

# PÓS-POSITIVISMO 1: A VERSÃO PROCEDIMENTALISTA DE ALEXY

Orlando Luiz Zanon Junior\*  
Luiz Cesar Pasold\*\*

**SUMÁRIO:** *Introdução; 1.1 Considerações Propedêuticas; 2 Características do Pós-positivismo de Ponderação; 3 A Ponderação de Princípios Jurídicos; 4 Considerações Finais; Referências.*

**RESUMO:** O referente deste texto consiste em apresentar as contribuições de Robert Alexy quanto à proposição de uma nova matriz disciplinar para Ciência Jurídica, para superação dos modelos juspositivistas de Norma, Ordenamento, Fontes e Decisão Judicial.

**PALAVRAS CHAVES:** Pós-Positivismo; Teoria do Direito; Ciência Jurídica.

## POST-POSITIVISM 1: ALEXY'S PROCEDURAL VERSION

**ABSTRACT:** Current paper provides Robert Alexy's contribution on the suggestion of a new disciplinary matrix for Law science so that the juridical positivist models of Norm, Ordination, Sources and Judicial Decision could be overcome.

**KEY WORDS:** Post-Positivism; Law Theory; Juridical Science.

## POST-POSITIVISMO 1: LA VERSIÓN PROCEDIMENTALISTA DE ALEXY

**RESUMEN:** El referente de este texto consiste en presentar las contribuciones de Robert Alexy en relación a la proposición de una nueva matriz disciplinar para las Ciencias Jurídicas, para superación de los modelos juspositivos de Norma, Ordenamiento, Fuentes y Decisión Judicial.

**PALABRAS-CLAVE:** Post-Positivismo; Teoría del Derecho; Ciencia Jurídica.

---

\* Juiz de Direito; Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI; Mestre em Direito Pela Universidade Estácio de Sá – UNESA; Pós-graduado em Preparação à Magistratura Federal pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Pós-graduado em Direito e Gestão Judiciária pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. E-mail: olzanon@yahoo.com.br

\*\* Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - Universidade de São Paulo - USP; Pós Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Docente da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

## INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que o Positivismo Jurídico, como paradigma central da Ciência Jurídica, vem sofrendo severas críticas, ao ponto de desvelar a instalação de uma crise de tal modelo disciplinar.

Tal assunto foi inicialmente abordado em uma tríade de artigos anteriormente publicados, consistente nos textos A Revolução na Teoria do Direito, A Centralidade Material da Constituição e A Complexidade da Norma Jurídica, nos quais se analisaram os modelos juspositivistas de Hans Kelsen e de Herbert Lionel Adolphus Hart e se apresentaram as principais críticas aos seus postulados mais elementares, de modo a ilustrar a crise paradigmática, tanto no cenário do Direito legislado (*civil law* ou *code based legal system*) como também no padrão consuetudinário (*common law* ou *judge made law*).

Posteriormente, foram elaborados dois textos tratando especificamente das principais características centrais do Juspositivismo (Positivismo Jurídico 1: características centrais) e das respectivas críticas (Positivismo Jurídico 2: crítica às características centrais), os quais esmiuçaram os pontos em que tal modelo paradigmático demanda superação. Na oportunidade, restou assentado que o modelo juspositivista demanda retificação quanto a todos os seus cinco elementos típicos, consistentes na separação entre Direito e Moral, na formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou prevalentemente) por Regras positivadas, na construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal, na aplicação do Direito posto mediante subsunção e na discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*).

Prosseguindo em tal linha de pesquisa, propõe-se este novo conjunto de quatro artigos científicos, destinados à apreciação das contribuições mais difundidas no cenário brasileiro para superação paradigmática do Positivismo Jurídico, consistentes nas propostas procedimentalista de Robert Alexy (1), substancialistas de Ronald Myles Dworkin (2) e Lenio Luiz Streck (3) e, ainda, pragmática de Richard Allen Posner (4). Cada um dos textos se dedicará à exposição das contribuições dos referidos autores no tocante às quatro plataformas elementares da Teoria do Direito, consistentes nas teses da Norma, do Ordenamento, das Fontes e da Decisão Judicial.

Outrossim, o referente deste primeiro texto do total de quatro consiste em apresentar as contribuições de Robert Alexy quanto à proposição de uma nova

matriz disciplinar para Ciência Jurídica, para superação dos modelos juspositivistas de Norma, Ordenamento, Fontes e Decisão Judicial.

Assim, na primeira seção serão traçadas algumas considerações preliminares acerca dos estudos do autor. Na segunda parte serão esmiuçadas as principais características de sua proposta. E na terceira parte será enfocada a análise da ponderação de Princípios Jurídicos, a qual é nuclear para a teoria jurídica em exame. Em sede de conclusão, por fim serão sintetizadas as contribuições do autor quanto às teorias da Norma, do Ordenamento, das Fontes e da Decisão.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica<sup>3</sup>. Ademais, é muito importante destacar que as menções ao modelo juspositivista partem da análise previamente elaborada acerca das proposições teóricas de Kelsen e de Hart, exposta nos textos antes mencionados nesta Introdução.

## 1.1 CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS

Robert Alexy, professor da *Christian-Albrechts-Universität*, de Kiel na Alemanha, desenvolveu uma teoria do Direito de caráter “não positivista” (pós-positivista)<sup>4</sup> com o escopo de responder indagações sobre direitos fundamentais<sup>5</sup>, a qual será aqui identificada pela expressão “de ponderação”, em razão do destaque que confere para o sopesamento de Princípios Jurídicos.

A sua proposta é considerada analítica e dogmática, porquanto lastreada na “dissecação sistemático-conceitual do direito vigente”<sup>6</sup>, no sentido de elaborar uma doutrina estrutural das prerrogativas constitucionais voltada “à tarefa prática da Ciência Jurídica”<sup>7</sup>. No desenvolvimento de tal propósito, seu principal substrato de análise é a Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) e sua ideia guia é “a questão acerca da decisão correta e

<sup>3</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 3.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008c. p. 25.

<sup>6</sup> *Ibidem*, 2008c, p. 33.

<sup>7</sup> *Ibidem*, 2008c, p. 38.

da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais”, de modo a revelar seu caráter normativo-analítico.<sup>8</sup>

Antes de discorrer sobre a referida proposição, importa alertar que o autor considera a dogmática jurídica como sendo um conjunto de enunciados com conteúdo normativo, referentes à legislação e à aplicação do Direito, embora não necessariamente vinculados com sua descrição, mas concatenados coerentemente e devidamente estruturados dentro de uma Ciência Jurídica que funciona institucionalmente<sup>9</sup>. A dogmática jurídica “desenvolve uma função de informação, promove o ensino e aprendizagem da matéria jurídica e, com isso, sua capacidade de transmissão”.<sup>10</sup>

Cabe ainda asseverar que a teoria de Alexy é especificamente delineada em torno do Direito Constitucional alemão, o qual é construído na tradição europeia continental (*civil law* ou *code based legal system*). Mesmo assim, sua teoria foi importada por juristas de outros países da família romano-germânica, em razão de sua clareza conceitual e precisão estrutural, mormente pelo esforço no emprego de palavras com sentidos técnicos precisos, que facilitam a compreensão de seus conceitos. Com efeito, Joaquim José Gomes Canotilho afirma que a riqueza de formas da Constituição aponta “para necessidade dogmática de uma clarificação tipológica da estrutura normativa”,<sup>11</sup> justamente nos moldes a que se propõe Alexy. No cenário brasileiro, conhecidos estudiosos do Direito têm, aparentemente, adotado algumas proposições do jusfilósofo alemão, a exemplo de Gilmar Ferreira Mendes<sup>12</sup> e de Virgílio Afonso da Silva,<sup>13</sup> ainda que com algumas adaptações.

O Pós-positivismo de ponderação desenvolvido por Alexy pode ser extraído principalmente da obra *Conceito e Validade do Direito*<sup>14</sup> e do livro *Teoria dos Direitos*

<sup>8</sup> Ibidem, 2008c, p. 43.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 252: “Da síntese das exigências contidas nestas cinco condições resulta a seguinte definição: uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) forma-se dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo”.

<sup>10</sup> Ibidem, 2011, p. 264.

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1159.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52-61.

<sup>13</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44-56.

<sup>14</sup> ALEXY, op. cit., 2009.

Fundamentais<sup>15</sup>, os quais tratam especificamente dos temas referentes à Norma, à Decisão e ao Ordenamento Jurídico. Mesmo assim, para melhor compreensão do pensamento do autor, é imprescindível complementar o conteúdo de tais estudos com as bases teóricas expostas nos tomos Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica<sup>16</sup>, Constitucionalismo Discursivo<sup>17</sup> e Direito, Razão, Discurso: Estudos Para a Filosofia do Direito<sup>18</sup>, bem como com as discussões expostas em diversos artigos publicados no periódico *Ratio Juris*. Com lastro em tal substrato, é possível proceder à análise das características da teoria de Alexy, nos pontos em que importa para o referente do presente estudo.

## 2 CARACTERÍSTICAS DO PÓS-POSITIVISMO DE PONDERAÇÃO

Feitas estas considerações preliminares, a **primeira** característica digna de destaque diz respeito à adoção da tese “não positivista” de que existe uma necessária vinculação entre o Direito e a Moral.<sup>19</sup> Todos os modelos juspositivistas são expressamente rejeitados, sob o argumento de que invariavelmente defendem alguma modalidade de separação entre as referidas ordens sociais.<sup>20</sup>

Para fundamentar sua opção teórica, Alexy aduz que os sistemas jurídicos são caracterizados por possuírem uma pretensão à correção, ou seja, devem possibilitar que suas Normas e as Decisões tomadas com bases nelas possam ser justificadas (argumento da correção).<sup>21</sup> Para ele, é defeituoso sustentar argumentativamente a instalação ou a manutenção de uma ordem social sem que os legisladores apresentem raciocínios com vistas à formação do convencimento acerca das suas virtudes.<sup>22</sup> Igualmente uma deliberação judicial apresentará contradição performativa (erro conceitual) acaso não esteja fundamentada na escorreita aplicação do Direito.<sup>23</sup>

<sup>15</sup> ALEXY, op. cit., 2008c.

<sup>16</sup> ALEXY, op. cit., 2011.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>19</sup> ALEXY, op. cit., 2009. p. 4: “Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a *tese da vinculação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais”.

<sup>20</sup> *Ibidem*, 2009, p. 3: “Todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais”.

<sup>21</sup> ALEXY, op. cit., 2009, p. 41: “A pretensão de correção é um elemento necessário do conceito de direito”.

<sup>22</sup> ALEXY, op. cit., 2009, p. 44-45.

<sup>23</sup> *Ibidem*, 2009, p. 46-47.

Acontece que, para satisfazer tal pretensão à correção, os participantes do sistema jurídico<sup>24</sup> se socorrem de argumentos morais, mesmo quando presentes dispositivos legais expressos que possam fundamentar suas decisões, de modo a demonstrar a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral.<sup>25</sup>

Os juspositivistas tecem diversas críticas à tese da vinculação, as quais são fundamentadamente retorquidas por Alexy, seja mediante o emprego da chamada fórmula Radbruch, segundo a qual somente a injustiça legal extrema não pode ser considerada Direito,<sup>26</sup> ou mesmo através do argumento dos Princípios, consoante exposto na sequência.

A um, os positivistas argumentam que a inclusão de elementos morais no Direito acarreta indeterminação linguística, pois não seria possível apontar qual o comando moral que substituiria uma determinada lei acoimada de injusta (crítica linguística). Contra tal estratégia, Alexy sustenta que o participante do processo de aplicação do Direito (o juiz, por exemplo) tem a obrigação de apresentar os argumentos morais contrários à incidência do preceito legal injusto, com vistas a satisfazer a pretensão de correção, e, conseqüentemente, de definir qual o comando jurídico apto para resolver a controvérsia<sup>27</sup>.

A dois, os juspositivistas defendem que atribuir força jurídica aos critérios morais retira a clareza do sistema jurídico, haja vista que a interpretação de cada dispositivo dependeria de demorada discussão acerca das polêmicas questões filosóficas envolvidas (crítica da clareza). Este comentário não merece aceitação, pois a simplicidade (ou evidência) do Direito não pode existir às custas da construção da melhor resposta jurídica. Ademais, os Juristas estão acostumados a operar com conceitos complexos, de modo que os prejuízos decorrentes da falta de simplicidade não são suficientes para justificar a exclusão da Moral.<sup>28</sup>

A três, pode ser suscitada a objeção da eficácia, no sentido de que as leis postas pelo Estado seriam aplicadas pelas autoridades públicas ainda que os pós-

---

<sup>24</sup> Ibidem, 2009, p. 30: “[...] a perspectiva do participante é adotada por quem, num sistema jurídico, participa de uma argumentação sobre o que nele é ordenado, proibido, permitido e autorizado”.

<sup>25</sup> Ibidem, 2009, p. 47: “[...] os participantes de um sistema jurídico nos mais diversos níveis formulam necessariamente uma pretensão à correção. Se e na medida em que essa pretensão tem implicações morais, fica demonstrada a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral”.

<sup>26</sup> Ibidem, 2009, p. 48: “Nessa versão [do argumento da injustiça], as normas individuais de um sistema perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto. Sua variante mais conhecida é a fórmula de Radbruch [...]”.

<sup>27</sup> Ibidem, 2009, p. 49-51.

<sup>28</sup> Ibidem, 2009, p. 52-55.

positivistas, em sede acadêmica, argumentassem que são iníquas, por desprezarem parâmetros morais. Tal assertiva é repelida ao fundamento de que a crítica moral ao Direito tem o condão de justificar a tomada de medidas pelos próprios agentes públicos, de modo a franquear o saneamento de injustiças legais, ao menos quando o regime de governo for fraco ou a autoridade pública assumir os riscos de enfrentar as iniquidades de um governo repressor.<sup>29</sup>

A quatro, os juspositivistas podem alegar que a adoção de critérios morais acarreta imprevisibilidade e insegurança jurídica, porque amplia sensivelmente a subjetividade das deliberações ao admitir que Normas injustas podem ser desconsideradas ou suprimidas. Contrapondo-se a esta crítica, Alexy afirma que as perdas de segurança seriam mínimas, porquanto somente preceitos que acarretam injustiças extremas, logo de segura reconhecimento, teriam sua incidência afastada. Com efeito, a fórmula Radbruch privilegia preponderantemente o valor da segurança jurídica, o qual somente cederia em favor da justiça material em casos limites, nos quais a preservação absoluta do dispositivo legal refletiria “certa dose de fanatismo”.<sup>30</sup>

A cinco, poderia se prosseguir na objeção exposta imediatamente acima, acrescentando que a injustiça extrema é de difícil cognição e insuscetível de fundamentação racional (argumento do relativismo). No ponto, o autor alemão remete para exposição constante do livro *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*,<sup>31</sup> no sentido da possibilidade de “fundamentabilidade de julgamentos morais”.<sup>32</sup> Ademais, menospreza a crítica de que um juiz poderia fazer mau uso de um conceito pós-positivista de Direito, como, por exemplo, refutando a aplicação de um preceito legal protetivo com base em fundamentos de uma “moral nazista”, sob a ótica de que se trata de uma desvantagem irrelevante do Pós-positivismo, considerando o amplo consenso atual acerca da necessidade de promoção e defesa dos direitos fundamentais.<sup>33</sup>

A seis, os juspositivistas alegam que um conceito pós-positivista de Direito é antidemocrático, porquanto permite ao magistrado negar aplicação a um preceito legal elaborado pelos legisladores legitimamente eleitos. O professor em questão considera que tal objeção não tem força, diante da constatação de que o controle

<sup>29</sup> ALEXY, op. cit., 2009, p. 55-62.

<sup>30</sup> Ibidem, 2009, p. 62-64.

<sup>31</sup> ALEXY, op. cit., 2011.

<sup>32</sup> ALEXY, op. cit., 2009, p. 64-66.

<sup>33</sup> Ibidem, 2009, p. 67.

judicial de constitucionalidade, ainda que mediante o reforço de Princípios Jurídicos lidos moralmente, é amplamente difundido em muitos regimes democráticos, encontrando sede na própria Norma fundamental.<sup>34</sup>

A sete, é possível defender que o reconhecimento da injustiça legal é inútil, haja vista que o próprio legislador teria condições de revogar uma iniquidade, mediante a aprovação de preceitos com efeito retroativo (argumento da inutilidade). Para Alexy esta crítica também não prospera, ao argumento da necessidade de se prover meios para superação de injustiças na hipótese de inércia do órgão produtor de Textos Legislativos, inclusive para o fim de tutelar direitos fundamentais.<sup>35</sup>

A oito, os juspositivistas defendem que o conceito pós-positivista de Direito pode levar à indevida frustração do Princípio de que não há reprimenda criminal sem prévia cominação legal (*nulla poena sine lege*), porquanto alguém poderia ser condenado por um tribunal adepto do Pós-positivismo, por praticar conduta em estrita consonância com a legislação vigente, porém acimada de extremamente injusta. Hart exemplifica a objeção com base em um caso concreto decidido pelo Tribunal de Justiça de Bamberg em 1949, em que uma mulher foi condenada à prisão, porque teria causado propositalmente a morte de seu marido durante o Terceiro *Reich*, mediante denúncia oral à autoridade nazista de que ele havia criticado Hitler, de modo a ensejar lhe fosse aplicada a legislação criminal então vigente, que estabelecia a pena de morte ao fato. O professor alemão rebate a crítica, dizendo que a injustiça extrema não poderia suplantar o Princípio da irretroatividade da legislação apenadora. Mas, ainda acrescenta que prefere outra réplica, no sentido de admitir que a mulher denunciante poderia ser justificadamente punida, pois tinha plena consciência da injustiça que cometeu no momento em que efetuou a comunicação, de modo que “não se trata de produzir normas que fundamentem uma punibilidade com ajuda de um conceito não positivista de direito, e sim em derrubar uma injustiça legal que acarreta uma exclusão da punibilidade”.<sup>36</sup>

Por fim, ainda como estratégia para defender a tese da vinculação, Alexy sustenta que os Princípios são componentes necessários tanto do Direito como também da Moral, de modo que o seu emprego para resolução de casos controvertidos

---

<sup>34</sup> Ibidem, 2009, p. 68.

<sup>35</sup> ALEXY, op. cit., 2009, p. 68-71.

<sup>36</sup> Ibidem, 2009, p. 71-75.



(*bard cases*) implica, por vias oblíquas, a conexão entre ambas ordens sociais<sup>37</sup>. Mais do que isto, sob a perspectiva pós-positivista, o intérprete deve obrigatoriamente se valer dos Princípios Jurídicos para resolver os casos difíceis, não lhe sendo facultado desconsiderá-los, nem quando diante de uma margem de manobra (ou de uma zona de textura aberta) decorrente de imprecisões linguísticas<sup>38</sup>. Outrossim, a admissão de caráter jurídico aos Princípios impescinde da aceitação da tese da vinculação.<sup>39</sup>

Portanto, tanto em razão da necessidade de pretensão à correção, como também em virtude da incorporação de Princípios, constata-se uma conexão inafastável entre Direito e Moral.

Em **segundo**, assinala-se que Alexy conceitua Direito como um sistema de Normas que, concomitantemente, são formuladas com pretensão à correção, têm eficácia social global (ou ao menos possuem possibilidade de efeitos gerais), não são extremamente injustas e estão adequadas aos parâmetros de uma Norma fundamental pressuposta, cuja aplicação pode se apoiar em Princípios ou em outros argumentos normativos.<sup>40</sup>

Na primeira parte de tal conceito, encontra-se a pretensão à correção, sem a qual uma determinada ordem não pode ser considerada jurídica<sup>41</sup>. A segunda parcela, de sua vez, trata da relação entre os três elementos essenciais da definição, consistentes em eficácia social, correção material e legalidade, respectivamente.<sup>42</sup> Por fim, o terceiro trecho diz respeito à ideia de que tudo aquilo que servir para

<sup>37</sup> Ibidem, 2009, p. 92: “Este consiste no fato de os princípios, primeiramente, de acordo com a tese da incorporação, serem componentes necessários do sistema jurídico e, em segundo lugar, de acordo com a tese da moral, de incluírem necessariamente aqueles que integram uma moral. Essa dupla propriedade de pertencer ao mesmo tempo à moral e ao direito significa que a decisão do juiz em casos duvidosos deve ser interpretada de forma diferente do que acontece nas teorias positivistas”.

<sup>38</sup> Ibidem, 2009, p. 84: “Em contrapartida a isso [ao modelo juspositivista], o argumento dos princípios diz que o juiz também está legalmente vinculado no âmbito da abertura do direito positivo, ou seja, do direito estabelecido e eficaz, e isso de uma maneira que cria uma vinculação necessária entre direito e moral”.

<sup>39</sup> Ibidem, 2009, p. 93-94: “Ao menos uma parte dos argumentos com os quais o juiz fundamenta a conclusão de sua ponderação tem, quanto ao seu conteúdo, o caráter de argumentos morais. Disso resulta que a pretensão à correção jurídica necessariamente vinculada à decisão inclui uma pretensão à correção moral. Nesse sentido, nos sistemas jurídicos cujos princípios jurídico-positivos possuem um conteúdo moralmente exigido ou ao menos admissível, existe uma conexão necessária entre o direito e a moral correta”.

<sup>40</sup> ALEXY, op. cit., 2009, p. 151: “O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção”.

<sup>41</sup> Ibidem, 2009, p. 152: “Sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos”.

<sup>42</sup> Idem, 2009, p. 152: “Na segunda parte da definição, determina-se a relação entre os três elementos clássicos da definição: a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a correção material”.

fins de fundamentar uma Decisão, no âmbito de abertura do Direito (margem de manobra ou zona de textura aberta), passa a integrar o sistema jurídico, a exemplo dos Princípios e de outros elementos normativos.<sup>43</sup>

Tal conceito abrange tanto a dimensão real do Direito, referente à força e à coerção imprescindíveis para lhe assegurar eficácia social, como também o espectro ideal, representando pela pretensão de correção moral das Normas estabelecidas<sup>44</sup>.

Logo, para o autor, a validade de uma Norma Jurídica depende, simultaneamente, de sua eficácia social global, ou seja, de sua observância geral pela Sociedade, em detrimento inclusive de eventuais outras ordens de conduta, mediante a admissão espontânea ou a aplicação de sanções aos recalcitrantes;<sup>45</sup> de sua justificação moral, logo uma Norma individualmente considerada somente é válida se não ensejar injustiça extrema, consoante a fórmula Radbruch;<sup>46</sup> e, de sua compatibilidade com a Norma fundamental pressuposta, a qual fixa as Fontes geradoras de direitos e, assim, estabelece quais os elementos integrantes de um mesmo Ordenamento Jurídico.<sup>47</sup>

Em **terceiro**, cabe referir a vinculação de Alexy à vertente pós-positivista chamada de procedimentalista, discursiva ou argumentativa, segundo a qual a racionalidade na construção de normas, nos âmbitos acadêmico e forense, depende da sua formação através de um discurso conduzido segundo Regras estabelecidas, que visam promover a correção do resultado<sup>48</sup>. De acordo com ele, “da possibilidade de uma argumentação jurídica racional dependem não só o caráter científico da

<sup>43</sup> Ibidem, 2009, p. 154-155: “No âmbito de abertura do direito, tudo aquilo em que se apoia e/ou deve apoiar-se quem aplica o direito para satisfazer a pretensão à correção integra o direito. Assim, os princípios – ainda que não possam ser identificados como princípios jurídicos em virtude dos critérios de validade da constituição – e outros argumentos normativos que fundamentam a decisão tornam-se componentes do direito”.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008b. p. 290: “This might be termed the dual-nature thesis. A central element of the real dimension of law is coercion or force. A central element of its ideal dimension is a claim to correctness, which includes a claim to moral correctness and which, if violated, implies legal defectiveness in normal cases and legal invalidity in extreme cases”.

<sup>45</sup> ALEXY, op. cit., 2009, p. 110 e 107, respectivamente: “Um sistema jurídico que não seja socialmente eficaz em termos globais entra em colapso como sistema jurídico” e “Um sistema normativo que não se impõe a outros ordenamentos coativos não é socialmente eficaz em termos globais”.

<sup>46</sup> Ibidem, 2009, p. 110: “As normas individuais perdem seu caráter jurídico e, com isso, sua validade jurídica quando são extremamente injustas”.

<sup>47</sup> Ibidem, 2009, p. 126-127: “A definição do *status* de uma norma fundamental é dificultada pelo fato de ela ter três funções completamente diversas a cumprir. [...] A primeira função consiste em possibilitar a transição de um ser para um dever. [...] Por isso, à norma fundamental compete uma segunda função. Ela precisa determinar quais fatos devem ser vistos como criadores de direito. Ao fazê-lo, estabelece os critérios do que é direito. [...] A terceira função está na *instituição da unidade*”.

<sup>48</sup> ALEXY, op. cit., 2010, p. 103: “A teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática. Segundo ela, uma norma é, então, correta e, por conseguinte, válida, quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, ou seja, de um discurso prático racional”.

Ciência do Direito, mas também a legitimidade das decisões judiciais”<sup>49</sup>. Mais do que isto, a própria justiça da Decisão está condicionada ao cumprimento dos estritos critérios argumentativos pelos participantes do discurso jurídico.<sup>50</sup>

Conforme Alexy, “os discursos são um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições”.<sup>51</sup> Muito embora tal comprovação discursiva certamente não tenha condições de atingir uma certeza definitiva, a condução da argumentação segundo Regras prefixadas garante a racionalidade do resultado, expõe explicitamente os fundamentos decisórios e, conseqüentemente, viabiliza um controle mais amplo da produção normativa.<sup>52</sup>

Fixada esta ideia, apesar deste estudo não estar especificamente voltado à análise da argumentação jurídica, cabe destacar quatro aspectos relevantes da proposta teórica de Alexy.

A um, importa assinalar o entendimento de que o “discurso jurídico”, de cunho acadêmico ou forense, é uma modalidade específica do gênero “discurso prático geral”.<sup>53</sup> Justamente por isto, em seu livro específico sobre o tema, o autor analisa um grupo significativo de estudos da filosofia da linguagem (notadamente textos de Stevenson, Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin, Baier, Habermas e Perelman), com vistas à construção da estrutura do discurso prático geral,<sup>54</sup> para, na seqüência, apresentar as características peculiares referentes ao discurso jurídico, como um caso especial.<sup>55</sup>

Para o escritor em tela, “nos discursos jurídicos trata-se da justificação de um caso especial de proposições normativas, as decisões jurídicas”.<sup>56</sup> Outrossim, ao lado das Regras e formas comuns ao discurso geral, são estabelecidas outras adicionais específicas à argumentação jurídica, de modo a viabilizar a construção de Normas Jurídicas de modo racional e científico, consoante a Tabela de Regras constante

<sup>49</sup> ALEXY, op. cit., 2011, p. XI.

<sup>50</sup> Ibidem, 2011, p. 33-34: “Uma norma ou um mandamento singular que satisfaçam os critérios determinados pelas regras dos discurso podem ser qualificados de justos”.

<sup>51</sup> Ibidem, 2011, p. 179.

<sup>52</sup> Idem, 2011, p. 179: “O cumprimento destas regras certamente não garante a certeza definitiva de todo o resultado, mas caracteriza o resultado como racional”.

<sup>53</sup> Ibidem, 2011, p. 31: “O que se pretende desenvolver é uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico. De importância central para isso é a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. [...] No discurso jurídico, trata-se de um caso *especial*, porque a argumentação jurídica ocorre sob uma série de condições limitadoras”.

<sup>54</sup> ALEXY, op. cit., 2011, p. 45-205.

<sup>55</sup> Ibidem, 2011, p. 209-286.

<sup>56</sup> Ibidem, 2011, p. 219.

do apêndice do livro antes mencionado<sup>57</sup>. Entre tais Regras estão “a liberdade de contradição, a universalidade no sentido de um uso consistente dos predicados empregados, a clareza conceitual-idiomática, a verdade empírica, a consideração das consequências, o ponderar, a troca de papéis e a análise do nascimento de convicções morais”.<sup>58</sup>

A dois, cabe assinalar que as teorias discursivas, embora visem assegurar a racionalidade da construção normativa e viabilizar o controle das decisões, promovem apenas um resultado formalmente correto.<sup>59</sup> Sem embargo, os procedimentalistas ainda não alcançaram a elaboração de critérios que assegurem a obtenção de um resultado substancialmente correto, a exemplo do que supostamente ocorre com as demais áreas do conhecimento.<sup>60</sup> Daí que, para teoria em tela, a análise da correção do resultado está relacionada com a observância aproximada das Regras do discurso, independentemente da obtenção de um consenso.<sup>61</sup>

Com efeito, as teorias procedimentalistas admitem a relatividade das soluções produzidas através do discurso, pois a argumentação jurídica pode resultar em decisões diversas para um mesmo caso, ainda que observadas integralmente as Regras do diálogo. Daí resulta a rejeição de Alexy quanto à tese de que para toda hipótese existe uma única resposta correta (*the one right answer thesis*), a exemplo daquela desenvolvida por Ronald Myles Dworkin. A negativa de aceitação está calcada no fato de que não existem critérios que permitam confirmar se uma determinada solução é a única certa para um caso específico, razão pela qual tal tese possui um caráter absoluto impossível de ser comprovado.<sup>62</sup> Por isto, o autor em exame prefere

<sup>57</sup> Ibidem, 2011, p. 287-293.

<sup>58</sup> ALEXY, op. cit., 2008a, p. 26.

<sup>59</sup> ALEXY, op. cit., 2011, p. 295: “A teoria do discurso é uma teoria procedimental. Segundo ela, uma norma só é correta se pode ser resultado de um procedimento definido por meio das regras do discurso”.

<sup>60</sup> Ibidem, 2011, p. 284: “Tampouco nas ciências naturais, que foram com frequência contrapostas à Ciência do Direito como paradigma de verdadeiras ciências, pode-se falar da formação de uma segurança definitiva. [...] Não é a produção de segurança que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras, os quais este trabalho tenta evidenciar. Sua apresentação sistemática pode ser vista como uma explicação do conceito de argumentação jurídica racional”.

<sup>61</sup> ALEXY, op. cit., 2010, p. 95: “É, por conseguinte, não acertado imputar à teoria do discurso que ela considera o consenso como *fundamento* para a correção ou a verdade. Não o consenso, mas a realização do procedimento segundo as regras do discurso é o critério de correção verdadeiro da teoria do discurso”.

<sup>62</sup> ALEXY, op. cit., 2010, p. 95: “Seu defeito é que a suposição, que está na sua base, da existência, independente de um procedimento, de uma resposta unicamente correta para cada questão prática apresenta uma tese ontológica, que não só é difícil de fundamentar, mas também não é muito plausível. Respostas para questões práticas baseiam-se, sem dúvida, não só, mas essencialmente, também em interpretações de interesses e ponderações de interesses. Não pode ser aceito que, sobre essa base, para cada questão prática sempre somente é possível, rigorosamente, uma resposta. A tese da existência de uma resposta unicamente correta para cada questão apresenta, com isso, pelo menos, no âmbito do prático, uma ficção ontológica que não pode ser justificada”.

estabelecer que “uma única resposta correta é a finalidade a que se deve aspirar”, ou seja, uma pretensão meramente ideal do discurso jurídico (justamente a pretensão de correção).<sup>63</sup>

A três, refere-se o entendimento do autor no sentido de que a coerência amplia a racionalidade da argumentação dentro de um sistema jurídico e, assim, merece ser promovida, em que pesem as dificuldades para tanto. Tal manifestação favorável à coerência, como fator de aprimoramento do discurso, reflete certo grau de aderência à tese da necessidade de preservação da integridade do Direito (*law as integrity*), desenvolvida por Ronald Myles Dworkin.<sup>64</sup>

Para Alexy, o conceito de coerência está diretamente relacionado com a fundamentação jurídica, no sentido de que se trata da escoreta articulação das diversas proposições normativas integrantes de um mesmo sistema.<sup>65</sup> Daí sua diferença com a definição de consistência, a qual diz respeito à inexistência de contradições lógicas em um mesmo Ordenamento Jurídico.<sup>66</sup> Outrossim, com vistas à delimitar o tema em questão, o nomeado autor dispõe acerca de uma série de Regras que, se observadas na condução do discurso jurídico, ampliam as ligações harmônicas de todo conjunto de Normas, cuja transcrição e discussão ultrapassam os objetivos deste estudo.

A importância da coerência reside em aperfeiçoar a racionalidade discursiva, porque uma construção articulada de Normas, explorada institucionalmente, permite reunir, examinar, estabilizar, controlar e evoluir a produção jurídica ao longo do tempo. Ademais, facilita a tarefa do intérprete, haja vista que ele pode se apoiar em proposições já revisadas múltiplas vezes, de modo a facilitar a fundamentação das Decisões.<sup>67</sup>

E, a quatro, consigna-se o posicionamento do autor quanto à equivalência entre interpretação e argumentação jurídicas, sob a justificativa de que a atribuição de sentidos deve objetivar a pretensão de correção e ser revisável publicamente. Esta proposição teórica evidencia o caráter procedimentalista da teoria de Alexy, haja vista que, de certa forma, submete a hermenêutica à teoria do discurso.

<sup>63</sup> ALEXY, op. cit., 2011, p. 306-307.

<sup>64</sup> ALEXY, op. cit., 2008a, p. 117-118.

<sup>65</sup> Ibidem, 2008a, p. 119: “Sobre essa base deve ser dada a determinação geral subsequente do conceito de coerência: Quanto melhor é a estrutura da fundamentação de uma classe de declarações, tanto mais coerente é essa classe de declarações”.

<sup>66</sup> Ibidem, 2008a, p. 118: O conceito de coerência deve ser distinguido daquele de consistência. Uma teoria é consistente se ela não mostrar nenhuma contradição lógica”.

<sup>67</sup> Ibidem, 2008a, p. 129.

Sem embargo, o autor sob foco entende que interpretação em sentido amplo “designa o entendimento do sentido de todos os objetos, que foram produzidos por sujeitos no quadro de sua capacidade, para unir com esses objetos um sentido”.<sup>68</sup> A interpretação jurídica, por sua vez, distingue-se por seu caráter prático ou normativo, porquanto “nela sempre se trata imediatamente ou mediamente disto, o que, em um sistema jurídico, é ordenado, proibido e permitido e para o que ele autoriza”.<sup>69</sup>

De acordo com o escritor em questão, as visões na estrutura do entender, no quadro da Ciência do Direito, desenvolvem-se entre três modalidades distintas de círculos hermenêuticos: o primeiro concerne à relação entre a pré-compreensão e o texto, que remete para crítica quanto à contribuição das experiências do intérprete para o resultado da interpretação (postulado da reflexão);<sup>70</sup> o segundo diz respeito às relações entre as partes e o todo, no sentido de que o entendimento acerca de uma Norma específica pressupõe a compreensão da integralidade do sistema ao qual ela pertence e, complementarmente, o conhecimento da totalidade depende do pensar de suas parcelas constitutivas (postulado da coerência);<sup>71</sup> e, o terceiro se refere à relação entre Norma e fato, no sentido de que a compreensão demanda a percepção e a consideração das inúmeras características de ambos (postulado da completude).<sup>72</sup>

Acontece que a teoria do círculo hermenêutico tem apenas o objetivo estrutural de explicar a atividade cognitiva e expor os problemas que lhe são inerentes, razão pela qual deixa de oferecer critérios substanciais para resolver a questão do controle público e racional da correção de uma interpretação.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> ALEXY, op. cit., 2010, p. 61.

<sup>69</sup> Ibidem, 2010, p. 63.

<sup>70</sup> Ibidem, 2010, p. 64: “Sobre uma ‘pré-compreensão’ deve ser entendida uma hipótese com a qual o intérprete aproxima-se do texto. Essa hipótese expressa uma presunção ou esperança do intérprete sobre a solução correta do problema jurídico pendente de decisão. Seu conteúdo é determinado pelas enformações do mundo da vida e pelas experiências profissionais do intérprete. A imagem do círculo quer dizer que entre o texto da norma e a hipótese de interpretação tem lugar um efeito mútuo”.

<sup>71</sup> Ibidem, 2010, p. 64-65: “Por um lado, o entender de uma norma pressupõe o entender do sistema de normas, ao qual ela pertence. Por outro, o entender de um sistema de normas não é possível sem que as normas particulares, que pertencem a ele, sejam entendidas. [...] O problema consiste na produção de unidade ou coerência. Ela é tarefa da interpretação sistemática”.

<sup>72</sup> Ibidem, 2010, p. 65: “Normas são universal-abstratas. Os fatos, aos quais elas devem ser aplicadas, são individual-concretos. Normas contêm poucas características, fatos, potencialmente infinitamente muitas. [...] Pelo menos, está claro que o problema somente então pode ser resolvido, quando todas as características do fato e todas as características nas normas possivelmente correspondentes são consideradas”.

<sup>73</sup> Idem, 2010, p. 65: “A teoria do círculo hermenêutico não pode, com isso, solucionar o problema da interpretação correta de uma norma jurídica, porque ela não contém os critérios substanciais para correção de uma interpretação. Como nela trata-se de uma mera teoria estrutural, isso também não é o seu objetivo”.

Por isso, tal tema de fundamental importância deve ser resolvido no âmbito da teoria da argumentação, haja vista que somente através do discurso é possível compartilhar intersubjetivamente os fundamentos que justificam o resultado de uma determinada interpretação. Logo, a revisão quanto à correção da produção normativa depende da vinculação entre a atividade psíquica (e interna) de compreensão e o procedimento argumentativo (e intersubjetivo) de fundamentação.<sup>74</sup>

A **quarta** característica consiste na opção por um conceito semântico de comando jurídico, calcado na diferenciação entre enunciado normativo (ou ainda texto, dispositivo ou preceito normativo) e Norma<sup>75</sup>. Neste quadro, enunciado normativo é a construção gramatical constante do instrumento em si, ou, em outros termos, é a frase formada por modais deônticos de dever, proibição e permissão. Norma Jurídica, por sua vez, é o significado que se dá para determinado enunciado normativo, ou seja, é o produto da interpretação de um dispositivo.<sup>76</sup>

O **quinto** aspecto da teoria normativa de Alexy reside na ideia de que a Norma (gênero) somente pode ser uma Regra ou um Princípio (espécies), sendo que as diferenças qualitativas entre tais padrões jurídicos representam, para o autor em discussão, “a base da teoria da fundamentação” e a “chave para solução de problemas centrais da dogmática”, consubstanciando “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”.<sup>77</sup>

Segundo esta linha teórica, a ordem jurídica apresenta dois planos distintos e complementares, na medida em que “atrás e ao lado das regras estão princípios”<sup>78</sup>. Importa esclarecer ainda que “a distinção entre regras e princípios não é uma distinção entre textos, mas entre normas” e que “é tarefa do intérprete definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou um princípio”.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> ALEXY, op. cit., 2010, p. 65-66: “A interpretação compõe-se, por isso, da escolha entre várias alternativas de interpretação em virtude de argumentos. A justificação ou fundamentação da interpretação escolhida por argumentos deve ser distinguida do processo real de obtenção do resultado. No primeiro caso, trata-se do processo da justificação (*process of justification*), no segundo, do processo da descoberta (*process of discovery*). A justificação é uma atividade argumentativa, a descoberta uma psíquica. Sem dúvida, existem entre ambas as atividades conexões estreitas. No primeiro plano da teoria da interpretação jurídica, contudo, está o procedimento argumentativo. Somente ele é acessível intersubjetivamente e, por conseguinte, revisável objetivamente. Somente no seu quadro é possível um uso público da razão. Se com interpretações é promovida uma pretensão de correção e se o cumprimento dessa pretensão deve ser revisável publicamente, então vale a proposição: interpretação é argumentação. A isso corresponde que em sistemas jurídicos modernos regularmente existe um dever de fundamentação judicial e na ciência do direito são solucionados problemas pela consideração de argumentos-pró e contra”.

<sup>75</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 53-58.

<sup>76</sup> Ibidem, 2008c, p. 184: “Uma norma é aquilo que um enunciado normativo expressa”.

<sup>77</sup> Ibidem, 2008c, p. 85.

<sup>78</sup> ALEXY, op. cit., 2008a, p. 65.

<sup>79</sup> SILVA, op. cit., 2009, p. 57.

Conforme Alexy, as Regras Jurídicas são “mandamentos definitivos”,<sup>80</sup> pois contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, de modo que consubstanciam “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”.<sup>81</sup>

Em decorrência da reduzida margem de manobra que deixam ao intérprete, sua aplicação ocorre mediante mera operação lógica de subsunção<sup>82</sup>, ou seja, cabe ao aplicador apenas verificar se a situação fática controvertida se sujeita aos limites normativos da Regra para fins de ensejar sua incidência. Sem embargo, a subsunção é um procedimento dedutivo, que observa os ditames da lógica e se desenvolve em dois estágios de justificação distintos: no primeiro, o intérprete deduz o julgamento legal com bases nas premissas jurídicas e fáticas (fase interna); e, no segundo, ele expõe a argumentação que fundamenta as premissas empregadas na etapa anterior (fase externa).<sup>83</sup>

Havendo duas Regras antagônicas no sistema, o conflito é resolvido no âmbito da validade, através da introdução de uma cláusula de exceção, que retira a aplicabilidade de uma delas ao caso concreto, ou então, mediante o reconhecimento de invalidade de alguma das duas para resolução da controvérsia, extirpando-a do Ordenamento Jurídico.<sup>84</sup>

Notadamente, ausente uma previsão de exceção, a análise de validade reside na aplicação dos critérios de resolução de antinomias já adotados pelos juspositivistas, segundo os quais a Regra superior revoga a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*), a Regra posterior revoga a anterior (*lex posterior derogat legi priori*) e a Regra especial revoga a genérica (*lex specialis derogat legi generali*), salvo previsão diversa e específica no Ordenamento Jurídico.<sup>85</sup>

Logo, considerando isoladamente a modalidade normativa Regra, não são constatáveis diferenças substanciais com relação à teoria juspositivista da Norma,

<sup>80</sup> ALEXY, op. cit., 2008a, p. 64.

<sup>81</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 91.

<sup>82</sup> ALEXY, op. cit., 2009, p. 85: “Sua forma característica [das regras] é a subsunção”.

<sup>83</sup> ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: A structural comparison. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003. p. 433-435: “The Subsumption Formula is an attempt to formalize this deductive structure by the means of standart logic. [...] This shows that here, too, two stages or levels of justification of a legal judgement can be distinguished. The first consists of the deduction of the legal judgement from premisses as represented in the Subsumption Formula. [...] The second stage or level concerns the justification of the premisses used in the internal or first-order justification”.

<sup>84</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 92.

<sup>85</sup> Ibidem, 2008c, p. 93.



cabendo a afirmação de que se trata de padrão de julgamento incorporado sem maiores modificações pela proposta teórica de Alexy.

Os Princípios Jurídicos, de outro lado, são Normas que ordenam a realização de algo dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, consubstanciando mandamentos de otimização, na medida em que podem ser satisfeitos em diversos graus<sup>86</sup>. Diante de tal conceito, constata-se que a única diferença entre valores e Princípios decorre apenas do caráter axiológico dos primeiros (definição do que é bom ou melhor) e deontológico dos segundos (estabelecimento do que é devido *prima facie*, diante das peculiaridades fáticas e jurídicas)<sup>87</sup>. Cabe lembrar que os Princípios não necessariamente precisam estar inseridos em Textos de Lei, podendo decorrer de precedentes judiciais ou mesmo da tradição jurídica de determinado Estado<sup>88</sup>. Ademais, importa mencionar que Alexy não adota a distinção entre Princípios e políticas, incluindo ambos padrões de julgamento na categoria ampla de mandamentos de otimização.<sup>89</sup>

A forma característica de aplicação dos Princípios é a ponderação<sup>90</sup>, haja vista que, diferentemente das Regras, carecem de densificação normativa em cada situação concreta, mediante sopesamento dos valores relevantes para a solução do problema apresentado na realidade fática, observadas a Lei da Colisão e a Máxima da Proporcionalidade (cuja nomenclatura mais adequada, sob a ótica da proposta teórica em análise, é Meta-Regra da Proporcionalidade, consoante explicitado adiante).

Outrossim, a aplicação desta modalidade normativa não é efetuada mediante o emprego de um determinado mandamento de otimização isolado, mas sim através da ponderação fundamentada dos Princípios incidentes na espécie, para definir qual deles deverá preponderar no caso concreto. O resultado de tal processo cognitivo resultará, então, em uma Regra criada jurisdicionalmente para

<sup>86</sup> Ibidem, 2008c, p. 90.

<sup>87</sup> Ibidem, 2008c, p. 153: “A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo”.

<sup>88</sup> Ibidem, 2008c, p. 109: “[...] a contraposição de princípios enquanto normas ‘desenvolvidas’, às normas ‘criadas’ deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de posituação e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito”.

<sup>89</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 116: “O conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas como ‘políticas’”.

<sup>90</sup> ALEXY, op. cit., 2009, p. 85: “A ponderação é a forma característica de aplicação dos princípios”.

aquela situação concreta, a qual deverá, então, ser aplicada por subsunção aos casos similares futuros, consoante a Lei da Colisão.<sup>91</sup>

Daí a interligação entre os planos das Regras e dos Princípios, haja vista que a ponderação de mandamentos de otimização resultará sempre, ao final, em uma Regra a ser aplicada por subsunção, a qual deverá ser necessariamente observada futuramente em casos similares, de modo a evitar quebra de coerência nas manifestações judiciais.<sup>92</sup>

Cabe questionar, ainda, como solucionar eventual contradição entre uma Regra e um Princípio. Nesta hipótese, haverá em verdade, segundo Alexy, uma colisão entre determinado Princípio e aquele que dá sustentação à Regra, hipótese em que se deverá efetuar a ponderação entre eles, para determinar se a Regra será ou não mantida. Cabe referir, todavia, que o Princípio formal da separação dos poderes dá prevalência ao Poder Legislativo para o estabelecimento de Regras, de modo que o Judiciário somente poderia invalidar determinada Regra em casos excepcionais, observando a força que a tradição jurídica de determinado Estado confere à fixação da legitimidade de produção do Direito.<sup>93</sup>

Sem embargo, as Regras nunca são aplicadas por ponderação, porque consistem no resultado de um sopesamento previamente estabelecido pelo legislador, devendo ser empregadas por subsunção.<sup>94</sup> Cabe asseverar que, mesmo na hipótese do intérprete concluir que uma Regra fere desproporcionalmente um Princípio constitucional, sua Decisão não estará lastreada na ponderação dela, mas, sim, no sopesamento dos Princípios que a sustentam com aqueles que lhe são opostos.<sup>95</sup> Tal hipótese revela uma análise de constitucionalidade do sopesamento previamente estabelecido pelo legislador ao produzir a Regra, a qual deve estar

---

<sup>91</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 108: “Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo, passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei da colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto”.

<sup>92</sup> *Ibidem*, 2008c, p. 121: “Com a ajuda da lei de colisão pôde ser definida a conexão entre as normas de direitos fundamentais enquanto princípios e regras de direitos fundamentais que se relacionam com a decisão: as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o suporte fático de uma regra, a qual expressa as consequências jurídicas do princípio prevalente”.

<sup>93</sup> *Ibidem*, 2008c, p. 105: “Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguida e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser chamados de ‘princípios formais’”.

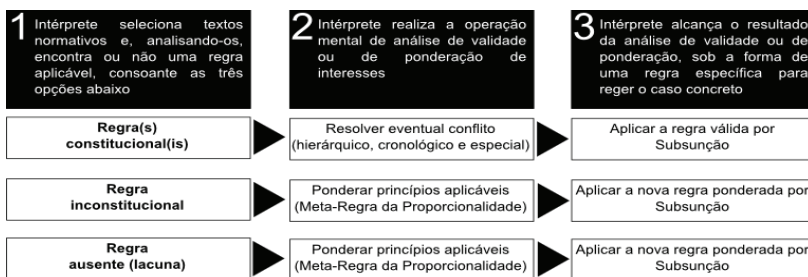
<sup>94</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 105 e 140.

<sup>95</sup> SILVA, op. cit., 2009, p. 52-56.

lastrada em fundamentação suficiente, haja vista a primazia conferida ao parlamentar em sede de criação legislativa no cenário democrático, em face do Princípio formal da separação dos poderes.<sup>96</sup>

Outrossim, o intérprete, diante de uma situação (concreta ou hipotética), faz a leitura dos fatos de acordo com os padrões de julgamentos vigentes, extraídos do Ordenamento Jurídico, para concluir quais as razões de decidir para espécie. Acaso concluir que se apresentam mandamentos definitivos para resolução da causa, definirá qual(is) a(s) que vai(ão) servir de fundamento para sua Decisão e, então, explicitará analiticamente que resolveu o caso mediante subsunção, em face da validade de uma ou mais Regras jurídicas. De outra banda, se constatar a presença de mandamentos de otimização para equacionamento do caso, deverá sopesar qual a prevalecente, de acordo com a Lei da Colisão, fundamentando suficientemente a ponderação efetuada, segundo o peso (relevância) de cada uma na espécie. Por fim, acaso se apresentem tanto razões definitivas como também *prima facie*, deverá dar primazia às Regras, por questão de segurança jurídica,<sup>97</sup> salvo se constatar que, excepcionalmente, os Princípios que lhe sustentam (Princípios que fundamentam a Regra) devam ceder perante aqueles de hierarquia superior que lhe são opostos, quando, então, declarará tal ponderação na fundamentação da Decisão, em sede de controle de constitucionalidade.<sup>98</sup>

Abaixo, encontra-se colacionada uma representação gráfica da aplicação jurídica, sob a ótica alexyana:<sup>99</sup>



<sup>96</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 105.

<sup>97</sup> Ibidem, 2008c, p. 105 e 140-141: "A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, uma primazia estrita. Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto de argumentação constitucional".

<sup>98</sup> SILVA, op. cit., 2009, p. 52-56.

<sup>99</sup> Gráfico composto pelo autor deste trabalho, com base em ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008c.

Para melhor compreensão da ponderação de Princípios, que é aspecto de destacado relevo da teoria normativa de Alexy, será dedicado inteiramente o tópico seguinte deste trabalho.

### 3 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS

A ponderação é a forma característica de aplicação dos Princípios Jurídicos, haja vista que é através dela que são sopesadas as importâncias dos Princípios incidentes em uma determinada situação concreta para, ao final, estabelecer qual aquele que deve prevalecer, criando-se então uma Regra para resolução da controvérsia, mediante a Lei da Colisão e a Máxima (ou Meta-Regra) da Proporcionalidade, as quais serão explicitadas na sequência.

Segundo a **Lei da Colisão**, quando se verificar a contradição entre um Princípio (P1) e outro que lhe seja incompatível no caso concreto (P2), o intérprete deverá sopesar a importância de ambos diante das circunstâncias envolvidas (C1) para, então, decidir qual deverá prevalecer (Decisão D1). Desta forma, sempre que estes dois Princípios (P1 e P2) colidirem, e as circunstâncias forem idênticas (C1), a Decisão deverá ser automaticamente a mesma (D1), sem margem para discricionariedade ou subjetivismo. Porém, o Princípio que não prevaleceu diante das circunstâncias de um caso (C1), poderá preponderar perante outras circunstâncias (C2), ensejando Decisão diversa (D2), pois ele não foi excluído do Ordenamento Jurídico.<sup>100</sup>

Importa registrar que o resultado da Lei da Colisão, após a ponderação dos Princípios orientada pela Meta-Regra da Proporcionalidade, consiste em uma nova Regra, que já contém as determinações quanto à otimização das possibilidades fáticas e jurídicas existentes para solução de futuros casos similares por subsunção.<sup>101</sup>

Nessa linha lógica, é possível concluir que o caminho que vai de um Princípio até o direito definitivo (que resolve o caso concreto) perpassa por uma relação de preferência, de acordo com a Lei da Colisão, de modo a fundamentar o estabelecimento de uma Regra para disciplinar casos futuros mediante construção jurisprudencial.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 94-99.

<sup>101</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 102: "Diante disso, pode-se afirmar: como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que te a estrutura de uma regra e a qual o caso pode ser subsumido".

<sup>102</sup> *Ibidem*, 2008c, p. 108-109.

Para orientar o sopesamento, o intérprete deve empregar a **Meta-Regra da Proporcionalidade** (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), a qual estabelece critérios adicionais de ponderação, com vista à racionalizar a aplicação dos Princípios Jurídicos e, assim, permitir a sindicabilidade democrática das decisões.<sup>103</sup>

Inicialmente, importa tratar de duas questões terminológicas com relação à Meta-Regra da Proporcionalidade, a qual serve de critério para fins de ponderação de Princípios Jurídicos.

A primeira questão terminológica a ser dirimida diz respeito à opção pelas designações razoabilidade ou proporcionalidade, as quais não podem ser empregadas como sinônimos e tampouco confundidas, em razão de referirem institutos com origens e estruturas jurídicas distintas.

A razoabilidade é figura jurídica de origem inglesa, cuja referência mais remota documentada é a Decisão do caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation*, proferida por Lord Greene no ano de 1948. Naquela deliberação, restou assentando o chamado Teste de Razoabilidade de Wednesbury (*Wednesbury reasonableness* ou *Wednesbury test*), segundo o qual se uma decisão é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoavelmente a tomaria, então a corte pode intervir<sup>104</sup>. Entretanto, a partir da edição do Ato de Direitos Humanos de 1998 pelo parlamento inglês (*Human Rights Act 1998*), cogita-se da superação do teste de razoabilidade pelo parâmetro de proporcionalidade, antes desconhecido pelas cortes inglesas, para fins de controle de atos públicos.<sup>105</sup>

No direito consuetudinário norte-americano, o caso *Chevron Inc. vs. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U.S. 837, resolvido em 1984, faz referência à possibilidade de aferição judicial dos critérios de razoabilidade inerentes às interpretações legislativas praticadas por agências governamentais, consoante o chamado Teste de Duas Etapas Chevron (*Chevron Two-Step*). Entretanto, o parâmetro para aferição de razoabilidade mais difundido naquele país é o que decorre da violação do direito ao devido processo legal no seu aspecto substantivo (*substantive due process of law*), construído mediante interpretação das quinta e décima quarta emendas da Constituição Norte-Americana, com a finalidade a preservar liberdades constitucionais em face de restrições públicas, embora não ausente de críticas.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> Ibidem, 2008c, p. 116-120.

<sup>104</sup> SUEUR, Andrew Le. **The rise and ruin of unreasonableness**. Disponível em: [www.adminlaw.org.uk](http://www.adminlaw.org.uk). Acesso em: 12 abr. 2010. p. 1.

<sup>105</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*, n. 798, p. 23/50, 2002. p. 29-30.

<sup>106</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 60-66.

A proporcionalidade, por sua vez, possui origem na construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em torno do estabelecimento de limites contra excessos (*Übermassverbot*) ou insuficiências (*Untermassverbot*) dos atos públicos, nas questões envolvendo direitos fundamentais.<sup>107</sup> Trata-se de um método racionalmente estruturado para aplicação de Princípios de direitos fundamentais, ultrapassando a mera análise de racionalidade ou de correlação entre meios e fins de atos públicos, para abranger a aferição da adequação, necessidade e ponderação das justificativas das medidas estatais restritivas de prerrogativas constitucionais.<sup>108</sup> Outrossim, evidente que “não só não tem a mesma origem que o chamado Princípio da razoabilidade, como frequentemente se afirma, mas também deste se diferencia em sua estrutura e em sua forma de aplicação”.<sup>109</sup>

Por isso, a doutrina de Alexy, por estar lastrada na dogmática jurídica da Alemanha, recomenda a opção pela expressão proporcionalidade, em detrimento da designação razoabilidade, de modo a estabelecer uma referência precisa ao instituto sob foco.

A segunda questão terminológica envolve indicar se a proporcionalidade é uma norma do tipo Princípio ou da modalidade Regra.

De acordo com a doutrina em apreciação, certamente que não consubstancia um Princípio, pois não se trata de um mandamento de otimização propriamente dito, mas, sim, de critério para sopesamento entre postulados colidentes. Logo, muito embora se trate da opção mais amplamente difundida na doutrina brasileira, a nomenclatura Princípio da Proporcionalidade não guarda consonância com a teoria dos direitos fundamentais ora em exame.

Tanto é assim que Alexy preferiu a designação Máxima da Proporcionalidade, por entender que existe uma exigência inderrogável de sopesamento para viabilizar a inserção de Normas da espécie Princípio em um Ordenamento Jurídico.<sup>110</sup> Com efeito, máximas são “regras de diferenciada graduação de generalização, segundo as quais o próprio agente determina a sua vontade, em diferentes situações”.<sup>111</sup> Em trabalhos anteriores, em que a doutrina ora em foco foi adotada como marco

---

<sup>107</sup> MENDES, op. cit., 2009. p. 364-367.

<sup>108</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65.

<sup>109</sup> SILVA, op. cit., 2002, p. 30-31.

<sup>110</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 116-118.

<sup>111</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004. p. 253.

teórico, já se optou pela designação Máxima da Proporcionalidade, por questão de fidelidade.<sup>112</sup>

Porém, o estabelecimento de uma terceira modalidade de Norma (máxima) não parece ser o mais adequado, mormente porque, “na linguagem jurídica brasileira, ‘máxima’ não é um termo utilizado com frequência e, mais que isso, pode às vezes dar a impressão de se tratar não de um dever, como é o caso da aplicação da proporcionalidade, mas de uma mera recomendação”.<sup>113</sup> Ademais, há de se concordar que a estrutura da proporcionalidade é de uma Regra de segundo nível, ou seja, de uma Meta-Regra, cuja finalidade é disciplinar a resolução de colisões entre Princípios. Com efeito, a Proporcionalidade estabelece critérios para superação de antinomias, assim como as Meta-Normas que resolvem o conflito entre Regras (*lex superior derogat legi inferiori, lex posterior derogat legi priori, e, lex specialis derogat legi generali*).

Logo, a nomenclatura mais adequada é Meta-Regra (ou simplesmente Regra) da Proporcionalidade, por oferecer maior clareza conceitual com relação à sua efetiva estrutura normativa.<sup>114</sup>

Feitos estes esclarecimentos terminológicos iniciais, cabe asseverar que a Meta-Regra da Proporcionalidade consiste na fórmula de sopesamento prevista na já explicitada Lei da Colisão, consubstanciando critério imprescindível para resolução da colisão entre Princípios de direito fundamental.<sup>115</sup> Com efeito, a opção por um modelo constitucional misto, de Regras e de Princípios, pressupõe a existência de algum parâmetro para harmonização das diversas prerrogativas essenciais, cabendo tal finalidade à Meta-Regra da Proporcionalidade.

Sob essa ótica, o sopesamento pela Meta-Regra da Proporcionalidade “é equivalente ao assim chamado Princípio da concordância prática”, na medida em que ambos dizem respeito à tarefa de equalização dos diversos Princípios constitucionais.<sup>116</sup> Notadamente, também a concordância prática refere que “a especificidade (conteúdo, extensão e alcance) própria de cada Princípio não exige o sacrifício unilateral de um Princípio em relação aos outros, antes aponta para uma tarefa de harmonização, de forma a obter-se a máxima efetividade de todos eles”.<sup>117</sup>

<sup>112</sup> ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Máxima da proporcionalidade aplicada**: a quebra do sigilo bancário pelo Fisco e o direito fundamental à vida privada. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 100-101.

<sup>113</sup> SILVA, op. cit., 2009, p. 168.

<sup>114</sup> Ibidem, 2009, p. 169.

<sup>115</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 116-118.

<sup>116</sup> Ibidem, 2008c, p. 173.

<sup>117</sup> CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1187.

A aplicação metódica da Meta-Regra da Proporcionalidade ocorre em três níveis distintos e sequenciais, correspondentes às Sub-Regras da adequação, idoneidade ou conformidade (*Geeignetheit*), da necessidade ou exigibilidade (*Erforderlichkeit*) e da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação (*Verhältnismässigkeit*).

A Sub-Regra da adequação se refere à análise da suficiência dos meios utilizados para obtenção do resultado almejado. Nesta fase, o intérprete indaga se há uma correlação adequada entre os meios empregados e os fins perseguidos. Outrossim, a questão é se “a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?”.<sup>118</sup>

O elemento da necessidade, por sua vez, resolve-se em torno da aferição da imprescindibilidade fática de efetivação ou manutenção da situação concreta apreciada, observado, principalmente, seu grau de eficácia para promoção do objetivo almejado. A aferição da exigibilidade da medida implica um teste comparativo com outras alternativas viáveis para implementação do mesmo objetivo, devendo ser privilegiada aquela que seja a mais eficaz, ainda que acarrete maior restrição ao direito fundamental oposto. Somente em se tratando de duas soluções igualmente eficazes é que se deve optar pela que implicar restrição em grau inferior. Isto porque, acaso se adotasse sempre a medida menos restritiva, ainda que pouco efetiva, o intérprete estaria fadado a promover sempre a prática de atos de eficácia limitada e reduzida, independentemente da situação concreta. Justamente por isto, apesar da intuição daqueles preocupados com a proteção das prerrogativas constitucionais, “decisiva, no exame da necessidade, é a eficiência da medida”.<sup>119</sup> Assim, nesta etapa é mais adequado se privilegiar a eficácia, relegando-se para fase posterior a verificação quanto à proporcionalidade da medida, de acordo com a ponderação dos Princípios em contradição.

A proporcionalidade em sentido estrito, por fim, diz respeito à medida em que cada um dos Princípios de direito fundamental colidentes deve ser implementado na hipótese em exame. Acaso fossem implementadas apenas as primeiras duas fases, poderia se cogitar da constitucionalidade de “uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência, mas que restringisse outros vários direitos de forma muito intensa”, pois seria adequada e necessária.<sup>120</sup> Para evitar tais exageros,

---

<sup>118</sup> SILVA, op. cit., 2009, p. 170.

<sup>119</sup> Ibidem, 2009, p. 172.

<sup>120</sup> Ibidem, 2009, p. 174.



admite-se esta última fase, na qual o hermenauta passa das questões fáticas para o plano jurídico, ponderando o peso e o valor dos interesses em jogo, de acordo com fundamentação hábil e suficiente para justificar sua posição.

Importa salientar que a aplicação da Meta-Regra da Proporcionalidade pode ser efetuada pelo congressista ou pelo magistrado, ou seja, “este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efectuar-se logo a nível legislativo (ex.: o legislador exclui a ilicitude da interrupção da gravidez em caso de violação) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto (ex.: o juiz adia a discussão de julgamento perante as informações médicas da iminência de infarte na pessoa do acusado)”.<sup>121</sup>

Sem embargo, é tarefa precípua do legislador conformar e restringir direitos, mediante sopesamento dos Princípios aplicáveis à situação hipotética a ser disciplinada, ainda que segundo a forma assistemática inerente ao carácter político de seu ofício, cujo resultado assume a forma de Regra infraconstitucional.<sup>122</sup> Contudo, instaurando o conflito e ausente tal prévia conformação legislativa, caberá ao magistrado a ponderação direta dos Princípios aplicáveis, de acordo com os critérios jurídicos referentes à Meta-Regra da Proporcionalidade, de modo a criar uma Decisão para solução do litígio, a qual deve ser equitativamente a mesma para eventuais novos casos com idênticas peculiaridades.<sup>123</sup>

Não é ocioso destacar, ainda, que a ponderação “não é um processo que sempre leva a uma única solução correta para cada caso concreto”, ou seja, é suscetível de resultar em soluções discrepantes para o mesmo problema.<sup>124</sup>

Por fim, cabe o registro acerca das inúmeras críticas que foram tecidas em face da ponderação, calcadas principalmente nos argumentos de que se trata de um procedimento caracterizado pela irracionalidade e pelo subjetivismo, que implica um indesejável decisionismo judicial.

No Brasil, Lenio Luiz Streck bem resume as principais críticas, ao afirmar que a aplicação de Princípios mediante ponderação revela mera nova roupagem para já conhecida discricionariedade inerente ao Positivismo Jurídico, ainda que mediante um método explicativo. Para ele, a “ponderação repristina a velha discricionariedade positivista” e implica inegável protagonismo judicial em prejuízo

<sup>121</sup> CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1274.

<sup>122</sup> SILVA, op. cit., 2009, p. 178-179.

<sup>123</sup> Ibidem, 2009, p. 179.

<sup>124</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 543.

do Poder Legislativo, ao facultar ao magistrado a possibilidade de optar pelos contornos da Norma aplicável ao caso.<sup>125</sup>

Em resposta aos críticos, Robert Alexy defende que “a um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferências condicionadas”, todavia, o modelo fundamentado “distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação”, de modo a permitir a “fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou Princípios colidentes”.<sup>126</sup> Nesta linha de raciocínio, “o modelo de sopesamento como um todo oferece um critério, ao associar a lei da colisão à teoria da argumentação jurídica racional”.<sup>127</sup> Logo, o controle da racionalidade referente aos sopesamentos é efetuado mediante a apreciação dos argumentos que os sustentam, expressos na fundamentação das decisões judiciais, que necessariamente devem apreciar as teses ventiladas pelas partes sobre os Princípios aplicáveis.

Virgílio Afonso da Silva, em defesa da ponderação, lembra que “não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito”.<sup>128</sup> Segundo ele, a elevação de racionalidade depende, na verdade, da adoção de procedimentos e métodos que, a exemplo do sopesamento, permitam a “fixação de parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação”.<sup>129</sup> Mediante tal controle, efetuado principalmente pela Doutrina Jurídica ao analisar o escólio jurisprudencial dos tribunais, poderá se estabelecer graus confiáveis de coerência, de previsibilidade e de integridade da ordem jurídica, haja vista que “insegurança jurídica está intimamente ligada à ideia de decisão *ad hoc*, algo que só é possível quando não há controle, independentemente do método de interpretação e aplicação do direito e da teoria que subjaz a esse método”.<sup>130</sup>

Consoante tal entendimento, “a objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro

---

<sup>125</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 488.

<sup>126</sup> ALEXY, op. cit., 2008c, p. 165.

<sup>127</sup> Ibidem, 2008c, p. 173-174.

<sup>128</sup> SILVA, op. cit., 2009, p. 146-147.

<sup>129</sup> Ibidem, 2009, p. 149.

<sup>130</sup> Ibidem, 2009, p. 149-150.

dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto”.<sup>131</sup>

Os defensores da teoria de Alexy sustentam, em síntese, que o seu modelo de sopesamento representa uma vantagem perante a discricionariedade de cunho positivista por dois aspectos principais. Primeiro, porque se apresenta como um método para permitir maior controle dos argumentos utilizados para a tomada das Decisões, de modo a conferir maior transparência à atividade jurisdicional e, desta forma, aprimorar o diálogo democrático. E, segundo, porquanto prevê o estabelecimento de Regras de precedência condicionada ao fim de cada ponderação, as quais servem de subsídio para fiscalização de coerência da Jurisprudência pela doutrina especializada, de modo a elevar o grau de confiabilidade no sistema jurídico.

Com estes esclarecimentos, foram resgatadas as principais características da proposta pós-positivista de teoria do Direito desenvolvida por Alexy, nos aspectos em que relevante para este estudo.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breve síntese, é possível apontar que as características da proposição pós-positivista de Alexy, com relação às quatro plataformas centrais da Teoria do Direito, são as seguintes:

a) as Fontes Jurídicas são compostas pelos enunciados normativos elaborados pela autoridade competente e pelos aspectos morais corretivos, em caso de injustiça extrema (Fórmula Radbruch), bem como por eventuais outros argumentos suscitados no âmbito do discurso normativo, de acordo com as respectivas regras procedimentais;

b) as Normas Jurídicas são concebidas semanticamente, como o resultado da interpretação de um enunciado normativo, podendo assumir a forma estrutural de uma Regra Jurídica aplicável por subsunção ou de um Princípio Jurídico aplicável por ponderação, de acordo com a Lei da Colisão e a Meta-Regra da Proporcionalidade;

c) no atinente ao Ordenamento Jurídico, o autor não apresenta uma variação com relação ao modelo da pirâmide hierárquica juspositivista, salvo quanto

<sup>131</sup> BARROSO, op. cit., 2008, p. 288.

à necessária assimilação dos Princípios Jurídicos, em razão das demais peculiaridades de sua formulação teórica; e,

d) a Decisão Jurídica é tomada através de duas formas, consistentes no procedimento lógico dedutivo de subsunção de Regras Jurídicas, mediante o qual o juiz enquadra os fatos que lhe são apresentados dentro dos moldes de uma disposição normativa, ou alternativamente, na operação argumentativa da ponderação de Princípios Jurídicos, balizada pela Lei da Colisão e pela Meta-Regra da Proporcionalidade, cujo resultado é uma nova Regra Jurídica, a qual então é aplicada por subsunção e respeitada, por precedência condicionada, em novos julgamentos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de: Gercelia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Do Advogado, 2008a.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: A structural comparison. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003.

ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008b.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3 ed. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008c.

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

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

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos tribunais**, n. 798, p. 23/50, 2002. p. 29-30.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUEUR, Andrew Le. **The rise and ruin of unreasonableness**. Disponível em: [www.adminlaw.org.uk](http://www.adminlaw.org.uk). Acesso em: 12.04.2010. p. 1.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Máxima da proporcionalidade aplicada**: a quebra do sigilo bancário pelo Fisco e o direito fundamental à vida privada. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

*Enviado em: 06 de setembro de 2012*

*Aceito em: 03 de abril de 2013*