o que ocorre à razão se ela reflete, seguindo seu impulso de completude, o mundo como um todo? Na tentativa de extrapolar os fragmentos da experiência e formar uma totalidade de todos os fenômenos, a razão se depara com antinomias (conflito de leis): a lei de reduzir todo o condicionado a algo incondicionado e a lei de considerar toda condição como condicionada por sua vez. Esses conflitos que brotam da própria natureza da razão são também chamadas de *ilusões transcendentais* e Kant lhes atribui um sentido metodológico. Como há boas razões tanto em favor da tese como em favor da antítese, o filósofo toma uma postura cautelosa, sem reconhecer nem refutar nenhuma das duas posições, tendo em vista ambas ser igualmente possíveis, mas contendo também fraquezas. A alternativa passa a ser uma terceira via, o *idealismo transcendental*, conciliando as duas posições ao referir que, embora o incondicionado não possa ser conhecido objetivamente, ele pode ser *pensado*.³⁵

A psicologia racional, a primeira ilusão da razão, consiste na crença de se poder alcançar, pela simples reflexão sem recorrer à experiência, um conhecimento objetivo sobre a consciência, sobre a alma. A crítica kantiana argumenta que, se o *eu penso* representa a origem de todas as categorias *a priori*, ele não pode ser determinado por nenhuma delas e, portanto, não pode ser fruto da intuição sensível. Não havendo correspondência com algo no plano da experiência sensível, não há um conhecimento objetivo da alma, do “eu”. Assim, não há nenhuma demonstração de sua (i)mortalidade. Em outras palavras, só se pode falar do ser humano do ponto de vista empírico. Como refere Höffe, “Consequentemente, os enunciados enquanto verdadeiros são válidos *a posteriori* e não *a priori*; pertencem a uma psicologia empírica que, segundo Kant, é possível, mas não é preocupação da Filosofia”.³⁶

Quanto à cosmologia racional, Kant levanta a discussão sobre a totalidade dos fenômenos intimamente relacionada à questão da liberdade. De um lado, a tese afirma a

³⁴ KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1976. p. 367-368. [A 337-338 / B 394-395]

³⁵ Ibid. p. 491-496. [A 491-497 / B 519-525]

³⁶ „Mithin sind die Aussagen, sofern sie wahr sind, *a posteriori*, nicht *a priori* gültig; sie gehören in eine empirische Psychologie, die nach Kant möglich ist, aber nicht das Geschäft der Philosophie bildet“. HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. op. cit. p. 146.

necessidade da existência de uma causa independente da causalidade da natureza para explicar todo o encadeamento dos fenômenos, uma liberdade transcendental; por outro lado, a antítese afirma que a liberdade não passa de uma ilusão produzida pela razão, e, portanto, todos os fenômenos estão subordinados à lei da causalidade. E como Kant concilia a liberdade transcendental com a lei da causalidade natural? Por um lado, a razão busca um fundamento incondicionado para dar início à sucessão de causas, mas não pode admitir a liberdade no mundo fenomênico pela sua incompatibilidade com a lei da causalidade. Levando isso em consideração, Kant descobre que a antinomia admite uma terceira possibilidade, a de que “[...] a série dinâmica de condições sensíveis admite ainda uma condição heterogênea a qual não é uma parte da série, mas que, como simplesmente inteligível, encontra-se fora dela”.³⁷

Nessas condições, permite-se que a razão *pense* uma causa incondicionada para os fenômenos (a liberdade transcendental), sem comprometer-se com a sua objetividade fenomênica. O que Kant deseja é tão somente mostrar que a causalidade mediante a liberdade não é incompatível com a causalidade mecanicista. Segundo Henry Allison, a antítese só elimina a possibilidade de uma causa incondicionada no mundo fenomênico, permitindo-se a convivência harmônica das duas posições, ainda que em âmbitos distintos.³⁸

Assim, a solução kantiana torna-se congruente com a tese da distinção entre fenômeno e coisa em si, pois a possibilidade de pensar a liberdade transcendental assenta-se na pressuposição da realidade entendida a partir dessa distinção fundamental. Do contrário, aceitando que o fenômeno e coisa em si fossem idênticos, não se poderia pensar uma causa livre e incondicionada para iniciar a causa dos fenômenos. Da mesma forma, o mundo fenomênico fica livre para a investigação científica, revelando-se por suas descobertas.³⁹

Ainda que não possuam nenhuma função constitutiva para o conhecimento, as ilusões transcendentais detêm uma função regulativa: na medida em que a imortalidade da alma, a liberdade de causas e a existência de Deus não podem ser demonstradas nem refutadas, os limites da razão pura teórica abrem espaço para a razão pura prática, pois essa liberdade transcendental lhe permite servir como fundamento da moralidade. São *ideias regulativas* que levaram Kant a dizer: “[...] Tive que dissolver o conhecimento para dar lugar à crença”.⁴⁰

³⁷ “[...] die dynamische Reihe sinnlicher Bedingungen doch noch eine ungleichartige Bedingung zuläßt, die nicht ein Teil der Reihe ist, sondern, als bloß intelligibel, außer der Reihe liegt“. KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1976. p. 521. [A 530 / B 558]

³⁸ ALLISON, Henry E. **Kant’s transcendental idealism: an interpretation and defense**. New Haven/London: Yale University Press, 2004. p. 365.

³⁹ FRIEDMAN, Michael. Causal laws and the foundations of natural science. In: GUYER, Paul (Ed.). **The Cambridge Companion to Kant**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1992. p. 161-199.

⁴⁰ „Ich mußte also das Wissen aufheben, um zum Glauben Platz zu bekommen“ Kant, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. op. cit. p. 28. [B XXX]

2.1.2. Os Fundamentos da Razão Pura Prática: O Que *Eu Devo Fazer*?

Ao final de sua investigação sobre os limites da razão pura teórica, Kant chega à conclusão de que todas as tentativas de fundamentar teoricamente a existência dos conceitos que carecem de verificação empírica terminam frustradas, uma vez que não seria possível sua demonstração nem com argumentos empíricos e/ou conceituais nem com uma combinação de ambos. Por outro lado, Kant também poderá concluir que essas ideias são representações possíveis de ser pensadas (e até necessárias), já que correspondem à tendência interminável do pensamento na busca do conhecimento. Em outras palavras, a conclusão de Kant foi a de que a validade objetiva das ideias de “alma”, “liberdade” e “Deus” não pode ser demonstrada sem contradições. Porém, são conceitos que podem ser *pensados* sem contradição, ainda que impossível sua constatação factual. Excluída a possibilidade de uma teologia natural, ontológica ou fisiológica, resta a sua possibilidade como teologia filosófica baseada em leis morais, ou seja, como um *ideal regulativo* (e não constitutivo) do conhecimento.⁴¹

Em sua *Crítica da razão prática*, publicada em 1788, Kant parte do fato (*factum*) da razão, isto é, que a razão humana é um fato incontestável e contém uma dupla capacidade: (i) teórica, de conhecer validamente objetos e buscar as condições de possibilidade para sua demonstração teórica; e (ii) prática, que direciona quais motivações devem os indivíduos seguir na realização de suas condutas. Na medida em que Kant já havia encontrado na primeira *Crítica* a independência da relação de causalidade ínsita à natureza como *liberdade transcendental*, a moralidade enquanto atividade prática se ampara nessa mesma liberdade.⁴²

A partir desse pressuposto, Kant se permite concluir que a própria vontade humana livre de toda a causalidade do mundo empírico pode dar a si mesma sua lei. Por conseguinte, o princípio fundamental do domínio prático encontra-se na *autonomia da vontade*: negativamente, refere-se à independência de fundamentos determinantes materiais (relação causa-efeito); positivamente, significa a capacidade de a razão humana produzir a sua autolegislação, ou seja, a obediência da razão a uma lei dada por si mesma, implicando necessariamente na noção de liberdade.⁴³

Ainda que noção de autonomia da vontade entendida positivamente remeta ao *Contrato Social* de Rousseau,⁴⁴ mais especificamente à passagem em que o contratualista francês

⁴¹ HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. München: C. H. Beck, 2007. p. 168.

⁴² KANT, Immanuel. **Kritik der praktischen Vernunft**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1959. p. 16. [29]

⁴³ Ibid. p. 39. § 8, [58-59]

⁴⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Trad. de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1988. p. 34.

conceitua a liberdade como obediência a uma lei dada por si mesmo, será somente Kant quem descobre nela a estrutura fundamental de todo o universo prático. A partir de Kant, o fundamento para a moralidade não reside nem no benevolente “amor de si” de Rousseau nem um sentimento moral nos moldes de David Hume, pois ambos expressam apenas situações contingenciais do sujeito.⁴⁵

Uma vez que a liberdade é ponto de partida para a filosofia prática, o filósofo de Königsberg percebe que a razão detém a capacidade de agir segundo duas espécies distintas de intenção: pode-se agir seguindo uma *boa vontade*, uma vontade incondicionalmente boa, ou seguindo interesses ou desejos privados (ainda que sejam reivindicações altruístas). Em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785, Kant não se contenta com o resultado da conduta no mundo factual para que se lhe possa atribuir o título de ação moral genuína. É absolutamente necessário que a intenção da conduta seja pautada por uma vontade incondicionalmente boa para que obtenha caráter moral.⁴⁶

É possível agir racionalmente conforme elementos condicionados ao querer humano em que se buscam os meios adequados para alcançar determinada finalidade, seguindo a lógica “se eu quero x, então devo realizar y”. Para ilustrar essa premissa kantiana, Höffe utiliza o enunciado prescritivo “Não fumes demais!”.⁴⁷ Para Kant, esse exemplo representa um imperativo hipotético, uma vez que tal reivindicação é condicionada pelo interesse pessoal que visa à saúde do indivíduo, e não a uma vontade (incondicionalmente) boa. Por melhor que seja o propósito do sujeito, para se estabelecer a verdadeira ação moral, a intenção não pode ser determinada por nenhum elemento empírico ou pessoal, mas de modo que obtenha validade absolutamente universal.⁴⁸

Assim, a boa vontade se realiza quando motivada pela observância absoluta a três máximas denominadas de *imperativos categóricos* que estabelecem a universalização da conduta incondicionalmente boa e a não-instrumentalização do ser humano, quais sejam:

- a) Age de acordo com aquela máxima mediante a qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal;⁴⁹

⁴⁵ HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. München: C. H. Beck, 2007. p. 206.

⁴⁶ KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1962. p. 10. [AK 393]

⁴⁷ HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. op.cit. p. 189.

⁴⁸ Para uma exposição específica sobre o conceito de “imperativo hipotético”, ver WOOD, Allen W. **Kant's ethical thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 60-64.

⁴⁹ „[...] handle nur noch derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz wurde“. KANT, Immanuel. **Grundlegung der Metaphysik der Sitten**. op. cit. p. 42. [AK 421].

- b) Age de modo que a máxima de tua ação devesse se tornar pela tua vontade lei universal da natureza;⁵⁰
- c) Age de modo tal que uses a humanidade tanto em tua pessoa como na pessoa de todo outro sempre ao mesmo tempo como fim, jamais simplesmente como meio;⁵¹

Em outras palavras, os imperativos categóricos são máximas morais que explicitam uma razão pura prática, uma razão independente de qualquer inclinação de caráter social, histórico ou empírico, fazendo valer a universalidade como o critério mais alto da moralidade. Desse modo, o resultado da ação para Kant jamais alcançará esse mesmo padrão medidor de moralidade, na medida em que há sempre a possibilidade de no mundo fático ocorrer eventos alheios à vontade do sujeito, isentando-o de sua responsabilidade. Da mesma forma, a felicidade (*eudaimonia*) – padrão de correção ética dos gregos – também não terá esse papel, pois também está condicionada às inclinações de cada sujeito, faltando-lhe validade universal. Para Kant, se o motivo pelo qual o indivíduo age segue razões de raiva, comiseração, felicidade, vingança ou tristeza, nenhuma delas será moralmente válida, ainda que na vida factual a ação externa corresponda exatamente com aquela praticada conforme as máximas universais dos imperativos categóricos.⁵²

Somente agindo conforme os imperativos categóricos é que a ação terá validade moral e, por isso mesmo, Kant exige que a motivação da conduta seja *por dever (aus Pflicht)*, isto é, obedecendo às máximas universalmente válidas e independentes de qualquer inclinação. Em contrapartida, aquela conduta que atinge o mesmo resultado prático que a ação genuinamente moral, mas que não assume o mesmo comprometimento com o imperativo categórico, não será abarcada pelo âmbito da moralidade, mas simplesmente pelo âmbito da legalidade, podendo ser considerada *em conformidade com o dever (Pflichtmäßig)*.⁵³

No entanto, o recurso de Kant aos imperativos categóricos como parâmetro da ação moral encontra sérias dificuldades nos casos em que diversos deveres, com exigências que apontam para direções de conduta diversas, sejam reivindicados simultaneamente enquanto mandamentos universalizáveis. Como se determinaria a verdadeira ação moral? Com Höffe,

⁵⁰ „[...] handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetze werden sollte“. KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1962. p. 43. [AK 421]

⁵¹ “Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst“. Ibid. p. 52. [AK 429]

⁵² Para uma análise especializada do conceito de “imperativo categórico”, ver PATON, Herbert James. **The categorical imperative: a study in Kant’s moral philosophy**. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1971.

⁵³ KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. op. cit. p. 14-16. [AK 398-399]

podemos dizer que nas situações de colisão entre dois deveres morais universalmente válidos, a saída kantiana “[...] requer um *sopesamento* concreto de ambos os deveres”.⁵⁴

2.1.3. A Distinção Estrutural Entre Deveres Perfeitos e Imperfeitos

Na medida em que a liberdade se constitui como um conceito fundamental para determinação da ação moral do indivíduo, Kant amplia as direções de sua filosofia prática na direção da dimensão da coletividade. Nesse contexto, a Filosofia do Direito parte do fato de que a obediência às máximas morais estabelecidas na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* representa, em rigor, apenas uma coação interna ao indivíduo, isto é, o desrespeito às imposições normativas dos imperativos categóricos gera apenas uma sanção adstrita à própria consciência do agente. Kant sabe que se fazem necessários mecanismos de coação externa que garantam a paz social e convívio em comunidade. É dessa maneira que entra o papel do Direito enquanto mecanismo que se destina a proteger a liberdade dos indivíduos em sociedade, estabelecendo limites para o agir de cada cidadão sem interferir na esfera dos demais. Assim, a *Metafísica dos Costumes*, publicada em 1797, encarrega-se da elaboração de uma distinção entre a Doutrina das Virtudes, âmbito da moralidade de cada indivíduo (Ética), e a Doutrina do Direito, espaço público onde se situam os direitos e deveres do indivíduo frente ao Estado e aos demais indivíduos.⁵⁵

Nessa obra, o conteúdo das normas que orientam a Doutrina do Direito está apartado das máximas morais da Doutrina das Virtudes, tendo que vista que esses mandamentos exercem aplicabilidade meramente nas atitudes internas do indivíduo. A tarefa de Kant na questão do papel da política e do Estado será a de perguntar pelas condições transcendentais (independentes da experiência e necessárias *a priori*) em que é possível a convivência harmônica em comunidade. Entendida como independência do arbítrio coercitivo de outrem, em Kant a liberdade externa de cada indivíduo em comunidade só é possível se ela se adequa com a liberdade exterior de todos os demais. O Direito nada mais é do que o conjunto das regras sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido com o do outro, o que levará Kant a desenvolver uma *lei universal de liberdade*: “Age externamente de tal maneira que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal”.⁵⁶

⁵⁴ „[...] dann ist eine konkrete *Abwägung* beider Pflichten erforderlich“. HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. München: C. H. Beck, 2007. p. 200. (grifo nosso)

⁵⁵ KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1959. p. 20-23. [218-221]

⁵⁶ „Handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne“. Ibid. p. 35 [231]

O conceito kantiano de Direito vinculado à liberdade implica um critério no qual todas as leis positivas são julgadas a respeito da sua legitimidade. São legítimos (ou racionais) apenas aqueles atos jurídicos que garantem, conforme leis estritamente universais, a compatibilidade da liberdade de um com a liberdade de todos os demais. Como refere Höffe, este critério constitui, na esfera do Direito, o verdadeiro equivalente ao imperativo categórico no âmbito da Ética, na Doutrina das Virtudes.⁵⁷

A partir dessa diferenciação são derivadas consequências importantíssimas para a Filosofia do Direito kantiana e a sua aplicação prática. Um dos traços característicos dos deveres que advêm dessa divisão é a amplitude epistemológica dos conceitos que preenchem os mandamentos morais. Essa amplitude, na verdade, também é semântica (ainda que Kant não a tenha exposto nesses termos), e as implicações que dela decorrem do fato de que uma máxima poderia ser transgredida não pelo agente ter seguido uma inclinação a um interesse particular, mas pela realização de outra máxima também universal.

Na medida em que a lei somente pode ordenar a máxima das ações e não as próprias ações, ela deixa uma margem (*latitudo*) de *discrionariedade* de livre apreciação para o seu cumprimento (observância), ou seja, não pode indicar com precisão como e com que grau de intensidade se deve realizar a ação visando à finalidade que é também dever. – Por dever lato não se entende uma permissão para introduzir exceções à máxima de ações, mas apenas a limitação de uma máxima do dever por outra (por exemplo, o amor geral ao próximo pelo amor paternal), com o que, em verdade, alarga-se o campo da prática da virtude. – Quanto mais lato é o dever, mais imperfeita será a obrigação que o homem tem para agir; desse modo, quanto mais ele aproximar a máxima da observância ao dever (em sua intenção) do dever estrito (jurídico), mais perfeita é a sua ação virtuosa.⁵⁸ (grifo nosso)

Considerando o caráter externo da imposição dos deveres jurídicos, a estrutura da Doutrina do Direito exerce uma pretensão de completude em seus preceitos normativos, pois se trata de mandamentos que não aceitam nenhum tipo de exceção: são *deveres perfeitos* (*vollkommenen Pflichten*). Em contrapartida, esse rigor não pode se esperar no domínio da

⁵⁷ HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. München: C. H. Beck, 2007. p. 221.

⁵⁸ „[...] denn wenn das Gesetz nur die Maxime der Handlungen, nicht die Handlungen selbst gebieten kann, so ist's ein Zeichen daß es der Befolgung (Observanz) einen *Spielraum* (*latitudo*) für die freie Willkür überlasse, d. i. Nicht bestimmt angeben könne, wie und wieviel durch die Handlung zu dem Zweck, der zugleich Pflicht ist, gewirkt werden solle. – Es wird aber unter einer weiten Pflicht nicht eine Erlaubnis zu Ausnahmen von der Maxime der Handlungen, sondern nur die der Einschränkung einer Pflichtmaxime durch die andere (z. B. die allgemeine Nächstenliebe durch die Elternliebe) verstanden, wodurch in der Tat das Feld für die Tugendpraxis erweitert wird. – Je weiter die Pflicht, je unvollkommener also die Verbindlichkeit des Menschen zur Handlung ist, je näher er gleichwohl die Maxime der Observanz derselben (in seiner Gesinnung) der engen Pflicht (des Rechts) bringt, desto vollkommener ist seine Tugendhandlung“. KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**. op. cit. p. 230-231 [390]

Doutrina das Virtudes. Enquanto disciplina que se ocupa com o domínio interno da moralidade, permite certo espaço de flexibilidade, ou seja, admite limitações de uma máxima em atrito com outra: são, ao contrário, *deveres imperfeitos (unvollkommenen Pflichten)*.⁵⁹

Essa distinção não é apenas conceitual. Enquanto a Ética trata de deveres latos e imperfeitos, conduzindo a imensas possibilidades de concretização em casos particulares, o Direito produz deveres estritos e perfeitos, com precisão matemática. Não é algo aleatório, portanto, que Kant não desenvolve na Doutrina do Direito uma casuística, mas apenas na Doutrina das Virtudes. Enquanto deveres específicos, para a solução dos casos jurídicos basta um processo de subsunção do fato à previsão genérica da norma. Dessa forma, qualquer recurso argumentativo, interpretativo ou que possibilite sopesar razões não tem espaço na Doutrina do Direito, mas apenas e exclusivamente na Doutrina das Virtudes.

Enquanto aquela (a Doutrina das Virtudes - acrescentei) trata de deveres latos, esta (a Doutrina do Direito - acrescentei) trata de deveres puramente estritos; na medida em que de esta última, por sua natureza, deve ser rigorosamente determinante (precisa), assim como a matemática pura o é, não é necessário uma receita (método) sobre como se deve se proceder ao julgá-la, mas pelo contrário, se dá por sua atuação. – Por sua vez, a Ética, em razão da *discricionariedade* inerente aos deveres imperfeitos, conduz inevitavelmente a questões que exigem da faculdade do juízo estabelecer como deve se aplicar uma máxima em casos particulares, de tal modo que essa proporcione novamente uma máxima (subordinada) (onde se possa perguntar sempre novamente por um princípio que se aplique aos casos concretos); e assim adentrar em uma casuística da qual a Doutrina do Direito nada conhece.⁶⁰ (grifos nossos)

A polaridade entre a Doutrina do Direito e das Virtudes, que identificam a natureza correspondentemente distinta entre deveres perfeitos e imperfeitos, fornece dois elementos centrais: (i) os deveres jurídicos, por não admitirem exceções, aplicam-se com precisão matemática; (ii) os deveres éticos, enquanto deveres latos, implicam o reconhecimento de um

⁵⁹ Conforme Paul Guyer, os deveres imperfeitos são aqueles que, para além da esfera jurídica, exigem que ajamos desenvolvendo nossos talentos individuais e praticando atos benevolentes. Ver GUYER, Paul. **Kant on freedom, Law and happiness**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 149.

⁶⁰ „Wie komme ich aber dazu, wird man fragen, die Einteilung der Ethik in Elementarlehre und Methodenlehre einzuführen: da ich ihrer doch in der Rechtslehre überhoben sein konnte? – Die Ursache ist: weil jene es mit weiten, diese aber mit lauter engen Pflichten zu tun hat; weshalb die letztere, welche ihrer Natur nach strenge (präzis) bestimmend sein muß, ebensowenig wie die reine Mathematik, einer allgemeinen Vorschrift (Methode), wie im Urteilen verfahren werden soll, bedarf, sondern sie durch die Tat wahr macht. – Die Ethik hingegen führt wegen des *Spielraums*, den sie ihren unvollkommenen Pflichten verstattet, unvermeidlich zu Fragen, welche die Urteilskraft auffordern auszumachen, wie eine Maxime in besonderen Fällen anzumachen sei, und zwar so, daß diese wiederum eine (untergeordnete) Maxime an die Hand gebe, (wo immer wiederum nach einem Prinzip der Anwendung dieser auf vorkommende Fälle gefragt werden kann); und so gerät sie in eine Kasuistik, von welcher die Rechtslehre nichts weiß“. KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**. Op. cit. p. 255-256. [411]

campo de *discricionarietà* (*Spielraum*) para poder definir a ação concreta, tendo em vista a amplitude epistemológica da qual surge a possibilidade do não cumprimento de uma máxima em detrimento de outra (também universal). Essa referência bidimensional se desenvolverá, ao longo do itinerário histórico-filosófico dos séculos XIX e XX, como o fio condutor até o núcleo duro da teoria discursiva desenvolvida dois séculos mais tarde por Robert Alexy.

2.2. Transfigurações da Dimensão Valorativa na Passagem do Século XIX ao XX

O impacto da filosofia de Kant foi tamanho que não demorou mais de algumas décadas de afastamento com o seu pensamento para que a Filosofia reivindicasse o seu socorro. Como relata Mario Ariel González Porta, esse movimento teve seu momento inaugural em meados do século XIX, quando Otto Liebmann defende que o idealismo alemão que sucedera a obra kantiana foi um retrocesso filosófico, finalizando seu livro, publicado em 1865, com a seguinte exclamação: *Zurück zu Kant!*, que significa “Voltemos a Kant!”.⁶¹

Nesse período, assistiu-se a uma retomada sistemática da filosofia de Kant muito por causa da disseminação da corrente positivista que se espalhava fortemente pela Europa Ocidental, implicando a rediscussão dos limites e dos métodos empregados pelas ciências à época. Essa retomada levaria à ampliação desse tipo de reflexão de modo a ultrapassar o campo científico tradicional e atingir diversas áreas do conhecimento humano, como a História, a Arte, a Moral, a Religião, e, de maneira não menos importante, o Direito.⁶²

Esse movimento conhecido por *neokantismo* não se desenvolveu de maneira uniforme, mas comportou duas grandes correntes: a Escola de Marburgo, a qual se liga a Herman Cohen e Paul Natorp; e a Escola de Baden, com Wilhelm Windelband e Heinrich Rickert. Enquanto os estudiosos de Marburgo detinham maior atenção aos problemas da razão teórica, portanto, à *Crítica da razão pura*, a Escola de Baden deu maior ênfase aos conceitos de valor e dever ser, preocupando-se com os problemas levantados por Kant na *Crítica da razão prática*.⁶³

Para não extrapolar os contornos metodológicos deste trabalho, limitar-nos-emos a analisar brevemente os traços principais do neokantismo da Escola de Baden, pois ainda que muitas vezes seja um movimento filosófico retratado com pouca magnitude na História da Filosofia, assumiu papel preponderante na projeção de nomes expressivos no terreno da

⁶¹ GONZÁLEZ PORTA, Mario Ariel. **Estudos neokantianos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011. p. 15.

⁶² REALE, Giovanni; ANTISIERI, Dario. **História da Filosofia, vol. 6:** de Nietzsche à Escola de Frankfurt. Trad. de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006. p. 24-25.

⁶³ ADEODATO, João Mauricio. **Filosofia do Direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25-26.

Filosofia do Direito, tais como Gustav Radbruch, cuja obra nos interessa particularmente pela sua influência direta no pensamento de Robert Alexy.

2.2.1. O Neokantismo da Escola de Baden

O contexto intelectual da Alemanha no início do século XX dizia respeito à relação entre as ciências do espírito (Filosofia, Direito, Arte, História, Literatura, etc.) e ciências naturais ou empíricas. Como relata Karl Larenz, a grande questão surge porque o positivismo, corrente de pensamento muito forte à época, admitia apenas o estatuto científico às disciplinas que produzissem resultados por meio dos métodos das ciências da natureza, pela pesquisa baseada na observação empírica da realidade.⁶⁴

Com esse pensamento, a possibilidade das ciências do espírito era colocada em cheque e o único caminho para salvá-las era reconhecer que se trata(va)m de disciplinas cujo método não é o mesmo que o das ciências naturais ou empíricas. A necessidade de se manter as ciências do espírito com caráter científico não se deu simplesmente “para salvar essas disciplinas a qualquer custo”, mas porque se descobriu que o método científico apenas fornece resultados partindo de um recorte específico de realidade, sem nunca conseguir explicar a sua totalidade. Então, foi pelos limites do método científico que se fez necessário construir outros meios de investigação para as ciências do espírito. Essa foi a empreitada do neokantismo sudocidental alemão, cujos expoentes foram Wilhelm Windelband e Heinrich Rickert.⁶⁵

Rickert diagnosticou que quanto mais as ciências da natureza tentarem traduzir a realidade em conceitos cada vez mais gerais e abstratos, mais se distanciam do particular e do individual que se mostra na intuição. A supressão do caráter singular da realidade é o preço que as ciências da natureza (e qualquer outra que utilize o mesmo método) têm de pagar para atingir os seus fins.⁶⁶

Mas como que o cientista das ciências do espírito fará para analisar o seu objeto de conhecimento? O historiador, na medida em que trata com conceitos, também tem de inevitavelmente fazer uma seleção da massa de singularidades que percebe, considerando algumas como mais importantes que outras. Então quais são os fenômenos que são essenciais para a História, para o Direito, para a Literatura, etc.? A resposta de Rickert é no sentido de que o fenômeno escolhido pelo investigador está relacionado com determinado *valor* que se reputa

⁶⁴ LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 5. ed. Berlim/Heidelberg/Nova Iorque, 1983. p. 90.

⁶⁵ Ibid.. p. 90-91.

⁶⁶ Ibid.. p. 91.

significativo. De qual valor se trata é algo indiferente, pois o que importa para Rickert é reconhecer que sem a pressuposição de valores considerados relevantes, simplesmente o interesse por uma disciplina das ciências do espírito não poderia sequer surgir. Rickert não quer dizer que o investigador deva valorar o fenômeno objeto de sua análise (como bom ou ruim), mas reconhecer que é algo que pode ser objeto de valoração. O conceito de valor, assim, torna-se algo indispensável para a análise das ciências do espírito, tornando-se uma espécie de *a priori* epistemológico, ainda que Rickert não consiga dar uma resposta para saber o que é esse valor. Porém, se o que está em jogo na investigação das ciências do espírito são valores, e se para expô-los é necessário um reconhecimento geral, então a significatividade dos valores *a priori* não pode apenas existir para o próprio investigador, mas precisam ser reconhecidos pelo menos a todos que compartilham da mesma comunidade cultural. O conceito de *cultura* passa a designar toda a dimensão de realidade que ganha sentido ou significado pela sua referência a valores.⁶⁷

Isso não exclui que uma ciência da cultura produza conceitos generalizantes (não-individuais). Essa é, na leitura de Larenz, a posição de Emil Lask, para quem a ciência do Direito é um ramo das ciências da cultura intimamente ligado aos acontecimentos concretos pela sua relevância valorativa. Segundo Lask, o conteúdo das normas jurídicas resulta de sua referência a valores e fins socialmente reconhecidos, assumindo uma coloração teleológica.⁶⁸

Com o neokantismo de Baden ocorre uma verdadeira expansão das formas *a priori* kantianas. Ao passo que Kant as limitava ao domínio das ciências da natureza, o neokantismo as expande para as ciências do espírito na medida em que estão historicizadas e fundadas culturalmente. O elemento valorativo passa a desempenhar o fundamento transcendental de significação de toda experiência cultural, como o Direito, a Arte, a Moral, a Religião, etc., distinguindo-se apenas o tipo de valor que estrutura cada um desses fenômenos.⁶⁹

2.2.2. A Fórmula Radbruch

Quem não apenas toma como pano de fundo as obras de Windelband, Rickert e Lask, mas também continua o pensamento jurídico-filosófico neokantiano será Gustav Radbruch. À questão que envolvia as ciências do espírito lhe interessava especialmente o aspecto valorativo

⁶⁷ LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 5. ed. Berlim/Heidelberg/Nova Iorque, 1983. p. 92-93.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 94-95.

⁶⁹ RESENDE, José. **Em busca de uma teoria do sentido**: Windelband, Rickert, Husserl, Lask e Heidegger. São Paulo: Educ, 2013. p. 227-228.

e o seu nexu significativo para com o fenômeno jurídico. Radbruch, seguindo a tendência de sua época, reconhecia o dualismo metodológico que separava os juízos de fato e os juízos de valor, mas reivindica uma terceira categoria: a dos *juízos referidos a valores* (*Wertbeziehend*). Nesse âmbito intermediário entre as categorias da natureza e da idealidade, Radbruch encontra o espaço da cultura, âmbito em que se insere o Direito. Daí o porquê na obra radbruchiana o Direito é tratado como uma realidade referida a valores, um fato cultural com a finalidade de realizar a ideia de justiça.⁷⁰

No entanto, ainda que Radbruch, desde seus escritos primordiais em 1914 tenha se colocado refratário a reconhecer a validade de um Direito manifestamente incorreto, ele nunca sacrificou a segurança jurídica deixada pelo positivismo legalista (que não se confunde com o positivismo de Kelsen). Segundo Arthur Kaufmann, o Direito incluído na cultura orientado para valores significa que o modelo radbruchiano se afasta do positivismo por acentuar que apenas as normas direcionadas à justiça adquirem qualidade jurídica, mas ao mesmo tempo também se distancia do jusnaturalismo porque o *direito correto* somente pode ser cumprido aproximadamente, pois os valores pertencem apenas ao mundo ideal, não ao mundo real.⁷¹

Uma vez que o Direito é uma realidade referida a valores e que se dirige na realização da justiça, Radbruch desenvolve uma dimensão tríplice que traduz os três valores máximos do Direito: o valor individualista, o valor supra-individualista e o valor transpessoal, que traduzem a tradicional diferença entre a segurança jurídica e a justiça material. Contudo, não há uma relação hierárquica entre tais valores. Da mesma forma que não necessariamente a obra não considerada como a mais bela também é arte, a norma que não realiza a mais alta justiça (ainda que a almeje) também é lei.⁷²

Não por outra razão que, em um de seus escritos no período pós-guerra, Radbruch vai elaborar sua famosa fórmula:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido de modo que o Direito positivo, por meio de seu estatuto e poder, assume prioridade mesmo quando do ponto de vista do conteúdo for injusto e não atender a uma finalidade, a menos que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um

⁷⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 520-521.

⁷¹ KAUFMANN, Arthur. Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Orgs.). **Einführung in Rechtsphilosophie der Gegenwart**. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer, 1985. p. 84-85.

⁷² SCHOLLER, Heinrich. Gustav Radbruch. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 685.

grau tão insustentável, que a lei, enquanto ‘Direito incorreto’, deva ceder frente à justiça.⁷³

Conforme Miguel Reale, a posição de Radbruch é resultado da noção de que a teoria que fundamentasse a validade do Direito em critérios puramente formais teria problemas sérios com os casos em que a autoridade legitimada a criar e aplicar normas jurídicas agisse de forma despótica ou tirânica; já aquele que o fizesse em razões históricas ou sociológicas estaria preso ao aspecto da eficácia do Direito, o que falharia ao resolver conflitos entre duas ordens jurídicas; e, por outro lado, quem iguala o Direito à Moral deve rejeitar a imposição da lei positiva contrária às disposições da justiça, o que levaria a situações em que não haveria meios de determinação objetiva do Direito. A conclusão de Radbruch não pode ser outra senão a de que as três formas de explicar a validade do Direito possuem valor relativo, motivo pelo qual os “[...] elementos fáticos, axiológicos e normativos justapõem-se, a seu ver, em função de acontecimentos ligados às preferências de opinião refletida no livre jogo das atividades político-partidárias, dada a legitimidade em tese de todas as soluções possíveis”.⁷⁴

2.2.3. A Necessidade de Justificação Racional de Argumentos Morais

A obra de Radbruch deixa o caminho aberto para a elaboração de uma teoria jurídica incorporada a uma dimensão valorativa. A partir de então, o Direito passa a ser um fenômeno cultural, integrando assim uma realidade referida a valores e direcionado à ideia de justiça. Dessa forma, uma vez que a dimensão da justiça deixa de estar situada em um plano transcendental, possível apenas mediante uma validade universal, ela passa a estar sujeita ao fluxo histórico e cultural, abrindo-se a possibilidade da abertura ao relativismo valorativo.

Essa nova relação entre Direito e Moral provocou grandes alterações no cenário jurídico, atingindo fortemente a própria metodologia de interpretação jurídica. Como refere Castanheira Neves, o movimento jurídico que se desenvolvia na Alemanha à época chamado de *jurisprudência dos interesses* (*Interessenjurisprudenz*)⁷⁵ propunha uma teoria da interpretação

⁷³ “Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch denn den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als >>unrichtiges Recht<< der Gerechtigkeit zu weichen hat,„. RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie**. Stuttgart: Koehler Verlag, 1973. p. 345.

⁷⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 523.

⁷⁵ É de fundamental importância salientar que as expressões “Jurisprudenz” e “Rechtswissenschaft”, no idioma alemão, recebem o mesmo significado, qual seja, o de “Ciência Jurídica”. Dessa forma, seguindo a lição de Pablo Castro Miozzo, o termo “Jurisprudenz” - diferentemente do que pode parecer à primeira vista pela semelhança fonética com o que no Brasil se entende por “jurisprudência” - deve ser lido como “Ciência Jurídica”, e não como um conjunto de decisões judiciais sobre determinada controvérsia judicial. Para evitar

fundada na noção de *sopesamento* (*Abwägung*) de interesses que determinavam a vontade originária do legislador, superando a noção clássica de interpretação mecânica na qual se desconsiderava o processo normativo de solução de problemas práticos.⁷⁶

Segundo a ideia central Phillip Heck⁷⁷ – um dos principais representantes da jurisprudência dos interesses -, o papel do Judiciário seria o de, na medida do possível, buscar essa vontade implícita, os interesses reais que impulsionaram a formulação de determinada legislação. Caso o intérprete não obtivesse êxito nessa empreitada, estaria dispensado de demais critérios justificadores de sua decisão. Consequentemente, autorizado a julgar seguindo sua avaliação pessoal.⁷⁸

No entanto, devido aos traumas políticos ocorridos na Europa no início do século XX, após 1945 começa a ganhar mais força outra importante linha de pensamento jurídico na Alemanha: a *jurisprudência dos valores* (*Wertungsjurisprudenz*). Dando seguimento e ao mesmo tempo contrapondo-se à jurisprudência dos interesses, sustentava que quando as normas jurídicas fossem excessivamente imprecisas ou houvesse outro conflito metodológico, o juiz deveria encontrar os valores que podem ser aplicados em conformidade com o ordenamento jurídico. Por isso, Claus-Wilhelm Canaris refere que neste momento o ordenamento jurídico passa a conter uma natureza *valorativa*, acompanhando uma ordenação axiológica ou teleológica (no sentido da busca da realização de escopos e valores).⁷⁹

Conforme Losano, a jurisprudência dos valores almeja indicar qual é a origem dos valores que guiam a decisão judicial nas hipóteses em que a regra positiva não oferece mais critérios suficientes para preencher as dificuldades do caso concreto. Quando a analogia não pode mais ajudar o intérprete, os interesses que moveram a elaboração legislativa não são possíveis de ser encontrados, ou, ainda, quando houvesse lacunas ou conflitos normativos, recorrer-se-ia a valores morais que pudessem ser aplicados de forma compatível e racional com as demais disposições do ordenamento jurídico vigente.⁸⁰

confusões conceituais, o mais adequado no Brasil seria utilizar os termos “Ciência jurídica dos Conceitos”, “Ciência Jurídica dos Interesses” e “Ciência Jurídica dos Valores”. Veja-se MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do Direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Editora Juruá, 2014. p. 90-91.

⁷⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 236-237. v. 2.

⁷⁷ HECK, Philipp. **Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1914. p. 81 e 96.

⁷⁸ LOSANO, Mário. **Sistema e estrutura no Direito**: o século XX. Trad. de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 251.

⁷⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz**: Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. 2. ed. Berlin: Duncker & Humboldt, 1983. p. 40 e segs.

⁸⁰ LOSANO, Mário. **Sistema e estrutura no Direito**: o século XX. op. cit. p. 248-249.

Diferentemente do jusnaturalismo tradicional, a jurisprudência dos valores não se refere a um valor considerado predominante ou absoluto, mas aos diversos valores que abstratamente podem ser considerados o fundamento de validade do Direito, compatibilizando com a noção de pluralismo moral que adveio após a Segunda Guerra. Porém, na medida em que ocorre uma incorporação de valores no sistema jurídico, abre-se a possibilidade da fundamentação das decisões judiciais ficar sujeita a um relativismo interpretativo, aumentando a incerteza e a previsibilidade do ordenamento jurídico.⁸¹

Karl Larenz, um dos expoentes da jurisprudência dos valores, responde que essa conclusão é possível somente ao passo que os valores não possam ser suscetíveis (ao menos em certa medida) de fundamentação racional. Conforme o jurista alemão, tradicionalmente, a ciência jurídica trabalha com recursos interpretativos como a analogia, comparação, precedentes, etc., mas a passagem à jurisprudência dos valores acrescenta a esses modelos metodológicos o reconhecimento de argumentos normativos extrajurídicos, cuja interpretação seria legítima de ser invocada ao menos em determinadas condições. Assim, tornou-se possível invocar os direitos fundamentais como valores morais incorporados pela Lei Fundamental alemã, promulgada após o final da Segunda Guerra.⁸²

Essa forma de conexão do Direito com a Moral implica a necessidade de fundamentação das decisões que estariam orientadas à ideia de justiça. Assim, a solução dos litígios jurídicos só poderia ser obtida através de um procedimento discursivo rigoroso no qual se pergunta quais são os argumentos que em geral são admissíveis no discurso jurídico e qual o peso relativo se lhes pode ser atribuir, isto é, o valor proporcional a que determinado argumento pode aspirar. Questões desse tipo abrem o terreno para a formulação de uma *teoria da argumentação jurídica*, em que não são menosprezados os institutos tradicionais, como a lei, precedentes e dogmática jurídica, mas são incorporados a partir de então critérios de valoração extrajurídicos.⁸³

2.3. Algumas Repercussões do Giro Linguístico na Filosofia Moral Contemporânea

A partir do momento em que a jurisprudência dos valores inaugurou a tese de que a Constituição deve ser interpretada como uma ordem objetiva de valores, a teoria do Direito passa a sofrer profundas modificações em sua estrutura nuclear. Além de um novo formato de

⁸¹ LOSANO, Mário. **Sistema e estrutura no Direito**: o século XX. Trad. de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 249-250.

⁸² LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, op. cit., p. 119-120.

⁸³ Ibid., p. 122-123.

aproximação entre a esfera jurídica e da moralidade, surge o problema da (im)possibilidade de fundamentar enunciados normativos com conteúdo moral. Possivelmente, até então a relação entre o Direito e Filosofia nunca esteve tão próxima.

O panorama filosófico que Alexy transporta para o campo jurídico – e que se direciona no sentido de demonstrar a plausibilidade de sua teoria discursiva – parte de uma descrição de três teses em que a questão da fundamentação de juízos morais é respondida de forma relativamente simplória. São elas: o naturalismo, o intuicionismo e o emotivismo.⁸⁴

Segundo George E. Moore,⁸⁵ as *teses naturalísticas* seriam aquelas em que se supõe que proposições normativas como “bom” ou “devido” podem ser transpostas sem maiores dificuldades para uma linguagem descritiva. Dessa forma, esse enunciado seria passível de fundamentação por meio dos métodos das ciências empíricas ou da natureza.

As *teses intuicionistas* sustentam que enunciados normativos representam quaisquer propriedades ou relações de natureza não-empírica, e, sendo assim, podem ser reconhecidas recorrendo-se a uma espécie de “[...] capacidade de percepção apriorística”. Contra o naturalismo e o intuicionismo Alexy acolhe a objeção de que por meio da redução do discurso moral a um discurso empírico não são abarcadas características essenciais da linguagem, como a possibilidade de oferecer condições intersubjetivas para justificar proposições normativas.⁸⁶

A *tese emotivista*, por sua vez, diverge das teorias anteriores por entender que a função das proposições normativas não se limita a descrever fatos, mas consiste em expressar sentimentos ou atitudes dos indivíduos, assumindo outro estilo de linguagem moral. Para Charles L. Stevenson,⁸⁷ um de seus maiores expoentes, juízos morais não se produzem para referir-se a fatos empíricos, mas a influenciar os interesses psíquicos dos indivíduos. Ainda que aceite os efeitos psicológicos e persuasivos da linguagem moral, para Alexy o emotivismo falha ao não reconhecer a característica fundamental da linguagem: uma atividade guiada por regras.⁸⁸

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 53-70.

⁸⁵ MOORE, G. E. **Principia Ethica**. Cambridge: Cambridge University Press, 1903. p. 40.

⁸⁶ ALEXY, Robert. Eine Theorie des praktischen Diskurses. In: OELMÜLLER W. (Org.). **Normenbegründung – Normendurchsetzung, Materialien zur Normendiskussion**. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1978., p. 23-25.

⁸⁷ STEVENSON, Charles L. **Facts and values**: studies in ethical analysis. New Haven/London: Yale University Press, 1963. p. 10-31.

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**, op. cit., p. 68-70.

2.3.1. O Discurso Prático Sob as Formas de Vida

No início do século XX a Filosofia de um modo geral passa a ter como um de seus principais objetos de estudo a linguagem, sobressaindo-se aquilo que mais tarde veio a se chamar de *giro linguístico* (*linguistic turn*). Uma das características dessa virada foi a constatação de que a linguagem não é apenas uma atividade descritiva ou emotiva, mas guiada por regras compartilhadas intersubjetivamente, como diagnosticou Ludwig Wittgenstein. Em contraposição a sua própria tese inaugural em seu *Tractatus logico-philosophicus*, publicada em 1921, o filósofo vienense percebe que a linguagem não se limita a função meramente representativa da realidade, mas engloba também diversas outras formas de expressão significativa.

A postura isomórfica entre linguagem e mundo é abandonada por Wittgenstein em suas *Investigações Filosóficas*, obra póstuma editada somente em 1953. Nessa sua segunda fase, a linguagem passa a ser entendida a partir de uma analogia com a noção de “jogos”, ao se diagnosticar que se trata de atividades constituídas por um conjunto de regras. Daí surge o conceito de *jogos de linguagem* (*Sprachspiele*) em sua obra.⁸⁹

E por que essa aproximação? Wittgenstein percebe que o que se pode verificar tanto em um jogo como na linguagem é que em ambos está pressuposto um conjunto de regras como condição para sua existência. Podemos visualizar essa tese com o seguinte exemplo: ainda que dois jogadores possam convencionar que em uma partida de xadrez sejam utilizadas peças diferentes das tradicionais, o jogo poderá ser tranquilamente executado sem qualquer prejuízo. Entretanto, isso não seria possível caso as regras do xadrez fossem alteradas, pois, desse modo, se passaria a jogar outro jogo. Isto é, não são os instrumentos utilizados no jogo que determinam o que ele é, mas a composição de suas regras compartilhadas com os demais jogadores. O mesmo, dirá Wittgenstein, acontece com a linguagem. Ela é composta por um conjunto de regras que, se desrespeitadas, não farão sentido e, como consequência, não serão entendidas e aceitas pelos demais interlocutores.⁹⁰

As regras que compõe a linguagem vão desde regras gramaticais até as regras pragmáticas dos usos que fazemos com os objetos na vida cotidiana. Nesse contexto também se inclui a possibilidade de identificarmos proposições não apenas descritivas da realidade como falsas ou verdadeiras ou falsas. A possibilidade de surgir algo que identificamos como sendo equivocado só surge quando estiver pressuposta uma regra que diferencie entre um

⁸⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische Untersuchungen**. Frankfurt: Suhrkamp, 1971. p. 17. (§ 7)

⁹⁰ Ibid. p. 104-105. (§§ 197-199)

comportamento correto do incorreto. Assim, na medida em que a dimensão pragmática passa a ser o grande diferencial, Wittgenstein introduz o conceito de *formas de vida* (*Lebensform*) para se referir às práticas pelas quais os indivíduos compartilham significados de suas manifestações em determinados contextos sociais. As regras que compõem a linguagem estão inseridas nesses contextos onde os indivíduos compartilham dessa mesma forma de vida. Com isso, Wittgenstein descobre que a linguagem descritiva compõe apenas uma das diversas formas de vida que compartilhamos. Com a linguagem não somente enunciamos proposições, mas praticamos ações que geram efeitos práticos nos demais participantes, como pedir algo, exclamar, ordenar, fazer suposições, inventar uma história, representar personagens teatrais, cantar melodias, adivinhar enigmas, agradecer, rezar, etc.⁹¹

Uma vez que uma linguagem puramente privada, enquanto atividade que não respeita as regras que compõe a estrutura linguística na qual torna possível nossa comunicação, não conseguiria ser compreendida pelos demais e, assim, não geraria nenhum efeito prático. Dessa forma, não seria possível seguir uma regra privada, na medida em que nessa regra faltaria justamente a condição que a faz ser regra: o reconhecimento e a capacidade de gerar efeitos práticos nos demais participantes que compartilham da mesma forma de vida, do mesmo contexto social.⁹²

Conforme relata Manfredo Araújo de Oliveira, a filosofia do segundo Wittgenstein é seguida por John Langshaw Austin, que dá seguimento à tese de que a linguagem não se limita à função descritiva ou representativa do mundo. Porém, Austin considera que para determinados usos de linguagem é necessário um sistema conceitual mais preciso do que os jogos de linguagem a fim de alcançar um grau de determinação conceitual maior.⁹³

Esse grau será abordado por Austin com o conceito de *atos da fala* (*speech acts*). Trata-se de enunciados que, além de pronunciar algo, realizam uma ação prática. Austin os ilustra com os seguintes exemplos: “dizer ‘eu aceito’ (que essa mulher seja minha esposa) quando perguntado pela autoridade religiosa em uma cerimônia matrimonial” ou “Eu aposto seis centavos contigo que amanhã choverá”. Nesses casos, não se está apenas pronunciando algo, mas também realizando uma ação: no primeiro, se faz uma promessa; no segundo, afirma-se algo.⁹⁴

⁹¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische Untersuchungen**. Frankfurt: Suhrkamp, 1971. p. 24-25. (§ 23).

⁹² Ibid. p. 106. (§ 202)

⁹³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 149 e segs.

⁹⁴ “(E. a) ‘I do (sc. take this woman to be my lawful wedded wife)’ – as uttered in the course of the marriage ceremony. (...) (E. d) ‘I bet you sixpence it will rain tomorrow’”. AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975. p. 5.

Nesse sentido, a originalidade da teoria dos atos da fala de Austin se fixa na descoberta do ato ilocucionário (*illocutionary act*): um enunciado em que se realiza uma ação prática ao ser pronunciado. Conforme Austin, a existência de atos ilocucionários demonstra que a linguagem pressupõe um conjunto de regras e, em sua ausência, os atos de fala não seriam sequer possíveis de serem identificados. Assim é possível formular uma *doutrina das infelicidades* (*doctrine of the infelicities*) em que são descritos os modos pelos quais os atos de fala podem ser malsucedidos como ações. Isso aparece no caso em que alguém afirma algo sem crer no que diz, ainda que tal enunciado não contenha nenhum defeito lógico ou gramatical. Isso deixa ainda mais explícito que há, além de regras sintáticas e semânticas, *regras pragmáticas* que servem de base à linguagem. Diante dessa descoberta, Austin consegue concluir que um enunciado pode ser defeituoso não porque o que foi dito é falso, mas é contraditório com o comportamento do falante.⁹⁵

Além da enorme influência de Wittgenstein e Austin, a teoria do discurso de Alexy é fortemente influenciada por outros autores da tradição analítica, sobressaindo-se as contribuições de Richard M. Hare, Stephen Toulmin e Kurt Baier. De cada um desses autores Alexy retira aspectos importantes para construir sua teoria do discurso prático geral que, por sua vez, servirá de base para a estrutura do discurso jurídico.⁹⁶

A concepção de Hare⁹⁷ sobre a universalidade dos enunciados normativos é de fundamental importância para Alexy. Nessa concepção, o filósofo britânico mostra que quem expressa um juízo moral N justificando-o com base em uma razão G, necessariamente pressupõe a existência de uma regra R entre os participantes do discurso. Na medida em que essa regra recebe caráter universal, Hare exige que aquele que profere determinado juízo moral deve estar disposto a aceitar as restrições criadas pela mesma, ainda que venham a recair sobre o próprio articulador do juízo. Na sequência, um dos pontos que Alexy agrega de Toulmin⁹⁸ se refere à tese de que há regras do discurso moral que consideram certos enunciados de fato (G) como sendo boas razões para justificar um juízo moral N. Passa-se a reconhecer que a argumentação moral não deve começar do vazio, mas encontra-se ligada também a aspectos históricos. Ela está ligada ao material normativo surgido historicamente. Além disso, Alexy

⁹⁵ AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975. p. 14.

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**, op. cit., p. 106-108, 121-123, 132-133.

⁹⁷ HARE, Richard M. **The language of morals**. Oxford: Oxford University Press, 1952.

⁹⁸ TOULMIN, Stephen. **The uses of argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

incorpora também o argumento da generalizabilidade de Baier,⁹⁹ em que se traz para o raciocínio moral a avaliação das consequências negativas da ação.

2.3.2. O Surgimento da Razão Comunicativa

O impacto da teoria dos atos de fala não se limitou ao mundo anglo-saxão. O filósofo alemão Jürgen Habermas explicitamente se apropria das descobertas de Austin para formular sua teoria discursiva. Para o professor de Frankfurt, um enunciado normativo pode ser avaliado como correto ou incorreto se puder ser o resultado de um procedimento comunicativo capaz de lhe conferir um grau satisfatório de racionalidade. Dessa forma, a pergunta de Kant que instaura a razão prática “o que eu devo fazer?” deixa de ser respondida por uma razão solipsista e passa a assumir os contornos da reviravolta linguístico-pragmática no mundo filosófico. Nas palavras de Habermas:

Por isso eu resolvi trilhar um caminho diferente com a teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E isso é muito mais do que uma simples mudança de etiqueta.¹⁰⁰

Em sua teoria do agir comunicativo, o conceito de verdade se distancia da concepção tradicional semântica e correspondencial, indo na direção de uma perspectiva pragmático-universal. Ao tentar reconstruir os pressupostos racionais implícitos no discurso, a verdade depende das ações realizadas pelo falante ao comunicar algo. A partir disso, Habermas formula uma distinção entre o agir estratégico e o agir comunicativo.¹⁰¹ O primeiro diz respeito à racionalidade que age em busca de um fim eficiente em uma relação de causalidade, enquanto o segundo busca resgatar as pretensões de validade exigidas para os atos de fala. Conforme Manuel Atienza, a ação estratégica é orientada para se atingir o êxito, ao passo que a ação comunicativa pretende alcançar uma espécie de consenso racional intersubjetiva.¹⁰²

Sabendo que nem todos os atos de fala pertencem ao agir comunicativo, Habermas constrói sua teoria sob a ideia de uma *situação ideal de fala (ideale Sprechsituation)*, dando primazia à ideia de um entendimento entre interlocutores e acreditando na capacidade

⁹⁹ BAIER, Kurt. **The moral point of view**. Nova Iorque: Cornell University Press, 1958.

¹⁰⁰ “Ich habe deshalb mit der Theorie des kommunikativen Handelns einen anderen Weg eingeschlagen: an die Stelle der praktischen Vernunft tritt die kommunikative. Das ist mehr als ein Etikettenwechsel.“ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. op. cit. p. 17.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Nachmetaphysisches Denken**. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989. p. 68-75.

¹⁰² ATIENZA, Manuel. **Las razones del Derecho**: teorías de la argumentación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 153.

comunicativa de se obter argumentos racionais construídos sob esse cenário. Nessa situação, o discurso deve estar desapegado de componentes estratégicos que poderiam influenciar na argumentação dos participantes caso estivessem isentos de qualquer tipo de coação.

Habermas coloca a teoria do discurso em outro patamar filosófico, buscando em Austin os pressupostos necessários para formar as bases de uma teoria da argumentação prática, ainda que não apresente um catálogo sistematizado de regras, como fará mais tarde Alexy. De todo modo, conforme reconhece Thomas da Rosa de Bustamante, “[...] a referência a um processo comunicativo de formação dos enunciados jurídicos – legada por Habermas – é a nota mais característica da argumentação jurídica de Robert Alexy”.¹⁰³

Além das contribuições de Habermas, a teoria da argumentação de Alexy também se apoia no construtivismo ético da Escola de Erlangen, desenvolvida por Paul Lorenzen e Oswald Schwemmer. Além das exigências de clareza e precisão linguística, típica da filosofia analítica, os princípios desse modelo de construtivismo expressam a ideia de que o discurso prático não é apenas um procedimento de conciliação das reivindicações morais dos participantes, mas uma ocasião em que tais convicções passam por um processo de justificação. Ademais, as exigências de demonstração do desenvolvimento histórico e da origem das convicções normativas da Escola de Erlangen inspirou diretamente a noção de argumento genético que compõe a teoria argumentativa de Alexy, como se verá adiante.¹⁰⁴

Por fim, a nova retórica de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca¹⁰⁵ também é uma das influências para a teoria discursiva de Alexy. Dessa teoria, que pretende agregar um campo de raciocínio prático à lógica formal, o jurista alemão reconhece no conceito de *auditório universal* a possibilidade de uma norma ser suscetível de generalização se todos podem estar consensualmente de acordo com ela. Acrescente-se que Alexy, embora oriente a argumentação prática conforme a noção de universalização, reconhece na retórica de Perelman a peculiaridade de que ela não está desvinculada do contexto social e histórico das concepções e atitudes dos interlocutores.¹⁰⁶

¹⁰³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 75.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**, op. cit., p. 195-197.

¹⁰⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 34-39.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**, op. cit., p. 218.

2.3.3. Esboço de uma Teoria Geral do Discurso Prático Racional

Como forma de justificar a objetividade de juízos normativos como as expressões "bom" ou "devido", a partir das descobertas de Hare e Toulmin mostraram que quem afirma um enunciado normativo *N* como, por exemplo, "A agiu mal", e apresenta como justificativa uma razão *G* que diz "A mentiu", pressupõe uma regra *R* que justifica a dedução lógica de *G* seguir-se *N*. Nesse caso, *R* significará "é errado mentir". Aquele que objetar contra *N*, deverá refutar a razão *G* ou a regra *R* pressuposta. Essa regra *R*, por sua vez, requer uma fundamentação (de segundo nível) da qual se pode apresentar uma razão *G'* que refere "mentir gera sofrimentos evitáveis", levando-nos a novamente pressupor uma regra *R'* que refere "aquilo que causa sofrimentos evitáveis é ruim". Isso levaria ao problema do regresso ao infinito, a um círculo em que a conclusão já estaria contida em uma das premissas, ou a uma solução dogmática que não tenha de ser justificada, recaindo em nos problemas de fundamentação já diagnosticados por Hans Albert em seu Trilema de Münchhausen.¹⁰⁷

Para escapar desse trilema, Alexy aposta em uma série de exigências na atividade de fundamentação que se formulam como regras do discurso racional, na medida em que se referem não somente às proposições produzidas no discurso, mas ao comportamento do participante do discurso. São, por isso, regras pragmáticas que, ainda que não permitam garantir sempre um resultado definitivo, garantiriam um resultado racional.¹⁰⁸

Na linha das teorias de Austin e Habermas, os discursos correspondem a um conjunto de ações interconectadas no qual se comprova a verdade ou correção das proposições. Os discursos responsáveis por demonstrar a objetividade de proposições normativas seriam os discursos práticos, e, nessa medida, o discurso jurídico seria um caso especial na medida em que ocorre sob condições limitadas (lei, precedentes e dogmática jurídica). A teoria do discurso racional de Alexy enquanto teoria normativa propõe responder como podem ser fundamentadas as regras pragmáticas que fornecem a justificação do discurso jurídico. A fundamentação das regras do discurso admite, segundo Alexy, quatro vias.

A primeira é a *fundamentação técnica*, na qual se ocupa com a escolha das regras de um procedimento que prescrevam os meios para que determinado fim seja alcançado. Nos passos

¹⁰⁷ ALBERT, Hans. **Traktat über kritische Vernunft**. 5. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1991. p. 13 e segs.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**, op. cit., p. 221-225; e também ALEXY, Robert. *Eine Theorie des praktischen Diskurses*. op. cit., p. 27-30.

da Escola de Erlangen, regras são razoáveis mediante a indicação de uma eliminação não-violenta do conflito como finalidade.¹⁰⁹

A segunda é a *fundamentação empírica*, que pretende mostrar se determinadas regras são seguidas realmente em medida suficiente, isto é, se os resultados alcançados com elas correspondem às convicções normativas existentes. Ainda que seja marcada por um caráter de provisoriedade, nesse tipo de fundamentação o participante pode abandonar certas convicções para sustentar outras, a depender dos elementos fáticos.¹¹⁰

A terceira se trata da *fundamentação definitiva*. Esse tipo de fundamentação consiste em analisar as regras que definem certa *práxis* e aceitá-las como critério de justificação. Ainda que sejam regras apenas apresentadas ao participante – e por isso assumem certa dose de arbitrariedade –, não seriam o mesmo que algo sem contribuição conceitual e analítica.¹¹¹

A quarta via, a fundamentação pragmático-universal inspirada em Habermas e Apel, argumenta que a validade de certas regras é condição de possibilidade da própria comunicação linguística. Uma variante fraca dessa tese sustenta que a validade dessas regras constitui a possibilidade de determinados atos de fala, assim como não se pode renunciar a eles sem abandonar as formas de comportamento do falante.¹¹²

Esses quatro tipos de fundamentação das regras do discurso racional, se consideradas isoladamente, permite justificar um número consideravelmente reduzido de regras discursivas. Diante disso, Alexy pretende combiná-los de modo a estruturar as bases procedimentais que determinarão os pontos de partida do discurso. A partir dessa conexão Alexy estrutura sua teoria normativa e formula as regras e formas do discurso prático geral. Na medida em que o procedimento de Alexy é guiado por regras e formas que coordenam o processo de formação das decisões judiciais, elas consistem em uma espécie de *código da razão prática* (*Gesetzbuch der praktischen Vernunft*).¹¹³

Estas regras e formas do discurso prático geral encontram-se distribuídas em seis distintos agrupamentos:

- a) Regras fundamentais: fornecem as condições prévias da comunicação linguística em que se trate da verdade (ou correção) de enunciados normativos;¹¹⁴

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 225-227.

¹¹⁰ Ibid. p. 227-228.

¹¹¹ Ibid. p. 229.

¹¹² Ibid. p. 230-232.

¹¹³ Ibid. p. 233-234.

¹¹⁴ (1.1.) Nenhum falante pode contradizer-se; (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita; (1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes; (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma

- b) Regras de razão: definem as condições da racionalidade do discurso, servindo como exigência de justificação das pretensões de validade inseridas nos enunciados normativos;¹¹⁵
- c) Regras sobre a carga da argumentação: tratam da extensão e distribuição do ônus argumentativo entre os participantes do discurso;¹¹⁶
- d) Formas de argumento: dizem respeito à estrutura dos argumentos nos discursos de fundamentação;¹¹⁷
- e) Regras de fundamentação: responsáveis pela garantia das variantes do princípio da generalizabilidade, das condições do argumento genético e da constatação de necessidade de realizabilidade do discurso;¹¹⁸ e

expressão com diferentes significados. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 234-238.

¹¹⁵ A regra geral de fundamentação é transcrita da seguinte maneira: “Se lhe for pedido, todo falante deve fundamentar o que afirma, salvo se possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”. (2.1) Quem pode falar, pode tomar parte do discurso; (2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção; (2.2) (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; (2.2) (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; (2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna ou externa ao discurso. Ibid. p. 238-242.

¹¹⁶ (3.1) Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo; (3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto de discussão, deve dar uma razão para isso; (3.3) Quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos; (3.4) Quem aduziu no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior deve, se lhe for pedido, fundamentar por que essa manifestação foi introduzida no debate. Ibid. p. 242-245.

¹¹⁷ O objeto do discurso prático não são proposições normativas genéricas, mas as proposições normativas singulares (*N*). Para fundamentá-las, é possível fazê-lo de duas formas: ou se toma como referência uma regra válida (*R*), pressupondo como verdadeiro um determinado estado de coisas (*T*) que cumpre as condições de aplicação dessa regra, ou se assinalam as consequências (*F*) para a aplicação de *N*. Alexy atém-se às discussões sobre *R*, ao apontar que é possível justificar sua aplicação pelas consequências (atuais ou futuras) da regra *R* (*Fr*). Isso o leva a concluir que a razão para justificar a aplicação de *R* por meio de *Fr* pressupõe uma regra de segundo nível *R'* que assim ordene. Além disso, o jusfilósofo refere que também é possível indicar uma regra adicional *R'* (outra *R'*, portanto), que exija *R* sob outra condição *T'*, como a indicação moralmente relevante, por exemplo, de que determina regra foi estabelecida de certa maneira. Porém, o autor reconhece que pode haver incompatibilidade entre as fundamentações, devendo-se decidir qual delas tem prioridade por meio daquilo que chamou de *regras de prioridade* (*P*). E, considerando que a regra de prioridade *P* de uma regra *R* sobre outra regra *R'* pode não ser absoluta, nesses casos devem ser avaliadas as suas condições (*C*):

(4) G	(4.1) T	(4.2) F	(4.3) Fr	(4.4) T'	(4.5) R _i P R _k ou R' _i P R'	(4.6) (R _i P R _k) ou (R' _i P R _k)C
$\frac{R}{N}$	$\frac{R}{N}$	$\frac{R}{N}$	$\frac{R'}{R}$	$\frac{R'}{R}$		

Ibid. p. 245-250.

¹¹⁸ (5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de se encontrar na situação daquelas pessoas; (5.1.2) As consequências de cada regra para satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos; (5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral; (5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação: a) se originalmente fosse possível justificar racionalmente, mas depois tal justificação se perdeu; ou b) se nunca se justificou racionalmente e não há novas razões suficientes para sua justificação; (5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir á comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis; (5.3) Devem

- f) Regras de transição: possibilitam o participante recorrer a outras formas de discurso nos casos em que haja questões de fato, problemas linguísticos e até mesmo discussões de ordem prática.¹¹⁹

No entanto, ainda que se respeite esse procedimento argumentativo-racional, Alexy reconhece limites no discurso prático geral. Seguir as regras e formas argumentativas expostas certamente aumenta a probabilidade de alcançar um resultado racional em questões relativas à razão prática, mas “[...] não há garantia de se possa alcançar um acordo para cada questão, nem que um acordo realizado seja definitivo e incontroverso”.¹²⁰

As regras da razão só podem ser cumpridas de maneira aproximada, mas não completa, além de que nem todos os passos da argumentação estão determinados, e, ainda, todo discurso parte de concepções normativas sujeitas à mutabilidade histórica. As regras do discurso prático geral, ainda que consigam demonstrar a impossibilidade ou a necessidade discursiva de certas soluções, admite a possibilidade discursiva de casos em que haverá duas respostas antagônicas. Diante dessas limitações, as regras e formas do discurso prático geral necessitam da complementação das regras do discurso jurídico, intimamente relacionado com o Direito vigente, para diminuir essa margem discursiva.¹²¹

Nessa medida, a teoria discursiva de Alexy se direciona a investigar a possibilidade de justificação de um caso especial de enunciados normativos: as decisões judiciais. Mais especificamente, as decisões judiciais em que essa vinculação com o discurso prático geral se mostra mais explícito, qual sejam, as que lidam com normas de direitos fundamentais.

ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 250-254.

¹¹⁹ (6.1) A qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico); (6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem. Ibid. p. 254. (6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso. Ibid. p. 254-255.

¹²⁰ „[...] sie geben aber weder eine Gewähr dafür, dass in jeder Frage eine Einigung erzielt werden kann, noch dafür, daß eine erzielte Einigung endgültig und unumstößlich ist.“ Ibid. p. 255.

¹²¹ Ibid. p. 256-257.

2.4 CONSIDERAÇÕES INTERMEDIÁRIAS

Neste primeiro capítulo foi traçado o perímetro histórico e filosófico que liga o idealismo transcendental de Kant até a estrutura racional do discurso prático geral na teoria discursiva de Robert Alexy. Com a finalidade de esclarecer essa trajetória e suas repercussões no cenário jurídico, sintetizaremos as principais conclusões alcançadas até então de forma sistemática e elucidativa. A partir dessa parada metodológica, permitir-se-á que se siga ao próximo capítulo com uma espécie de mapa geral do *background* filosófico que sustenta hermeneuticamente a complexa teoria de Alexy.

A partir da constatação de que a razão, na busca pela totalidade do conhecimento, esbarra suas pretensões na incontornabilidade de três ideias básicas, Kant recorre ao método cético para concluir que juízos morais, ainda que não possam ser verificados no mundo fenomênico, encontram uma morada segura no mundo racional ancorados na noção de uma vontade livre. Essa separação representa a distinção fundamental intensificada por Kant entre razão teórica e prática, mantendo o alerta de Hume de que não se poderia confundir os terrenos dos fatos com o dos valores, a atitude descritiva com a prescritiva.

Mais do que isso: no âmbito da razão prática, em que a transgressão aos deveres morais apenas proporciona sanções internas ao agente, Kant recorre a uma lei universal de liberdade para fundamentar as instituições jurídicas que se incumbiriam do cumprimento das condutas humanas na externalidade. Essa nova separação entre deveres éticos e jurídicos implica, do ponto de vista de sua concretização prática, que enquanto os últimos assumem uma precisão matemática e se aplicam por subsunção da norma ao fato, os primeiros contêm uma margem de aplicação cuja amplitude não apenas leva a colisões entre deveres igualmente universais, como permite que o agente possa se valer de uma *margem de discricionariade* (*Spielraum*) para decidir nesses casos.

A filosofia kantiana foi, na passagem do século XIX para o XX, objeto de profundos estudos pelo movimento intelectual na Alemanha denominado neokantismo. Em uma de suas vertentes, o neokantismo se preocupou precisamente com o problema filosófico da separação entre ser e dever ser, que expressa a distinção entre as faculdades teórica e prática da razão kantiana. Uma das principais reformulações que esse movimento realizou foi expandir as formas *a priori* em Kant ainda restritas àquelas disciplinas com capacidade de universalização para o mundo cultural, na busca pelo fundamento seguro para as ciências do espírito, à época desafiadas pela navalha do positivismo científico. A partir do neokantismo, o Direito que antes derivava sua legitimidade da régua do imperativo universal agora passa a integrar o mundo

cultural, determinado pela noção de *valor* como o elemento sustentador de qualquer ciência do espírito. Há, nesse momento, uma vinculação necessária e estruturante entre o fenômeno jurídico com a esfera dos axiomas valorativos.

Esse elemento valorativo foi exatamente aquilo que Gustav Radbruch precisou para desenvolver a sua famosa fórmula, formulando um conceito de Direito do qual se poderia extrair a existência de normas jurídicas que pudessem perder sua validade se atingirem determinado grau de injustiça. O detalhe do qual parece que Radbruch não tenha dado tanta importância é o fato de que esse elemento valorativo ligado à cultura, quando incorporado ao Direito, torna-se refém da possibilidade de o seu conteúdo ser preenchido segundo as preferências políticas e morais daquelas autoridades encarregadas de sua aplicação prática. Ainda que o valor seja o elemento universal que sustenta as ciências do espírito, o seu conteúdo permanece indefinível *a priori*.

Nos passos do pluralismo moral que dominou o universo intelectual no pós-Guerra, a chamada jurisprudência dos valores transporta essa dimensão valorativa integrada ao conceito de Direito para praxe jurídica, com o objetivo de assim explicar a natureza das normas de direito fundamental que preencheram o núcleo da Lei Fundamental alemã de Bonn. Daí a razão do famoso trecho de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal declarar que a Constituição alemã se constitui como uma *ordem concreta de valores*. Com essa incorporação, a jurisprudência dos valores se reforça para superar a jurisprudência dos interesses, justamente por meio da nova metodologia jurídica para os casos de indeterminações interpretativas.

Nesse novo contexto, a tarefa da Teoria do Direito passa a construir um modo de argumentação racional para essa diversidade valorativa que ingressou no mundo jurídico, especialmente na forma de normas de direito fundamental. Assim, o problema central se volta para a investigação da metodologia que permita dar objetividade à pluralidade do conteúdo dos juízos morais manifestados no mundo cultural e que passaram a integrar o Direito. Diante desse cenário é que se desenvolve o pensamento de Robert Alexy. Não é por acaso que a primeira grande obra do professor alemão – a *Teoria da Argumentação Jurídica* –, já em suas páginas iniciais, busca no segundo Wittgenstein as premissas básicas para todo o seu desenvolvimento posterior. A noção de linguagem enquanto um empreendimento constituído por regras – e não meramente como adequação da palavra ao objeto – abre a possibilidade de que juízos morais também possam ser identificados como verdadeiros ou falsos.

Ao aprimorar o modelo de jogos de Wittgenstein, a teoria da argumentação avança com John L. Austin para mostrar o elemento ilocucionário da linguagem. Com ele, permite-se demonstrar as contradições que surgem entre a expressão enunciativa e o comportamento

prático de seu emissor (contradição performativa). Na sequência, Habermas se apropria desse conceito central de Austin para formular uma de suas teses principais: substituir a razão prática solipsista pela comunicativa, procurando encontrar os pressupostos necessários para desenvolver um discurso racional e, assim, alcançar o consenso para desacordos jurídicos, morais ou políticos.

Somando as contribuições de autores como Hare, Perelman e da Escola de Erlangen, Alexy encontra os recursos suficientes para elaborar um esboço de uma teoria geral do discurso prático racional. O discurso jurídico seria então um caso especial do discurso prático geral, ainda que limitado sob condições institucionais, como o conjunto de leis, precedentes e a dogmática jurídica. Em geral, o esboço da teoria do discurso prático racional geral de Alexy procura apresentar as condições pragmático-transcendentais nas quais o discurso normativo se sustenta, encontrando, para tanto, diversas regras e formas de argumentos, que constituem o *código da razão prática*.

Com esse material discursivo à sua disposição na esfera da do discurso prático geral, Alexy pode então estruturar uma teoria que incorpora elementos morais no conceito de Direito e seguir com a distinção kantiana entre deveres perfeitos e imperfeitos. Acrescentando, no entanto, no âmbito dos deveres (éticos) imperfeitos, todas as contribuições filosóficas e as transformações jurídicas obtidas no hiato até a contemporaneidade, e assim desenvolver uma *teoria dos princípios*.

3 DOS TRAÇOS E DESDOBRAMENTOS FUNDAMENTAIS

A obra de maior repercussão no Direito Brasileiro de Robert Alexy é a *Teoria dos Direitos Fundamentais* (*Theorie der Grundrechte*), publicada oficialmente pelo autor no ano de 1985. Se for possível delinear uma síntese genérica da obra, podemos citar a passagem que inaugura o posfácio de 2000 desta obra: “No núcleo deste livro encontra-se a tese segundo a qual os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, assumem o caráter de princípios e são mandamentos de otimização”.¹²²

A ideia geral de que os direitos fundamentais de uma Constituição são considerados princípios traz diversas consequências e interfere no sistema jurídico como um todo. Daí a razão pela qual se dispensa maiores esclarecimentos a respeito da importância de uma teoria que pretende manejar o ponto nevrálgico do Direito. Os casos jurídicos nos quais se interpelam direitos constitucionais são normalmente aqueles que atraem maior atenção do público em geral, e, ao mesmo tempo, os mais sensíveis e complexos de alcançar um resultado racional. Uma das razões pelas quais isso acontece é o fato de que esse tipo de litígio transparece de forma mais evidente as interconexões que o universo jurídico atinge com as demais áreas do conhecimento. Discutir a aplicação e eficácia das normas constitucionais significa considerar necessariamente aspectos morais e políticos na interpretação jurídica, os quais permeiam de forma quase inexorável o modo como se desenvolve a fundamentação das decisões judiciais.

A teoria dos princípios de Alexy é uma das mais bem-sucedidas teorias preocupadas com essas questões. O jusfilósofo alemão introduz um modelo no qual as normas de direitos fundamentais são compreendidas a partir de uma estrutura semântica na qual lhes permite abranger um suporte fático amplo, levando ao modelo epistemológico de colisão. A partir dessa tese central, é desenvolvido um procedimento analítico responsável por esclarecer as diversas possibilidades fáticas e jurídicas nas quais a decisão pode se dar. Ao final, Alexy conecta a estrutura da teoria dos princípios com uma teoria da argumentação jurídica, que, por sua vez, entende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Não por outra razão que investigamos, no capítulo anterior, o modo pelo qual Alexy retira os pressupostos filosóficos básicos para desenvolver sua teoria do discurso prático racional geral. Neste capítulo veremos que tais teorias estão implicadas e consistentemente conectadas.

¹²² „Im Zentrum dieses Buches steht die These, daß die Grundrechte, unbeschadet ihrer mehr oder weniger präzisen Formulierung, den Charakter von Prinzipien haben und daß Prinzipien Optimierungsgebote sind.“ ALEXY, Robert. **Nachwort / Postscript** (Texto sem publicação do autor no original), 2000. p. 1.

3.1. Aspectos Decisivos na Teoria dos Princípios

Em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais (Theorie der Grundrechte)*, Robert Alexy propõe uma estrutura dogmática e normativa que anos mais tarde veio a se tornar uma das principais referências teóricas – não somente no Direito Brasileiro – para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. A obra se desenvolve levando em consideração um dos aspectos mais relevantes para se abordar Teoria e Filosofia do Direito atualmente: o fato de o documento jurídico-político máximo de um Estado conter expressamente um elenco de direitos e garantias fundamentais. Nessa medida, a própria atividade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário submete-se à possibilidade de revisão e interferência por parte de um Tribunal Constitucional responsável por resguardar e aplicar as normas constitucionais.

Uma das principais constatações de Alexy em relação aos direitos fundamentais é que se trata de normas que, diferentemente das demais regras jurídicas que compõem o ordenamento como um todo, têm natureza de *princípios* e, dessa forma, contêm uma estrutura semântica aberta. Diante disso, tais normas não permitem que se faça um consenso despreocupado sobre o seu âmbito de alcance ou sua aplicabilidade prática.¹²³

Assim, as disputas judiciais que reivindicam direitos fundamentais inevitavelmente giram em torno dessa abertura semântica, desse âmbito impreciso no qual se discute sua extensão, e, por essa razão, o papel do Tribunal Constitucional passa a ser fundamental no estabelecimento de tais parâmetros interpretativos. Para tanto, Alexy reconhece que não basta a simples análise descritiva da sua jurisprudência, mas, além disso, também é necessário responder quais respostas podem ser racionalmente fundamentadas.¹²⁴

É nessa medida que o jusfilósofo alemão vai definir o principal objetivo de sua obra: elaborar uma teoria jurídica que ofereça uma fundamentação racional para a aplicação dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Em vista disto, Alexy apresenta uma complexa dogmática dos direitos fundamentais cujo núcleo opera uma *teoria dos princípios (Prinzipientheorie)*, a fim de alcançar resultados capazes de expor argumentos racionais para a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais.

¹²³ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 15-17.

¹²⁴ Ibid. p. 18-19.

3.1.1. O Conceito de Norma de Direito Fundamental e a Dogmática da Discricionariedade

Uma das características mais importantes da *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Alexy consiste na advertência do autor para o fato de que o seu objetivo, com essa obra, não é construir uma teoria geral universal dos direitos fundamentais, mas tão somente uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Diante desse recorte metodológico, as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) assumem um papel central, tendo em vista que, para sua teoria, a possibilidade de uma ciência dos direitos fundamentais consistiria, em grande medida, em uma ciência da jurisprudência constitucional.¹²⁵

Esse primeiro aspecto da teoria de Alexy exige uma elucidação conceitual prévia. O conceito de ciência do Direito elaborado pelo autor em sua teoria estrutural recebe três dimensões: analítica, empírica e normativa. A dimensão analítica está relacionada à dissecação conceitual do Direito vigente, estando responsável pela ausência de contradição e pela solução dos inúmeros problemas sistemático-conceituais; já a dimensão empírica concerne a dois tipos de fenômenos jurídicos: (i) cognição do direito positivo válido, relacionada com o direito produzido pelo Legislador e construções jurisprudenciais do Tribunal Constitucional; e (ii) aplicação das premissas empíricas na argumentação jurídica, a exemplo das descrições que preenchem o suporte fático e identificam o fato jurídico (como a impossibilidade física de o mesmo cidadão estar em dois lugares ao mesmo tempo); a dimensão normativa diz respeito, por sua vez, à elucidação e crítica da práxis jurídica, preocupada em dizer aquilo que deve ser realizado de forma racionalmente fundamentada.¹²⁶

Nessa tríplice perspectiva, Alexy dá ênfase à dimensão analítica, ainda que não desconsidere a importância das dimensões empírica e normativa. Essa valorização se coloca pelo fato de que a ausência de clareza conceitual do material jurídico não permitiria construção de enunciados precisos o bastante para o próprio desenvolvimento das demais dimensões. Devido a esse destaque dos aspectos lógicos em sua teoria estrutural, o próprio autor enquadra sua proposta como uma teoria pertencente à tradição analítica da Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*).¹²⁷

Ao dar preferência à dimensão analítica, Alexy sustenta um *conceito semântico de norma jurídica*, pois, entre outras vantagens, seria o mais adequado para enfrentar os problemas

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 21-23.

¹²⁶ Ibid. p. 23-25.

¹²⁷ Ibid. p. 32-38.

da dogmática jurídica, como a incompatibilidade lógica entre normas e o modo de interpretá-las concretamente. Além disso, o referencial semântico também não é incompatível com a diferenciação entre norma e enunciado normativo, em que a primeira se refere ao significado concreto do segundo.¹²⁸

Da mesma maneira, Alexy reconhece a diferença entre a previsão constitucional abstrata de um direito fundamental e a sua concretização prática. Essa distância inexorável é precisamente o *locus* onde se desenvolve seu modelo teórico e cuja finalidade é encontrar mecanismos de fundamentação racional para as deliberações legislativas e decisões judiciais submetidas às normas com esse tipo de abertura semântica. Assim, a compatibilização entre as disposições constitucionais e o espaço de manobra para a deliberação legislativa faz parte daquilo que Alexy denomina de *dogmática da discricionariedade (Spielraumdogmatik)*.

Do que trata especificamente esse tipo de discricionariedade? Ao se analisar a ordem constitucional a partir das práticas do Tribunal Constitucional Federal alemão, Alexy constata que o texto constitucional pode ser interpretado como uma moldura cujos parâmetros conformam os espaços da atividade legislativa e judiciária. Esses espaços consistem em uma discricionariedade que pode se manifestar de duas formas: estrutural e epistêmica.¹²⁹

A *discricionariedade estrutural (strukturelle Spielraum)* se manifesta de três maneiras, (i) para definir objetivos, nos casos em que a Constituição autoriza uma intervenção a direito fundamental ou deixa em aberto as razões pelas quais a mesma pode ser feita, ou, ainda, permite o legislador escolher quando estarão presentes; (ii) para escolher meios, em que a Constituição, ao ordenar determinada ação positiva para resguardar um direito fundamental, permite ao legislador escolher os meios para concretizar tal finalidade, desde que nenhum deles implique restrições a outros direitos; (iii) para sopesar, em que são avaliadas possibilidades fáticas e jurídicas para o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto, como se verá mais detalhadamente no tópico 2.1.3.

A *discricionariedade epistêmica (epistemische Spielraum)*, por sua vez, surge quando há incerteza acerca daquilo que é proibido, obrigatório ou permitido em virtude dos direitos fundamentais, podendo se manifestar de duas maneiras: (i) empírica, quando não há certeza científica acerca das premissas que servirão de base para determinar os prejuízos e riscos de

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 41-47.

¹²⁹ Id. *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. In: **VVDStRL**. Berlin: Walter de Gruyter, 2002. v. 61. p. 12-14.

determinada ação ou omissão; ou (ii) normativa, em que se reconhece ao legislador uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações.¹³⁰

Desse modo, a dogmática da discricionariedade consiste em um atributo central da teoria dos direitos fundamentais, pois ao mesmo tempo em que estabelece limites às deliberações legislativas, permite ao legislador certa margem de atuação livre dos mesmos e, por conseguinte, de controle jurisdicional. Mas como se verificam esses espaços de manobra do legislador e os limites de atuação da jurisdição constitucional? De que maneira a estrutura dos direitos fundamentais interfere na legislação infraconstitucional e quais os reflexos dessa relação nas decisões judiciais em casos concretos? Para podermos responder a essas perguntas, é necessário analisarmos o que Alexy entende por normas de direito fundamental.

Conforme o professor alemão, normas de direitos fundamentais não se esgotam simplesmente às disposições abstratas taxativamente previstas no texto constitucional. Agregam-se a elas também outras normas que, embora não se encontrem formalmente expressas, decorrem logicamente da própria estrutura dos direitos fundamentais, e que, por serem passíveis de ser racionalmente fundamentadas, seria possível ao Tribunal Constitucional Federal construir esses outros comandos. São chamadas por Alexy de *normas de direito fundamental atribuídas* (*zugeordnete Grundrechtsnormen*).¹³¹

O motivo pelo qual Alexy elabora esse conceito especial de normas de direito fundamental é que aquelas previstas na Constituição apresentam indeterminações semânticas de modo que permitiriam disputas políticas e morais intermináveis devido ao seu *suporte fático amplo*, o que abriria uma imensa gama de possibilidades interpretativas. Nesses casos, a principal tarefa dos tribunais (constitucionais) seria desenvolver uma fundamentação racional de modo que com a norma jurídica aplicável obtenha-se uma redução das imprecisões

¹³⁰ ALEXY, Robert. Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. In: **VVDStRL**. Berlin: Walter de Gruyter, 2002. p. 15-30. v. 61.

¹³¹ A tradução do termo *Zugeordnete* tem causado divergência entre os tradutores de Alexy. No que se refere às traduções ao idioma espanhol, Ernesto Garzón Valdez utilizou o termo *adscripto*, e Carlos Bernal Pulido, *norma adscrita*. No entanto, em interessante tese de doutoramento, Roberto José Ludwig coloca que os significados em português para o termo *adscrito* não guardam correspondência com a língua espanhola, mostrando que a expressão *Zugeordnete* deriva do verbo *zuordnen*, o qual possui os seguintes sentidos: associar, ajuntar, agregar, coordenar e juntar. Ludwig diverge da opção feita por Virgílio Afonso da Silva pelo termo “atribuída”, optando pelo o termo “associada” por entender estar mais próximo do provável sentido que Alexy quis empregar. Independentemente da expressão escolhida pelos tradutores, no contexto da teoria alexyana a expressão não quer significar um acréscimo, mas uma maior precisão do conteúdo inscrito no texto constitucional. LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada**: Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014. p. 34-40.

semânticas a ponto de alcançar clareza conceitual suficiente a permitir sua aplicação precisa e inteligível ao caso concreto.¹³²

Essa norma não se encontra expressamente prevista no texto constitucional, mas nele implícita, sendo resultado da atuação dos tribunais para poder a ela subsumir a situação concreta. A norma de direito fundamental atribuída é, portanto, aplicada mediante *subsunção*. Mas como se pode(ria) saber se uma norma atribuída ao texto constitucional expressa ou não uma norma de direito fundamental? Como se constrói essa nova espécie de norma a ponto de obter tamanha precisão e clareza para ser aplicada ao caso concreto? Para Alexy, as respostas só podem ser encontradas “[...] mediante uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”¹³³.

3.1.2. A Distinção Estrutural Entre Regras e Princípios e a Lei de Colisão

Um dos aspectos centrais na *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ainda que não apareça de forma tão explícita na obra, é justamente a existência de duas espécies de normas de direito fundamental: as expressas diretamente pelo texto constitucional e aquelas que a ele são atribuídas. Nessa segunda espécie, exige-se uma correta fundamentação para que haja legitimidade em sua aplicação, tendo em vista que não estão explicitamente previstas na Constituição, ainda que, conforme Alexy, decorram logicamente de suas disposições.

Assim, para que a fundamentação seja correta do ponto de vista das normas de direito fundamental, Alexy introduz uma de suas principais teses, consistindo na espinha dorsal de todo seu projeto: a diferença entre regras e princípios. Ainda que ambos sejam espécies de normas jurídicas e, portanto, possam ser formulados por meio das expressões deônticas básicas (permissão, ordem e proibição), as modalidades distinguem-se qualitativamente.¹³⁴

Essas diferenças significam que regras consistem em *mandamentos de definição* (*definitive Gebote*), isto é, normas que sempre são ou não satisfeitas definitivamente: se uma regra é válida juridicamente e incide sob uma hipótese fática, então deve ser aplicada e realizado exatamente aquilo que exige, sem maiores elucubrações argumentativas. Por sua vez, “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, assumindo a natureza de *mandamentos de*

¹³² Alexy ilustra seu ponto de vista a partir da norma de direito fundamental constante no artigo 5º, § 3º, 1, da Constituição alemã, que determina a liberdade de pensamento na atividade artística e científica, dispondo que “arte e ciência, pesquisa e ensino são livres” (*Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei*). ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 57.

¹³³ Ibid. p. 61.

¹³⁴ Ibid. p. 72.

otimização (Optimierungsgebote).¹³⁵ Em outras palavras, enquanto regras são normas que se aplicam (ou não) definitivamente ao caso, princípios caracterizam-se por sua satisfação ser realizada em graus variados, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas.

Essa diferença pode ser visualizada com mais evidência nos casos em que duas normas, se consideradas isoladamente, levam a resultados inconciliáveis entre si, isto é, a dois juízos concretos de dever-ser que se contrapõem: um conflito entre duas regras antagônicas somente pode ser solucionado se for introduzida, em uma delas, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida pelos critérios de resolução de antinomias, e, considerando sua natureza de mandamentos de definição, conseqüentemente extirpadas do ordenamento jurídico.¹³⁶

Mas ao passo em que um conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, colisões entre princípios ocorrem em uma *dimensão de peso*: quando dois princípios colidem, um deles deverá ceder frente ao outro, mas não será declarado inválido ou nele introduzida cláusula de exceção. Nesses casos, a prevalência é avaliada conforme o peso que cada um dos princípios obtiver em face das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Alexy transpõe seu raciocínio utilizando o símbolo **P** para a relação de precedência, e as condições sob as quais essa colisão acontece é figurado pela letra *C*. Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 , sob as condições *C*. Chega-se, assim, a seguinte estrutura lógica: $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$.¹³⁷

Ao passo que não há uma relação absoluta de prevalência de um princípio sobre outro, o modo que Alexy encontra para solucionar os casos de colisões é por meio do que chamou de *lei de colisão (Kollisionsgesetz)*, que recebe a seguinte formulação: “[...] As condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.¹³⁸

A partir dessa dicotomia que sustenta a dogmática constitucional de Alexy, podemos ressaltar duas consequências imediatas. A primeira é a impossibilidade de haver uma colisão entre uma regra com um princípio, tendo em vista a natureza distinta de seus modos de aplicação. Regras, enquanto mandamentos de definição, contêm determinações para se realizar exatamente aquilo que exigem, nem mais nem menos; princípios, por outro lado, exigem que sua realização seja feita na medida mais ampla possível, mas que tal realização pode ser

¹³⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 75-77.

¹³⁶ Ibid. p. 77-79.

¹³⁷ Ibid. p. 81-83.

¹³⁸ Ibid. p. 84.

reduzida pela possibilidade de uma colisão com outro(s) princípio(s), o que significa ser possível que o seu cumprimento seja realizado em diferentes graus. Como adverte Virgílio Afonso da Silva, a relação entre regra e princípio não é de colisão, mas de *restrição*, uma vez que a regra restringe a realização do princípio em sua medida mais ampla possível, encurtando radicalmente seu suporte fático.¹³⁹

A segunda consequência é a de que, no interior do pensamento de Alexy, as regras jurídicas são o resultado de um sopesamento entre dois princípios que entraram em colisão. Ao passo que os princípios são normas que ordenam algo ser realizado em sua maior medida, não é apenas possível, mas também provável que dois princípios venham a colidir, o que exigirá um sopesamento entre as razões que sustentam a aplicação de cada um deles para determinar qual, naquele caso concreto, venha a prevalecer. Do resultado dessa colisão surge uma regra cuja formulação semântica se adequa ao litígio em questão a ponto de ser aplicável por mera subsunção. Esse sopesamento entre princípios que dá origem às regras é feito abstratamente pelo legislador (e, nos casos em que a situação trazida à apreciação judicial não foi objeto de legislação, isto é, em casos em que não há regra prevista para a hipótese, é feito pelo próprio juiz) e realizado dentro dos limites de sua discricionariedade estrutural e epistêmica, coroando a tese de que a regra, além de ser aplicável por subsunção, expressa uma restrição à extensão do suporte fático amplo do princípio.¹⁴⁰

Diante dessas colocações, podemos retornar à indagação a respeito da fundamentação das normas de direitos fundamentais atribuídas. Uma vez que se trata de normas caracterizadas

¹³⁹ “Em geral, não se pode falar de uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição”. AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 52.

¹⁴⁰ É possível haver colisão entre princípios quando (1) a regra é vaga e/ou ambígua, fazendo-se necessário inserir uma cláusula de exceção; (2) não há regra no ordenamento prevista para o caso, implicando uma “aplicação direta” de princípios e a peculiaridade de se recorrer diretamente à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, como se verá a seguir; (3) a regra, ao proteger demasiadamente um bem jurídico, fere outro, cuja saída seria não realizar a subsunção (*caso Gerald Thomas*); (4) a regra protege insuficientemente um direito fundamental, como no caso do art. 1º, II, da Lei nº. 7.670/88 que autorizava, à época, o levantamento do valor do FGTS para tratamento clínico de *titular da conta* portador de HIV, mas não para seus dependentes. Nessa hipótese, haveria uma colisão entre o direito à vida e a regra que restringia o uso do Fundo, o que exigiria uma decisão *contra legem*, criando-se uma regra. “Não é, contudo, um sopesamento que se repete a cada decisão. Isso porque, uma vez consolidado o entendimento em determinado sentido, *cria-se uma regra* que institui exceção à regra proibitiva. Ou seja: os juízes, ao liberar o levantamento dos valores mesmo em casos vedados ou não previstos pela legislação, não fazem uma análise caso por caso, como ocorre nas hipóteses de colisão entre princípios. O que ocorre, como mencionado, é a criação de uma regra – por exemplo: “É permitido o levantamento dos valores da conta do FGTS para tratamento de saúde de dependentes do titular nos casos em que esses sejam portadores do HIV” -, e essa regra é aplicada por subsunção. Por isso, pode-se dizer que essa é uma regra como outra qualquer, que é o produto do sopesamento entre dois princípios. A única diferença é que ela não decorre de uma disposição legal, mas de uma construção jurisprudencial”. *Ibid.* p. 55-56.

por possuir clareza e precisão conceitual a ponto de serem aplicáveis por subsunção, sua natureza é a de regras, o que implica que sua própria construção se deu por uma colisão entre princípios. Não por outro motivo, Alexy conclui que:

Como resultado de todo sopesamento correto do ponto de vista dos direitos fundamentais formula-se uma norma de direito fundamental atribuída com estrutura de regra em relação a qual o caso pode ser subsumido.¹⁴¹

Daí a razão de Alexy ressaltar o distinto caráter *prima facie* das regras em relação aos princípios. Enquanto as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que ordenam (nem mais, nem menos), os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, apresentando razões a ser sopesadas em confronto com razões antagônicas.¹⁴²

Exemplificativamente, podemos dizer que o princípio da liberdade de expressão (art. 5º, IX, da CF), protege *prima facie* o direito daquele que comete que pratica o crime de injúria. No entanto, diante do caráter de mandamento de otimização, esse princípio colide com outro que protege o direito à honra e à imagem pessoal, justificando, como resultado dessa colisão, a criação de uma regra que proíbe tal tipo de prática (art. 140, do CP).¹⁴³

Ademais, Alexy menciona a possibilidade de as cláusulas de exceção às regras poderem ser introduzidas na medida em que estão justificadas por princípios. Como não é possível que uma regra colida diretamente com um princípio (já que regras não são sopesáveis, mas, ao contrário, aplicáveis por subsunção), esses casos nos levam à hipótese de haver uma colisão entre o princípio que sustenta a regra colidir com aquele que embasa a cláusula que a excepciona ou pretende afastá-la.¹⁴⁴

Sabemos que um princípio cede lugar quando é conferido um peso maior ao princípio antagônico nos casos de colisão entre eles em um determinado caso concreto. Mas Alexy adverte que, para que não seja aplicada a regra, não é suficiente atribuir um peso maior ao princípio contrário àquele que a sustenta, mas é ainda necessário superar os *princípios formais* (como o da competência decisória do legislador democraticamente legitimado). Tais princípios

¹⁴¹ „Als Ergebnis jeder richtigen grundrechtlichen Abwägung läßt sich eine zugeordnete Grundrechtsnorm mit Regelcharakter formulieren, unter die der Fall subsumiert werden kann.“. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 87.

¹⁴² Ibid. p. 87-89.

¹⁴³ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 153-154.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. **Archives für Rechts- und Sozialphilosophie**, Frankfurt am Main, Beiheft 25, 1985, p. 20

ordenam que às regras criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas, a fim de não se relativizar sem motivos uma prática estabelecida.¹⁴⁵

O caminho que remete o intérprete do princípio até o juízo concreto de dever-ser definitivo passa por uma relação de preferência que, segundo a lei da colisão, ocasionará na definição de uma regra. Sempre que um princípio se apresentar como razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, ele será o fundamento de uma regra definitiva para esse juízo. Essa dicotomia nos permite concluir, nos passos de Alexy, que as normas de direito fundamental, por sua estrutura semântica aberta, têm natureza de princípios enquanto mandamentos de otimização. Porém, isso não impede que sejam formuladas com a natureza de regras, ao se inserir cláusulas que restrinjam a amplitude de seu suporte fático, como no caso das normas de direito fundamental *atribuídas*, o que leva o professor alemão a formular a tese do *duplo caráter das normas de direitos fundamentais*.¹⁴⁶

Além dessas considerações, Alexy não deixa de ressaltar a circunstância de que princípios e valores estão intimamente relacionados, a ponto de que seria possível falar tanto de uma colisão (ou de um sopesamento) entre princípios como entre valores. O que os diferencia é que, enquanto os princípios possuem um caráter deontológico, exigindo que o é *prima facie* devido, os valores se revestem de um caráter axiológico (digno), exigindo o que é *prima facie* melhor.¹⁴⁷

Essa constatação evidentemente não surge do vazio. A relação íntima entre o Direito com a Moral parte, sobretudo, da própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. A partir do caso Lüth, a Corte Constitucional alemã estabeleceu que a Constituição não pretende ser uma “ordenação axiologicamente neutra”, mas uma *ordem objetiva de valores (objektive Wertordnung)* válida sobre todos os ramos do Direito.¹⁴⁸

No entanto, enquanto valores, seu conteúdo normativo não pode ser objeto de evidência, mas, conforme Alexy, analisado sob a ótica de sua fundamentação racional. Assim, a teoria dos princípios recorre à noção de *sopesamento (Abwägung)* – retomando o conceito de Phillip Heck na época da Jurisprudência dos Interesses - para determinar o peso concreto dos princípios em colisão, ponto a partir do qual Alexy explora a correta fundamentação metodológica para a construção das normas de direitos fundamentais atribuídas, o que será visto com maiores detalhes no tópico seguinte.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 89-90.

¹⁴⁶ Ibid. p. 122-125.

¹⁴⁷ Ibid. p. 133-134.

¹⁴⁸ Ibid. p. 134-135.

3.1.3. A Máxima da Proporcionalidade e as Leis (Material e Epistêmica) do Sopesamento

A partir da dicotomia entre regras e princípios, Alexy estabelece, além da metodologia adequada para cada uma dessas espécies de norma, os parâmetros de fundamentação para as decisões judiciais que envolvam normas de direitos fundamentais (atribuídas), mais precisamente, nos casos de colisão entre princípios. Esses parâmetros serão fornecidos pelo que Alexy denomina de *máxima da proporcionalidade* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).¹⁴⁹

Ao partir da tese do Tribunal Constitucional Federal de que a máxima da proporcionalidade decorre da própria essência dos direitos fundamentais, Alexy a divide em três submáximas: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, que definem a noção de *otimização* na sua teoria dos princípios.¹⁵⁰ Segundo Alexy, a adequação e a necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas.¹⁵¹

A submáxima da adequação traduz a eficiência de Pareto ao procurar eliminar os meios que não sejam adequados para promover determinado direito fundamental e que, além disso, restringem outros, como o caso da lei que obriga comerciantes a fazerem curso profissionalizante como condição de obter licença para colocar máquina de venda de cigarros em seus estabelecimentos. Conforme Alexy, a imposição dessa lei, além de ser inadequada ao fim que se destina (proteger o consumidor contra os perigos do tabaco), ofende também o direito fundamental à liberdade profissional do comerciante. A escolha do legislador nesse caso é desproporcional e, por conseguinte, inconstitucional.¹⁵²

¹⁴⁹ Sobre a confusão que se pode tomar com o termo “princípio da proporcionalidade”, Virgílio Afonso da Silva esclarece que “[...] Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo “princípio” é deixar claro que ele, na expressão “princípio da proporcionalidade”, não tem o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy”. AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002. p. 27.

¹⁵⁰ Segundo Virgílio Afonso da Silva, entre as três submáximas da proporcionalidade há uma relação de subsidiariedade, isto é, somente deve ser realizada a proporcionalidade em sentido estrito depois de consideradas as submáximas da adequação e da necessidade, consecutivamente. Para o constitucionalista, “[...] a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito”. AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002. p. 35-36.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. **Nachwort / Postscript**. op. cit. p. 11 e segs.

¹⁵² Idem, ideim, p. 15-17.

Já a submáxima da necessidade requer que, havendo dois meios adequados a promover determinado princípio, deve ser escolhido aquele que interfira menos intensamente possível a outros princípios que possam ser atingidos. É o caso da Portaria editada pela Administração Pública que proíbe a comercialização de produtos feitos com flocos de arroz, mas vendidos como se fossem de chocolate ao consumidor. Essa norma é desproporcional (ferindo a submáxima da necessidade), porque é possível promover o princípio da proteção ao consumidor ao se utilizar um meio menos invasivo ao princípio da liberdade profissional: simplesmente impor que as embalagens dos produtos venham com um rótulo informativo dos produtos utilizados em sua fabricação.¹⁵³

Entretanto, Alexy reconhece que é possível existir casos em que um terceiro princípio seja prejudicado pela adoção de um meio menos ofensivo a determinado princípio, hipótese em que os custos seriam inevitáveis. Ainda, também é possível que ocorra colisão entre princípios sem que haja uma regra jurídica predeterminada ao caso concreto, motivo pelo qual se recorre diretamente à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista que as primeiras duas submáximas somente se aplicam para avaliar a proporcionalidade do meio (regra) utilizado pelo legislador para resguardar determinado direito fundamental.¹⁵⁴ Considerando a relação de subsidiariedade entre as três submáximas, nessas duas hipóteses narradas (que não são poucas), a solução deve recorrer à proporcionalidade em sentido estrito.

Na medida em que dois princípios, por sua natureza como mandamentos de otimização, entram em conflito e o impasse não puder ser resolvido por meio da verificação das submáximas da adequação e necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito é acionada e fornece como solução a chamada *lei do sopesamento* (*Abwägungsgesetz*), com a seguinte redação: “[...] quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, maior deverá ser a importância da satisfação do outro”.¹⁵⁵

Em outras palavras, a lei do sopesamento consiste em um procedimento dividido em três passos em que, no primeiro, avalia-se o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios; no segundo, determina-se a importância da satisfação do princípio colidente; e no

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Nachwort / Postscript* (Texto sem publicação do autor no original), 2000. p. 17-19.

¹⁵⁴ Como esclarece Virgílio Afonso da Silva, “[...] pode ser que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador. Nesses casos, isto é, nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto – e esses casos são muito mais raros –, deve, aí, sim – haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto. A razão é muito simples: se a aplicação da regra da proporcionalidade implica três questões – (a) A medida é adequada para fomentar o objetivo fixado? (b) A medida é necessária? E (c) a medida é proporcional em sentido estrito? –, é mais que óbvio que *deve haver uma medida concreta que será testada*”. AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. op. cit. p. 179.

¹⁵⁵ „Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muß die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein“. ALEXY, Robert. *Nachwort / Postscript*. op. cit. p. 21.

terceiro é analisada se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.¹⁵⁶ Essa avaliação inclui não somente o peso concreto de cada princípio como também a análise da grandeza abstrata de sua importância, como no caso da vida humana superior à liberdade geral.¹⁵⁷

Esse alicerce desenvolvido por Alexy apresenta, de um lado, determinado princípio (P_i) que sofre uma intervenção (I) em determinado grau; do outro, encontra-se um segundo princípio (P_j) cuja importância (W) se contrapõe na colisão. Esse conflito entre princípios exige, em ambos os lados, a verificação de circunstâncias concretas e abstratas para a decisão do caso concreto (C), saindo o resultado da contraposição entre a intensidade de intervenção (IP_i) em P_i com a importância concreta (WP_j) daquele P_j .¹⁵⁸

A maneira como Alexy constrói a colisão de princípios lhe permite ir adiante e construir uma escala com as categorias “ s ” (leve), “ m ” (moderado) e “ s ” (sério) para ilustrar o grau de intervenção (ou não satisfação) em determinado direito fundamental e, proporcionalmente, o tamanho da importância daquele que põe em antagonismo. Na medida em que o grau de intervenção no princípio (P_i) e a importância do princípio (P_j) estarão enquadrados nos níveis “ l ”, “ m ” ou “ s ”, são possíveis formar nove arranjos diversos: em três, o princípio (P_i) teria precedência em relação ao princípio (P_j); em outros três diametralmente opostos, o princípio (P_j) teria primazia; e, nos outros três, haveria um impasse, e, portanto, o *locus* da discricionariedade estrutural para sopesar.

Ainda que o jusfilósofo alemão reconheça que os escalonamentos criados apenas representam limiares rudimentares, Alexy acredita ser possível construir uma ilustração lógica que expresse o peso concreto de um princípio sob as circunstâncias de um determinado caso. Trata-se da *fórmula do peso* (*Gewichtsformel*):

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

O símbolo introduzido nessa fórmula pelo autor é “ G ”, que significa o peso concreto de P_i , e, por consequência, a importância de P_j sob as circunstâncias do caso concreto (C). Dessa forma, $P_{i,j}$ define o quociente entre a intensidade da intervenção nesse princípio e a importância do contrário a ele. Em relação à grandeza abstrata dos princípios, Alexy as simboliza por GP_iA e GP_jA e as acrescenta à sua equação:

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

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. *Nachwort / Postscript* (Texto sem publicação do autor no original), 2000. p. 21-22.

¹⁵⁷ Ibid. p. 29.

¹⁵⁸ Ibid. p. 29-33.

No entanto, a fórmula do peso recebe novos elementos nos casos em que a colisão envolve mais de um princípio em favor da intervenção em determinado direito fundamental, hipótese em que a equação recebe a seguinte figuração:¹⁵⁹

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA}{WP_jC \cdot GP_jA + \dots + WP_nC \cdot GP_nA}$$

Dentre as possibilidades para a atribuição dos pesos dos princípios, Alexy sugere os valores 1 para *l*, 2 para *m*, e 4 para *s* para designar matematicamente a intensidade da intervenção e o grau de importância dos princípios em casos em que P_i tem precedência. Com esses números, Alexy quer demonstrar que o princípio P_i tem um peso concreto ($GP_{i,j}C$) alto (4) quando contra ele se pretende impor uma intervenção séria (*s*) por um motivo pouco importante (*l*); da mesma forma, seu peso concreto diminui (2) quando a intervenção séria (*s*) ocorre em virtude de uma importância moderada (*m*) na satisfação do princípio colidente; da mesma forma, terá o mesmo peso (2) quando ocorrer uma intervenção moderada (*m*) sob um motivo de pouca importância (*l*). Assim, o valor de P_i deve ser superior a 1 quando obtiver precedência diante de P_j . Vale o oposto para os casos em que o peso concreto de P_j supera o de P_i , isto é, quando os valores são inferiores a 1, obtendo-se as seguintes hipóteses ao peso concreto de P_i : $l/s = 1/4$, $m/s = 1/2$, $l/m = 1/2$.¹⁶⁰

Seguindo os passos do Tribunal Constitucional Federal, Alexy refere que somente haverá desproporcionalidade em sentido estrito nas hipóteses em que a importância das razões para a intervenção fica abaixo da intensidade da intervenção em um direito fundamental (P_i). A Corte alemã entende compatíveis com a Constituição as intervenções em direitos fundamentais não somente quando a importância dos motivos para a intervenção forem maiores do que a intensidade da mesma, como nos casos de equivalência entre a importância das razões e a intensidade da intervenção. Nesses casos de impasse, significa que o legislador está autorizado a escolher agir ou não, pois está diante do seu espaço de discricionariedade estrutural para sopesar.¹⁶¹

Além da inafastabilidade de um espaço discricionário de atuação do legislador nos casos de impasses estruturais no sopesamento, também é possível que os mesmos ocorram nos três níveis da escala. Ao acompanhar a linha de impasses, a discricionariedade estrutural surge nos

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Nachwort / Postscript** (Texto sem publicação do autor no original), 2000. p. 33.

¹⁶⁰ Ibid. p. 34-36.

¹⁶¹ Em defesa da máxima da proporcionalidade, Wilson Steinmetz refere: “[...] dos poderes públicos, o Legislativo é o primeiro a ter de se vincular ao princípio da proporcionalidade. O legislador também está vinculado à Constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais. Evidentemente, como poder democraticamente legitimado pelo voto popular, poderá eleger os fins e os meios, mas nos limites da legitimidade constitucional”. STEINMETZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 196.

casos em que o legislador pretende intervir de forma mais intensa em determinado direito fundamental, mas a importância de tais razões acompanha o mesmo grau de intensidade, segundo as hipóteses (*l/l*), (*m/m*) ou (*s/s*).¹⁶²

No entanto, ainda que houvesse um refinamento na escala triádica (criando divisões intermediárias entre os níveis leve, moderado e sério), Alexy reconhece que os impasses, por menores que sejam, não podem ser completamente eliminados. Como já visto, também existe a possibilidade de colisões entre princípios constitucionais em casos em que não se discute a proporcionalidade de uma regra, mas a violação a direito fundamental em face de determinada conduta ou medida, exigindo uma postura ativa do Judiciário na elaboração da norma de direito fundamental atribuída que será aplicada ao caso concreto. Por isso, Alexy conclui que:

Os direitos fundamentais não são algo que possa ser subdividido de forma tão refinada que exclua impasses estruturais a ponto de perder seu sentido prático. Isso significa que de fato existe uma discricionariedade estrutural para sopesar tanto do Legislativo como do Judiciário.¹⁶³

Apesar de reconhecer a inevitabilidade de um espaço discricionário para sopesar as razões, Alexy não encerra sua teoria dos princípios definitivamente com essa conclusão. Isso porque os impasses estruturais podem decorrer não apenas da estrutura normativa dos direitos fundamentais – na qual, como foi visto, não consegue impedir a existência de impasses -, mas também pelas dificuldades cognitivas para avaliação do peso de cada princípio em colisão. Essa bifurcação leva Alexy a reconhecer a existência não apenas de uma discricionariedade estrutural, mas de uma discricionariedade epistêmica, que, por sua vez, pode ser de dois tipos: empírica ou normativa.¹⁶⁴

A discricionariedade epistêmica de tipo empírico surge nos casos em que há incerteza acerca das premissas empíricas nas quais servirão de base para atribuir peso aos princípios. É um tipo de discricionariedade que surge da insegurança científica em relação aos perigos, riscos e danos que determinada conduta pode causar.

Nesses casos, ainda que o Tribunal Constitucional Federal reconheça que a incerteza sobre os efeitos de uma lei em um futuro incerto não pode excluir a competência do legislador para aprova-la, ainda que venha a ter alto impacto social, tal insegurança não pode ser suficiente

¹⁶² ALEXY, Robert. **Nachwort / Postscript** (Texto sem publicação do autor no original), 2000. p. 36-37.

¹⁶³ „Die Grundrechte sind kein Stoff, der so fein gegliedert ist, daß er strukturelle, also echte Abwägungspatts in einem Maße ausschließt, daß sie praktisch bedeutungslos sind. Das aber bedeutet, daß ein Abwägungsspielraum als struktureller Spielraum der Legislative und der Judikative tatsächlich existiert.“ Ibid.. p. 40.

¹⁶⁴ Ibid. p. 41-42.

para afastar a possibilidade de controle por parte da jurisdição constitucional. Assim, os direitos fundamentais enquanto princípios exigem que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a interferência seja proporcional à intensidade da intervenção, conduzindo a uma segunda lei do sopesamento, denominada de *lei epistêmica do sopesamento* (*epistemische Abwägungsgesetz*), com a seguinte redação: “[...] Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se sustenta”.¹⁶⁵

No caso de uma intervenção de alta intensidade a um direito fundamental, deve ser exigida uma (também) elevada certeza quanto às premissas empíricas que a sustentam, e, desse modo, não será apenas levado em conta a importância material das razões envolvidas no sopesamento, mas também aspectos cognitivos em uma idêntica escala matemática triádica. A fórmula do peso passa a receber o símbolo *S* para designar a segurança das suposições empíricas que dizem respeito à satisfação de *P_i* e *P_j*. Veja-se:¹⁶⁶

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA} \cdot SP_{iC}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}}$$

A discricionariedade epistêmica de tipo normativo, por sua vez, decorre da incerteza acerca daquilo que é proibido, obrigatório ou permitido ao legislador. Para Alexy, é possível haver casos em que é impossível reconhecer se os direitos fundamentais permitem, obrigam ou proíbem determinada conduta ou ação e, nesses terrenos, o legislador está autorizado a criar regras conforme sua orientação política. Assim, os limites da discricionariedade estrutural são os mesmos da discricionariedade epistêmico-normativa, tendo em vista a existência de uma margem de escolhas sem que se identifique violação a algum direito fundamental.¹⁶⁷

Diante disso, a colisão entre direitos fundamentais enquanto princípios materiais não consegue evitar que, nessas situações de impasse estrutural, suceda-se a aplicação do princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado como critério decisivo. Enquanto princípio formal, ele não tem nenhum conteúdo, mas exige que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo Poder Legislativo enquanto instância política democraticamente legitimada.¹⁶⁸

Alexy reconhece a objeção de que se o princípio formal prevalece diante de princípios materiais, a hierarquia jurídica ficaria abalada e o papel da jurisdição constitucional

¹⁶⁵ „Je schwerer ein Eingriff in ein Grundrecht wiegt, desto größer muß die Gewißheit der den Eingriff tragenden Prämissen sein.“ ALEXY, Robert. **Nachwort / Postscript** (Texto sem publicação do autor no original), 2000. p. 47.

¹⁶⁶ Ibid. p. 49.

¹⁶⁷ Ibid. p. 50-52.

¹⁶⁸ Ibid. p. 45.

extremamente reduzido, tendo em vista que se abriria a possibilidade de restrições a direitos fundamentais não suscetíveis de controle jurisdicional. Para Alexy, no entanto, essa posição ignora que o princípio formal, por si só, não é suficiente para superar um princípio material de direito fundamental. Princípios formais apenas participam do sopesamento quando estiverem conectados a um dos princípios materiais em colisão – o que Alexy chama de *lei da conexão* (*Verbundgesetz*) – e, além disso, unicamente nos momentos de impasses epistêmicos.¹⁶⁹

Desse modo, Alexy pode refutar a objeção de que o sopesamento seria um procedimento que consistiria em uma “fórmula vazia”, ainda que em si mesmo não estabeleça um parâmetro sob o qual os casos possam receber uma decisão definitiva. A questão da valoração no interior do sopesamento, intimamente ligada ao peso dos princípios, é respondida por Alexy pela possibilidade de fundamentação racional de tais enunciados. Diante disso, o jusfilósofo alemão aposta em uma “[...] teoria dos princípios com um modelo de sopesamento na qual a estrutura formal do sopesamento é vinculada a uma teoria da argumentação jurídica que inclui uma teoria da argumentação prática geral”.¹⁷⁰

3.2. Aspectos Decisivos na Teoria da Argumentação Jurídica

A teoria dos princípios sustenta que quando duas normas de direitos fundamentais entram em colisão é necessário aplicar a máxima da proporcionalidade em suas três submáximas, considerando a relação de subsidiariedade entre elas. Nos casos em que o conflito deve ser solucionado pela proporcionalidade em sentido estrito, a lei do sopesamento oferece os parâmetros para considerar a satisfação e a importância de cada princípio, reconhecendo ser necessário haver uma vinculação a uma teoria da argumentação jurídica para justificar racionalmente as valorações do intérprete.

Ao conectar esses dois pilares teóricos, Alexy ergue sua *Teoria da Argumentação Jurídica* sob a tese absolutamente central em todo seu pensamento: a de que o discurso jurídico constitui um caso especial do discurso prático geral. Mas o que isso significa especificamente e quais as consequências dessa formulação para fundamentação e interpretação de decisões judiciais? Para demonstrar no que consiste o discurso prático geral, Alexy parte de diversas

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. **Nachwort / Postscript** (Texto sem publicação do autor no original), 2000. p. 53-57.

¹⁷⁰ „Eine derartige Antwort vermag das auf der Prinzipientheorie ruhende Abwägungsmodell zu geben, indem es die formale Struktur der Abwägung mit einer Theorie der juristischen Argumentation verknüpft, die eine Theorie der allgemeinen praktischen Argumentation einschliesst.“ Id. **Theorie der Grundrechte**. op. cit. p. 154.

teorias analíticas e normativas e com elas vai progressivamente construindo um esboço de uma teoria geral do discurso prático racional.

3.2.1. A Tese do Caso Especial e a Pretensão de Correção

No tópico 1.3 foi esclarecido que a construção da teoria discursiva de Alexy tem como seu ponto de partida a noção de linguagem enquanto atividade guiada por regras, presente no segundo Wittgenstein, seguida pela teoria dos atos da fala de John Langshaw Austin, até a teoria consensual da verdade de Habermas, e sendo complementada pelas posições da Escola de Erlangen e a retórica de Perelman. Esse esboço é o resultado encontrado por Alexy para a formulação de regras e formas do discurso prático geral a fim de demonstrar a possibilidade de fundamentar enunciados normativos.

Depois que Alexy expõe seu esboço de uma teoria do discurso prático geral, incorporando nela uma série de descobertas realizadas em geral pela filosofia analítica da linguagem, o jusfilósofo se dedica em sustentar a *tese do caso especial* (*Sonderfallthese*), isto é, os motivos pelos quais o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Segundo Alexy, existem três razões básicas que sustentam essa tese.¹⁷¹

A primeira refere que, no final das contas, tanto o discurso produzido pelo Direito como a argumentação prática geral dizem respeito àquilo que é obrigatório, proibido ou permitido. Em outras palavras, ambas as esferas se encontram em uma racionalidade prática, preocupada com a ação humana.¹⁷²

A segunda - e certamente a mais incisiva - sustenta que os dois tipos de argumentação levantam também uma *pretensão de correção* (*Anspruch auf Richtigkeit*). Os discursos práticos geral e jurídico reivindicam que seus enunciados são corretos, que estão justificados do ponto de vista de uma racionalidade prática.¹⁷³

A terceira razão mostra que a espécie (o discurso jurídico) possui características que se diferenciam do gênero (discurso prático geral), justificando a tese do caso especial. Ela afirma que a argumentação jurídica levanta uma pretensão de correção diferente daquela requerida pelo discurso prático geral, uma vez que se preocupa em buscar justificação de seus enunciados dentro do ordenamento jurídico válido e existente. Aquilo que pode ser considerado “correto”

¹⁷¹ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 263-271.

¹⁷² Ibid. p. 263.

¹⁷³ Ibid. p. 264-268.

em um sistema jurídico depende daquilo que é estabelecido autoritativa ou institucionalmente.¹⁷⁴

As duas primeiras razões mostram que o discurso jurídico possui características idênticas ao discurso prático geral e, por essa razão, compartilha com esta uma dimensão ideal. No entanto, a terceira razão mostra que o discurso jurídico é um *genus proximum*, isto é, que diferentemente do discurso prático geral, está essencialmente vinculado às leis, à jurisprudência e à própria dogmática jurídica.¹⁷⁵

Alexy ressalta que esse caráter especial não significa que a argumentação jurídica tenha um caráter exclusivamente ligado ao material autoritativo ou institucional (lei, precedentes e dogmática). Mesmo nesse contexto opera a dimensão ideal do discurso prático geral. A tese do caso especial estabelece uma conexão necessária entre Direito e Moral. Alexy enxerga uma textura aberta das normas jurídicas decorrente de fenômenos como a vagueza da linguagem, possibilidade de colisão entre normas e de se afastar precedentes, dificuldade de encontrar a intenção do legislador, e até mesmo, ainda que excepcionalmente, haver decisões contrárias ao texto expresso de uma lei. Em tais casos, o material autoritativo se esgota e, na medida em que as decisões judiciais devem ser fundamentadas racionalmente como exige a pretensão de correção, as razões para tal decisão devem incluir razões não-autoritativas, isto é, razões que transcendem a lei, os precedentes e a dogmática jurídica. Essas razões só podem ser as delineadas pelo discurso prático geral.¹⁷⁶

Entretanto, a tese do caso especial não esteve imune a críticas. Habermas objeta contra Alexy no sentido de que o discurso jurídico não deveria ser concebido como um subconjunto do discurso moral, mas antes, esse se refere *desde o início* ao próprio Direito democraticamente produzido. Habermas parece querer dizer que, quando o discurso moral se transforma em norma jurídica, ele sofre uma transformação não apenas na dimensão de validade, mas também em seu conteúdo. Para o filósofo de Frankfurt, discursos jurídicos estão inseridos no sistema jurídico desde o seu nascedouro.¹⁷⁷

A réplica contra as objeções de Habermas surge do que se entende por “discurso prático geral”. Alexy reconhece que se entendermos essa expressão como um sinônimo de “discurso moral”, a objeção de Habermas é de fato procedente, na medida em que, para a teoria

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 269-271.

¹⁷⁵ Id. The special case thesis. **Ratio Juris**, v. 12, n. 4, p. 374-385, 1999. p. 374-376.

¹⁷⁶ Id. Five questions. In: NIELSEN, M. E. J. (Org.). In: **Legal philosophy**: 5 questions. Nova Iorque: Automatic Press, p. 1-11.

¹⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.op. cit. p. 250-286.

habermasiana discursos morais dizem respeito somente às condutas universalizáveis. No entanto, o discurso prático geral não se limita unicamente ao que seja passível de universalização, mas incorpora também razões éticas e pragmáticas. Segundo Alexy, a argumentação moral nos termos como Habermas a formula muitas vezes não é adequada para resolver problemas práticos, devendo ser complementada por argumentos éticos ou pragmáticos para poder decidir quais meios são mais adequados para realização de certos fins, o que leva, em certos casos, ao problema da atribuição de pesos, como se vê na máxima da proporcionalidade.¹⁷⁸

Mas e quanto à pretensão de correção decorrente da tese do caso especial? Seria ela uma derivação necessária do discurso jurídico? Em outras palavras, o Direito necessariamente levantaria uma pretensão de correção? Para Alexy, a resposta a essas questões é positiva: a pretensão de correção está necessariamente implícita no Direito. O professor de Kiel sustenta sua posição recorrendo ao recurso analítico da *contradição performativa*, que já estava nas teorias de Austin e Habermas. Um exemplo claro de uma contradição performativa seria a hipótese de um dos artigos preambulares de uma Constituição conter a seguinte redação:

*X é uma República soberana, federal e injusta.*¹⁷⁹

Não é preciso muito esforço para diagnosticar a incongruência do dispositivo em sua parte final. A contradição performativa surge quando há uma incompatibilidade entre o que é implicitamente pretendido quando se produz uma ação (como a promulgação de uma Constituição democrática) com o que está explicitamente declarado (como a injustiça). Alexy vai além e refere que a relação entre Direito e a pretensão de correção não está confinada ao momento constituinte, mas presente em todo o ordenamento jurídico, incluindo os atos decisórios. Seria o caso de uma sentença criminal que referisse o seguinte:

*O acusado é condenado à pena de prisão perpétua, o que constitui uma interpretação incorreta do Direito existente.*¹⁸⁰

O núcleo da tese do caso especial consiste fundamentalmente em sustentar que se formula uma pretensão de correção não apenas no discurso prático geral, mas também no discurso jurídico. Enquanto no discurso prático geral se coloca a preocupação sobre a possibilidade de justificação racional de enunciados normativos, a pretensão de correção que

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. The special case thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, p. 374-385, 1999.

¹⁷⁹ Id. Zur Kritik des Rechtspositivismus. *Archives für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, Beiheft 37, p. 9-26, 1990. p. 16-17; também ALEXY, Robert. Die Doppelnatur des Rechts. *Der Staat*, v. 50, n. 3, p. 389-404, 2011. p. 390.

¹⁸⁰ Id. Zur Kritik des Rechtspositivismus. *Archives für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, Beiheft 37, p. 9-26, 1990. p. 16-17; também Id. Die Doppelnatur des Rechts. *Der Staat*, v. 50, n. 3, p. 389-404, 2011. p. 391-393.

ocorre no discurso jurídico exige uma fundamentação racional conforme o ordenamento jurídico vigente. Mas o que isso significa em termos práticos? Como ingressa a possibilidade de argumentação sob razões não-institucionais (extrajurídicas)? Após a exposição geral da tese do caso especial é possível então adentrar na teoria da argumentação jurídica de Alexy, que traçará as linhas básicas para responder a esses questionamentos.

3.2.2. Os Traços Fundamentais da Argumentação Jurídica

Para poder cumprir a complexa tarefa de justificar proposições jurídicas, Alexy criou dois grandes grupos de regras e formas da argumentação jurídica. Cada um deles diz respeito a um dos seguintes aspectos de justificação: a) a *justificação interna*, que se refere à relação lógica entre as premissas e o resultado, e b) a *justificação externa*, cujo objeto é a própria correção (fundamentação) das premissas utilizadas.¹⁸¹

Os problemas de justificação interna correspondem ao tradicional silogismo jurídico. Para explicar sua formulação mais básica, Alexy apresenta a forma (J.1.1)¹⁸² em que nela “*x*” significa uma variável em relação ao comportamento de um indivíduo “*a*”; e “*T*”, um predicado que representa determinada situação concreta prevista pela norma. O símbolo “ \rightarrow ” atua como condição com formato “se A, então B”, seguido de um operador deôntico “*O*” que designa um “dever ser”. Por fim, o predicado “*R*” expressa o que o destinatário da norma deve realizar, e “*ORa*”, a conclusão da operação lógica. No exemplo apresentado pelo autor:

O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço;

O senhor M é um soldado;

O senhor M deve dizer a verdade em questões de serviço.

Mas nem todo litígio jurídico é tão simples. Há casos em que a norma contém propriedades que não se adéquam ao fato subsumível, possibilitando diversas interpretações e consequências jurídicas, exigindo uma complementação por meio de recursos explicitadores, limitativos ou extensivos. Por essa razão, Alexy traça uma segunda forma (2.1.2)¹⁸³ mais ampla

¹⁸¹ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 273.

¹⁸² (J.1.1) (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

(2) *Ta*

(3) *ORa* (1),(2)

Ibid. p. 274.

¹⁸³ (J.1.2) (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

(2) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$

(3) $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$

...

(4) $(x) (Sx \rightarrow M^n x)$

de um silogismo mais completo, em que “*Sa*” significa a descrição dos fatos, enquanto que “*M*” e seus expoentes “*n*” desempenham as várias características relevantes para a aplicação da conduta prevista. Além das regras (J.2.1) e (J.2.2) válidas a qualquer silogismo, Alexy sustenta que nesses casos mais complexos devem ser observadas também (J.2.3), (J.2.4) e (J.2.5),¹⁸⁴ na medida em que garantem a racionalidade da relação estabelecida entre as premissas.

Delineadas as regras e formas que operam na justificação interna, Alexy desenvolve na justificação externa o modo de fundamentação das premissas utilizadas para compor o silogismo.¹⁸⁵ Tais premissas podem ser divididas em três tipos: a) regras de direito positivo; b) enunciados empíricos; c) demais tipos de premissas. Conforme a classe de premissas corresponde uma maneira de fundamentação distinta, o que pressupõe a possibilidade de fundamentação de enunciados que não são enunciados empíricos ou de direito positivo.¹⁸⁶

As formas de argumentos da justificação externa se preocupam com a análise lógica de seis grupos de regras e formas: (i) argumentação empírica; (ii) cânones de interpretação; (iii) argumentação da Ciência do Direito; (iv) uso dos precedentes; (v) formas especiais de argumentos jurídicos; (vi) argumentação prática geral.¹⁸⁷

O *primeiro grupo*, que trata da argumentação empírica, é examinado brevemente por Alexy na medida em que a sua relevância consiste no fato de quase todo discurso jurídico incluir enunciados empíricos (ações concretas, fatos singulares, estado de coisas, etc.). Evidentemente, o próprio autor reconhece que tal análise mais acurada só pode ser elaborada mediante uma cooperação interdisciplinar com as demais áreas do conhecimento.¹⁸⁸

No *segundo grupo*, sobre a interpretação, o jurista alemão busca uma releitura dos cânones clássicos da interpretação jurídica de Savigny para discutir a sua estrutura lógica e esclarecer a sua função dentro da argumentação, agrupando-os em seis formas concretas de

(5) *Sa*

(6) *ORa* (1)-(5)

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 279.

¹⁸⁴ (J.2.1) Para fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal; (J.2.2) Da decisão jurídica se deve logicamente seguir pelo menos uma norma universal; (J.2.3) Sempre que exista dúvida se “*a*” é um T ou um M, há que se apresentar uma regra que decida a questão; (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. Ibid. p. 275-280.

¹⁸⁵ Importante o esclarecimento de Matthias Klatt e Moritz Meister de que a distinção entre a justificação externa e interna está diretamente ligada não apenas à argumentação, mas também à lei do sopesamento. *In verbis*: “The distinction between internal and external justification matters here. It is concerned with the relation of balancing and reasoning. Again, this distinction has been developed in the context of argumentation by means of the syllogism, but it is applicable to balancing as well”. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. op. cit. p. 54.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**, op. cit., p. 283-284.

¹⁸⁷ Ibid. p. 285.

¹⁸⁸ Ibid. p. 285-288.

argumentos: semântico – com as formas (J.3.1), (J.3.2) e (J.3.3) -,¹⁸⁹ genético, seguindo as formas (J.4.1) e (J.4.2),¹⁹⁰ histórico, comparativo, sistemático e teleológico, apresentando a fórmula (J.5).¹⁹¹ Nesse grupo, Alexy insere os seguintes símbolos: “W” como o sentido das palavras utilizadas na expressão linguística objeto de interpretação; “R” como a interpretação “I” da regra “R” através de “W”; o fim desejado é “Z” e “¬” significa negação. Ademais, para assegurar a racionalidade do uso dos cânones, Alexy exige a saturação dos argumentos utilizados por esse recurso (J.6).¹⁹²

No entanto, a saturação dos argumentos não será suficiente quando surge o problema da possibilidade de contradições entre as soluções advindas de argumentos válidos distintos: um argumento teleológico pode apresentar um resultado completamente diverso daquele obtido através de um argumento histórico, por exemplo. Em vista deste intrincado impasse, Alexy aponta para uma regra pragmática (J.7)¹⁹³ que diz prevalecer os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico sobre os demais, salvo se forem apresentados motivos racionais que prevaleçam sobre aqueles. No entanto, essa regra deixa aberta a questão de quando há razões para atribuir um peso inferior aos argumentos que expressam a vinculação à lei ou à vontade do legislador, levando Alexy, em observância ao princípio da universalidade, a elaborar as regras (J.8) e (J.9)¹⁹⁴ responsáveis por ponderar qual razão terá um peso maior. E como analisado anteriormente amiúde, a ponderação não oferece um critério decisório definitivo, o que leva Alexy a concluir que:

¹⁸⁹ (J.3.1) R' deve ser aceita como interpretação de R sob a base de W_i ; (J.3.2) R' não pode ser aceita como interpretação de R sob a base de W_k ; (J.3.3) É possível tanto aceitar R' como interpretação de R quanto negar R' como interpretação de R, pois eles não regem nem W_i nem W_k

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 289.

¹⁹⁰ (J.4.1) .(1) Com R o legislador pretende alcançar Z
(2) R'

(J.4.2) .(1) Com R o legislador pretende alcançar Z
(2) $\neg R' (= I^R W) \rightarrow \neg Z$
(3) R'

Ibid. p. 291.

¹⁹¹ (J.5) .(1) OZ
(2) $\neg R' (= I^R W) \rightarrow \neg Z$
(3) R'

Ibid. p. 297.

¹⁹² (J.6) É necessário ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação. Ibid. p. 302.

¹⁹³ (J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam apresentar motivos racionais que dêem prioridade a outros argumentos. Ibid. p. 305.

¹⁹⁴ (J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de sopesamento; e (J.9) Deve ser considerado todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação. Ibid. p. 306.

Resumidamente, pode-se dizer que os cânones não oferecem a garantia de que se ‘encontre o único resultado correto... com uma segurança relativamente grande’, mas ao mesmo tempo são mais que meros instrumentos de legitimação secundária de uma decisão sob a qual se pode encontrar diferentes maneiras de fundamentá-la.¹⁹⁵

O *terceiro grupo* de regras e formas se refere à dogmática jurídica, que corresponde à Ciência do Direito em seu sentido mais estrito, isto é, a uma mescla de três atividades: a descrição do direito vigente (dimensão empírico-descritiva); a análise sistemática e conceitual (dimensão analítico-lógica); e a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico-problemáticos (dimensão prático-normativa). Essas dimensões compõem a classificação dos tipos de enunciados da dogmática jurídica.¹⁹⁶

Em geral, um enunciado dogmático pode ser fundamentado ao recorrer a outro enunciado dogmático, juntamente com enunciados empíricos ou outras normas jurídicas positivadas, casos em que se chamará de *fundamentação dogmática pura* (*reinen dogmatischen Begründung*). No entanto, é possível que, para a fundamentação de enunciados dogmáticos, sejam necessárias premissas normativas adicionais, e que, portanto, só poderão encontrados no discurso prático geral. Nessa hipótese, teremos uma *fundamentação dogmática impura* (*unreinen dogmatischen Begründung*).¹⁹⁷

Considerando tal possibilidade, Alexy exige a fundamentação (J.10) e a comprovação (J.11) de enunciados dogmáticos, mas reconhece que os enunciados de tipo prático geral constituem a base de ambos os casos, tendo em vista que a refutação de enunciados dogmáticos não pode sempre derivar eternamente de outro enunciado dogmático.¹⁹⁸ Nessa medida, os enunciados dogmáticos possuem seis funções: a) de estabilização, por auxiliar na fixação de determinadas soluções práticas; b) de progresso, ao ampliar o espaço de debate; c) de descarga, ao diminuir a carga argumentativa sobre enunciados já comprovados e aceitos de maneira provisória; d) técnica, por viabilizar a apreensão do conteúdo jurídico em análise; e) de controle, ao decidir casos de maneira compatível com a série de casos anteriores; e f) heurística, ao

¹⁹⁵ „Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die canones zwar nicht die Gewähr dafür bieten, daß >>das einzig richtige Ergebnis... mit einer verhältnismäßig grossen Sicherheit gefunden<< wird, dass sie aber mehr sind als bloße Instrumente der sekundären Legitimation einer auf andere Weise gefundenen und begründbaren Entscheidung“. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 306-307.

¹⁹⁶ Os enunciados da dogmática jurídica podem ser: a) conceitos jurídicos genuínos; b) conceitos jurídicos presentes em normas jurídicas; c) normas não extraídas da lei; d) descrições e caracterizações de estados de coisas; e e) formulações de princípios. Ibid. p. 307-319.

¹⁹⁷ Ibid. p. 320.

¹⁹⁸ (J.10) Todo enunciado dogmático, se for posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático geral. (J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo. Ibid. p. 325.

permitir a abertura do discurso para novos conhecimentos e perspectivas. Com essas funções Alexy quer ressaltar a importância do fato de que, embora constituam a base de enunciados dogmáticos, argumentos práticos gerais não têm aptidão de produzir resultados tão significativos sem a contribuição da dogmática jurídica. Essa circunstância o leva a introduzir uma regra (J.12) que estabelece a utilização de argumentos dogmáticos sempre que forem possíveis.¹⁹⁹

O *quarto grupo* trazido pela teoria da argumentação de Alexy aborda o uso dos precedentes jurisprudenciais, constatando que o fundamento para o seu emprego é encontrado no discurso prático geral, uma vez que o princípio da universalidade nesse campo exige que casos idênticos sejam tratados de forma isonômica. Contudo, aparecem novos problemas quando a avaliação da semelhança dos casos sob verificação exige a determinação da relevância das diferenças entre eles, circunstância que faz recair - ainda que seja possível a qualquer participante do discurso citar um precedente favorável ou contrário a determinada decisão (J.13) - a carga da argumentação sobre aquele que pretende se afastar da linha previamente traçada pelo precedente (J.14).²⁰⁰

O *quinto grupo* de regras e formas é composto por argumentos jurídicos especiais utilizados, notadamente, na metodologia jurídica, como a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*. Da análise desses argumentos surge três fórmulas lógicas - (J.15),²⁰¹ (J.16) e (J.17).²⁰² No exemplo trazido por Alexy para demonstrar a forma da analogia, “*F*” é um contrato de compra e venda enquanto “*F* sim” um

¹⁹⁹ (J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, eles devem ser utilizados. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 334.

²⁰⁰ (J.13) Quando for possível citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; (J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação. Ibid. p. 339.

²⁰¹ Thomas da Rosa de Bustamante propõe reparos na forma J.15 de Alexy. Bustamante entende que seria uma inferência logicamente inválida na medida em que só em certas situações excepcionais se poderia recorrer ao argumento *a contrario sensu*, e não sempre que determinada norma jurídica implicar uma consequência (F). Por isso, o jurista brasileiro prefere substituir a relação de *implicação* (\rightarrow) por uma relação de *bicondicionalidade* (\leftrightarrow), pois o equívoco de Alexy estaria em ter ele “[...] estabelecido uma equação onde os pressupostos e as consequências jurídicas de uma norma não são necessariamente recíprocos, o que tornaria o raciocínio *a contrario sensu* uma falácia, pois, em tese, é logicamente possível um Fx que não implique a norma OGx, embora esta última sempre implique a consequência Fx”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**. op. cit. p. 153-155.

²⁰² (J.15) .(1) (x) (OGx \rightarrow Fx)

(2) (x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx)

(J.16) .(1) (x) (Fx \vee F sim x \rightarrow OGx)

(2) (x) (Hx \rightarrow F sim x)

(3) (x) (Hx \rightarrow OGx) (1),(2)

(J.17) .(1) O \neg Z

.(2) R' \rightarrow Z

(3) \neg R'

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**, op. cit., p. 342-345.

contrato similar; a expressão “*F* sim *x*” significa “*x* é semelhante a *F*”; “*H*” configura um contrato que tem por objeto a transmissão onerosa de determinado local de negócios, enquanto “OGx” representa o resultado. Alexy chama a atenção para o fato de que, ao passo que essas três formas de argumentos podem ser reproduzidas como formas do discurso prático geral, é possível que sejam racionalmente justificadas. Para tanto, assim como para os cânones de interpretação, exige-se a introdução de uma regra (J.18) de saturação dos argumentos.²⁰³

No último e *sexto grupo* de regras, Alexy constata que os argumentos práticos gerais podem ser necessários (i) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos; (ii) na fundamentação da eleição das diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados; (iii) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos; (iv) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling*; e (v) diretamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna. Esse amparo se dá na medida em que a possibilidade de se trabalhar com enunciados jurídicos nas cinco situações mencionadas pode afastar a utilização de argumentos práticos gerais, mas apenas de forma parcial, incompleta e provisória.²⁰⁴

Isso porque nem sempre há enunciados da dogmática jurídica ou de precedentes correspondentes com o caso concreto, além do fato de que enunciados dogmáticos nem sempre podem ser fundamentados por outros enunciados dogmáticos. Ademais, é possível que o enunciado dogmático (decorrente da lei ou de um precedente, por exemplo) não exaure os problemas interpretativos que exsurtem do caso concreto, impedindo que se faça uma simples dedução para se chegar à conclusão, ainda que se tenha apoio de enunciados empíricos ou de outras normas jurídicas válidas. Por isso, em razão de haver situações em que o enunciado dogmático empregado não é e nem dele decorre o enunciado necessário para exaurir a questão jurídica, torna-se necessária recorrer à argumentação do discurso prático geral.²⁰⁵

3.2.3. A Interdependência Entre o Discurso Jurídico e o Discurso Prático Geral

Ao traçar as linhas basilares da argumentação jurídica, Alexy percebe que não há como desvinculá-la completamente do discurso prático geral e, por essa razão, formula a tese do caso especial. Entretanto, ainda que as regras e formas do discurso prático geral forneçam critérios

²⁰³ (J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 346.

²⁰⁴ Ibid. p. 346-347.

²⁰⁵ Ibid. p. 347-348.

discursivos aptos a afastar considerável quantidade de enunciados normativos que carecem de justificação racional, ainda resta um amplo campo em que se pode justificar tanto um enunciado normativo como sua negação sem infringir as regras e formas do discurso prático geral, tratando-se de um *espaço do discursivamente possível (Raum des diskursiv Möglichen)*.²⁰⁶

Assim, em vista das debilidades das regras e formas do discurso prático geral, o discurso jurídico surge como uma maneira de limitar o campo do discursivamente possível de maneira racional. No entanto, as próprias regras jurídicas criadas pelo processo legislativo também não garantem a solução para todos os problemas de ordem prática, devido à possibilidade de surgir casos (i) de vagueza da linguagem jurídica; (ii) colisão entre normas com mesmo grau hierárquico; (iii) lacunas normativas; (iv) possibilidade de decidir *contra legem*. Isso gera a necessidade de se introduzir regras e formas especiais do discurso jurídico enquanto um procedimento racional com vistas a satisfazer a pretensão de correção e a limitar (ainda mais) a área do possível discursivamente.²⁰⁷

Além disso, Alexy constata que pelo fato da pretensão de correção que se formula no discurso jurídico estar vinculada à fundamentação racional no âmbito do ordenamento jurídico vigente, a argumentação jurídica passa a estar determinada pela racionalidade da legislação. Isso leva à pergunta pela racionalidade acerca da resolução de questões práticas gerais, e, para poder se alcançar esse estágio, seria necessário ampliar a teoria do discurso prático geral até uma teoria da legislação e esta por sua vez até uma teoria normativa da sociedade da qual o discurso jurídico faz parte.²⁰⁸

Essa conexão do discurso jurídico com o discurso prático geral pode ser evidenciada pela coincidência estrutural das regras e formas de ambos os casos. As regras da justificação interna submetem-se ao princípio da universalidade (1.3) na medida em que corresponde ao princípio formal de justiça em tratar igualmente os iguais; a argumentação empírica corresponde à regra (6.1) que permite a qualquer momento o participante apresentar razões

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 349-351.

²⁰⁷ Conforme esclarece Matthias Klatt, os limites da discricionariedade estrutural são definidos pelas duas linhas do possível e necessário discursivamente, enquanto que os limites da discricionariedade epistêmica dependem do peso dos princípios materiais em colisão. Essas duas formas de discricionariedade podem ser distinguidas porque há casos claros em que os juízes não têm competência para determinar a sua própria competência de atuação. *In verbis*: "The limits of structural discretion are defined by the two lines of the discursively impossible and the discursively necessary. The limits of epistemic discretion depend on the weight of competing material principles. Normative epistemic discretion can be separated from structural discretion because there are normative-epistemically clear cases in which judges have no competence-competence". KLATT, Matthias. Taking rights less seriously: a structural analysis of judicial discretion. **Ratio Juris**, v. 20, n. 4, p. 506-529, 2007, p. 527.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**, op. cit., p. 351; e também ALEXY, Robert. Diskurstheorie und Rechtssystem. **Synthesis philosophica**, n. 5, p. 299-310, 1988.

empíricas; o argumento teleológico (J.5) pode ser visto como variante do argumento consequentialista geral (4.3); o cumprimento das exigências da regra de razão (2.2) corresponde às funções desenvolvidas pela dogmática jurídica de estabilização, progresso, controle e heurística; o uso do precedente é constituído pelos argumentos jurídicos especiais; o *argumentum a contrario* é uma hipótese de uma regra lógica (1.1); a analogia, um caso especial de aplicação do princípio da universalidade (1.3); e o argumento de redução ao absurdo, uma variante da forma básica do argumento consequentialista (S) ou (4.3).²⁰⁹

Conforme Alexy, na medida em que a argumentação jurídica se desenvolve respeitando regras e formas próprias, as debilidades do discurso prático geral são consideravelmente amenizadas no discurso jurídico, ainda que nunca possam ser completamente eliminadas. Dessa forma, a teoria da argumentação jurídica oferece recursos procedimentais para afastar resultados irracionais, mas não garante a segurança de que haverá, para todo caso, uma única resposta correta. Em outras palavras, se uma discussão corresponde às regras e formas do discurso jurídico, a resposta alcançada pode ser designada como “correta”.²¹⁰ Mas para Alexy não é a segurança do resultado o que constitui o caráter racional do discurso jurídico, mas o cumprimento de uma série de condições e regras discursivas para satisfazer a pretensão que nele se formula.²¹¹

3.3. A Relação Entre Direito e Moral: Conceito, Validade e (Dupla) Natureza do Direito

Estabelecida a conclusão de que o discurso jurídico contém uma pretensão de correção, a teoria discursiva de Alexy possui o componente central para se posicionar sobre aquilo que considera o principal problema na polêmica acerca do conceito de Direito e a sua relação com a Moral. Segundo o professor de Kiel, apesar de uma trajetória histórica milenar, sobressaem-se duas posições fundamentais que seguem atualmente contrapondo-se: a positivista e a não-positivista.²¹²

Para Alexy, todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*, definindo o conceito de Direito ligado unicamente à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social, sem incluir qualquer elemento moral. Em contrapartida, todas as teorias não positivistas

²⁰⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 352-354.

²¹⁰ Id. Diskurstheorie und Rechtssystem. **Synthesis philosophica**, n. 5, p. 299-310, 1988.

²¹¹ Id. **Theorie der juristischen Argumentation**, op. cit., p. 356-359; e também ALEXY, Robert. Eine Theorie des praktischen Diskurses. op. cit., p. 22-58.

²¹² Id. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg/München: Karl Alber Verlag, 2002. p. 15-17.

defendem a *tese da vinculação*, vertente que entende o conceito de Direito definido de modo a conter elementos morais, isto é, incluindo uma correção material.²¹³

Ao analisar essas duas correntes jurídicas básicas, Alexy postula que a resposta a essa problemática deve levar em consideração as diversas composições analíticas possíveis entre três elementos fundamentais que compõe o Direito: (i) a legalidade conforme o ordenamento;²¹⁴ (ii) a eficácia social; e (iii) a correção material. Conforme a repartição do nível de intensidade em que cada um desses elementos recebe, surgem respostas distintas para o conceito de Direito, gerando implicações práticas diversas. Isso quer dizer que teorias não-positivistas, por mais que se constituam pela tese da vinculação, não devem ser levadas a sério se excluem completamente os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social. Para Alexy, o conceito de Direito deve ser definido de maneira a aceitar os dois elementos centrais do positivismo, mas, à diferença deste, inclui elementos morais.²¹⁵

Nesses termos, para um positivista poder defender a tese da separação com chance de êxito, ele deve partir de duas afirmações: objetar a existência da conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral, e afirmar (com um argumento normativo) que os melhores motivos justificam uma definição do conceito de Direito que não inclua elementos morais. Por outro lado, um não-positivista confirma a tese da conexão se consegue refutar uma dessas duas afirmações realizadas pelo positivista. Diante disso, Alexy se dedica à demonstrar as falhas da primeira afirmação, sustentando a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral.²¹⁶

3.3.1. As Teses da Conexão e Separação Entre Direito e Moral: A Perspectiva do Observador

A disputa sobre a origem, os pressupostos e as implicações práticas do positivismo jurídico se arrasta através dos séculos, sem ainda ter-se encontrado soluções definitivas. Inserindo-se na tradição antagônica ao juspositivismo, a tese da conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral defendida por Alexy é traçada brevemente por um quadro conceitual no qual são expostas quatro distinções estruturais.

A primeira distinção concerne a conceitos de Direito que incluem (ou não) um conceito de validade. Ainda que seja possível pensar em ambas as hipóteses, Alexy recomenda a

²¹³ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg/München: Karl Alber Verlag, 2002. p. 15-16.

²¹⁴ Com a expressão *legalidade conforme o ordenamento (ordnungsgemäße)* Robert Alexy quer significar as normas que estatuem a competência para o estabelecimento de normas, ou seja, que determinam quem está autorizado ou não a instaurar normas e de que forma o fará. Ibid. p. 16.

²¹⁵ Ibid. p. 16-17.

²¹⁶ Id. Zur Kritik des Rechtspositivismus. op. cit. p. 9-26.

inclusão, pois o conceito de validade aproxima o contexto institucional de produção da aplicação de normas jurídicas, o que demonstra a relação quanto ao conteúdo das mesmas.²¹⁷

A segunda distinção se formula entre a noção de sistema jurídico como um sistema de normas ou de procedimentos. Como sistema de normas, o Direito é um conjunto de resultados, independentemente do seu modo de produção e criação (lado externo); como sistema de procedimentos, o Direito é um conjunto de ações que se apoia em regras através das quais são estabelecidas, interpretadas e aplicadas normas (lado interno).²¹⁸

A terceira distinção se concentra nas perspectivas do observador e do participante. Enquanto o observador adota a perspectiva de não perguntar qual é a decisão correta em determinado sistema jurídico, mas apenas como nele se decide, o participante, por outro lado, interage ativamente na argumentação daquilo que deve ser proibido, ordenado ou permitido dentro do sistema do Direito.²¹⁹

A quarta distinção diz respeito a dois tipos possíveis de conexão entre Direito e Moral: classificatória, quando as normas não atendem a determinado critério moral não são jurídicas; ou qualificatória, em que as normas que não atendem a determinado critério moral constituem normas juridicamente deficientes, mas assim mesmo integram o sistema jurídico.²²⁰

Além da possibilidade de 32 combinações distintas entre as características catalogadas, surgem 64 teses diferentes ao se reconhecer que a possibilidade de se formular tanto a tese de que há uma conexão necessária como a de que não há. Ao se excluir relações entre teses que impliquem o afastamento lógico de outras e as combinações conceitualmente impossíveis, Alexy constata que a pluralidade de teses restantes permite ser reduzido a um conceito de Direito que inclui o conceito de validade. Desse modo, o caminho para defender a tese da conexão passa pela distinção entre a perspectiva do observador e do participante, que correspondem ao ponto de vista externo e interno, respectivamente.²²¹

A busca de um conceito de Direito que melhor expresse a sua vinculação com a Moral não se trata de um mero capricho epistêmico. A partir da resposta a essa problemática, é possível demonstrar, como defende a tese da conexão alexyana, se normas jurídicas perdem esse caráter por violarem normas morais e em que medida isso pode ocorrer. A perda da qualidade jurídica é designada por Alexy de *argumento da injustiça (Unrechtsargument)*.²²² Primeiramente, deve-

²¹⁷ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg/München: Karl Alber Verlag, 2002. p. 44-46.

²¹⁸ Ibid. p. 46-47.

²¹⁹ Ibid. p. 47-48.

²²⁰ Ibid. p. 48-49.

²²¹ Ibid. p. 49-51.

²²² Ibid. p. 51-52.

se perguntar: a tese da conexão, na forma do argumento da injustiça, é correta sob a perspectiva do observador?

Conforme Alexy, a versão mais conhecida do argumento da injustiça se manifesta pela própria fórmula Radbruch tal como é formulada. Em linhas gerais, a fórmula dispõe que o direito positivo, ainda que defeituoso por ser injusto, não perde sua validade jurídica, salvo se a injustiça atinja um grau insustentável, cedendo lugar aos imperativos de ordem moral.²²³

Mas ao investigar o argumento da injustiça do ponto de vista do observador, cuja preocupação é meramente de descrever como dentro de um ordenamento jurídico se decide, Alexy reconhece que este não pode ser aceito. Isso porque há enunciados jurídicos em que a expressão “direito” passa a conter elementos morais, contrariando a função do observador. Mas se sob a perspectiva do observador a tese da separação é correta, Alexy passa a avaliar se a mesma conclusão pode ser tirada sob a perspectiva do participante, em que surge um quadro totalmente diferente na medida em que se inclui um aspecto prescritivo.²²⁴

3.3.2. Os Argumentos em Favor da Tese da Conexão: A Perspectiva do Participante

Ainda que defensor de uma tese de conexão, Alexy reconhece que, do ponto de vista do observador, a tese positivista da separação é correta. Apenas em situações extremas em regimes políticos onde sequer é formulada uma pretensão à correção é possível a tese da separação perder sua sustentação sob o olhar do observador. No entanto, totalmente distinto é quando se analisa o Direito desde a perspectiva de um participante, como é o caso de um advogado ou juiz, em que a tese positivista da separação está incorreta. Nessa perspectiva interna, Alexy apresenta três argumentos: o da correção, o da injustiça e o dos princípios.²²⁵

Como já foi explicitado anteriormente, a relação entre Direito e Moral ocorre pela circunstância de que os sistemas jurídicos levantam uma pretensão de correção, uma reivindicação de que as razões trazidas para justificar determinada decisão são corretas. Para Alexy, quaisquer sistemas jurídicos que não levantam essa pretensão não podem ser considerados como tal. Entretanto, um positivista pode concordar com o argumento da correção e manter sua tese da separação. Ele poderia sustentar, primeiramente, que o não cumprimento da pretensão de correção ainda não acarretaria a perda da qualidade jurídica da norma a ser

²²³ No mesmo sentido PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. New York: Springer, 2008. p. 188.

²²⁴ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. op. cit. p. 52-63.

²²⁵ Ibid. p. 63-64.

aplicada. Além disso, a pretensão de correção poderia ser satisfeita sem incluir implicações morais.²²⁶

A essas duas objeções Alexy contrapõe os argumentos da injustiça e o dos princípios, respectivamente. Em relação à primeira objeção positivista, Alexy oferece o argumento da injustiça retomando a fórmula Radbruch segundo a qual normas jurídicas que ultrapassem determinado limiar de injustiça perdem o seu caráter jurídico. Para sustentar essa premissa, o professor de Kiel apresenta oito argumentos: linguístico, da clareza, da efetividade, da segurança jurídica, do relativismo, da democracia, da inutilidade e da honestidade.²²⁷

O primeiro argumento é o linguístico: nos casos onde há uma injustiça extrema, o juiz tem boas razões para deixar de aplicar a norma jurídica, pois, do contrário, recair-se-ia em uma contradição em relação ao próprio emprego do termo “direito”. O segundo argumento, o da clareza, responde à objeção de que o conceito de direito não-positivista, por incluir elementos morais, acaba provocando uma série de questões filosóficas polêmicas. Ainda que reconheça a crítica, Alexy entende que a clareza não pode ser o único objetivo de uma conceituação, pois a simplicidade não prevalecer diante de elementos substanciais. O terceiro argumento – o da inefetividade – sustenta que a aceitação do conceito não-positivista diminui as chances de práticas injustas, na medida em que se reconhece a possibilidade da norma jurídica ser afastada quando atinge tal limiar. O quarto argumento – o da segurança jurídica – sustenta que a possibilidade de se negar o caráter jurídico a certas normas não significa um perigo à segurança jurídica, mas uma perda mínima, justificada diante do peso da justiça material. O quinto argumento – o do relativismo – afirma que a inclusão de juízos morais no discurso jurídico não significa a possibilidade de o juiz decidir contra a lei segundo suas preferências pessoais, pois tais tipos de juízos podem ser fundamentados de modo racional. O sexto argumento – o da democracia – acredita que a tese da inclusão não oferece perigo a separação de poderes, tendo em vista que a lei aprovada pelo Legislativo apenas poderia ser afastada em casos extremos conforme a tese da conexão fraca de Alexy. O sétimo argumento – o da inutilidade – sustenta que os casos de injustiça legal não podem ser enfrentados por meio de leis retroativas, pois isso negaria direitos fundamentais e contrariaria a pretensão de correção. O oitavo argumento é o da honestidade: o conceito de direito não-positivista não conduz ao abandono do princípio da legalidade penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) nos casos onde não há lei penal prevista, mas a prática é considerada visivelmente injusta. Ao afastar a possibilidade de absolvição ou de aplicação de uma lei penal retroativa *in malam partem*, a aplicação da fórmula

²²⁶ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg/München: Karl Alber Verlag, 2002. p. 64-70.

²²⁷ Ibid. p. 70-71.

Radbruch leva à punibilidade apenas dos agentes que praticaram atos de injustiça extrema, muito mais evidentes que os casos criminais comuns.²²⁸

Ao realizar esse levantamento geral, a conclusão de Alexy se dirige no sentido de que as razões a favor da tese da conexão fraca, que incorpora o argumento da injustiça formulado por Radbruch, são mais fortes que as objeções contra ela, levando à sua preponderância na perspectiva do participante. Além disso, em favor da tese da conexão também pode ser apresentado o argumento dos princípios. Ao se contrapor ao modelo de regras de Herbert Hart - de que a linguagem jurídica, pelo seu caráter vago e ambíguo, contém uma textura aberta (*open texture*)²²⁹ autorizando o juiz a criar direito com base em critérios extrajurídicos -, Alexy sustenta que mesmo nesses casos o juiz estaria vinculado a construir sua argumentação conforme princípios, sinalizando uma vinculação entre os âmbitos do Direito e da Moral.²³⁰

3.3.3. O Não-Positivismo Inclusivo e a Dupla Natureza do Direito

Após investigar os argumentos favoráveis e contrários em relação à tese da conexão entre Direito e Moral, as conclusões de Alexy apontam no sentido de que a tese da conexão sob a perspectiva do participante é correta, permitindo-lhe formular um conceito de Direito que contenha não apenas os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social, mas que inclua também a correção material. Para cada um desses três componentes básicos do conceito de Direito correspondem três elementos de validade: jurídico, sociológico e ético. Isso porque o conceito jurídico não é autossuficiente. A validade jurídica necessita conter um caráter ético e sociológico, pois do contrário a ordem jurídica não se efetivaria pela ausência de respaldo social no cumprimento de suas disposições.²³¹

Nessa medida, as reflexões trazidas por Alexy ao longo de sua teoria discursiva o permitem, ao final desse longo percurso, exprimir o seu conceito de Direito não-positivista mediante uma definição conclusiva:

O Direito é um sistema de normas que (1) levanta uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade de normas que pertencem a uma Constituição com imensa eficácia social e não são extremamente injustas, assim como na

²²⁸ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg/München: Karl Alber Verlag, 2002. p. 72-106.

²²⁹ HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 124-136.

²³⁰ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. op. cit. p. 117-135. No mesmo sentido, Aarnio argumenta que a interpretação jurídica está vinculada à relação entre Direito e Moral na medida em que se o primeiro contém uma norma que determina que os casos devem ser julgados equanimemente, o mesmo não oferece critérios para saber o que é a equidade, necessitando-se recorrer à normas morais para poder identifica-la. AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable**. Dordrecht: Reidel, 1987. p. 4-5.

²³¹ ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. op. cit. p. 137-144.

totalidade das normas que estão de acordo com essa Constituição, que assumem um mínimo de eficácia social ou de chance de eficácia, e não são extremamente injustas, e que contém (3) os princípios pelos quais o procedimento de aplicação do Direito se apoia e/ou deve se apoiar para satisfazer a pretensão de correção.²³²

De sua definição conclusiva, Alexy retira outra importante tese em relação a esse caráter não-positivista: o Direito tem uma *dupla natureza*, compreendendo uma dimensão real e outra ideal. Enquanto a dimensão real é representada pelos elementos positivistas da legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, a dimensão ideal corresponde ao elemento moral da correção material. O diagnóstico dessa dupla dimensão implica necessariamente um conceito de Direito não-positivista e o conseqüente afastamento da tese positivista da separação, tomando forma na esfera política como um *constitucionalismo discursivo (diskursive Konstitutionalismus)*.²³³

No entanto, a polêmica acerca da relação entre Direito e Moral não termina apenas ao considerar que a tese da conexão entre essas duas esferas, sob o ponto de vista do participante, responde a essa problemática com argumentos mais fortes do que a tese positivista da separação. Para Alexy, existem três versões do não-positivismo jurídico que podem ser consideradas, mas apenas uma delas apresenta uma solução satisfatória: o não-positivismo exclusivo, inclusivo e super-inclusivo.²³⁴

O não-positivismo exclusivo defende que toda e qualquer norma jurídica que contenha um defeito de índole moral perde o seu caráter jurídico. Esse posicionamento pode ser resumido de modo que normas imorais não são válidas juridicamente, atribuindo um peso baixo à dimensão real da natureza do Direito. O não-positivismo super-inclusivo, por sua vez, alega que a validade jurídica não é afetada de nenhum modo por imperfeições na esfera moral. Aparentemente, essa versão parece igualar-se à tese positivista da separação, mas esse tipo de não-positivismo assume uma tese da conexão de modo que por meio de um raciocínio moral se dá preferência à dimensão real do direito em detrimento da dimensão ideal, ainda que em casos

²³² „Das Recht ist ein Normensystem, das (1) einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, (2) aus der Gesamtheit der Normen besteht, die zu einer im großen und ganzen sozial wirksamen Verfassung gehören und nicht extrem ungerecht sind, sowie aus der Gesamtheit der Normen, die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance aufweisen und nicht extrem ungerecht sind, und zu dem (3) die Prinzipien und die sich die Prozedur der Rechtsanwendung stützt und/oder stützen muß, um den Anspruch auf Richtigkeit zu erfüllen“. ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg/München: Karl Alber Verlag, 2002. p. 201.

²³³ Id. Die Doppelnatur des Rechts. op. cit. p. 389.

²³⁴ Ibid. p. 398-399.

extremos. Trata-se de uma conexão qualificatória, pois o caráter de injustiça faz com que a norma, ainda que moralmente defeituosa, não perca seu caráter jurídico.²³⁵

Segundo Alexy, assim como o não-positivismo exclusivo falha ao não conseguir reconhecer a dimensão real do Direito, o não-positivismo super-inclusivo falha ao não conseguir atribuir ao princípio da justiça enquanto expressão da dimensão ideal do direito um peso suficiente para se sobrepor ao princípio da segurança jurídica em casos de extrema injustiça. A posição da qual Alexy entende como adequada é a do *não-positivismo inclusivo* (*inklusive Nichtpositivismus*).²³⁶

Nessa versão, a relação entre Direito e Moral se estabelece de modo que as normas jurídicas que contenham vícios morais são defeituosas, mas não a ponto de perderem sua validade ou caráter jurídicos. Trata-se de uma conexão fraca:²³⁷ o não-positivismo inclusivo aceita que a norma perde sua validade e seu caráter jurídicos quando manifestar uma injustiça que ultrapasse o limiar da injustiça extrema. Abaixo desse limiar, a norma jurídica é moralmente defeituosa, mas sua validade permanece intacta. Conforme Alexy, unicamente nesse formato de não-positivismo poder-se-ia alcançar a posição em que os dois lados da dupla natureza do Direito estão equilibrados.²³⁸

²³⁵ ALEXY, Robert. Zur Kritik des Rechtspositivismus. *Archives für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, Beiheft 37, p. 9-26, 1990. p. 16-17; também ALEXY, Robert. Die Doppelnatur des Rechts. *Der Staat*, v. 50, n. 3, p. 389-404, 2011. p. 399-400.

²³⁶ Ibid. p. 400-401.

²³⁷ Id. Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs. In: KRAWIETZ, W.; WRIGHT, G. H. (Orgs.). **Öffentliche oder private Moral?** Festschrift für Ernesto Garzón Valdés. Berlin: Dunker & Humblot, 1992. p. 85-108.

²³⁸ Id. Die Doppelnatur des Rechts. op. cit., p. 401.

3.4 CONSIDERAÇÕES INTERMEDIÁRIAS

Robert Alexy vai desenvolver uma teoria jurídica orientada ao reconhecimento de elementos morais no texto constitucional alemão, uma vez que assume a tese professada no Tribunal Constitucional Federal na linha da *jurisprudência dos valores* de que a Constituição seria uma *ordem concreta de valores*. Esses elementos valorativos que compõem as decisões judiciais somente portam legitimidade jurídica se forem racionalmente fundamentados e, para tanto, elabora o seu conceito e validade do Direito a partir da conjugação dos elementos da legalidade conforme o ordenamento jurídico, da eficácia social e, ao final, de uma correção material que se desenvolve pela noção de *pretensão de correção*.

Assim, o ponto central em que se estabelece explicitamente a relação entre Direito e moralidade em Alexy se dá pela tese dos direitos fundamentais enquanto compreendidos a partir de sua *teoria dos princípios*, segundo a qual se tratam de enunciados com uma vagueza semântica maior que a das meras regras jurídicas. Portanto, o autor desenvolve uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã que tem como uma de suas características centrais a noção de que nos casos em que o litígio jurídico pode ser resolvido pela mera previsão de uma regra, aplica-se a técnica da subsunção; no entanto, devido à abertura semântica das normas de direitos fundamentais, Alexy acrescentará a noção de que estes se tratam de princípios com natureza de mandamentos de otimização, tendo em vista que podem entrar em colisão e, para resolver o conflito, deve o intérprete recorrer a um sopesamento.

A separação entre regras e princípios em Alexy corresponde a mesma divisão entre deveres perfeitos e imperfeitos em Kant que, por sua vez, retrataram a natureza dicotômica e ficcional entre Ética e Direito. Ora, ao passo que os deveres que exurgem do Direito têm precisão matemática, sua metodologia de aplicação se dá por um simples processo de subsunção do fato à norma. Não é por acaso que Kant não desenvolve, na *Metafísica dos Costumes*, uma casuística na parte em que trata da Doutrina do Direito. Como os deveres jurídicos são perfeitos, isto é, absolutamente completos, dispensa-se qualquer processo interpretativo para sua concretização. O mesmo cenário se repete no nível das regras jurídicas em Alexy. Diante de um caso que se adequa aos contornos semânticos limitados da regra, não há espaço para interpretação; a mera subsunção resolve(ria) o problema.

Os deveres éticos (imperfeitos) não usufruem de tamanha facilidade de concretização devido a sua ampla margem de possibilidades interpretativas. São deveres incompletos justamente pelo fato de que necessitam de outros recursos (interpretativos, argumentativos, etc.) para poder se aplicar ao caso concreto. Daí a razão pela qual Kant refere que, nesse tipo de

dever, aparece uma margem de discricionariedade (*Spielraum*) para o agente moral. No caso do Direito, para o intérprete. Não por outra razão os deveres imperfeitos em Alexy são retratados como mandamentos de otimização, pois podem ser cumpridos em maior ou menor grau sem atingir sua validade. Esse tipo de mandamento precisa receber então uma racionalidade para estabelecer sua determinação precisa no caso concreto. Esse critério será a máxima da proporcionalidade que, em seu ponto alto interior, recorre ao conceito de *sopesamento* já esboçado pela *jurisprudência dos interesses*.

Mais especificamente, esse é modo que o autor encontrará para resolver os conflitos jurídicos em que há colisão de princípios, sendo um procedimento composto por três etapas: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Ao passo que as duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas, a última será responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor o nome de *lei do sopesamento*, com seguinte redação: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

Recorrendo ao simbolismo lógico, o autor vai elaborar, então, a sua fórmula do peso, uma equação que representa a máxima da proporcionalidade em sentido estrito e através dela permitir ao intérprete atribuir graus de intervenção e importância (leve, moderado ou sério) a cada um dos princípios, a fim de estabelecer qual prevalecerá. A resposta obtida pelo sopesamento resultará numa norma de direito fundamental atribuída, que, enquanto resultado dessa colisão, constitui-se como uma regra aplicada subsuntivamente ao caso concreto. Em outras palavras, a máxima da proporcionalidade retrata o procedimento pelo qual se busca depurar a amplitude semântica dos deveres imperfeitos até que se encontre um enunciado normativo que possa ser aplicado por subsunção.

Em outras palavras, trata-se de um processo que busca encontrar um dever perfeito construído a partir das diversas possibilidades interpretativas que exsurtem da margem de aplicação dos deveres imperfeitos (ou, em linguagem alexyana, dos princípios enquanto mandamentos de otimização). Por isso, não é de causar qualquer espanto que o próprio Alexy vai reconhecer, nas páginas iniciais de sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que o seu projeto intelectual pertence a grande corrente jurídica vinculada à doutrina pandectista da *jurisprudência dos conceitos*.

Entretanto, Alexy reconhece que, ainda que passando pelo filtro rigoroso da máxima da proporcionalidade, os direitos fundamentais não são passíveis de ser logicamente refinados a ponto de excluir impasses, admitindo, de fato, que há uma discricionariedade interpretativa, tanto do Judiciário como do Legislativo, para chegar ao resultado do impasse. Ainda que os

princípios formais reforcem a dimensão normativa da legalidade, Alexy não exclui a possibilidade do princípio material que aquele sustenta ser afastado mediante a colisão com outro. Os princípios formais não são um critério absoluto e intransponível.

Uma das críticas mais severas à teoria dos princípios veio de Habermas, na qual o sopesamento seria um procedimento realizado de forma precipitada ou que consistiria em uma “fórmula vazia”. Em resposta, Alexy sustenta que por mais que o sopesamento não estabeleça um parâmetro pelo qual se termine com a discricionariedade, ele oferece um critério racional ao associar a lei de colisão com uma teoria da argumentação jurídica racional, incluída nela uma teoria da argumentação prática geral. Essas considerações fazem Alexy assumir uma teoria do discurso jurídico não apenas analítica, mas também normativa, uma vez que não se restringe à análise formal da estrutura lógica das proposições em questão, marchando em direção da busca por critérios para a racionalidade do discurso.

Dessa forma, tendo em vista que a argumentação jurídica depende de argumentos do discurso prático geral cuja objetividade permanece adstrita a um procedimentalismo discursivo, a sua incerteza não pode nunca ser eliminada por completo, ainda que ocorra sob “condições que elevam consideravelmente seus resultados”. Ao final, Alexy conclui que a racionalidade da argumentação jurídica, ao passo que está determinada pela lei, permanece relativa à racionalidade da legislação, encontrando seus limites no âmbito de um conceito de Direito que inclui elementos morais de forma a impedir situações de notória injustiça.

4 DA TEORIA À PRÁTICA: REFLEXÕES E CONTRAPONOTOS

Analisados os fundamentos filosóficos do qual se ampara a teoria discursiva e os seus principais pressupostos metodológicos, neste capítulo investigaremos, por meio do exame pormenorizado dos argumentos levantados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de um caso concreto, em que medida os recursos fornecidos pela teoria dos princípios conjugada com a da argumentação jurídica podem satisfazer o problema da discricionariedade judicial. Em um segundo momento, serão oferecidas três possíveis críticas à teoria de Alexy, levantando aspectos questionáveis de cada campo de desenvolvimento teórico, ainda que todos vinculados à pergunta dos fundamentos das decisões judiciais. Ao final, demonstrar-se-á que pelo resgate histórico da matriz kantiana da qual Alexy estrutura sua teoria discursiva é possível demonstrar (o nível de) divergências com teorias jurídicas que partem de outros referenciais filosóficos, externando a centralidade e as repercussões práticas dos paradigmas filosóficos na *práxis* do Direito.

Não se trata – como se geralmente se entende nos corredores acadêmicos – de remontar ao discurso filosófico como uma espécie de necessidade incontente de sofisticação teórica, nem de um socorro exaltado a temas filosóficos para satisfazer ornamentalmente a exigência de envolver alguma forma de análise transdisciplinar. Neste capítulo em especial é possível visualizar a intensidade dos impactos na prática judiciária dos paradigmas filosóficos que conformam o modo de concretizar e aplicar o fenômeno jurídico. Acompanhamos uma trajetória de algumas influências filosóficas que marcaram as bases para a construção da teoria de Alexy ao longo desse trabalho. Nesse momento, auxiliados com as vantagens inerentes de um caso concreto exemplificativo, analisaremos o desenvolvimento e os resultados práticos dessa particular investigação.

4.1. O Que a Teoria dos Princípios e da Argumentação Jurídica Podem Nos Oferecer?

Um dos traços marcantes da teoria de Alexy é a vinculação necessária que se estabelece entre a teoria dos princípios com a teoria da argumentação jurídica. Ao passo que os recursos apresentados pela lei do sopesamento são de ordem formal, a conexão com uma teoria que tenha como preocupação o conteúdo dos argumentos levantados para fundamentar decisões judiciais em casos de colisão entre normas de direito fundamental ocorre quase como decorrência lógica. No tópico a seguir, exploraremos detalhadamente como esse vínculo (inexorável) aparece no decorrer da fundamentação de uma decisão judicial.

4.1.1. O *Caso Vanusa*: Concursos Públicos e a Aplicação da “Teoria do Fato Consumado”

Em 07 de agosto de 2014, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº. 608.482²³⁹ que, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, foi provido pela maioria dos membros da Corte. O recurso foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte em face do acórdão que julgou a apelação cível nº. 2008.011175-4²⁴⁰ ao confirmar a sentença do juízo de primeiro grau de jurisdição. A decisão do juízo *a quo* julgou procedente o pedido principal de V. F. da A. que pleiteava, à época do ano de 2001, anular ato administrativo que a desclassificava de concurso público para o ingresso à carreira de Agente da Polícia Civil, regulado pelo Edital nº. 001/2000.

Após aprovação na prova escrita, a candidata foi convocada para a etapa seguinte, dos exames físicos, na qual realizou vinte e dois abdominais, dois a mais do que os vinte exigidos. Entretanto, foi reprovada sob a justificativa de que três dos abdominais não foram contabilizados porque teriam sido mal efetuados, reduzindo a contagem para dezenove. Sem obter êxito na via administrativa, V. F. da A. ajuizou ação ordinária em face do Estado do Rio Grande do Norte, cujo pedido em sede liminar foi julgado procedente, autorizando-a a participar da quarta etapa do certame e considerando suprida a terceira - do exame psicotécnico - pela apresentação de laudo psicológico emitido por profissional competente. Ao final, o juízo julgou procedente o pedido da ação ordinária, confirmando a decisão liminar.

Inconformado, o Estado do Rio Grande do Norte interpôs apelação cível alegando infringência às disposições do edital e violação ao princípio da isonomia. Para o apelante, não haveria nos autos nenhum documento comprovando os fatos alegados na inicial, além de que a não realização da terceira etapa do certame não poderia ser suprida por mero laudo psicológico. Em contrarrazões, a recorrida alegou que teria concluído com sucesso os requisitos exigidos pelo edital, e que possui o direito a ser mantida no cargo diante da aplicação da “teoria do fato consumado”. Além disso, alega que o teste físico e o exame psicotécnico não poderiam ser utilizados como critérios de admissão em concurso público.

A 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte entendeu que, embora inexista demonstração de que a apelada tenha completado com êxito os exercícios

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: V. F. da A. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em 30 out 2016.

²⁴⁰ Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **Apelação Cível nº. 2008.011175-4**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: V. F. da A. Relator: Des. Amaury Moura Sobrinho. Natal, 23 de abril de 2009. Disponível em: <http://esaj.tjrn.jus.br/cjoseg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=1&tpClasse=J>. Acesso em 30 out 2016.

do teste físico e que não há ilegalidade em tal tipo de exigência, a recorrida fazia jus ao cargo pela aplicação excepcional da teoria do fato consumado. Conforme o voto do relator, pelo fato de V. F. da A. estar, à época, exercendo o cargo há mais de sete anos sem notícias de qualquer ato incompatível com a atividade exercida, sua destituição geraria “prejuízos de elevada monta e provavelmente irreversíveis”, além do dano causado à Administração Pública. Diante do caráter excepcionalíssimo da situação, foi reconhecida a convalidação da decisão judicial do juízo *a quo*, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e razoabilidade.

O apelante vencido questionou a decisão do tribunal potiguar ao interpor Recurso Extraordinário, o qual, admitido para julgamento, deu azo à repercussão geral nº 476 no Supremo Tribunal Federal: “Manutenção de candidato investido em cargo público por força de decisão judicial de caráter provisório pela aplicação da teoria do fato consumado”. No recurso constitucional, o Estado do Rio Grande do Norte aponta ofensa aos arts. 5º, *caput*, e II, e 37, *caput*, I e II, da Constituição Federal, por entender que a decisão recorrida (i) viola o princípio da isonomia, visto que a recorrida não se submeteu ao exame psicotécnico como os demais candidatos inscritos no concurso público; (ii) a vulneração do “princípio da vinculação ao edital”, uma vez que a participação de V. F. da A. na etapa final do concurso foi assegurada por força de liminar, sem que se cumprisse fase prévia; (iii) inaplicabilidade da “teoria do fato consumado” para perpetuar “decisões injustas, ilegais ou inconstitucionais”.²⁴¹

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus membros, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro relator Teori Zavascki, vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, para reformar as decisões das instâncias judiciais inferiores e, por consequência, julgar improcedente o pedido principal da ação ordinária.

Do voto do Min. Zavascki percebe-se que, embora não cite expressamente o jusfilósofo alemão, a sua decisão foi construída nos moldes da teoria dos princípios de Alexy. Para o relator do recurso, o caso trata do “[...] confronto de duas ordens de valores, que, por incompatíveis entre si, devem ser *sopesadas* para que se defina qual delas merece prevalecer”.²⁴² Conforme esse raciocínio, haveria, de um lado, o interesse individual da candidata em manter o cargo público que, embora obtido sem aprovação em concurso público regular, já estava sendo exercido, por força de liminar, há mais de sete anos; de outro, o interesse público em dar cumprimento ao art. 37, II, da Constituição Federal que, segundo o Min. Zavascki, “[...] dá

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: V. F. da A. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em 30 out 2016. p. 4.

²⁴² Ibid. p. 5. (grifo nosso)

concretude a outros princípios da administração pública, especialmente o da impessoalidade, da moralidade e da eficiência”²⁴³.

Conforme o voto do relator, o desacordo jurídico em questão se trataria de uma colisão entre valores e interesses antagônicos, em que ambos encontrariam, de algum modo, resguardo no ordenamento jurídico, mas que, devido às particularidades do caso concreto, inevitavelmente entrariam em rota de colisão, fazendo com que um (ou mais) necessariamente prevaleça(m) diante do peso do(s) outro(s). A conclusão do Min. Zavascki é a de que “[...] *sopesando* os valores e interesses em conflito, faz preponderar, sobre o interesse individual do candidato, [...] o peso maior do interesse público na manutenção dos elevados *valores* jurídicos que, de outra forma, ficariam sacrificados”.²⁴⁴

O voto do relator não gerou unanimidade na Corte. O Min. Luís Roberto Barroso inaugurou a divergência, ao desprover o recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte. Para o Min. Barroso, o caso dos autos não se limita ao confronto do interesse público *versus* interesse privado, mas suscita “[...] interessante caso de *ponderação* de normas constitucionais”²⁴⁵ entre o princípio da obrigatoriedade do concurso público, corolário da isonomia, e o da segurança jurídica que em sua vertente subjetiva protege a confiança legítima. Diferentemente das submáximas da proporcionalidade de Alexy, Barroso apresenta três fatores como “proposta de parâmetro específico para a ponderação”²⁴⁶, quais sejam: “[...] a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância”.²⁴⁷

Da divergência entre os Ministros exsurge a questão central que exterioriza claramente o núcleo da problemática da teoria dos princípios, da fundamentação das decisões judiciais em casos constitucionais sensíveis e a sua relação com o paradigma filosófico que ampara o pensamento alexyano. Se ambos os Ministros entendem que se trata de um caso de sopesamento/ponderação entre normas constitucionais, por que chegaram a resultados diametralmente opostos em suas decisões? Afinal, qual das posições traz argumentos mais sólidos? Seriam ambas igualmente possíveis e legítimas?

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: V. F. da A. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em 30 out 2016. p. 5.

²⁴⁴ Ibid. p. 10. (grifo nosso)

²⁴⁵ Ibid. p. 19. (grifo nosso)

²⁴⁶ Ibid. p. 20.

²⁴⁷ Ibid. p. 22.

4.1.2. A Metodologia Analítico-Procedimental da Máxima da Proporcionalidade

A fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 608.482 se valeu, tanto para a posição que lhe deu provimento quanto para a que lhe negou, da noção de “sopesamento”. Conforme o voto do Min. Zavascki, relator do acórdão, os interesses trazidos a juízo são colidentes, o que exigiria do magistrado uma interpretação no sentido de avaliar qual deles prevaleceria frente aos antagônicos. Na sequência, o Min. Barroso também utilizou o conceito de “ponderação” em seu voto, indicando que, ao menos do ponto de vista metodológico, segue o mesmo modelo decisório daquele utilizado no voto do relator. Surpreendentemente (ou não), o conteúdo da decisão dos Ministros seguiu orientações diametralmente opostas.

Antes de apreciar como esse caso seria avaliado segundo os termos propostos pela teoria dos princípios, é necessário afirmar que nenhum dos ministros, embora expressamente apontem conceitos centrais da teoria de Alexy em seus votos, seguem, de forma fiel e integral, a metodologia procedimental proposta pelo professor alemão. O que aparece nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, em comparação com o complexo procedimento desenvolvido na teoria dos princípios, é uma espécie de simplificação das etapas e exigências metodológicas nela estabelecidas. Não se encontra, no decorrer do acórdão, referências ao autor nem sequer os conceitos básicos que estruturam a teoria dos princípios de Alexy, com exceção das noções de “sopesamento” ou “ponderação”, e do amplamente disseminado conceito de “princípio”, sem qualquer esclarecimento da concepção sob a qual está sendo empregado.

Contudo, a ideia básica da teoria dos princípios de Alexy é perfeitamente aproveitada pelo Supremo Tribunal, qual seja, o modelo de interpretação em que as normas de direito fundamental previstas no texto constitucional entram em colisão. Esse formato epistemológico exige necessariamente do intérprete que oriente sua fundamentação no sentido de demonstrar não a invalidade de uma ou de outra norma, mas qual delas prevalece, naquele caso concreto, frente àquela a que se opõe. E foi exatamente dessa maneira que a fundamentação das decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal se desenvolveu. Tanto para prover quanto para negar seguimento às razões levantadas no Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte.

Diante dessa circunstância, as indagações anteriores demandam a seguinte indagação: caso os ministros do Supremo Tribunal houvessem seguido fielmente as exigências e etapas procedimentais estabelecidas por Alexy, teriam alcançando resultados diferentes? O resultado final do recurso teria se alterado? É possível encontrar, seguindo todos os componentes da teoria

de Alexy, uma resposta mais adequada do que outra para os problemas levantados no caso do Recurso Extraordinário nº. 608.482/RN?

Conforme a concepção de Alexy, o Direito é um sistema composto por regras e princípios jurídicos. Enquanto as regras, em sua dimensão de validade, são compreendidas como mandamentos de definição, os princípios agem na dimensão de peso e, dessa forma, são mandamentos de otimização. As normas de direito fundamental - embora possuam uma dupla natureza -, são tradicionalmente concebidas como mandamentos de otimização, tendo em vista que, por sua larga amplitude semântica, a inevitabilidade de haver colisões entre as suas disposições é algo praticamente natural.

Quando se reconhece a colisão entre princípios devido à vagueza, ambiguidade ou até mesmo ausência de uma regra, a *lei de colisão* será o critério pelo qual se determinará o resultado da questão. Daí se segue a necessidade de recorrer à *máxima da proporcionalidade* em suas três submáximas parciais. Ao passo que as submáximas da *adequação* e da *necessidade* se preocupam em determinar as possibilidades fáticas, a *proporcionalidade em sentido estrito* surge como complementação às anteriores, com a diferença de se ocupar com as possibilidades jurídicas em questão.

No caso narrado, a autora da ação sustentava que, por meio da aplicação da “teoria do fato consumado”, teria o direito a ser mantida no cargo público que à época ocupava, pois estaria protegida, em última análise, pelo princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal). Da parte do réu/apelante, o Direito brasileiro não ampararia a pretensão jurídica da petionária, na medida em que a manutenção da situação fática e jurídica levaria à violação dos princípios constitucionais que sustentam a estrutura básica da Administração Pública, como isonomia e legalidade/impeccabilidade (art. 5º, II, e art. 37, *caput*, I e II, da Constituição Federal).

Os argumentos levantados pelas partes, analisados sob a ótica da teoria dos princípios de Alexy, são considerados mandamentos de otimização. A amplitude semântica de suas disposições os leva a entrar em colisão, a fim de que se possa determinar em que grau e medida se aplicam tais princípios. Ao se considerar a máxima da proporcionalidade como critério para solucionar a colisão entre princípios, podemos constatar que não há, nesse caso, uma regra infraconstitucional como objeto de análise das duas primeiras submáximas. As possibilidades fáticas limitar-se-iam à verificação se o meio utilizado – abertura do Edital nº 001/2000 – é adequado e necessário para a realização do fim estipulado pelo legislador constitucional. Segue-se, então, para a próxima e derradeira submáxima: a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse momento, o intérprete deve se valer da chamada *lei do sopesamento* (ou da *ponderação*), cuja

redação refere que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

Transpondo para o caso sob análise, pode-se dizer então que a equação decisória a ser feita é a seguinte: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação (I) do princípio da segurança jurídica (P_i), tanto maior terá que ser a importância da satisfação (W) dos princípios da isonomia (P_j) e legalidade/impessoalidade (P_n). As circunstâncias do caso concreto (C), assim como o peso abstrato (GP_{xA}) de cada princípio, não podem ser desconsideradas. Ao final, a lei material do sopesamento é complementada com a lei epistêmica do sopesamento, incorporando também a segurança das suposições empíricas que dizem respeito à satisfação (S). A fórmula do peso pode ajudar a visualizar essa equação da seguinte forma:

$$GP_{i,j,n}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC + WP_nC \cdot GP_nA \cdot SP_nC}$$

O símbolo G irá determinar qual o peso concreto dos princípios em colisão e, ao final, determinará a redação da norma de direito fundamental atribuída que, enquanto assume natureza de regra, será aplicada ao caso concreto mediante subsunção. Nos termos da ponderação realizada pelo Min. Zavascki, consagrando a tese vencedora na Suprema Corte brasileira, o trecho da ementa do acórdão expressa com bastante clareza aquilo que na teoria dos princípios se trata da norma de direito fundamental atribuída. Veja-se:

Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.²⁴⁸

Se a partir da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito é possível justificar racionalmente a construção de uma regra fruto de um sopesamento prévio entre princípios constitucionais, quais os argumentos que determinaram que os princípios da isonomia e legalidade/impessoalidade obtiveram um peso maior em relação ao da segurança jurídica? Nesse momento, Alexy nos diz que é necessário vincular a teoria dos princípios com a sua teoria da argumentação jurídica. É o que se verá no tópico a seguir.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: V. F. da A. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em 30 out 2016. p. 1.

4.1.3. Regras e Formas Pragmático-Transcendentais dos Discursos Jurídico e Prático Geral

Os argumentos utilizados para fundamentar a decisão do Recurso Extraordinário nº. 608.482/RN obtiveram pontos de aproximação e afastamento. Na medida em que os votos discordantes se utilizaram do método de sopesar princípios, faz-se necessário investigar, sob a ótica do pensamento de Alexy, o peso atribuído a cada um a partir de sua confrontação com as regras e formas oferecidas pela teoria da argumentação jurídica.

O Min. Teori Zavascki inicia seu voto referindo que o caso se trata de uma colisão entre o interesse individual da candidata com o interesse público que sustenta o cumprimento do edital do certame, o que exige, segundo o Ministro, um sopesamento entre essas “duas ordens de valores”.²⁴⁹ Esse raciocínio é sustentado pela regra de interpretação do discurso jurídico (J.8).²⁵⁰ Na sequência, Zavascki refere que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não apenas aponta no sentido de não se aplicar a “teoria do fato consumado” nos casos em que se discute a permanência em cargo público obtida de forma precária em razão de decisão judicial não-definitiva, como afasta a possibilidade de “modulação de efeitos” fundada em fato consumado. Trata-se de um argumento que satisfaz a exigência da regra J.13.²⁵¹ do discurso jurídico sobre o uso dos precedentes.

A fundamentação é complementada com o argumento de que a situação concreta ocorreu não por iniciativa da Administração Pública, mas pela provocação do próprio servidor contra a vontade da entidade estatal que, diante da decisão cautelar, não tinha outra alternativa a não ser cumprir a ordem judicial. Na medida em que o argumento traz elementos factuais, observa-se a regra de transição do discurso prático geral (6.1).²⁵² Ademais, complementa o Ministro, não haveria que se falar em “segurança jurídica”, pois as decisões judiciais de execução provisória (medidas cautelares) são caracterizadas pelo caráter de precariedade e revogabilidade a qualquer tempo, conforme os arts. 475-O e 811, do Código de Processo Civil de 1973 (vigente à época do julgamento). Assim, pode concluir sua decisão – seguindo as regras da justificação interna J.2.1 e J.2.2²⁵³ -, votando em favor do recorrente. *In verbis*:

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: V. F. da A. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em 30 out 2016. p. 5.

²⁵⁰ (J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de sopesamento.

²⁵¹ (J.13) Quando for possível citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo

²⁵² (6.1) A qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).

²⁵³ (J.2.1) Para fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal; (J.2.2) Da decisão jurídica se deve logicamente seguir pelo menos uma norma universal;

É clara, portanto, a jurisprudência do STF a respeito dessa questão: *sopesando os valores e interesses em conflito*, faz preponderar, sobre o interesse individual do candidato, advogando a proteção da confiança legítima, o *peso maior* do interesse público na manutenção dos elevados valores jurídicos que, de outra forma, ficariam sacrificados.²⁵⁴ (grifos nossos)

Apesar de inaugurar a divergência, o Min. Barroso também referiu que o caso se trataria de uma colisão entre princípios, solucionados por meio de uma “ponderação de normas constitucionais”. De um lado, o “princípio da obrigatoriedade do concurso público”, corolário do princípio da isonomia, colidindo com o “princípio da segurança jurídica, na sua vertente subjetiva, que protege a confiança legítima”. Assim como o voto do relator, o método de colisão entre princípios segue a regra de interpretação do discurso jurídico (J.8).²⁵⁵

Barroso também diverge ao entender que há uma “relação de proporcionalidade entre o decurso de tempo e o fortalecimento da expectativa de preservação da posse no cargo público”, de modo que “quanto maior o tempo decorrido, mais sólida será a expectativa”.²⁵⁶ Assim, uma decisão de mérito em segunda instância geraria expectativas maiores que uma liminar em primeiro grau de jurisdição. Essa distinção realizada se trata de um argumento do tipo prático geral, exigindo observância à regra de fundamentação 5.2.1²⁵⁷ do discurso prático geral. Daí se segue que o princípio da proteção da confiança não se aplicaria apenas a decisões transitadas em julgado, pois, para Barroso, decisões judiciais que revogam medidas cautelares há décadas podem “frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito, causando, portanto, forte abalo à segurança jurídica”.²⁵⁸ Tal argumento, relacionado com a formação histórica e individual do caso concreto, pertence ao discurso prático geral, pois não está vinculado à lei, jurisprudência ou dogmática jurídica. Seu conteúdo se submete à observância da regra de fundamentação 5.2.2²⁵⁹ do discurso prático geral.

Com base no parâmetro estabelecido no art. 54, da Lei nº. 9.784/99 e na existência de boa-fé do beneficiário, Barroso propõe então que os casos envolvendo investidura em cargo público por força de decisão judicial sem trânsito em julgado, a verificação do princípio da

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: V. F. da A. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em 30 out 2016. p. 10.

²⁵⁵ (J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de sopesamento.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. op. cit., p. 20.

²⁵⁷ (5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação: a) se originalmente fosse possível justificar racionalmente, mas depois tal justificação se perdeu; ou b) se nunca se justificou racionalmente e não há novas razões suficientes para sua justificação.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. op. cit., p. 20.

²⁵⁹ (5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir á comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.

confiança legítima envolverá a considerações dos três fatores referidos: “[...] a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância”. Tomando como verdadeiras as premissas utilizadas pelo Ministro, pode-se dizer que os três fatores submetem-se à lógica da justificação interna, nas regras J.2.4 e J.2.5.²⁶⁰

Para fundamentar o conteúdo das premissas, como exige a teoria da argumentação de Alexy sob a justificação externa, Barroso recorre ao discurso prático geral. A regra de trânsito 6.1.²⁶¹ permite ao interlocutor a qualquer momento passar a um discurso empírico. O Ministro considerou diversos aspectos factuais, tais como a aprovação da candidata no estágio probatório, a possível ocorrência de equívocos avaliativos na aplicação do teste físico, o excelente desempenho na disciplina de Educação Física e a ausência de instauração de processos administrativos para apuração de infrações disciplinares. Isso relevaria “[...] aptidão física para o bom desempenho das atribuições inerentes ao cargo”.²⁶² Além de a candidata exercer o cargo há mais de 12 anos à época da decisão do Supremo Tribunal (prazo superior ao delineado pelo art. 54, da Lei nº. 9.784/99) – o que denotaria relação de proporcionalidade entre o decurso do tempo e o fortalecimento da expectativa de preservação da posse no cargo -, já havia decisão de mérito proferida em segunda instância. O Min. Fux, seguindo a divergência, reforça o voto de Barroso ao entender ser “[...] absolutamente inconcebível que a Administração só possa anular os seus atos no máximo em cinco anos, e o Judiciário pode colocar uma pessoa no olho da rua sem esperança, sem chance, vinte anos depois”.²⁶³

Na medida em que os argumentos levantados por ambos os Ministros respeitam as regras da argumentação jurídica e prática geral, o resultado do Recurso Extraordinário nº. 608.482/RN, sob a perspectiva da teoria dos princípios conectada à da argumentação jurídica, situa-se no *espaço do discursivamente possível*, em que fundamentações antagônicas podem ser justificadas sem infringir as regras e formas do discurso jurídico e prático geral. Aliás, durante os debates que prosseguiram à leitura do voto divergente, o próprio Min. Barroso, ao ser questionado sobre a prevalência do referido “princípio da proteção da confiança” sob os princípios da isonomia, legalidade e impessoalidade da Administração, assumiu que “[...] é

²⁶⁰ (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.

²⁶¹ (6.1) A qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. op. cit., p. 23.

²⁶³ Ibid. p. 48.

possível fazer a ponderação, para um lado ou para o outro, cada um *de acordo com a sua convicção*”.²⁶⁴

4.2. Três Possíveis Objeções à Teoria Discursiva

Após longa exposição dos traços fundamentais que modelam a teoria discursiva de Robert Alexy – o que engloba a sua teoria dos direitos fundamentais, a teoria da argumentação jurídica e a relação entre Direito e Moral em seus principais elementos constitutivos -, bem como da trajetória histórica de alguns pilares filosóficos estruturantes de seu pensamento desde o idealismo transcendental de Kant, percorrendo, nesse caminho, o neokantismo de Baden, a fórmula Radbruch, e diversas teorias analítico-discursivas que permearam o cenário filosófico após o giro linguístico de Wittgenstein, como John Langshaw Austin e Jürgen Habermas, é possível então apresentar objeções a essa complexa proposta jusfilosófica.

Por razões metodológicas, a teoria discursiva de Alexy foi apresentada em três grandes partes centrais, com três focos de preocupações distintas, e a cada uma delas será oferecida uma objeção central que abarca uma série de críticas particulares.²⁶⁵ A primeira delas se dirige às aporias que surgem ao decorrer da teoria dos princípios, em que se encontra a famosa lei do sopesamento; a segunda, voltada à teoria da argumentação, demonstra que o modelo discursivo-procedimental acaba permitindo uma margem de indeterminação decisória que não leva o intérprete a outro lugar senão aos braços da discricionariedade; a terceira e última crítica oferece uma contraposição ao argumento da injustiça, alegando que este se torna prejudicado em face da dificuldade de estabelecer parâmetros para determinar a invalidade das normas jurídicas.

No entanto, ainda que contenham particularidades próprias, todas as críticas se direcionam de algum modo ao problema da interpretação do Direito e à discricionariedade judicial de uma forma geral e abrangente. Nessa medida, essa abordagem está alinhada à preocupação central que a Teoria do Direito deve exercer conforme a *Crítica Hermenêutica do Direito*,²⁶⁶ qual seja, a de desenvolver mecanismos que permitam diminuir ao máximo a

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: V. F. da A. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em 30 out 2016. p. 37-38. (grifo nosso)

²⁶⁵ Para uma análise das múltiplas críticas à teoria dos princípios de Alexy realizadas por diversos teóricos alemães no cenário jurídico contemporâneo, todas traduzidas para o português, ver CAMPOS, Ricardo (Org.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 400 e segs.

possibilidade de decisões judiciais tomadas conforme fundamentos segundo unicamente as preferências individuais do intérprete.

4.2.1. Quanto à Teoria dos Princípios Como Mandamentos de Otimização

O núcleo que estrutura o corpo metodológico da teoria dos direitos fundamentais de Alexy é perpassado por uma dicotomia marcante entre dois tipos de normas com natureza de aplicação significativamente diversa. Essa cisão estrutural entre regras e princípios²⁶⁷ confere ao intérprete uma série de recursos analíticos na tarefa de elucidação das possibilidades interpretativas de conceitos com vasta amplitude semântica, o que, em um primeiro momento, poderia causar tremendas dificuldades de concretização das normas de direito fundamental.

A diferença entre mandamentos de definição e otimização é o que permite, por um lado, reduzir as dificuldades interpretativas nos casos em que há clareza semântica para a conduta sob análise judicial em algum dispositivo legal, e, por outro, considerar as diversas possibilidades fáticas e jurídicas que podem advir das normas de direito fundamental. Isso explica a diferença *prima facie* entre regras e princípios. Nos últimos, deve-se aceitar que, em um primeiro momento, aquele que reivindica sua aplicação tem o direito de tê-lo interpretado de forma mais ampla possível.²⁶⁸

Dessa característica *prima facie* dos mandamentos de otimização não se pode concluir que o direito definitivo do reivindicante seja equiparado à amplitude semântica de sua previsão abstrata no texto constitucional. Da colisão entre os mandamentos de otimização se constrói uma norma atribuída ao ordenamento jurídico com natureza de regra e aplicada mediante

²⁶⁷ É necessário registrar o problema do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil, cuja redação é “No caso de colisão entre *normas*, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Se analisado diante da teoria dos princípios de Alexy, o texto legal peca ao referir uma colisão entre *normas*. As normas incorporam regras e princípios, mas apenas os últimos podem sofrer colisões, tendo em vista seu caráter de otimização. Regras, por outro lado, são mandamentos de definição e, assim sendo, não podem entrar em colisão; havendo contradição, deve ser afastada sua validade, ou, no máximo, introduzida uma cláusula de exceção. Ademais, se o art. 489, § 2º fosse assim aplicado, ele mesmo poderia “entrar em colisão” e receber um peso inferior que outra norma, o que inviabilizaria a própria noção de “ponderação” trazida no texto.

²⁶⁸ Os discípulos de Alexy identificaram que as regras também são mandamentos de otimização. Assim, para manter em pé a dicotomia entre regras e princípios, Alexy apela para outra distinção: mandamentos de otimização (regras) expressam um dever ser definitivo e real; mandamentos a serem otimizados (princípios), por sua vez, representam um *dever ser ideal* ou *prima facie*. Poscher objetou que a ideia de um dever ser ideal seria supérflua porque os mandamentos de otimização se referem a objetos empíricos (quais as condutas factuais que estão abarcadas pela proteção da norma). Os mandamentos a serem otimizados, por sua vez, não teriam um objeto para se referir. Esse objeto seria uma “esfera misteriosa”, uma obscuridade ontológica. Assim, a teoria dos princípios não tem um objeto para o qual se refere. Para Poscher, trata-se de uma “teoria sem objeto”. Cf. POSCHER, Ralf. *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*. op. cit. p. 59-79.

subsunção. A relação de restrição desta (nova) regra com os princípios que colidiram anteriormente faz com que o suporte fático das normas de direito fundamental seja circunscrito às dimensões do caso concreto, mantendo intacta a cisão estrutural entre regras e princípios.²⁶⁹

Mas essa forte dicotomia, apesar de mostrar grande sustentação lógica, obnubila o fato de que as regras, enquanto mandamentos de definição, também se revestem de uma estrutura semântica aberta da qual jamais se poderia concluir que elas consigam abarcar as hipóteses fáticas com tamanha precisão que bastaria ao intérprete valer-se de um raciocínio mecânico por subsunção.²⁷⁰ Para se chegar a essa constatação não é preciso nem recorrer ao argumento de demonstrar empiricamente os diversos conceitos semanticamente abertos do qual se vale a legislação (infra)constitucional, como “opinião pública” (art. 25, III, da Lei nº. 8.666/93), “boa-fé” e “bons costumes” (art. 187, do Código Civil), “templos de qualquer culto” (art. 150, VI, ‘b’, da Constituição Federal), mas porque a própria linguagem humana não consegue refletir perfeitamente os detalhes e as leituras que fazemos da realidade. Como ensina Ernildo Stein, a linguagem é como se fosse um mapa da realidade, pois se contivesse a capacidade de precisão absoluta, deixaria de ser um mapa para ser a própria realidade.²⁷¹

Na medida em que as regras também são semanticamente vagas e ambíguas, a cisão estrutural em relação aos princípios acaba por se esvaziar e perdendo o sentido. Não há um campo do conhecimento humano que esteja imune ao trabalho interpretativo. A partir de Heidegger, há o reconhecimento de uma estrutura prévia de sentido que possibilita e determina a formulação de enunciados predicativos. Por isso compreendemos sempre algo *enquanto* algo (*etwas als etwas*), sempre chegamos aos objetos junto com a sua significação, o que vincula a interpretação com a própria compreensão.²⁷²

É possível encontrar outra adversidade no procedimento alexyano ao longo da teoria dos direitos fundamentais. Em casos de colisões entre princípios, a máxima da proporcionalidade - recurso metodológico responsável por desenvolver o seu procedimento de aplicação – oferece, como etapa derradeira, a proporcionalidade em sentido estrito, onde se encontra a famosa lei do sopesamento. Esse recurso analítico, ainda que a sua finalidade se

²⁶⁹ Em sentido contrário à aposta desse modelo metodológico, Mathias Jestaedt objeta que a teoria dos princípios se compõe de proposições meramente abstratas, comprometendo a estrutura escalonada do ordenamento jurídico. Cf. JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre: ihre Stärken und ihre Schwächen, in: DEPENHAUER, Otto; HEINTZEN, Markus; JESTAEDT, Mathias; AXER, Peter (Orgs.). **Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee**. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2007. p. 269 e segs.

²⁷⁰ Para uma análise particular da aplicação da técnica da subsunção sob a ótica da *Crítica Hermenêutica do Direito*, ver DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 111-118.

²⁷¹ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 23 e segs.

²⁷² Ibid. p. 65-67.

limite ao esclarecimento conceitual das possibilidades jurídicas que surgem da colisão em questão, acaba funcionando, na prática decisória dos tribunais, como uma espécie de “camada racional” de justificação subsequente à decisão substancial. Basta que as valorações encontrem resguardo dentro dos pesos atribuídos à “saturação” e “intervenção” – desenhados nas numerações 1, 2 e 4 - de um princípio sobre outro para que a escolha realizada pelo intérprete adquira roupagem racional.²⁷³

Nessa fase do procedimento decisório da máxima da proporcionalidade, Alexy recorre a valorações realizadas anteriormente pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, para então demonstrar que tais decisões podem obter uma justificação racional. Ao se preocupar com uma justificativa posterior de decisões já tomadas pelo Tribunal, a teoria de Alexy parece, nesse ponto, abrir mão de um caráter prescritivo sobre a atuação do mesmo. Daí o motivo pelo qual não se vê um caráter de avaliação crítica da teoria de Alexy sobre a Corte constitucional alemã e os fundamentos utilizados em as suas decisões, tarefa essencial da doutrina jurídica, reconhecida inclusive por Virgílio Afonso da Silva.²⁷⁴ Trata-se do compromisso que os doutrinadores devem assumir por sua posição privilegiada como construtores e participantes diretos do pensamento jurídico. É exatamente essa postura prescritiva que define *constrangimento epistemológico* do qual fala Lenio Streck.²⁷⁵

Além disso, a possibilidade de atribuição de pesos aos princípios se verifica não apenas naqueles casos extremos dos denominados *impasses estruturais*, em que opera a limitação de da capacidade epistêmica (empírica e normativa), mas em qualquer caso que seja resolvido através da lei do sopesamento. Isso porque a valoração do peso de cada princípio em colisão não recebe, na teoria dos princípios de Alexy, nenhum tipo de constrangimento externo à subjetividade do intérprete que o impeça de conceber um peso relativo superior a um princípio sobre o outro. Essa circunstância, ainda que possa parecer remota diante das diversas exigências da teoria dos princípios, acaba por atingir de forma significativa o ordenamento jurídico como um todo. Abre-se a possibilidade que regras jurídicas sejam afastadas, excepcionadas ou até

²⁷³ Nesse ponto específico, Streck concorda com Habermas sobre os problemas da lei do sopesamento (ou da ponderação), especialmente a partir preocupação dos autores com os limites da atuação do Poder Judiciário dentro de um Estado Democrático de Direito. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254 e segs.

²⁷⁴ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**. op. cit. p. 149.

²⁷⁵ “Nesse sentido, espero que ocorra aquilo que venho chamando de ‘constrangimento epistemológico’ por parte da doutrina penal brasileira. A doutrina tem de doutrinizar, avocando para si o papel de reconstrução da história institucional do Direito, apontando para a resposta adequada no caso em questão”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 314.

mesmo criadas sempre que se verificar uma colisão subjacente entre princípios, pois a valoração do peso daquele que prevalece não encontra padrões objetivos de controle.²⁷⁶

4.2.2. Quanto à Teoria da Argumentação Jurídica

Se a teoria dos princípios fornece a espinha dorsal de estruturação das normas que garantem os direitos e deveres básicos em uma sociedade democrática - bem como seu modo de aplicação em casos concretos pelo Tribunal Constitucional -, o preenchimento contudístico das proposições nela formuladas são transmitidas a outra esfera particular. Alexy conecta a estrutura formal da teoria dos princípios com uma teoria da argumentação jurídica cujo núcleo consiste na tese do caso especial. O discurso jurídico, enquanto caso especial do discurso prático geral, levanta a pretensão de que as suas disposições sejam racionalmente justificadas conforme o ordenamento atual vigente.²⁷⁷

A justificação racional, segundo Alexy, não se limita meramente à solidez do raciocínio silogístico que garante a validade lógica da conclusão que se segue de suas premissas (justificação interna). É necessário – e neste ponto surge as verdadeiras complicações – justificar a objetividade das premissas que são introduzidas no processo silogístico (justificação externa). Esse processo pode conter regras previstas no direito positivo, enunciados empíricos ou até mesmo outros tipos de premissas, que remete Alexy a constituir seis grupos de regras e formas para justificar as premissas, como argumentos empíricos, cânones de interpretação, argumentos dogmáticos, uso de precedentes, formas especiais de argumentos jurídicos e, inclusive, argumentos do tipo prático geral.²⁷⁸

Essa última forma de argumentação constitui o ponto mais latente de intersecção entre Direito e Moral. Esses argumentos seriam necessários na medida em que se exige a saturação da fundamentação das premissas, das formas de argumento, dos enunciados dogmáticos, da aplicação de precedentes, e até mesmo da fundamentação de argumentos práticos que compõem diretamente a justificação interna. Para Alexy, portanto, *não é possível afastar completamente* a utilização de argumentos práticos gerais, pois nem sempre há enunciados dogmáticos ou precedentes para ser aplicados ao caso concreto, ou para justificar a aplicação de outro enunciado dogmático, ou, ainda, porque não se consegue exaurir a complexidade do caso

²⁷⁶ Em linhas gerais, Böckenförde objeta que a teoria dos princípios possibilitaria um excesso na aplicação dos direitos fundamentais de modo que o estado legislativo parlamentar fosse suplantado pela jurisdição constitucional. Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (Org.). **Staat, Verfassung, Demokratie**. Frankfurt am Main, 1991. p. 190.

²⁷⁷ Veja-se o tópico 2.2.1. *A tese do caso especial e a pretensão de correção.*

²⁷⁸ Veja-se o tópico 2.2.2. *Os traços fundamentais da argumentação jurídica.*

concreto. Uma vez que o discurso jurídico em certos casos necessariamente recorrerá à argumentação do tipo prático geral, as atenções se voltam para a possibilidade de fundamentar racionalmente as proposições normativas dessa esfera geral prática.²⁷⁹

Daí a razão pela qual a preocupação (correta) da teoria da argumentação jurídica com uma teoria racional do discurso prático geral. Nessa área, após longas investigações nas teorias éticas e analíticas que sobrevieram ao giro linguístico de Wittgenstein, Alexy apresenta o *código da razão prática*, um conjunto de regras discursivas de caráter pragmático-transcendental do qual os interlocutores devem seguir para encontrar um resultado racional. Entretanto, ainda que as regras e formas do discurso prático geral forneçam critérios discursivos aptos a afastar considerável quantidade de enunciados normativos que carecem de justificação racional, ainda resta um amplo campo no qual se justifica tanto um enunciado normativo como sua negação, sem infringir as regras e formas do discurso prático geral.

Esse espaço, que Alexy denomina de *espaço do discursivamente possível*, é justamente o *locus* da discricionariedade judicial. É um espaço em que a racionalidade prática esgota as possibilidades de controle racional dos argumentos práticos gerais, autorizando que as premissas utilizadas na justificação interna sejam articuladas conforme as preferências subjetivas do interlocutor. No caso do Direito, conforme a subjetividade da autoridade competente para decidir o litígio. Isto é, se de antemão a própria teoria da argumentação jurídica reconhece esses espaços, concomitantemente permite que decisões sejam fundamentadas, em última instância, tanto por um argumento quanto por outro a ele antagônico. Em outras palavras, tendo em vista que o Direito se manifesta segundo o código lícito-ilícito, a fundamentação da decisão judicial poderá, nos casos em que o código da razão prática é exaurido, ser justificada segundo argumentos práticos gerais que apontam tanto para a licitude quanto para a ilicitude da conduta.²⁸⁰

Do fato de que de antemão a teoria da argumentação jurídica de Alexy aceita espaços do discursivamente possível, segue-se não apenas uma abertura a discursos exógenos ao discurso jurídico, mas uma desoneração da carga de responsabilidade do juiz. Ora, como os casos judiciais em que normalmente não é possível solucioná-los recorrendo a argumentos empíricos ou dogmáticos são aqueles nos quais se discute a aplicação de normas de direitos e

²⁷⁹ Embora haja a preocupação comum entre a *Crítica Hermenêutica do Direito* com as teorias discursivas (como as de Habermas e Alexy) em relação à fundamentação das decisões judiciais, podemos dizer que a diversa estratégia metodológica das duas posições manifesta as divergências que deram lugar ao debate entre as teses substancialistas e procedimentalistas no cenário jurídico-filosófico contemporâneo. Ver STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105-118.

²⁸⁰ Ver tópico 2.2.3. *A interdependência entre o discurso jurídico e o discurso prático geral*.

garantias fundamentais, é justamente nesse tipo de litígio que deveria se exigir maior restrição interpretativa/aplicativa na atuação judicial.²⁸¹

Ainda que de forma não-deliberada, os efeitos práticos da teoria da argumentação jurídica acabam deslocando a discussão jurídica de qual resposta é substancialmente mais adequada ao ordenamento jurídico vigente para a seara de uma argumentação que objetiva não violar regras e formas do discurso racional. Desde que demonstre que o seu raciocínio se conforma às regras e formas do discurso prático geral, o dever de fundamentação se completa mesmo que seja possível decidir em sentido contrário. Ou seja, o código da razão prática passa a ser a régua de medida da fundamentação judicial.

Certamente o primeiro a identificar a origem do formalismo discursivo da teoria da argumentação jurídica foi Ernst Tugendhat. O filósofo tcheco refere, após indicar a ausência da dimensão histórico-comparativa nos parâmetros de correção do discurso jurídico, que tanto Alexy quanto Habermas confundem as regras semânticas e pragmáticas do discurso. Ao mesclarem esses dois padrões linguísticos, acabam construindo regras semânticas (que fundamentam proposições descritivas) para fundamentar enunciados normativos. Por isso que “[...] as regras pragmáticas mencionadas por Alexy, assim como foi mostrado para o discurso em geral, têm apenas a função de eliminar as possibilidades de distorções adicionais que surgem quando vários interlocutores participam no procedimento de fundamentação”.²⁸²

Em outras palavras, a teoria da argumentação acaba deslocando a discussão sobre os *desacordos jurídicos* (*legal disagreements*)²⁸³ para uma seara procedimental de justificação cuja margem de possibilidades para decisões contrárias ainda é expressiva. No final das contas, o poder discricionário – problema central para teorias como as de Dworkin²⁸⁴ e de Streck²⁸⁵ –

²⁸¹ Essa a razão pela qual a natureza dos princípios jurídicos para Streck é completamente diversa daquela defendida por Alexy. Para o professor gaúcho, “[...] enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica [...] parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no Direito, ‘fechando’ a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 264. (grifos do autor)

²⁸² „[...] und nun kann man sehen, daß die von Alexy genannten pragmatischen Regeln, genauso wie sich das schon vorhin für den Diskurs im allgemeinen gezeigt hat, nur die Funktion haben, diejenigen zusätzlichen Verzerrungsmöglichkeiten auszuschalten, die sich ergeben, wenn mehrere an der Begründungsprozedur beteiligt sind“. TUGENDHAT, Ernst. Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, v. 1, n. 14, 1980. p. 7-10.

²⁸³ DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 3 e segs.

²⁸⁴ Id. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 14 e segs.

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. Revista **Direito & Práxis**, v. 4, n. 7, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350> Acesso em 20 out. 2016.

ainda permanece como um elemento que termina comprometendo em parte a própria teoria da argumentação jurídica enquanto caso especial de uma teoria geral do discurso prático geral.

4.2.3. Quanto ao Argumento da Injustiça do Não-Positivismo Inclusivo

Da definição do conceito de Direito que Alexy formula, a tríade que o compõe – legalidade conforme o ordenamento, eficácia social e correção material – faz suceder uma nova dualidade. Na medida em que o elemento moral é incorporado aos demais, o Direito passa a conter uma dupla natureza: uma real e outra ideal. Sem desconsiderar a dimensão real, que corresponde à força coercitiva dos mandamentos jurídicos e à eficácia social das decisões emanadas de autoridades competentes, Alexy adiciona o elemento moral como exigência para constituir o Direito. Na medida em que o discurso jurídico levanta uma pretensão de correção, isto é, de que as suas normas (gerais e individuais) sejam justificadas e corretamente aplicadas, a conexão com a dimensão moral é inevitável e necessária.

Essa ligação necessária entre Direito e Moral implica reconhecer a teoria discursiva de Robert Alexy como não-positivista, afastando-se da tese da separação entre essas duas esferas. Mas esse diagnóstico não esgota a discussão do que representa essa classificação tradicional em suas repercussões práticas. Essa disputa entre o positivismo e seus adversários na arena jurídica não resolve, por si só, a questão da discricionariedade judicial, pois a depender de como, em que medida e qual tipo de moralidade é incorporada ao Direito, diferentes configurações se formam e, conseqüente, diferentes resultados práticos.²⁸⁶

O não-positivismo pode, segundo Alexy, ser subdividido em três versões distintas, ainda que todas de algum modo incorporam o elemento moral em seu conceito de Direito. A primeira versão, o não-positivismo exclusivo, oferece a posição mais radical contra o positivismo jurídico e à tese da separação. Essa corrente defende que toda e qualquer norma jurídica que contenha um defeito de índole moral perde o seu caráter jurídico e, por conseqüência, não tem qualquer validade para obrigar as ações dos indivíduos ou qualquer entidade com personalidade jurídica. Nessa versão, a dimensão real da natureza do Direito tem um peso muito baixo, pois qualquer fragilidade moral em suas disposições é suficiente para invalidar a obrigatoriedade de seus mandamentos.²⁸⁷

Ainda dentro do não-positivismo, mas em direção diametralmente oposta, Alexy aloca a versão do conceito super-inclusivo. Essa corrente defende que a validade jurídica não é

²⁸⁶ Veja-se o tópico 2.3.1. *As teses da conexão e separação entre Direito e Moral: a perspectiva do observador.*

²⁸⁷ Veja-se o tópico 2.3.2. *Os argumentos em favor da tese da conexão: a perspectiva do participante.*

afetada de nenhum modo por imperfeições na esfera moral. A similaridade com a tese da separação parece muito grande em um primeiro momento, mas essa conclusão seria equivocada, pois o é por meio de um elemento moral que se determina a preferência à dimensão real do Direito em detrimento da dimensão ideal, ainda que em casos extremos. A conexão entre as duas esferas é feita de forma que a moralidade reconheça que as normas jurídicas devem ser aplicadas, ainda que contenham defeitos de ordem moral.

Segundo Alexy, ao passo que o não-positivismo exclusivo não consegue reconhecer a dimensão ideal do direito, o não-positivismo super-inclusivo falharia ao não atribuir à dimensão ideal um peso suficiente em casos de extrema injustiça. Entre essas duas posições distintas, Alexy encontra como adequada a do *não-positivismo inclusivo*, em que as normas jurídicas que contenham vícios morais são defeituosas, mas não a ponto de perderem sua validade ou caráter jurídicos. Apenas quando a injustiça alcançar um patamar inaceitável, de extrema injustiça, é que perderá a sua validade jurídica. Abaixo desse limiar, a norma jurídica é, ainda que moralmente defeituosa, juridicamente válida.²⁸⁸

A solução de Alexy, embora pareça razoável e equilibrada entre as duas dimensões estruturais que moldam o conceito de Direito, leva a um impasse de difícil anuência teórica. O não-positivismo inclusivo não pode demonstrar quando e em que medida se verifica uma norma jurídica ser justa, injusta (ainda que válida juridicamente) ou extremamente injusta. Não há padrões transcendentais ou consensuais para conseguir determinar onde se estabeleça o grau de injustiça de determinada norma. Ainda que Alexy refira a possibilidade de verificar esse limiar por meio de exigências morais mínimas, como o direito fundamental à vida e à inviolabilidade corporal, e que tais exigências são passíveis de fundamentação racional, a discussão sobre quais eventos ou condutas estariam abrangidos (ou não) pelo limiar da injustiça seria determinado por argumentos do tipo prático do tipo geral. Assim, como a possibilidade de fundamentação racional desses argumentos se limita às regras e formas desse estilo de discurso, é possível haver indeterminações argumentativas que levariam os interlocutores ao *espaço do discursivamente possível* e, então, ao patamar em que tanto a decisão que obriga, permite ou proíbe o ato sob questão é racionalmente fundamentada.

No limite, a demonstrabilidade do limiar de injustiça que determina a validade das normas jurídicas é refém do mesmo problema das teorias dos princípios e da argumentação, pois se reconhece uma abertura do discurso jurídico ao prático geral e este, por sua vez, aceita limites que determinam a racionalidade discursiva. Para além dessa divisa, a decisão passa a

²⁸⁸ Veja-se o tópico 2.3.3. *O não-positivismo inclusivo e a dupla natureza do Direito.*

ser tomada segundo critérios meramente subjetivos, afastando-se do compromisso interpretativo de encontrar a resposta mais adequada ao caso concreto e, assim, perdendo o sentido a sua própria existência.

4.3. Uma Questão de Paradigma Filosófico e Seus Desdobramentos Práticos

Nenhum conhecimento e nenhuma teoria surgem do vazio. Esse talvez seja uma das principais lições deixadas pela hermenêutica filosófica. Em contraposição ao paradigma que dominou a Filosofia Moderna, cujo elemento nuclear e decisivo girava inexoravelmente em torno de alguma forma de subjetividade, Hans-Georg Gadamer mostra que não somos proprietários da história; pelo contrário, pertencemos a ela. Muito além de uma mera figura de linguagem, a perspectiva da qual nos fala o filósofo alemão implica uma mudança significativa sobre a perspectiva de compreender o processo interpretativo.²⁸⁹

Na linha da hermenêutica filosófica, a lente da subjetividade – considerada parâmetro último de avaliação da realidade – é um “espelho deformante”, uma vez que a reflexão do indivíduo não passa de uma luz sutil na corrente turbulenta da vida histórica. O objeto sob investigação não pode ser entendido como se estivesse em uma esfera ahistórica, atemporal, da qual o investigador esteja apartado. O objeto será sempre produto da compreensão, que, por sua vez, está imersa na tradição histórica e dela não pode se desprender. A tentativa de negação da tradição gadameriana apenas mostraria uma das formas de manifestação do agente imerso nela, ratificando o argumento do mestre de Marburgo. Em suas palavras:

O verdadeiro objeto histórico não é um objeto, mas a unidade de um e de outro, uma relação na qual subsiste tanto a realidade da história como a realidade da compreensão histórica. Uma hermenêutica adequada à coisa exibiria em si própria a realidade da história. Eu chamo essa exigência de ‘história efetual’. A essência do compreender é um processo de história efetual.²⁹⁰

É diante desse afastamento da matriz hermenêutica em relação ao pensamento kantiano que emerge o elemento embrionário das divergências entre os modos de desenvolver uma hermenêutica jurídica. No Direito, essas repercussões se potencializam e podem ser visualizadas de modo ainda mais nítido diante dos desacordos que surgem no seu núcleo mais sensível – os direitos fundamentais.

²⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1985. p. 281.

²⁹⁰ „Ein wirklich historisches Denken muss die eigene Geschichtlichkeit mitdenken. Nur dann wird es nicht dem Phantom eines historischen Objektes nachjagen, das Gegenstand fortschreitender Forschung ist, sondern wird in dem Objekt das Andere des Eigenen und damit das Eine wie das Andere erkennen lernen. Der wahre historische Gegenstand ist kein Gegenstand, sondern die Einheit dieses Einen und Anderen, ein Verhältnis, in dem die Wirklichkeit der Geschichte ebenso wie die Wirklichkeit des geschichtlichen Verstehens besteht. Eine sachangemessene Hermeneutik hätte im Verstehen selbst die Wirklichkeit der Geschichte aufzuweisen. Ich nenne das damit Geforderte >Wirkungsgeschichte<. Verstehen ist seinem Wesen nach ein wirkungsgeschichtlicher Vorgang“. Ibid.. p. 305.

4.3.1. Normas de Direito Fundamental Enquanto Deveres Latos e Imperfeitos

Com a Revolução Copernicana, Kant sustenta que o conhecimento produzido pela Ciência Moderna é universal e objetivamente válido. Desse modo, a tarefa da Filosofia limitar-se-ia a demonstrar *de direito* a validade *de fato* desse conhecimento científico. E é exatamente esse o compromisso central de sua *Crítica da razão pura*: ao passo que as categorias são transferidas para a consciência do sujeito, a razão esbarra em limitações sobre a capacidade de encontrar um conhecimento além dos dados captados pela sensibilidade. Qual a consequência imediata? A exclusão do terreno do conhecimento teórico seguro aquilo que não possa ser demonstrado lógicamente ou empiricamente. Dessa forma, os juízos normativos precisaram ser obrigatoriamente separados do conhecimento teórico.

Atento ao alerta de Hume – de que não se pode confundir os níveis de racionalidade do “ser” com o do “dever ser” –, Kant reforça a separação entre razão teórica e prática, na qual a esfera da moralidade fica restrita à última. Ou seja, com os resultados da sua delimitação da razão teórica, Kant verifica que as condições transcendentais que sustentam o conhecimento produzido pelas grandes áreas da Ciência Moderna não poderiam ser estendidas a certos conceitos sem correspondência com intuições sensíveis, às *ideias regulativas*, como as noções de “alma”, “liberdade” e “Deus”. Em contraposição ao racionalismo dogmático, a partir de Kant essas disciplinas são atiradas para fora do mundo fenomênico e deixadas em um mundo *numênico*, no âmbito do mero pensamento especulativo, da coisa em si.²⁹¹

Das ideias regulativas que Kant refere como sendo aquelas que devem ser analisadas no campo da razão prática, a que detém um interesse particular para essa investigação é a noção de “liberdade”, pois é a partir dela que o filósofo de Königsberg chega à autonomia da vontade do ser humano. A partir desse ponto, a filosofia moral de Kant encontra um terreno seguro para seu desenvolvimento, na medida em que se reconhece o ser humano como alguém responsável por seus atos e pelas consequências deles na vida pública. Entretanto, não é difícil constatar a distância que os imperativos morais kantianos se encontram do mundo real. Além das exigências motivacionais da ação moral, outro problema que advém desse modelo é a dificuldade de constatação prática de tais imperativos universais. Uma vez que a moralidade só pode ser pensada, o distanciamento com os conflitos morais na vida real acaba levando a situações de aporia e indeterminação. Afinal, quando há problemas práticos em que posições antagônicas reivindicam imperativos categóricos, qual seria a conclusão kantiana?

²⁹¹ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 172-175.

Uma resposta plausível a essa questão seria a alternativa que Kant encontrou ao subdividir a grande área da moralidade em duas esferas distintas: a Ética e o Direito. Essa divisão corresponde à separação entre a internalidade e a externalidade do sujeito moderno diante de seus direitos e compromissos perante os demais cidadãos e o Estado, cujos poderes ficavam limitados à obediência de uma lei universal de liberdade. Enquanto a Ética se ocupa dos deveres do indivíduo perante si mesmo na busca do aprimoramento pessoal das suas virtudes, o Direito oferece o regramento básico para a convivência em sociedade a partir do valor absoluto da liberdade como elemento fundador e estruturante das relações jurídicas. Essa separação também se explica pelo contexto social-político do final do século XVIII, em que a sociedade efervescia extasiante em direção à emancipação dos contornos políticos da Idade Média, dando forte ênfase na proteção das liberdades e garantias civis e políticas do cidadão.

No entanto, se é verdade que Kant fundamentou a legitimidade do poder político no valor moral da liberdade e a partir dele uma distinção rígida entre Ética e Direito, não poderia confundir os tipos de dever que exsurtem dessas duas distintas esferas normativas. Enquanto a Ética produz deveres imperfeitos/incompletos, o Direito produz deveres perfeitos/completos. Kant oferece como definição de dever perfeito aquele mandamento que não permite nenhuma exceção à extensão e imperatividade da sua ordem. Um dever perfeito é um dever estrito, um dever que só pode ser cumprido em sua integralidade normativa, sem permitir que seja aplicado de forma parcial pela existência de alguma exceção.²⁹²

Os deveres imperfeitos, por sua vez, são deveres latos, pois a amplitude da sua estrutura normativa não consegue indicar com precisão como e com que grau de intensidade se deve realizar a ação, podendo abranger uma diversidade imensurável delas, o que lhes confere uma margem de discricionariedade para definir quais estão abrangidas pelo seu mandamento. Mas enquanto máxima, seu cumprimento não pode ser excepcionado simplesmente por uma inclinação do agente, mas apenas por meio da “[...] limitação de uma máxima do dever por outra (por exemplo, o amor geral ao próximo pelo amor paternal)”.²⁹³

A analogia dos deveres imperfeitos de Kant com os princípios em Alexy é inevitável. Assim como os princípios na teoria alexyana, os deveres imperfeitos também não têm sua validade atingida se em determinado caso concreto um dos princípios (ou deveres) tiver que ceder em face de outro com o qual colide. Os princípios são restringidos em casos concretos nos quais se pretende chegar a um enunciado normativo com caráter de regra. Diante desse esclarecimento prévio fica claro porque em Alexy princípios são compreendidos como

²⁹² KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1959. p. 230-236. [390-394]

²⁹³ Ibid.. p. 231. [390]

mandamentos de otimização aplicáveis não pela subsunção clássica, mas por meio de sopesamento. A aproximação com Kant é confirmada com a seguinte passagem na Doutrina das Virtudes:

Quanto mais lato é o dever, mais imperfeita será a obrigação que o homem tem para agir; desse modo, quanto mais ele aproximar a máxima da observância ao dever (em sua intenção) do dever estrito (jurídico), mais perfeita é a sua ação virtuosa.²⁹⁴

Com esse trecho vemos que a *lei do sopesamento* de Alexy já estava antecipada por Kant em praticamente dois séculos. Como refere Fiete Kalscheuer, a fórmula “tanto-quanto” que orienta a ação prática na esfera da Ética kantiana oferece um modelo rudimentar de como Alexy contemporaneamente pretende resolver os casos de colisões entre princípios. Isso significa que a condição de possibilidade para a operacionabilidade da lei do sopesamento (ou lei da ponderação) nos casos constitucionais pressupõe que as normas constitucionais de direito fundamental como deveres imperfeitos, isto é, como deveres que ao colidirem com outros podem ser satisfeitos em maior ou menor grau.²⁹⁵

No fundo, essa é a razão pela qual autores como Virgílio Afonso da Silva classificam a teoria dos princípios de Alexy entre aquelas que sustentam um *suporte fático amplo* para as normas de direito fundamental.²⁹⁶ Como consequência, nesse paradigma os casos envolvendo colisões entre princípios precisam aceitar *prima facie*, em um primeiro momento, todas as condutas que podem ser abarcadas por esses direitos de aplicação ampla (ou, na linguagem kantiana, deveres latos), e apenas após o exame do procedimento da máxima da proporcionalidade vinculado à teoria da argumentação jurídica é possível encontrar uma definição para o litígio – a norma de direito fundamental atribuída, cuja natureza deixa de ser princípio, passando então a ser de regra.

4.3.2. A Margem de Indeterminação da Teoria Geral do Discurso Prático Racional

Ainda que decorra sólida e coerentemente da distinção entre mundo fenomênico e numênico, que por sua vez explica a distinção entre Ética e Direito dentro da esfera da

²⁹⁴ „Je weiter die Pflicht, je unvollkommener also die Verbindlichkeit des Menschen zur Handlung ist, je näher er gleichwohl die Maxime der Observanz derselben (in seiner Gesinnung) der engen Pflicht (des Rechts) bringt, desto vollkommener ist seine Tugendhandlung“. KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1959, p. 231 [390]

²⁹⁵ KALSCHUEUR, Fiete. Kants Theorie der Abwägung. op. cit. p. 499–505, 2013.

²⁹⁶ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**. op. cit. p. 108 e segs.

moralidade, a separação entre deveres perfeitos e imperfeitos apenas encontra sustentação na artificialidade de recursos mentais sobre enunciados normativos. No mundo prático, as ações concretas não ocorrem como se estivessem enquadradas previamente em algum dos dois grandes grupos de deveres. Ou seja, não é possível aplicar regras jurídicas (que se trataria de deveres perfeitos) com precisão matemática, pois as circunstâncias fáticas de cada caso concreto extrapolam a possibilidade de uma subsunção perfeita e transparente. Tal possibilidade apenas pode encontrar guarida sob a desconsideração da facticidade e da historicidade que operam em qualquer interpretação da realidade. Não é por outra razão que Gadamer vai dizer que “[...] a ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse aplicar a qualquer juízo um simples ato de subsunção, é insustentável”.²⁹⁷

Já os deveres imperfeitos, por se tratarem, na linguagem de Kant, de deveres latos, poderiam levar a indeterminações na execução da ação moral prática, pois a concretização de sua disposição levaria ao necessário não-cumprimento da disposição de outro dever imperfeito. Assim, para manter intacto o dualismo, a saída para esse problema seria recorrer a um sopesamento, justificando a ausência do cumprimento de um dever imperfeito não pela observância a motivações independentes da lei moral, mas pela satisfação de um dever (imperfeito) colidente com peso maior. Recorrendo novamente a Kalscheuer, a distinção entre deveres perfeitos e imperfeitos de Kant equivale, respectivamente, à cisão estrutural entre regras e princípios em Alexy. Enquanto deveres perfeitos regras jurídicas se tratam de normas com observância estrita, cuja aplicação ao caso concreto se limita ao processo de subsunção entre premissas, deveres imperfeitos e princípios são normas com observância lata que, por sua abrangência de realização, admitem diversas possibilidades e medidas de aplicação, levando a uma inevitável colisão. Dessa forma, a metodologia apropriada para determinar a ação concreta, após considerar as possibilidades fáticas envolvidas, seria recorrer a um sopesamento, isto é, a um raciocínio que considere o peso relativo de cada norma a fim de poder determinar a medida proporcional ao caso.²⁹⁸

Ainda que tenha ocorrido uma série de transformações filosóficas relevantes ao longo da história que transita de Kant até Alexy, especialmente sobre a natureza e execução metodológica da dimensão moral, a distinção rígida entre deveres perfeitos e imperfeitos esboçada na *Metafísica dos Costumes* antecipa em dois séculos a mesma estrutura sustentadora

²⁹⁷ „Die Idee einer vollkommenen Rechtsdogmatik, durch die jedes Urteil ein bloßer Subsumtionsakt würde, ist unhaltbar“. GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1985. p. 335. [312-313]

²⁹⁸ KALSCHUEUR, Fiete. Kants Theorie der Abwägung. op. cit, pp. 499–505.

do modelo exposto na *Teoria dos Direitos Fundamentais*: a cisão entre regras e princípios. A agregação de diversas ferramentas conceituais (como as subdivisões da máxima da proporcionalidade) e a conexão com uma teoria da argumentação jurídica (vinculada ao discurso prático geral) aperfeiçoa, mas mantém intacta a distinção normativa kantiana. Não é por acaso que os seguidores da teoria dos princípios de Alexy despendem esforços consideráveis para defender e preservar a dicotomia entre regras e princípios.²⁹⁹

Nesse paradigma, as normas de direito fundamental são compreendidas, em um primeiro momento, de um ponto de vista estritamente semântico, abrangendo todas as condutas possivelmente abarcáveis nessa dimensão da linguagem; nesse modelo, haverá dessa forma inexoravelmente uma colisão entre duas normas constitucionais, e então em um segundo momento ocorre o procedimento de determinar qual delas tem o maior peso, aumentando o âmbito de proteção de uma e diminuindo o da outra. Esse processo é a máxima da proporcionalidade (delineado em suas três submáximas parciais de forma subsidiária) e o resultado será uma norma de direito fundamental atribuída, com caráter de regra. Por isso o caráter *prima facie* no primeiro momento, e o definitivo no segundo. Um dos aspectos mais relevantes é o de que, nesse segundo momento, as colisões levadas à lei do sopesamento muitas vezes não conseguem escapar de impasses (estruturais ou epistêmicos), e por isso é conectada a uma teoria argumentativa que oferece as regras e formas da racionalidade do discurso não apenas jurídico, mas também prático geral.

Em outras palavras, os casos de colisão entre princípios são resolvidos a partir de uma ponderação entre dois (ou mais) enunciados normativos abstratos com pretensão de universalidade e, ainda que se reconheçam as contribuições da teoria da argumentação na tentativa de racionalizar os argumentos envolvidos nesse tipo de raciocínio prescritivo, sobram espaços dos quais o intérprete pode preencher valorativamente o peso de cada princípio sem ferir as regras e formas do discurso (jurídico ou até prático geral). No final das contas, a teoria da argumentação transfere a discussão sobre o conteúdo dos argumentos para a observância ao código da razão prática. Na vida prática, a teoria da argumentação enfrenta, para usar a expressão de Dworkin, os *desacordos sobre os fundamentos do Direito* (*disagreements about the grounds of Law*)³⁰⁰ por meio de regras e formas do discurso prático geral. A grande questão

²⁹⁹ Por todos, ver SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1990. No Brasil, a defesa da cisão entre regras e princípios nos moldes de Alexy é realizada por Virgílio Afonso da Silva, especialmente em sua crítica à teoria dos princípios de Humberto Ávila. Ver AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 56-64.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. op. cit. p. 6.

ainda é: e quando ambos os participantes argumentam dentro dos limites desse código? Chega-se ao campo do discursivamente possível e, com ele, volta-se à indeterminabilidade.

Além desse procedimento, a conexão do Direito com a moralidade pode ser diagnosticada, em Alexy, por meio do interessante argumento da injustiça. Esse argumento abre a possibilidade de discutir não o peso concreto de princípios com dimensões distintas afastarem e se sobreporem à aplicação de outros, mas da própria validade da norma jurídica. O modelo denominado por Alexy de não-positivismo inclusivo permite afastar a validade de uma norma jurídica caso esteja revestida de uma injustiça extrema. Leis meramente injustiças – mas não extremamente – não são mais consideradas Direito válido, na linha outrora desenvolvida por Gustav Radbruch. Esse argumento corre ao lado da questão sobre a aplicação da lei do sopesamento em colisões de princípios, e atinge diretamente a estrutura básica do próprio conceito de Direito.

O que não fica muito bem esclarecido na obra de Alexy não é o modo nem os argumentos oferecidos para sustentar a conexão necessária entre Direito e moralidade, mas o parâmetro delineador do nível de injustiça que permite invalidar uma norma jurídica. O jusfilósofo é altamente preciso e claro ao enfatizar a vinculação entre essas duas esferas normativas, mas a fronteira entre a injustiça (que retrata apenas um defeito moral na lei) e a extrema injustiça (que a invalida desde sua gênese) permanece esfumada.

No famoso caso sobre os atiradores do muro de Berlim (*Mauerschützen*), em que o Tribunal Constitucional Federal alemão analisou caso envolvendo o assassinato de um fugitivo da Alemanha Oriental em sua tentativa de cruzar a fronteira em direção ao território Ocidental, foi utilizada a fórmula Radbruch como um dos fundamentos para afastar a validade das regras que excepcionavam a punibilidade do tipo penal do homicídio, previsto no Código Penal da parte Oriental.³⁰¹ No entanto, há dificuldades em se estabelecer porque e em que medida se determinou o grau de injustiça da conduta a ponto de considerá-la como “extremamente injusta”. Essa justificação – caso fosse aprofundada para além da simples menção ao Estado Democrático de Direito e aos Direitos Humanos – inevitavelmente recorreria a argumentos do tipo prático geral, que novamente faz retornar à questão da indeterminabilidade do espaço do discursivamente possível.

³⁰¹ ALEXY, Robert. **Mauerschützen**: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1993. p. 33.

4.3.3. Direitos Fundamentais, Argumentação Jurídica e Limites Interpretativos

A teoria dos princípios corretamente conectada com a teoria da argumentação jurídica, que por sua vez estabelece uma forma de vinculação entre os discursos jurídico e prático geral, traz certas vantagens na tarefa de esclarecimento das razões utilizadas para fundamentação de decisões judiciais. Ela oferece uma série de padrões os quais respeitados prometem alcançar uma decisão racional. Embora encontre limitações em sua própria proposta de encontrar as condições racionais do discurso (mais precisamente na esfera do discursivamente possível), a teoria da argumentação jurídica pode auxiliar no aprimoramento argumentativo das decisões judiciais, ainda que não se comprometa com uma resposta correta.

No caso judicial comentado anteriormente – o Recurso Extraordinário nº. 608.482/RN -, essas características da teoria da argumentação jurídica tornam-se ainda mais perceptíveis. Nesse caso concreto fica explícito tanto o caráter formal em relação à justificação das razões escolhidas para determinar o peso concreto de princípios, quanto a indeterminação do conteúdo substancial do julgamento. A decisão desse recurso é paradigmática porque permite a análise da fundamentação de dois juízes constitucionais que, utilizando os mesmos pressupostos metodológicos da teoria dos princípios de Alexy, discordam não apenas do conteúdo a ser sopesado, como também do resultado final do julgamento. Em outras palavras, tanto os argumentos a serem sopesados como o peso atribuído aos princípios sob balanceamento foram completamente distintos.

Vejamos: conforme o voto do relator, Min. Teori Zavascki, o núcleo da decisão passa pelo sopesamento entre o interesse público da Administração em face do interesse privado da demandante. O interesse individual da candidata em manter o cargo público que, embora obtido sem aprovação em concurso público regular, já estava sendo exercido por força de liminar há mais de sete anos colidiria diante do interesse público da Administração no cumprimento dos princípios da impessoalidade, moralidade e legalidade. Nesse sopesamento, segundo Zavascki, prepondera o “interesse público na manutenção dos elevados valores jurídicos que, de outra forma, ficariam sacrificados”. Em linhas gerais, suas razões são as de que (i) a jurisprudência do STF não aplicava a teoria do fato consumado para cargos públicos obtidos de forma precária em razão de decisão judicial não-definitiva; (ii) a situação concreta ocorreu não por iniciativa da Administração, mas por provocação da autora, que conseguiu decisão liminar favorável; (iii) decisões judiciais de execução provisória (medidas cautelares) são caracterizadas pela precariedade e revogabilidade a qualquer tempo (arts. 475-O e 811, do CPC/73), afastando o argumento da segurança jurídica.

Já o sopesamento realizado pelo Ministro Barroso parte não de uma colisão entre interesse público *versus* interesse privado, mas entre o “princípio da obrigatoriedade do concurso público”, corolário da isonomia, e o da segurança jurídica que em sua vertente subjetiva protege a “confiança legítima”. Essa colisão não é realizada conforme os parâmetros da máxima da proporcionalidade alexyana, mas por curiosos critérios cuja fonte permanece misteriosa salvo a consciência do próprio Ministro. São eles: a) permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância.

O primeiro critério, preocupado em estabelecer a estabilização de uma expectativa jurídica em direito adquirido, se formaria a partir de uma analogia do art. 54, da Lei nº. 9.784/99, que estabelece o prazo de 05 anos para a Administração anular seus próprios atos; o segundo, adviria de argumentos empíricos (possibilidade de equívocos na aplicação do exame, bom desempenho da autora na disciplina de Educação Física, aprovação no estágio probatório e ausência de processos administrativos disciplinares); o terceiro - que instala o fortalecimento da expectativa de um direito conforme o transcurso do tempo decorrido a ponto de perpetuar a preservação da posse no cargo público – advém de uma analogia com o art. 1º, I, ‘e’ da Lei Complementar nº. 64/90, que estabelece decisões proferidas por “órgão judicial colegiado” como hipótese para inelegibilidade de candidatos a cargos políticos.

A justificativa utilizada para sustentar a proteção da confiança legítima (vertente subjetiva da segurança jurídica) é a de que decisões judiciais que revogam medidas cautelares anteriores podem “frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito, causando, portanto, forte abalo à segurança jurídica”.³⁰² Na medida em que esse juízo consiste em um ato de desaprovação moral sobre a possibilidade de desconstituição da situação jurídica mantida, submete-se à observância das regras 5.2.1 e 5.2.2 do discurso prático geral, que exigem a comprovação de sua gênese histórico-crítica e individual.

Nesse campo do discurso, não é difícil reconhecer que a interrupção imediata da estabilização de situações jurídicas iniciadas há longa distância temporal causa grande frustração ao candidato, o que poderia justificar racionalmente a formação histórico-crítica e individual do juízo moral referido. Dessa forma, ambas fundamentações dos Ministros Zavascki e Barroso, ainda que radicalmente divergentes em seu conteúdo, encontrariam guarida sob as condições determinadas pela teoria da argumentação jurídica.

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: V. F. da A. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em 30 out 2016. p. 20.

O grande sistema principiológico sustentado por Alexy para buscar a racionalidade da argumentação prática acaba, impulsionado pela confiança em um modelo discursivo-procedimental, promovendo e tornando-se refém justamente da característica pela qual pretende superar. Ao passo que as regras e formas do discurso – seja jurídico ou prático geral – têm como finalidade primordial encontrar as condições sob as quais é possível haver racionalidade nos desacordos substanciais, elas próprias não apenas são incapazes de fornecer esse tipo de subsídio por sua natureza excessivamente formal como ratificam a margem de indeterminação na qual não operam outros padrões senão o alvedrio do intérprete.

Sob o espaço do discursivamente possível, a indeterminação normativa torna-se teoricamente chancelada. E essa indeterminação compromete não apenas a teoria na qual ela sigilosamente aparece – a teoria da argumentação jurídica -, mas também a teoria dos princípios e o próprio conceito de Direito. Trata-se de um problema que perturba todo o sistema alexyano e que o impede de atingir seus objetivos centrais. Até mesmo o próprio formato metodológico de aplicação das normas de direito fundamental e sua concretização prática são acometidos por essa fragilidade.

Se o discurso jurídico é por excelência um caso especial do discurso prático geral e dessa forma está constantemente vulnerável ao trânsito de argumentos práticos do tipo geral, segue-se que os traços que fornecem suas especificidades – lei, jurisprudência e dogmática – passam a exercer uma importância meramente secundária nos desacordos jurídicos profundos. Isso se confirma na medida em que o próprio Alexy reconhece que a argumentação prática geral pode surgir em diversas ocasiões na esfera jurídica, como (i) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos; (ii) na fundamentação da eleição das diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados; (iii) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos; (iv) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling*; e (v) diretamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna.³⁰³

Apesar disso, o que aparece de forma ofuscada ao longo da exposição da teoria da argumentação jurídica fica explícito após a verificação das repercussões práticas. O campo do discursivamente possível a retira de seu abrigo teórico e desnuda seu ponto de principal

³⁰³ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 346-347.

debilidade, reforçando a constatação de Tugendhat que aponta para a era do desamparo dos filósofos diante das dificuldades contemporâneas da fundamentação de juízos morais.³⁰⁴

³⁰⁴ TUGENDHAT, Ernst. Die Hilflosigkeit der Philosophen angesichts der moralischen Schwierigkeiten von heute. In: TUGENDHAT, Ernst. **Philosophische Aufsätze**. Suhrkamp: Frankfurt am Main, pp. 371-382, 1992.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho pretendeu demonstrar, de maneira abrangente, as principais influências filosóficas que inspiraram os conceitos e ideias centrais da teoria discursiva de Robert Alexy. Mais precisamente, a primeira parte ilustra, tomando na medida do possível como fio condutor um critério cronológico, as principais correntes e teorias filosóficas que inspiraram o pensamento do jusfilósofo alemão, expondo as origens dos pressupostos nos quais estão assentados seus conceitos estruturantes.

Na segunda parte, a teoria dos princípios e a teoria da argumentação jurídica – cuja conexão pode ser denominada genericamente como “teoria discursiva” –, bem como a exposição do conceito de Direito não-positivista inclusivo são explicitadas sob a perspectiva de um enfoque interrogativo em relação à questão da decisão judicial e sua fundamentação, isto é, em relação aos problemas reais que se instalam na prática judiciária. O capítulo mostra precisamente o modo em que se estabelece a conexão entre as duas grandes teorias de Alexy, encerrando-se com a exposição minuciosa dos argumentos em favor da tese da conexão entre Direito e Moral e, mais precisamente, do conceito de um formato não-positivista inclusivo.

Ao final, a proposta da teoria discursiva é falibilisticamente colocada à prova diante das adversidades de um caso concreto, atual e controverso julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Nele, dois juízes constitucionais, partindo dos mesmos pressupostos metodológicos da teoria alexyana, chegam a resultados completamente distintos em suas decisões. Da avaliação pormenorizada dos argumentos e do procedimento utilizado pelos Ministros foi possível visualizar a imposição de uma indeterminação normativa ao caso concreto, recaindo-se em um espaço no qual decisões antagônicas podem receber o aval de racionalidade nos padrões da teoria da argumentação jurídica.

De forma eminentemente sintetizada e correndo sempre o risco de desatender a argumentos e aspectos significativos, é possível transpor 10 (dez) apontamentos finais da investigação:

- I. A distinção kantiana entre deveres perfeitos e imperfeitos, dando seguimento ao modo como é desenvolvida a separação entre Doutrina do Direito e das Virtudes na obra *Metafísica dos Costumes*, corresponde à dicotomia entre regras e princípios que marca a espinha dorsal da teoria dos princípios – que por sua vez integra a Teoria dos Direitos Fundamentais – de Alexy. Enquanto as regras são mandamentos de definição aplicáveis mediante subsunção, correspondem aos deveres perfeitos por sua característica de completude e rigorosa precisão. Princípios, por seu turno, são mandamentos de

otimização e aplicáveis por meio da máxima da proporcionalidade devido ao caráter colidente de seus preceitos normativos. Eles correspondem aos deveres imperfeitos justamente devido à margem de livre apreciação que deles emana, de modo a entrarem em colisão e reivindicarem um critério ponderativo para sua conclusão final, para o juízo normativo concreto.

- II. Passados quase um século após o falecimento de Immanuel Kant, sua obra é fortemente revitalizada pelo neokantismo, movimento alemão que reivindicava um retorno às ideias do filósofo de Königsberg para compreender a diferença entre fatos e valores. Esse retorno, que marcou profundamente o debate filosófico sobre o papel e as condições de sustentação das Ciências do Espírito (*Geisteswissenschaften*) diante das ameaças positivistas, ampliou o espectro transcendental de Kant para incorporar-lhe o mundo da cultura, onde se encontrava o Direito. Esse passo foi de fundamental importância para conectar as esferas do Direito e da Moral e permitir que Gustav Radbruch desenvolvesse sua fórmula na qual o próprio conceito de Direito incorpora elementos morais, impedindo que decisões extremamente injustas obtenham validade.
- III. A conexão estabelecida entre Direito e Moral, no modelo em que é desenvolvido por Radbruch, se adequa à tese do caso especial de Alexy: o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. No entanto, essa complexa conexão traz consigo o desafio de demonstrar as condições em que se estabelece a objetividade dos argumentos práticos que permite assegurar sua racionalidade. Esse desafio é enfrentado bravamente por Alexy em sua *Teoria da Argumentação Jurídica*, obra em que são apresentadas diversos grupos, regras e formas do discurso – tanto jurídico como prático geral - os quais respeitados garantiriam as bases de sua racionalidade. Ou seja, rejeitando quaisquer formas de naturalismo, emotivismo ou intuicionismo éticos, Alexy propõe um modelo guiado por regras discursivas nas quais falantes devem seguir para encontrar respostas satisfatórias aos seus desacordos substanciais.
- IV. Corretamente compreendida – e não apenas explicada parcialmente -, a teoria dos princípios de Alexy precisa ser conectada com uma teoria da argumentação jurídica. Isso significa, antes de tudo, que as características e pressupostos da teoria da argumentação jurídica são unidos em um grande sistema. Essa conexão se manifesta de forma mais perceptível na medida em que, ao final do procedimento da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito (última etapa da máxima da proporcionalidade), surge a possibilidade de haver impasses epistêmicos e estruturais na atribuição de peso dos princípios (direitos fundamentais) em colisão. Para não dar razão às duras críticas

de autores como Schlink ou Habermas, que duvidam do grau de racionalidade da lei do sopesamento (*Abwägungsgesetz*), a saída mais próspera de Alexy é recorrer à conexão entre essas duas grandes teorias.

- V. Ao conectar a teoria dos princípios com a teoria da argumentação jurídica, a questão da colisão entre princípios e a formulação da norma de direito fundamental atribuída (*zugeordnete Grundrechtsnorm*) são transferidas para a possibilidade de sucesso do modo como Alexy pretende atribuir racionalidade à argumentação jurídica e prática geral. Em outras palavras, o êxito do procedimento encontrado na teoria da argumentação jurídica determina não apenas a sua própria viabilidade teórica, como também a consistência do desempenho da teoria dos princípios. No entanto, a teoria da argumentação jurídica reconhece a existência de um espaço no qual juízos normativos antagônicos podem ser concomitantemente considerados racionais, uma vez que os critérios de justificação – grupos, regras e formas discursivas - permitem essa abertura.
- VI. A teoria dos princípios corretamente conectada à teoria da argumentação jurídica, nos moldes propostos por Alexy e atentos aos seus propósitos, é colocada à prova diante de um caso concreto, atual e controverso julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Apelidado como *caso Vanusa*, o processo judicial chega à instância máxima da jurisdição brasileira manifestando explicitamente um cenário de desacordo jurídico profundo. Dois juízes constitucionais partem dos mesmos pressupostos metodológicos oferecidos por Alexy em sua teoria dos princípios, mas terminam encontrando resultados diametralmente opostos em suas decisões. O caso, que terminou sem julgamento por unanimidade, torna-se paradigmático porque com ele pode-se demonstrar empiricamente que as exigências da teoria discursiva não apenas são insuficientes para resolver colisões reais entre direitos fundamentais, como acabam ratificando as posições morais de antemão optadas pelos magistrados.
- VII. A teoria dos princípios e da argumentação jurídica de Alexy não é a única alternativa para a interpretação e aplicação das normas de direito fundamental. No cenário alemão, pelo menos duas outras correntes oferecem projetos distintos de pensar a natureza e a estrutura epistemológica dos direitos fundamentais, repercutindo na prática judiciária não apenas no modo pelo qual se procede a sua fundamentação, mas também o próprio *âmbito de proteção* (*Schutzbereich*) dessas normas. Ao passo que a teoria discursiva de Alexy parte de um formato no qual a incidência das normas de direito fundamental é pensada em sua mais ampla extensão semântica - de modo que a sua aplicação concreta seja, em um segundo momento, restringida por meio de um procedimento cuja abertura

discursiva aceita um espaço de indeterminações -, outras teorias partem de características mais restritas para compreender a natureza, a estrutura epistemológica e o alcance semântico dos direitos fundamentais.

- VIII. A teoria estruturante de Friedrich Müller, por exemplo, entende que a tarefa principal da doutrina constitucional não é encontrar a medida da colisão entre mandamentos otimizáveis, mas a delimitação interna da amplitude de incidência da norma constitucional. Essa delimitação, em última análise, já é o que define as condutas e ações concretas que estão (e não estão) constitucionalmente protegidas, fazendo com que diversas situações que seriam interpretadas como “colisão entre princípios” na teoria alexyana sejam meramente aparentes. Nesse formato, definir previamente os limites de incidência de um direito fundamental equivale na prática a determinar o próprio conteúdo dos direitos fundamentais.³⁰⁵ O desafio de Müller é definir a forma como essa delimitação se dará, sendo desenvolvida pelo que chamou de *programa da norma* (*Normprogramm*). Nessa teoria, um ponto que chama atenção é a ideia da bivalência entre condutas específicas e não-específicas, correspondendo àquelas abarcadas e não-abarcadas pela proteção de um direito fundamental. O critério se dá pela verificação das condutas não-típicas enquanto aquelas que podem ser substituídas por outras de mesma finalidade, sem interferir em outro(s) direito(s) fundamentais.³⁰⁶
- IX. Já autores como Bodo Pieroth e Bernhard Schlink preferem trabalhar a resolução de casos envolvendo direitos fundamentais por meio de um exame-em-três-passos, sintetizados na ideia de que “[...] apenas pela (1) perturbação do âmbito de proteção por meio (2) de uma intervenção estatal que (3) não pode ser justificada constitucionalmente é que há violação de um direito fundamental”.³⁰⁷ Amparada em *perguntas-nucleares* (*Kernfrage*), a teoria reconhece que o exercício desenfreado da liberdade proporcionada pelos direitos fundamentais levaria a conflitos não apenas com os interesses da comunidade, mas com o exercício de outras liberdades e direitos fundamentais.³⁰⁸ Diferentemente da noção de mandamentos de otimização, nesse formato a tarefa interpretativa com o caso concreto começa com a determinação do âmbito de proteção pertinente. Qual direito fundamental o indivíduo poderá invocar a seu favor quando

³⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. **Die Positivität der Grundrechte**: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik.. 2. ed. Berlin: Duncker & Humboldt, 1990. p. 87.

³⁰⁶ Ibid. p. 88-98.

³⁰⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. **Grundrechte – Staatsrechte II**. 31. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2015. p. 3.

³⁰⁸ Ibid. p. 59. §§ 229-230.

quiser se defender da intervenção estatal em sua conduta dependerá da extensão do âmbito de proteção no qual se enquadrará.³⁰⁹

- X. Outra teoria alternativa à ideia de normas de direito fundamental enquanto mandamentos de otimização situa-se no direito brasileiro. A teoria da decisão judicial de Lenio Luiz Streck, partindo principalmente das contribuições da hermenêutica filosófica, não desassocia a interpretação e a aplicação das normas de direito fundamental em dois momentos ontologicamente distintos. A noção de *applicatio* em Hans-Georg Gadamer interpela o intérprete a reconhecer os efeitos históricos sobre sua posição presente, de modo a colocá-la à prova diante de *três perguntas fundamentais* para orientar a aplicação de um direito fundamental no caso concreto. Para Streck, essas três perguntas possibilitam verificar com mais precisão do que pela noção de mandamentos de otimização se o ato judicial está verdadeiramente protegendo um direito fundamental, ou apenas satisfazendo contingencialmente reivindicações políticas e sociais, de modo a aumentar as condições interpretativas para identificar posturas ativistas. Essas indagações impelem o intérprete a responder

Se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia.³¹⁰

Assim como demonstrado na introdução da exposição, é praticamente unanimidade, por parte da doutrina constitucional brasileira, o endosso da teoria dos princípios de Robert Alexy. Aparentemente, poucos juristas têm procurado alternativas ao modelo principiológico³¹¹ proposto pelo jusfilósofo alemão, ainda que é possível apontar-lhe diversas críticas e objeções. Nos tópicos acima trouxemos ao menos 03 (três) outras teorias jurídicas preocupadas com a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais. Levando em consideração as dificuldades nas quais a teoria discursiva de Alexy incorre, cabe à Teoria do Direito investigar possibilidades em outras formas de interpretação dos direitos fundamentais.

³⁰⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. **Grundrechte – Staatsrechte II**. 31. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2015. p. 65. § 260.

³¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz da *Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 259.

³¹¹ A exceção ao conceito de princípio como mandamento de otimização na doutrina constitucional é Streck. Para o professor gaúcho, princípios são compreendidos como padrões normativos cuja função não é desenvolver um sopesamento entre normas, mas desvelar os elementos que ficam obnubilados pela incompletude interpretativa da regra. Ibid. p. 239-244.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable**. Dordrecht: Reidel, 1987.

ADEODATO, João Mauricio. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002.

ALBERT, Hans. **Traktat über kritische Vernunft**. 5. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1991.

ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg/München: Karl Alber Verlag, 2002.

_____. Die Doppelnatur des Rechts. **Der Staat**, v. 50, n. 3, p. 389-404, 2011.

_____. Diskurstheorie und Rechtssystem. **Synthesis philosophica**, n. 5, p. 299-310, 1988.

_____. Eine Theorie des praktischen Diskurses. In: OELMÜLLER W. (Org.). **Normenbegründung – Normendurchsetzung, Materialien zur Normendiskussion**. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1978. p. 22-58.

_____. Five questions. In: NIELSEN, M. E. J. (Org.). In: **Legal philosophy: 5 questions**. Nova Iorque: Automatic Press, 2007. p. 1-11.

_____. **Mauerschützen**: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1993.

_____. **Nachwort / Postscript** (texto sem publicação pelo autor no original), 2000.

_____. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. **Archives für Rechts- und Sozialphilosophie**, Frankfurt am Main, Beiheft 25, 1985.

_____. The special case thesis. **Ratio Juris**, v. 12, n. 4, p. 374-385, 1999.

_____. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

_____. Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. In: **VVDStRL**. Berlin: Walter de Gruyter, 2002. v. 61.

_____. Zur Kritik des Rechtspositivismus. **Archives für Rechts- und Sozialphilosophie**, Stuttgart, Beiheft 37, p. 9-26, 1990.

_____. Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs. In: KRAWIETZ, W.; WRIGHT, G. H. (Orgs.). **Öffentliche oder private Moral?** Festschrift für Ernesto Garzón Valdés. Berlin: Dunker & Humblot, 1992. p. 85-108.

ALLISON, Henry E. **Kant's transcendental idealism: an interpretation and defense**. New Haven/London: Yale University Press, 2004.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAIER, Kurt. **The moral point of view**. Nova Iorque: Cornell University Press, 1958.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (Org.). **Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien: die unterscheidung von prima facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: V. F. da A. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em 30 out 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **Apelação Cível nº. 2008.011175-4**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: V. F. da A. Relator: Des. Amaury Moura Sobrinho. Natal, 23 de abril de 2009. Disponível em: <http://esaj.tjn.jus.br/cjosc/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=1&tpClasse=J>. Acesso em 30 out 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAMPOS, Ricardo (Org.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz**: Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. 2. ed. Berlin: Duncker & Humbolt, 1983.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto Gra; DA CUNHA, Sérgio Sérvulo (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, pp. 231-243, 2003.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 2011.

_____. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRIEDMAN, Michael. Causal laws and the foundations of natural science. In: GUYER, Paul (Ed.). **The Cambridge Companion to Kant**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode**: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1985.

GONZÁLEZ PORTA, Mario Ariel. **Estudos neokantianos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUYER, Paul. **Kant on freedom, Law and happiness**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

_____. **Nachmetaphysisches Denken**. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

- HARE, Richard M. **The language of morals**. Oxford: Oxford University Press, 1952.
- HECK, Philipp. **Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1914.
- HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. 11. ed. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967.
- HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. München: C. H. Beck, 2007.
- JANSEN, Nils. Die normativen Grundlagen rationale Abwägens im Recht. In: SIECKMANN, Jan-Reinard (Org.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 39-57.
- JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre: ihre Stärken und ihre Schwächen, in: DEPENHAUER, Otto; HEINTZEN, Markus; JESTAEDT, Mathias; AXER, Peter (Orgs.). **Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee**. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2007.
- KALSCHEUER, Fiete. Kants Theorie der Abwägung. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, v. 1, n. 99, pp. 499–505, 2013.
- KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. 3. ed. Hamburg: Felix Meiner, 1962.
- _____. **Kritik der praktischen Vernunft**. 9. ed. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1959.
- _____. **Kritik der reinen Vernunft**. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1976.
- _____. **Metaphysik der Sitten**. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1959.
- KAUFMANN, Arthur. Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Orgs.). **Einführung in Rechtsphilosophie der Gegenwart**. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer, 1985.
- KLATT, Matthias. Taking rights less seriously: a structural analysis of judicial discretion. **Ratio Juris**, v. 20, n. 4, p. 506-529, 2007.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 5. ed. Berlin/Heidelberg/Nova Iorque: Springer Verlag, 1983.
- LOSANO, Mário. **Sistema e estrutura no Direito: o século XX**. Trad. de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2.
- LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: Direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do Direito: de Savigny a Friedrich Müller**. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

MOORE, G. E. **Principia Ethica**. Cambridge: Cambridge University Press, 1903.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik**. 2. ed. Berlin: Duncker & Humboldt, 1990.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PATON, Herbert James. **Kant's metaphysic of experience**. Londres: George Allen and Unwin, 1936.

_____. **The categorical imperative: a study in Kant's moral philosophy**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.

PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. New York: Springer Verlag, 2008.

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

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. **Grundrechte – Staatsrechte II**. 31. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2015.

POSCHER, Ralf. Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie. In: SIECKMANN, Jan-Reinard (Org.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 59-79.

_____. Theorie eines Phantoms - Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand. **Rechtswissenschaft**, n. 1, v. 4, 2010, p. 349-378.

RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie**. Stuttgart: Koehler Verlag, 1973.

REALE, Giovanni; ANTISIERI, Dario. **História da Filosofia, vol. 6: de Nietzsche à Escola de Frankfurt**. Trad. de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RESENDE, José. **Em busca de uma teoria do sentido: Windelband, Rickert, Husserl, Lask e Heidegger**. São Paulo: Educ, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Trad. de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1988.

SARLET, Ingo Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHLINK, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: DREIER, H; BADURA, P. (Orgs.). **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**. Tübingen, 2001.

SCHOLLER, Heinrich. Gustav Radbruch. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1990.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

_____. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. **Pensar é pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEVENSON, Charles L. **Facts and values**: studies in ethical analysis. New Haven/London: Yale University Press, 1963.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz da *Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. Revista **Direito & Práxis**, v. 4, n. 7, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350> Acesso em 20 out 2016.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOULMIN, Stephen. **The uses of argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

TUGENDHAT, Ernst. Die Hilflosigkeit der Philosophen angesichts der moralischen Schwierigkeiten von heute. In: TUGENDHAT, Ernst. **Philosophische Aufsätze**. Suhrkamp: Frankfurt am Main, pp. 371-382, 1992.

_____. Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, v. 1, n. 14, 1980.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische Untersuchungen**. Frankfurt: Suhrkamp, 1971.

WOOD, Allen W. **Kant's ethical thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

APÊNDICE A – DIÁLOGO COM ROBERT ALEXY

O Apêndice transcreve a gravação de duas perguntas que foram realizadas diretamente ao Prof. Dr. Dr. hc. Robert Alexy, após sua conferência intitulada “Teoria dos Princípios, Proporcionalidade e Razoabilidade”, em 25 de junho de 2016, na Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc).

Perguntas: Primeiro queria agradecer ao professor pela apresentação, pelo momento e pela explicação. Teria duas perguntas bem específicas: recentemente um professor alemão publicou um artigo na revista ARSP, na Alemanha, e faz a seguinte observação. Ele diz que a diferença entre regras e princípios seria nada mais nada menos do que a reprodução da diferença entre deveres perfeitos e imperfeitos, que já estava na *Metafísica dos Costumes* de Kant, e eu queria saber se o professor Alexy concorda com essa observação. Quanto à segunda pergunta, eu queria de saber se na sua *Teoria da Argumentação Jurídica* a discricionariedade judicial seria algo inevitável ou inexorável?

Resposta: I am happy that you mention this attention on Kant from Kalscheuer. [...] And I agree with Kalscheuer and I am very happy about this result. [...] Kant already has a distinction between rules and principles. He not refers rules and principles, but he has a distinction. And he has a distinction between perfect duties and imperfect duties. Perfect duties can be reconstructed as rules, and imperfect duties as principles. That is my answer to your first question. Your second question concerns to the german word “Spielraum”. I would like to translate it either as “discretion”. The European Court of Human Rights talks about “margin of appreciation”. I don’t like it so much. I prefer to talk “discretion”. Now, we have to make a distinction. We have a discretion of the Parliament. That means, in Human Rights cases, the Parliament can make a decision or make it not. The most important point is the Parliament is the interference with the right and the reasoning: light-light; *medium* interference, *medium* the reasoning; severe, severe. On these cases, these stalemate cases, the Parliament has discretion. But there are more forms of discretion. [...] For is there would not exist discretion, the Parliament has only regard to say, to make explicit, what is already implicit in the Constitution. That is incompatible with the idea of democracy.