

**TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA:
RECONSTRUINDO O DEBATE ENTRE
JÜRGEN HABERMAS E ROBERT ALEXY**

***FUNDAMENTAL RIGHTS THEORY AND LEGAL
ARGUMENTATION: THE HABERMAS-ALEXY DEBATE***

Raphael Peixoto de Paula Marques

Procurador Federal (AGU)

Doutorando e Mestre em Direito, Estado e Constituição

pela Universidade de Brasília (UnB)

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy: constitucionalismo discursivo, princípios como mandados de otimização e balanceamento; 2 Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica em Jürgen Habermas: resgatando o aspecto deontológico do Direito; 3 Intensificando o Debate: a réplica de Alexy aos críticos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A falência do positivismo possibilitou o surgimento de vários modelos teóricos com o objetivo de tentar resolver o problema da indeterminação do direito. O artigo procura reconstruir dois desses modelos, o de Robert Alexy e o de Jürgen Habermas, evidenciando as premissas de cada um deles, bem como indicando os problemas e as conseqüências para os direitos fundamentais e para a argumentação jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Argumentação Jurídica. Robert Alexy. Jürgen Habermas.

Abstract: The failure of positivism allowed the emergence of several theoretical models in order to solve the problem of indeterminacy of law. The article tries to reconstruct two models, Robert Alexy and Jürgen Habermas theories, highlighting the key assumptions of each, as well as indicating the problems and consequences for the fundamental rights and the legal argumentation

KEYWORDS: Fundamental Rights. Legal Argumentation. Robert Alexy. Jürgen Habermas.

INTRODUÇÃO

A discussão acerca do caráter principiológico do Direito está, atualmente, no centro dos debates da teoria da Constituição.¹ A falência do paradigma jurídico positivista e a defesa de novos paradigmas – como o neoconstitucionalista e/ou pós-positivista – dependem, acima de tudo, de uma fundamentação teórica consistente e do exame de adequação de tais modelos ao Estado Democrático de Direito.

A mera constatação do estágio *principiológico* do Direito não encerra os problemas subjacentes a ele. O que se vê, na verdade, é uma pluralidade de perspectivas sobre qual o método, se é que possa existir um método para isso, para lidar com a indeterminação do Direito. De acordo com Menelick de Carvalho Netto:

Esse é o ponto de partida de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, enfim, de todos os autores atuais que vão herdar essa grande questão: qual certeza podemos ter do Direito, de sua aplicação? Quem ou o que pode limitar o aplicador? Essa é uma idéia que vai ganhar foros de consistência exatamente na reflexão desses autores.²

Podemos afirmar que algumas das perspectivas adotadas são problemáticas no que se referem a determinados pressupostos. No presente artigo analisar-se-á a teoria defendida por Robert Alexy baseada em princípios como mandados de otimização e o método da ponderação/balanceamento³ como forma de resolução da colisão de princípios. O exame da teoria alexyana far-se-á a partir das críticas realizadas por Jürgen Habermas.

Primeiro, faz-se necessário descrever as bases teóricas da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy:

(I) Em um segundo momento, abordar-se-á a crítica de Jürgen Habermas à ideia de que os princípios são mandados de

1 Sobre o assunto, vale indicar duas obras fundamentais: CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011; STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

2 CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 88, UFMG, 2003.

3 Para uma crítica do balanceamento na prática constitucional norte-americana, vide ALEINIKOFF, Thomas Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, 1987.

otimização e que a sua colisão resolve-se pelo “método” da ponderação ou balanceamento

- (II) Em seguida, volta-se a atenção às respostas de Alexy às observações realizadas pelos seus críticos
- (III) Ao final, tentar-se-á elencar os principais problemas da teoria de Robert Alexy.

1 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY: CONSTITUCIONALISMO DISCURSIVO, PRINCÍPIOS COMO MANDADOS DE OTIMIZAÇÃO E BALANCEAMENTO

Roberto Alexy tornou-se, nesses últimos anos, um dos mais importantes teóricos do direito constitucional. Seu livro *Theorie der Grundrecht*⁴, escrito em 1984, exerce grande influência sobre a teoria constitucional contemporânea, inclusive no Brasil. Nessa seção, irei descrever a teoria do professor da *Christian-Albrechts University* nos seus pontos essenciais, de modo a tornar mais claro o fundamento das críticas de Jürgen Habermas.

Partindo da publicação da *Teoria dos direitos fundamentais* e do seu desenvolvimento em livros e artigos posteriores, Alexy estabelece o que ele chama de constitucionalismo discursivo. Esse termo expressa uma teoria que enlaça o conceito de ponderação com os de direitos fundamentais, de discurso, de jurisdição constitucional e de representação.⁵ Cada uma dessas idéias está logicamente entrelaçada com a outra, de modo que a compreensão do sentido da ponderação exige um prévio conhecimento dos outros conceitos.

Consoante Alexy, há duas construções principais de direitos fundamentais: uma estrita e outra ampla. Na verdade, essas duas construções não se realizam de forma pura, o que não quer dizer que não haja uma nítida diferença entre elas.⁶

4 Utilizar-se-á a tradução espanhola: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Todas as traduções dos textos em língua estrangeira são de responsabilidade do autor.

5 ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 04, 2005. p. 572.

6 O próprio Alexy, afirma que o conceito de direitos fundamentais é compatível com ambas construções. Segundo o autor, “um sistema jurídico pode conter muitos direitos individuais que não se sustentam em princípios. [...] Em muitos casos, estar seguro da aplicação de regras nestes tipos de direitos definitivos

Na primeira abordagem, os direitos fundamentais qualificam-se como regras jurídicas. Embora se posicionem no grau mais alto do ordenamento jurídico, não se distinguem, do ponto de vista *estrutural* e no *modo de sua aplicação*, das demais normas jurídicas. A sua característica definidora é que protegem determinadas posições do cidadão, abstratamente descritas, contra o Estado. A segunda construção define os direitos fundamentais como princípios. Para Alexy, essa qualificação traz para os direitos fundamentais uma série de consequências: a) além de serem simples direitos de defesa do cidadão contra o Estado, os direitos fundamentais expressam uma ordem objetiva de valores; b) os direitos fundamentais aplicam-se não só à relação entre cidadãos e Estado, mas a todas as áreas do Direito, possuindo, assim, uma eficácia irradiante; c) por se caracterizarem como princípios, os direitos fundamentais tendem a colidir⁷, o que faz com que essa colisão seja resolvida mediante o método da ponderação ou balanceamento.⁸ Dessa forma, ao contrário de se opor a abordagem estrita à ampla, “pode-se, então, justapor um enfoque de balanceamento a um de subsunção”.⁹

Dentro desse contexto, pode-se destacar a tese central de Alexy: os direitos fundamentais têm, essencialmente, o caráter de princípios e que princípios são mandados de otimização¹⁰ aplicáveis mediante o método da ponderação.¹¹ Para Alexy, a ponderação

não é uma tarefa fácil. Há muitos casos em que a vaguedade, a ambiguidade, a abertura valorativa ou as lacunas, não permitem chegar a uma decisão por meio de uma simples dedução. Nestes casos, a subsunção é simplesmente um marco dentro da qual tem que ter lugar a argumentação jurídica, para chegar a uma decisão racional” (*Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 01, outubro de 1994, p. 44). Em sentido semelhante, vide ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 65.

7 Acerca do fenômeno da colisão de direitos fundamentais, vide ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55-69.

8 ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, volume 16, n. 2, 2003. p. 131-134. Registre-se que, para a teoria de Robert Alexy, os termos *ponderação*, *balanceamento* e *sopesamento* significam a mesma coisa.

9 *Ibidem*, p. 134. A justaposição entre ponderação e subsunção é problemática, na medida em que, além de ser uma distinção puramente semântica, a aplicação de regras mediante subsunção – através de regras da lógica – desconsidera por completo a virada linguística.

10 Conforme Alexy, o caráter dos princípios como mandados de otimização ultrapassam, e muito, o simples caráter metodológico. Traz consequências para o próprio conceito de Direito, na medida em que estabelece uma tarefa de otimização que, enquanto forma, é jurídica, mas, em relação ao conteúdo, é moral. Portanto, segundo Alexy, a teoria dos princípios oferece um ponto de partida adequado para atacar a tese positivista (Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988. p. 144).

11 *Idem*, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, 2002. p. 13. De acordo com Alexy, a sua teoria dos princípios é capaz não só de resolver as colisões de direitos fundamentais, mas também de possibilitar uma solução intermediária entre vinculação

é parte de um princípio mais abrangente chamado de princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade consiste em três subprincípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos esses princípios expressam a idéia de otimização. Interpretar direitos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade significa tratá-los como mandados de otimização, isto é, como princípios, não simplesmente como regras. Como comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida do possível, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas.¹²

A partir disso, pode-se afirmar que a ponderação é intrinsecamente ligada ao discurso.¹³ Se por um lado, a ponderação não é possível sem discurso; por outro, as formas de argumento da teoria do discurso incluem a estrutura da ponderação tal como ela é explicitada pela fórmula do peso.¹⁴ Ademais, a ponderação está ligada diretamente aos direitos fundamentais que, por sua vez, estão ligados, também, ao discurso.

Tudo isso assegura, para Alexy, a racionalidade do método da ponderação. No entanto, a teoria dos princípios não consegue por si só

e flexibilidade: "A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma do problema da vinculação" (Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 144).

12 Idem, Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 04, 2005. p. 572-573. Lembre-se que os princípios da adequação e da necessidade relacionam-se com a otimização tendo em vista as possibilidades fáticas. Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que expressa a lei de ponderação, refere-se à otimização com relação às possibilidades jurídicas.

13 Para Alexy, o procedimento do discurso é um procedimento de argumentação. O procedimento P da teoria do discurso deixa definir-se por um sistema de regras do discurso, que expressam as condições do argumentar prático racional. Uma parte dessas regras formula exigências de racionalidade gerais e outra parte formula regras relacionadas com o procedimento do discurso, que objetivam a imparcialidade do discurso. Essa imparcialidade deve ser obtida pelo asseguramento da liberdade e igualdade da argumentação (Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

14 Idem, Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 04, 2005. p. 577. A fórmula do peso, que será explicada mais adiante, é um tipo de sistema inferencial implícito à ponderação. Segundo Alexy, essa fórmula torna ainda mais racional a sua metodologia, na medida em que se caracteriza como uma forma de argumento que define as estruturas lógicas dos movimentos no discurso (Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

sustentar a tese da única resposta correta¹⁵, o que não quer dizer que o jurista alemão abandone tal idéia. Ao tentar captar os déficits da teoria dos princípios através de uma teoria da argumentação jurídica orientada pelo conceito de razão prática, Alexy vai defender uma versão fraca da tese da única resposta correta, isto é, que tal tese constitui-se como apenas uma idéia regulativa.¹⁶

De outro lado, Alexy adota uma tese forte com relação à distinção entre princípios e regras.¹⁷ Para ele, tal distinção não se baseia somente numa diferença de generalidade (grau), mas, sobretudo, numa diferença qualitativa.¹⁸ É analisando as colisões de regras e as colisões de princípios que Alexy vai estabelecer o critério central de distinção desses dois tipos de normas.¹⁹

Ao adotar uma postura que se encontra entre uma teoria *forte* e uma teoria *fraca* dos princípios²⁰, Alexy vai defender uma ordem fraca

15 Sobre a tese da única resposta correta, vide, em lados opostos: Idem, Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Para uma análise crítica das considerações de Alexy sobre a tese da única resposta correta de Dworkin, vide PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, v. 30, 2005.

16 ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. *Doxa*, n° 05, 1988. p. 140.

17 Consoante Alexy, a distinção rigorosa entre princípios e regras encontra-se no cerne da sua teoria sobre os direitos fundamentais, pois “sem o estudo prévia da distinção em tela, não seria possível a construção de uma teoria satisfatória sobre os conteúdos, os limites, os relacionamentos e o papel assumido pelos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos contemporâneos. A análise dos princípios jurídicos [...] também são importantes para o estudo sobre as relações entre o Direito e a Moral” (Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988, p. 148). Sobre os critérios de distinção entre princípios e regras, vide Idem, Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n° 05, 1988. p.140-144; Idem, On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 03, 2000.

18 Idem, Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988, p. 141.

19 Longe de se caracterizar como uma contradição, a colisão de princípios revela-se como uma tensão a ser resolvida através de uma ponderação de princípios qualificados como mandados de otimização: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização* que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, senão também das possibilidades jurídicas. [...] Se se exige a maior medida possível de cumprimento em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas, se trata de um princípio. Se só se exige uma determinada medida de cumprimento, se trata de uma regra” (Idem, Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988. p. 143-144).

20 “Suponhamos que se poderia criar uma lista de certo modo completa dos princípios de um sistema jurídico. Posto que não conteria nada sobre o peso relativo dos princípios, isto é, sobre a relação de prioridade entre eles [...]. Por isso, não seria muito mais que um catálogo de pontos de vista ou de topoi. Esta simples relação de princípios representa, do ponto de vista de seu rendimento, a variante mais

de prioridades entre os princípios. Tal ordem consiste de três elementos: a) um sistema de condições de prioridade; b) um sistema de prioridades *prima facie*; c) um sistema de estruturas de ponderação.²¹

Com efeito, para Alexy, embora a colisão de princípios se resolva mediante uma ponderação relacionada ao caso concreto, isso não quer dizer que a solução encontrada seja significativa só para esse caso. Ao contrário, tal solução irá estabelecer relações de prioridade que serão importantes para novos casos. Isso é importante para o que o autor alemão chama de Lei de Colisão.²² Dessa forma, as condições de prioridade estabelecidas ao longo do tempo proporcionam a informação sobre o peso relativo dos princípios, formando um sistema de condições de prioridade.²³ Esse sistema, embora não tenha a capacidade de fornecer sempre a resposta correta para cada caso, vai instituir um sistema de prioridades *prima facie* que, ao estabelecer cargas de argumentação, cria certa ordem ou hierarquia no campo dos princípios. Por outro lado, isso não quer dizer que a prioridade *prima facie* de um princípio sobre outro acarrete uma determinação definitiva, pois toda colisão de princípios resolve-se mediante a ponderação.²⁴

Por fim, necessário deixar claro que, para Alexy, é somente através de uma teoria da argumentação jurídica orientada pelo conceito de razão prática que se pode complementar a ordem *fraca* de prioridades acima descrita. Embora não exista nenhum procedimento que permita chegar a uma única resposta correta, Alexy defende que, partindo de sua teoria da argumentação jurídica e de uma teoria moral procedimental²⁵, é possível garantir a racionalidade da argumentação e de seus resultados mediante

fraca de uma teoria dos princípios. A variante mais forte seria uma teoria que contivesse, além de todos os princípios, todas as relações de prioridade abstratas e concretas entre eles e, por isso, determinasse a única decisão correta em cada um dos casos" (Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988. p. 144-145). A leitura de Alexy do que Dworkin chama de "única resposta correta" parece não ser adequada.

21 Idem, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988. p. 146.

22 "[...] as condições, sob as quais um princípio prevalece sobre outro, formam o suposto de fato de uma regra que determina as conseqüências jurídicas do princípio prevalecente" (Idem, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988. p. 147).

23 Ibidem, p. 147.

24 Ibidem, p. 148.

25 Segundo Alexy, "não é possível teorias morais materiais que para cada questão prática permitam extrair com segurança intersubjetivamente concluída precisamente uma resposta, mas sim que são possíveis teorias morais procedimentais que formulam regras ou condições da argumentação ou da decisão prática racional" (Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988, p. 150).

a observância de um sistema de regras e princípios do discurso. Nesse contexto, a tese da única resposta correta serviria como idéia regulativa.²⁶

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM JÜRGEN HABERMAS: RESGATANDO O ASPECTO DEONTOLÓGICO DO DIREITO

Será que a compreensão principiológica de Alexy é a mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito?²⁷ Será que sua metodologia da ponderação resguarda o caráter deontológico do Direito? Em última análise, para Habermas, a definição de princípios como mandados de otimização baseia-se em pressupostos metodológicos equivocados, pois, além de não preservar o código binário do Direito, assimila *direitos* a *valores*.²⁸

Essa conclusão do pensador alemão depende de premissas que foram desenvolvidas no seu livro *Faktizität und Geltung*.²⁹ Um dos objetivos desse livro é comprovar o princípio da teoria do discurso em questões centrais da teoria do Direito: a) como lidar com o problema da indeterminação estrutural do Direito e garantir a racionalidade da prestação jurisdicional?³⁰; b) como uma interpretação jurídica pode operar no interior dos limites da separação dos poderes sem que o judiciário

26 De acordo com Alexy, “a idéia regulativa da única resposta correta não pressupõe que exista para cada caso uma única resposta correta. Só pressupõe que em alguns casos se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe que casos são esses, de maneira que vale a pena procurar encontrar em cada caso a única resposta correta. As respostas que se encontrem, no marco desse objetivo, sobre a base do nível da regra e dos princípios, de acordo com os critérios de argumentação jurídica nacional, que incluam os da argumentação prática geral, também respondem então, ainda que não sejam as únicas respostas corretas, às exigências da razão prática e, nesse sentido, são ao menos *relativamente corretas*” (Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988. p. 151).

27 Sobre os paradigmas constitucionais vide HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. p. 123-192; CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 29-39; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004. p. 47-58.

28 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 314-323.

29 Utilizar-se-á, no presente trabalho, a tradução brasileira realizada por Flávio Beno Siebeneichler: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

30 HABERMAS, op. cit., p. 241-295.

invada as competências legislativas e subverta os estritos limites legais da Administração?³¹

Em um Estado Democrático de Direito, a pretensão jurídica moderna de garantir certeza nas relações manifesta-se no exercício da jurisdição como a pretensão de que as decisões judiciais sejam, ao mesmo tempo, coerentes com o Direito vigente e adequadas ao caso posto à apreciação judicial.³² Segundo Habermas,

No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. [...] Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente. [...] De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. [...] De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, aos quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.³³

O problema da racionalidade da prestação jurisdicional concentra-se, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser realizado de modo internamente consistente e externamente fundamentado de forma racional, de modo a garantir, simultaneamente, a certeza do Direito e a correção.³⁴ Para Habermas, a teoria de Ronald Dworkin pode ser vista como uma tentativa adequada em explicar – baseada em direitos concebidos de forma deontológica – como a decisão judicial pode cumprir, a um só tempo, as exigências de segurança jurídica e aceitabilidade racional. É a partir, principalmente, das críticas que faz ao positivismo – em especial à tese da neutralidade e à conseqüente idéia de uma legitimação do Direito através da simples legalidade do

31 HABERMAS, op. cit., p. 297-354.

32 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 2004. p. 51.

33 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 246.

34 HABERMAS, op. cit., p. 247.

procedimento legislativo – que Dworkin elabora alguns aspectos fundamentais da sua teoria.³⁵ Conforme Habermas,

Com a análise do papel desempenhado pelos argumentos de princípios e pelos argumentos de colocação de fins [de política], na prática da decisão judicial, e com a descoberta de uma camada mais elevada de normas no próprio sistema jurídico [princípios], Dworkin capta o nível de fundamentação pós-tradicional do qual o direito positivado depende.³⁶

Para Dworkin, o Direito moderno não se tornou simplesmente contingente com a emancipação de fundamentos religiosos – como pressupõe o positivismo – nem é um simples instrumento a serviço de objetivos do poder político – como quer o realismo.

O momento da indisponibilidade, que se afirma no sentido de validade deontológica dos direitos, aponta, ao invés disso, para uma averiguação racional – orientada por princípios – das “únicas decisões corretas”. No entanto, como esses princípios não são *topoi* historicamente comprovados, que podem ser extraídos exclusivamente do contexto tradicional de uma comunidade ética, como pretende a hermenêutica jurídica, a prática de interpretação necessita de um ponto de referência que ultrapassa as tradições jurídicas consuetudinárias. Dworkin esclarece esse ponto de referência da razão prática de dois modos: *metodicamente*, lançando mão do processo da interpretação construtiva; e, *conteudisticamente*, através do postulado de uma teoria do direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o direito vigente.³⁷

É precisamente essa indisponibilidade da validade deontológica dos direitos, expressa através de regras e princípios, que assegura, via decisões judiciais discursivas, a integridade³⁸ de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração.³⁹ Por

35 Para uma análise mais detida de pontos mais específicos da teoria de Dworkin, vide a diferença entre princípios e regras (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-125), a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípios (Ibidem, p. 35-46; 141-158) e o conceito de integridade (Idem, *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 213-331).

36 HABERMAS, op. cit., p. 259.

37 HABERMAS, op. cit., p. 259-260

38 Para uma análise da ideia de integridade no direito e na política, vide DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 213-331.

39 HABERMAS, op. cit., p. 260

outro lado, somente um Direito positivo principiologicamente justificado permite decisões corretas e adequadas ao caso.

É precisamente a partir da assunção do papel fundamental dos princípios que Habermas vai rebater a crítica do *Critical Legal Studies* – *CLS* segundo a qual “o direito vigente é permeado por princípios e fins *opostos*; desta maneira, qualquer tentativa de reconstrução racional está fadada ao fracasso”.⁴⁰ Utilizando-se da teoria de Klaus Günther⁴¹, Habermas afirma que há uma distinção, que está pressuposta na lógica da argumentação, entre discurso de aplicação e discurso de fundamentação/justificação.

Quando se parte do princípio de que as decisões judiciais envolvem não apenas a aplicação de regras, mas também de princípios, fica fácil demonstrar porque as colisões são bastante prováveis, o que de forma alguma revela qualquer incoerência profunda do sistema jurídico. Para Habermas, todas as normas vigentes são indeterminadas com relação à sua situação, o que requer conexões adicionais no caso concreto. Uma norma válida somente fundamenta um juízo singular correto quando se conclui que ela é a única apropriada para reger o caso concreto. Assim,

A aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que ficara aberta quando da sua fundamentação imparcial, devido à imprevisibilidade das situações futuras. Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da *relação adequada* da norma à *situação*. [...] Se entendêssemos a “colisão” das normas ponderadas no processo de interpretação como uma “contradição” no sistema de normas, estaríamos confundindo a “validade” de uma norma, justificada sob o aspecto da fundamentação, com a “adequação” de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação.⁴²

Isso enfatiza a importância e o papel das garantias processuais na re-significação do conceito de segurança jurídica. À medida que o sistema de direitos passa a incorporar não somente regras, mas também princípios, a certeza do Direito passa a ser assegurada em outro nível. Segundo Marcelo Cattoni de Oliveira, “o que justifica a legitimidade das

40 HABERMAS, op. cit., p. 268.

41 Para uma visão resumida da teoria de Klaus Günther, vide GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 06, São Paulo, 2000.

42 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 269-270.

decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são antes garantias processuais atribuídas às partes [...]”.⁴³ Para Habermas:

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idelamente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos e lhe são próprios.⁴⁴

Por outro lado, o debate sobre a indeterminação do Direito e racionalidade da prestação jurisdicional relaciona-se, intrinsecamente com a segunda preocupação de Habermas: como uma interpretação jurídica pode operar no interior do princípio da separação de poderes, sem que o judiciário invada as competências legislativas? A resposta de Habermas é expressa no sentido de que a legitimidade do direito depende da racionalidade de um processo legislativo, “o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, *não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito*”.⁴⁵

Nesse ponto específico, a crítica dirige-se contra a compreensão metodológica que equipara orientação por princípios com a comparação entre bens – ou seja, iguala princípios a valores –, da qual Robert Alexy é um grande defensor. De acordo com Habermas, os princípios jurídicos possuem um sentido deontológico, enquanto que os valores têm um sentido teleológico.⁴⁶

43 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 49.

44 HABERMAS, op. cit., p. 274.

45 *Ibidem*, p. 297.

46 Conforme Habermas, as normas diferem dos valores nos seguintes pontos: a) através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; b) através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; c) através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa; d) através dos critérios que o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 317).

À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável. O problema da aplicação exige naturalmente, em ambos, a seleção da ação correta; porém, no caso de normas, *correto* é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa *para todos*; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é *correto* o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom *para nós*. [...] Certos conteúdos teleológicos entram no direito; porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas [...] através da *primazia* estrita conferida a pontos de vista normativos.⁴⁷

Transformar, do ponto de vista conceitual, direitos em valores “significa um mascaramento teleológico de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem *papéis diferentes na lógica da argumentação*”.⁴⁸ A desconsideração de tal fato, tornaria o judiciário uma instância autoritária, fazendo com que *todas* as razões pudessem assumir “o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica” dos princípios jurídicos.⁴⁹ Cresce, portanto, o perigo dos juízos irracionais, já que os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos, levando os direitos fundamentais a cair numa análise de cursos e vantagens.

3 INTENSIFICANDO O DEBATE: A RÉPLICA DE ALEXY AOS CRÍTICOS

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy sofreu inúmeras críticas.⁵⁰ Para alguns, ela contribui muito pouco, já que coloca

47 HABERMAS, op. cit., p. 317-318.

48 Ibidem, p. 318.

49 Ibidem, p. 321.

50 Para uma crítica da perspectiva axiológica de Robert Alexy, vide HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996; Idem, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004; Idem, *A ponderação de valores na jurisprudência recente do STF: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC n. 82.424-2-RS*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade

em risco os direitos fundamentais pelo fato de reduzi-los a valores. Essa é a crítica de Jürgen Habermas. Para outros, a teoria alexyana é excessiva, pois ao conceber os direitos fundamentais como uma ordem objetiva irradiante distorceria o sentido clássico desses direitos como direitos de defesa. Essa crítica é feita por E. W. Böckenförde. Na crítica de Habermas, o legislador poderia tudo; na crítica de Böckenförde, o legislador não poderia nada.⁵¹

No epílogo do seu livro *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy tenta responder a dois questionamentos básicos: (i) se a sua teoria dos princípios é capaz de estabelecer de maneira racional um marco ou limite para o legislador (resposta à crítica de Habermas), e, em caso afirmativo, (ii) como fazê-lo sem suprimir todas as margens de ação legislativa (resposta à crítica de Böckenfordë).⁵²

(org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 05, n° 03, 2007; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, v. 30, 2005; TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: an assalty on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 07, n. 03, 2009; VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas*: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. Para uma defesa dessa perspectiva, vide BUSTAMANTE, Thomas Rosa. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*, v. 171, 2006; SILVA, Alexandre Garrido da. Metodologia da ponderação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais: a contribuição de Robert Alexy e seus críticos. *Revista de Direito de Estado*, ano 01, n° 04, out/dez, 2006; BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação de interesses. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 77, 2006; GREER, Steven. Balancing and the European Court of Human Rights: a Contribution To the Habermas-Alexy Debate. *The Cambridge Law Journal*, volume 63, n° 02, 2004. Há aqueles, ainda, como Eros Grau, que parecem acreditar na possibilidade de conciliar Habermas e Alexy: “Habermas [1992:310-312], adotando a exposição de Alexy, observa que as normas (princípios) obrigam seus destinatários igualmente [...]” (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 162-175).

51 No primeiro cenário se confia tudo à discricionariedade do legislador; isto corresponde ao modelo puramente procedimental. No segundo cenário, pelo contrário, não se confia nada a sua discricionariedade; isto é expressão do modelo puramente material de Constituição. Pois bem, o terceiro cenário consiste em que se confiam algumas coisas a sua discricionariedade e outras não, isto é, há certas coisas que estão ordenadas ou proibidas. Isto corresponde ao modelo material-procedimental” (ALEXY, 2002. p. 21).

52 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, 2002. p. 20-21.

Se, por um lado, Robert Alexy consegue depurar analiticamente, ainda mais, sua teoria – criando a fórmula do peso e a lei epistêmica da ponderação –, por outro, deixa evidente como ainda acredita no poder do *texto*, como se a simples elaboração de normas gerais e abstratas fosse resolver o problema central do direito: sua indeterminação estrutural.

Para tentar responder aos questionamentos levantados, e conciliar a idéia de direitos fundamentais como mandados de otimização com os conceitos de ordem marco⁵³ e ordem fundamental⁵⁴, isto é, tentar defender a idéia de que a otimização é compatível com uma idéia de vinculação e de discricionariedade⁵⁵, Alexy adota um modelo material-procedimental de constituição:

Segundo a teoria dos princípios, uma boa Constituição tem que combinar estes dois aspectos; deve ser tanto uma ordem fundamental como uma ordem marco. Isto é possível, se, em primeiro lugar, a Constituição ordena e proíbe algumas coisas, isto é, estabelece um marco; se, em segundo lugar, confia outras coisas à discricionariedade dos poderes públicos, ou seja, deixa abertas margens de ação; e, em terceiro lugar, se mediante suas ordens e proibições decide aquelas questões fundamentais para a sociedade, que podem e devem ser decididas por uma Constituição. A pergunta que se estabelece é

53 “A metáfora do marco pode ser definida, então, da seguinte maneira: o marco é o que está ordenado e proibido. O que se confia à discricionariedade do legislador, ou seja, o que não está ordenado nem proibido, é aquilo que se encontra no interior do marco” (ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, 2002. p. 21).

54 Segundo Alexy, o conceito de ordem fundamental pode ser descrito sob o ponto de vista quantitativo e qualitativo: “Uma Constituição é uma ordem fundamental em sentido quantitativo se não confia nada à discricionariedade do Legislador, isto é, se para tudo tem previsto uma orden ou uma proibição. [...] Uma Constituição é uma ordem fundamental qualitativa ou substancial se mediante ela se decidem assuntos fundamentais para a comunidade. Esse conceito de ordem fundamental é compatível com o conceito de ordem marco” (Ibidem, p. 22-23).

55 Haveria, dentro desse modelo, dois tipos de margens de ação legislativa: a estrutural e a epistêmica. A margem de ação estrutural é consiste naquilo que, em razão dos seus limites, a constituição ordena ou proíbe definitivamente. A margem de ação epistêmica, por sua vez, deriva dos limites da capacidade para reconhecer o que a constituição, por uma parte, ordena ou proíbe e, por outra, o que não ordena ou proíbe, isto é, o que confia à discricionariedade legislativa. Essa distinção feita de forma ontológica por Alexy é problemática, na medida em que, confundindo texto e norma, mantém a crença de que um texto carregaria um sentido dado a priori, fazendo com que fosse desnecessária uma fundamentação em afirmar que o legislador é livre para atuar quando a constituição não o obriga a nada: “Esta margem de ação [estrutural] é muito mais isenta de problemas que a margem de ação epistêmica. Não necessita nenhuma fundamentação afirmar que o legislador é livre para atuar quando a constituição não o obriga a nada. Ao contrário, não é um assunto evidente afirmar que o legislador é livre para atuar quando se apresentam problemas para reconhecer se em realidade é livre para atuar” (Ibidem, p. 23).

se estes postulados podem ser satisfeitos quando se aceita que os direitos fundamentais têm a estrutura de princípios.⁵⁶

Com esse objetivo em mente, Alexy, a partir da sua *Teoria dos direitos fundamentais* e de outros escritos, expõe uma bem desenvolvida estrutura da ponderação. É através dessa estrutura que o professor da Universidade de Kiel pretende demonstrar a racionalidade da ponderação.⁵⁷ Em sua última versão, essa estrutura é composta por três elementos: a lei de ponderação, a fórmula do peso e o ônus de argumentação.⁵⁸

De acordo com Alexy, os princípios são mandados de otimização, isto é, são normas que exigem que algo deva ser realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. No tocante às possibilidades fáticas, aplicam-se os subprincípios da adequação e da necessidade.⁵⁹ Por outro lado, com o objetivo de estabelecer a maior medida do possível de um princípio, dentro das possibilidades jurídicas, geralmente constata-se uma colisão com princípios que operam em sentido contrário. A ponderação é justamente o método para a resolução de colisões entre princípios *prima facie* incompatíveis, na medida em que é uma estrutura por meio da qual “não se estabelece uma relação absoluta, senão uma relação de precedência condicionada entre os princípios, à luz das circunstâncias do caso”.⁶⁰

56 Ibidem, p. 23. Ao afirmar que o modelo procedimental é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais – na medida em que não decide nada do ponto de vista material –, Alexy evidencia a sua compreensão problemática da teoria de Habermas, pois o procedimento não é um mero instrumento a serviço de fins pré-estabelecidos, mas o canal para a produção democrática de um conteúdo que não é fixo (Ibidem, 2002. p. 19-22).

57 Idem, Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003; Idem, Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 04, 2005; Idem, Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

58 PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 77, 2006. p. 60.

59 Para Robert Alexy, os subprincípios da adequação e da necessidade também são adequados ao conceito de ordem marco, já que ambos os princípios teriam um status de um critério negativo. A adequação teria a função de excluir os meios não idôneos, isto é, que não seriam aptos a atingir o fim perseguido. A necessidade, por sua vez, exige que o legislador escolha os meios mais benéficos – dentro dos meios idôneos – ao direito fundamental afetado. Ambos os princípios, portanto, são compatíveis com uma margem de discricionariedade legislativa, na medida em que não excluem tudo, mas apenas os meios não idôneos ou não necessários (Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, 2002. p. 27-29).

60 PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 77, 2006. p. 61. Vide, também, ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988; Idem, On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 03, 2000.

Para se estabelecer a relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão, é necessário ter em conta os elementos que compõem a estrutura da ponderação. O primeiro deles é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que nada mais é do que a expressão da idéia de otimização em relação às possibilidades jurídicas. Esse subprincípio é idêntico à lei da ponderação: “quanto maior é o grau de não satisfação ou de prejuízo de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.⁶¹

De acordo com a lei da ponderação, o método da ponderação se divide em três etapas:

- (i) no primeiro passo é preciso definir o grau da não satisfação ou de prejuízo de um dos princípios;
- (ii) no segundo passo, se define a importância de satisfação do princípio que opera em sentido contrário;
- (iii) finalmente, no terceiro passo, deve-se definir se a importância de satisfação do princípio contrário justifica o prejuízo ou a não satisfação do outro. Tudo isso é feito mediante uma escala triádica que enuncia, para o prejuízo e para a importância dos princípios envolvidos, os graus *leve*, *médio* e *grave*.⁶²

Segundo Alexy, a objeção de Habermas sobre a irracionalidade da ponderação estaria plenamente justificada se não fosse possível emitir juízos racionais sobre, primeiramente, as intensidades das intervenções nos direitos fundamentais, sobre os graus de importância de satisfação dos princípios e, por último, sobre a relação que existe entre um e outro. Desse modo, não haveria um marco, já que inexistiriam quaisquer tipos de limites.

Com efeito, se a ponderação é realmente irracional, chega-se à conclusão de que, mediante a ponderação, não se pode estabelecer um resultado racional para nenhum caso. No entanto, segundo Alexy, essa tese pode ser rechaçada de duas maneiras, uma radical e uma moderada:

A tese radical assinala que a ponderação estabelece um resultado de forma racional para todos os casos. A teoria dos princípios não

61 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, 2002. p. 31.

62 ALEXY, op. cit., p. 32-33.

defendeu nunca esta tese e, ao contrário, sempre enfatizou que a ponderação não é um procedimento que, em cada caso, conduza necessariamente a um único resultado. Com isso, tudo conflui para a tese moderada. Essa tese sustenta que, com a ajuda da ponderação, certamente não em todos, mas sim em alguns casos, pode estabelecer-se um resultado de maneira racional e que a classe destes casos é suficientemente interessante para o fato de que a existência da ponderação como método está justificada.⁶³

Nesse sentido, ao tentar responder à objeção de Habermas de que a ponderação se aplica de forma arbitrária ou irreflexiva, segundo padrões e hierarquias a que se está acostumado, Alexy afirma que, embora as avaliações relacionadas aos juízos sobre a intensidade de intervenção no direito fundamental e sobre o grau de importância do princípio contrário não façam parte da lei de ponderação, não se caracterizam como arbitrárias, já que existem razões plausíveis que as respaldam. Por outro lado, tais avaliações não são adotadas pelo tribunal de forma irreflexiva, segundo padrões e hierarquias a que se está acostumado, já que tais padrões estão relacionados às linhas jurisprudenciais conformadas pelos precedentes da corte.

Somente estaria justificado falar aqui de padrões acostumados se o sentido da decisão decorrer unicamente da existência de uma linha de precedentes e não de sua própria correção. Mas ainda, somente poderia se falar de uma aplicação *irreflexiva* se dita aplicação não tivera lugar no marco de uma argumentação, porque os argumentos expressam e fazem evidentes as reflexões. Sem embargo, aqui não há uma carência de argumentação. [...] As duas sentenças [caso tabaco e caso titanic] demonstram que existem casos nas quais se podem estabelecer limites à atuação estatal de forma racional com a ajuda da lei de ponderação. Assim, se desvirtua a tese de que a ponderação admite em definitivo qualquer tipo de decisão, devido

63 Ibidem, p. 32. Essa passagem mostra claramente que racional para a teoria alexyana é aquilo que se obtém mediante um método que leve a uma certeza absoluta, já que admite, expressamente, que a ponderação não leva, em todos os casos, a resultados racionais, ou seja, resultados que levem a uma verdade absoluta. Por outro lado, ao tentar justificar a racionalidade da ponderação recorrendo à jurisprudência da Corte constitucional Alemã, acaba por mistificar tal prática judicial como um saber isento de erros. Por outro lado, Alexy, ao reduzir a idéia da única resposta correta ao agir estratégico das partes no processo, acaba por assentar o entendimento de que só é possível falar em respostas relativamente corretas, e desde que essas atendam os critérios da sua teoria da argumentação jurídica racional. Vê-se, aqui, uma clara crença no método como critério para se chegar à correção das normas (*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa, n. 05, 1988. p. 151).

a carência de medidas racionais. Nesse sentido, a lei de ponderação se mantém firme frente às objeções de Habermas.⁶⁴

Por outro lado, Alexy tenta rebater as críticas de Böckenförde – de que a ponderação esvazia a discricionariedade do legislador – esclarecendo o sentido dos outros dois elementos da estrutura da ponderação: a fórmula do peso e o correspondente ônus de argumentação. Afirma-se, com isso, que a ponderação é compatível, em uma medida aceitável, com as margens ou espaços de ação legislativa.⁶⁵

Assim, partindo da já descrita lei da ponderação, afirma-se que a importância dos princípios (I) em colisão não é a única variável relevante a ser considerada. O peso abstrato (G) e a segurança das apreciações empíricas (S)⁶⁶ concernentes ao grau em que a medida analisada implica faticamente a falta de satisfação de um dos princípios em colisão e a satisfação do outro segundo as circunstâncias do caso concreto também são relevantes.⁶⁷ Como articular, no entanto, todas essas variáveis para obter um resultado concreto na ponderação? A fórmula do peso seria a resposta. Tal fórmula teria a seguinte estrutura:

$$I_i \times G_i \times S_i$$

Peso concreto = -----

$$I_j \times G_j \times S_j$$

A fórmula do peso, que complementa a lei de colisão⁶⁸ e a lei da ponderação, estabelece o peso *concreto* de um princípio através da atribuição de um valor numérico a cada uma das variáveis a partir de uma escala triádica do seguinte modo: para as variáveis da importância e do peso abstrato, os graus de leve (1), médio (2) e grave (4); para a

64 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, 2002. p. 37.

65 *Ibidem*, p. 37.

66 Essa variável expressa, de acordo com Alexy, denomina de “lei epistêmica da ponderação”: “quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam dita intervenção” (*Ibidem*, p. 55).

67 *Ibidem*, p. 56.

68 De acordo com Alexy, a lei da colisão se expressa através do seguinte enunciado: “as condições sob as quais um princípio tem prioridade sobre outro constituem os fatos operativos de uma regra que confere eficácia jurídica para o princípio considerado prioritário” (*On the structure of legal principles*. *Ratio Juris*, v. 3, n. 03, 2000. p. 297).

variável da segurança das apreciações empíricas, os graus de certo (1), plausível (1/2) e evidentemente falso (1/4).⁶⁹

Como resultado da ponderação, teríamos as seguintes opções: a) se o resultado for maior que 1, é de ser considerado preponderante o princípio Pi; b) se o resultado for menor que 1, é de ser considerado preponderante o princípio Pj; c) se o resultado for igual a 1, haverá, então, um empate, sendo impossível resolver, de forma racional, a colisão.⁷⁰

4 CONCLUSÃO

Apesar de todo o esforço de Alexy em tentar estabelecer critérios “racionais” para a ponderação, alguns problemas persistem. O primeiro deles é como resolver os casos de empate na aplicação da fórmula do peso, o que deixa a ponderação suscetível à discricionariedade judicial:

Os direitos fundamentais não são uma matéria que possa ser dividida em segmentos tão finos, de tal modo que se suprima a possibilidade de que existam empates estruturais – isto é, de verdadeiros empates – na ponderação, ou de tal modo que estes se façam praticamente insignificantes. Isto quer dizer que, na realidade, existem uma margem para a ponderação, entendida como uma margem de ação estrutural do Legislador e da Jurisdição.⁷¹

Para Alexy, nos casos de empate a constituição não decide a colisão de princípios. E o que a constituição não decide, é por ela liberada. Assim, tal espaço de ponderação pode ser preenchido, por parte do legislador,

69 Idem, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, 2002. p. 41-56.

70 Sobre a influência da matemática no direito constitucional, vide ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007, p. 15: “Tudo isso somente é possível sob o fundamento de uma teoria da escalação, que é conveniente para a natureza discursiva do direito constitucional. Desse modo, é assegurado que não a matemática apresenta-se como senhora do direito constitucional, mas o direito constitucional serve-se da matemática como criada. O argumento não é substituído por contas, mas, por relações matemáticas, trazido em uma forma na qual, e somente nela, ele pode obter a sua consumação extrema”.

71 Idem, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22, 2002. p. 48. Interessante é a transcrição que Alexy faz de um trecho de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão para justificar a existência de margens de ponderação na atividade do judiciário: “O Tribunal Regional de Hamburgo havia tomado uma decisão favorável ao recorrente [...] e o Tribunal Superior havia proferido uma sentença de improcedência. O Tribunal Constitucional declarou que ambas eram constitucionalmente possíveis: ‘A interpretação do Tribunal Superior é tão pouco questionável do ponto de vista constitucional como aquela do Tribunal Regional’” (Ibidem, p. 48).

por considerações políticas e, por parte do judiciário, por considerações jurídico-ordinárias.⁷²

Isso acaba deixando explícito, sob outro aspecto, que não há critérios objetivos para a determinação do valor das variáveis que integram a fórmula do peso, o que nos leva de volta às críticas de Habermas de que o método da ponderação é irracional. Para Habermas, *racionalidade* não é um conceito dependente de um método científico que leve, sempre, a uma certeza absoluta.⁷³

Outro problema que se pode enunciar é a equiparação entre princípios e valores e a repercussão disso no caráter deontológico das normas jurídicas. Se por um lado, Alexy afirma expressamente que “todos os princípios e normas jurídicas têm um caráter deontológico”⁷⁴,

72 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 85-86. Essas considerações jurídico-ordinárias acabam, de qualquer sorte, sendo fruto de certa discricionariedade judicial, pois como conclui Carlos Pulido, “é preciso enfatizar que a fórmula do peso não é um procedimento algorítmico que pode oferecer a cada caso uma única resposta correta. Pelo contrário, este modelo de ponderação reconhece seus próprios limites de racionalidade e abre ao juiz uma margem de deliberação em que sua ideologia e suas apreciações jogam um papel determinante” (La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 77, 2006. p. 73-74).

73 Há autores que ainda acreditam que é possível uma racionalidade objetiva, mesmo que apenas nas ciências exatas: “É certo que a racionalidade que ampara as decisões em que se opera o sopesamento dos princípios é aquela racionalidade própria do discurso prático, em geral, e do jurídico em particular: uma racionalidade mais precária do que aquela própria das ciências empíricas, mas ainda assim, uma racionalidade possível. [...] Isso, todavia, não pode ser considerado um defeito da fórmula de Alexy, nem de sua teoria dos direitos fundamentais, pois nada mais faz do que refletir a atual situação epistemológica sobre ser possível ou não a racionalidade (no sentido de algo objetivo, intersubjetivamente verificável, análogo à objetividade das teorias científicas em sentido duro) das decisões práticas em geral, sobre o que é certo ou não fazer, das quais as decisões jurídicas (sobre o que é lícito ou não fazer) não são mais do que um caso especial. [...] É quanto basta para afastar a indevida crítica de Habermas, formulada a partir de uma pressuposição contrária ao que ele próprio já defendeu (a possibilidade de uma racionalidade discursiva), ou seja: a racionalidade idêntica à objetividade obtida com o falseamento de teorias científicas (em sentido duro, ou estrito do termo ciência) ou a irracionalidade total” (GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 31, n. 141, 2006. p. 67-68).

74 “Separar o sentido deontológico dos princípios de um caráter absoluto conduz à possibilidade de que eles serem considerados como mandados de otimização ao mesmo tempo em que preservam seu caráter deontológico” (ALEXY, Robert. Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 1997). No mesmo sentido, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 138-147. Eros Grau, ao mesmo tempo em que adota conjuntamente Habermas e Alexy como referenciais teóricos, dilui os campos do deontológico e do axiológico: “O direito, enquanto sistema, é uma ordem axiológica ou teleológica de princípios, e estes não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição entre si [...]. Assim, [...] cumpre distinguir situações de oposição e de contradição entre princípios,

por outro, acaba não percebendo o sentido dessa afirmação na lógica da argumentação, na medida em que sua compreensão deontológica das normas pode ser traduzida em uma “compreensão equivalente de conteúdos de valor correspondentes”.⁷⁵

Nesse sentido, a separação rígida entre a perspectiva deontológica e axiológica – proposta por Habermas e Dworkin – não serviria para as normas jurídicas que, por regularem uma comunidade histórica e determinada de pessoas, têm que ser justificadas não só do ponto de vista moral, mas também dos objetivos políticos e valores éticos.⁷⁶ Isso faz com que, no final das contas, haja certa equiparação entre princípios e valores:

Para descobrir o forte que pode ser uma teoria dos princípios a partir do ponto de vista de seu rendimento, há que se fixar a semelhança que existe entre princípios e o que se denomina *valor*. No lugar de dizer que o princípio da liberdade de imprensa colide com o da segurança exterior, poder-se-ia dizer que existe uma colisão entre o valor da liberdade de imprensa e o valor da segurança exterior. Toda colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa. [...] Princípios e valores são, portanto, os mesmos, contemplado em um caso sob um aspecto *deontológico*, e em outro caso sob um aspecto *axiológico*. Isto mostra com claridade que o problema das relações de prioridade entre princípios se corresponde com o problema de uma hierarquia de valores.⁷⁷

situações das quais decorreriam quebras no sistema (ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais)” (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 172).

75 HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996.

76 Segundo Jürgen Habermas, para Alexy “o caráter deontológico ou incondicional da validade normativa, que desejo preservar para as normas jurídicas, significa que essa validade estende-se universalmente a todos os sujeitos capazes de linguagem e de ação. O resto é fácil: em contraste com a deontologia (tal como ele a interpreta), as normas jurídicas só são obrigatórias para uma comunidade de pessoas histórica, espacial e temporalmente vinculadas. Assim, essas normas não poderiam ser deontológicas” (Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996).

77 ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, nº 05, 1988. p. 145. Interessante notar que Marcelo Guerra pretende defender o caráter deontológico da teoria alexyana afirmando que as regras expressariam o deontico rígido e os princípios o deontico flexível (A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 31, n. 141, 2006. p. 55-56). Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva, embora critique a teoria de Alexy pela falta de rigidez e a de Habermas pela falta de maleabilidade, entende que o método da ponderação é o mais adequado às realidades constitucionais marcadas pelo compromisso entre ideologias políticas distintas, como é o caso da Constituição brasileira que assegura, ao lado dos direitos individuais

Desse modo, ao afirmar que princípios podem ser tratados como valores, Alexy dilui o código binário do Direito⁷⁸ e a pretensão de correção das normas.⁷⁹ Para Habermas, essa não é uma discussão meramente semântica, na medida em que é justamente esse código que assegura aos direitos fundamentais a qualificação de trunfos, de argumentos de princípios, que têm prioridade sobre argumentos de política ou de finalidade coletiva.⁸⁰ Ademais, uma leitura axiológica dos princípios acaba legitimando um espaço discricionário à atuação do aplicador do Direito, já que reflete, de maneira mais ou menos adequada, uma forma de vida que se articula no âmbito de uma ordem concreta de valores. Segundo Habermas,

[...] o direito se apresenta diante de seus destinatários, assim como antes, munido de uma reivindicação de validação que exclui uma *pesagem* dos direitos segundo o modelo da ponderação de *bens jurídicos* precedentes ou menos importantes. A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que *é bom para nós* e o que *há de melhor* caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. Tão logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica meramente como um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos.⁸¹

e políticos, um elenco amplo e detalhado de direitos sociais, econômicos e culturais expressamente positivados pelo seu texto (Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 01, 2003. p. 195-197).

- 78 Para Habermas, “a expressão deontológico refere-se apenas ao caráter obrigacional binariamente codificado das expectativas de comportamento, em contraste com os valores, que devem ser transitivamente ordenados em cada caso. O código de preceitos que distingue entre o certo e o errado (em analogia à verdade e à falsidade) e a correspondente incondicionalidade da pretensão de validade normativa conectada a tais preceitos não é afetada se se limita a esfera da validade a uma determinada comunidade jurídica” (Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996).
- 79 Embora Alexy, afirme que sua teoria do discurso situa-se dentro da tradição kantiana, percebe-se que a metodologia da ponderação e a qualificação dos princípios jurídicos como mandados de otimização indicam justamente o contrário (Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 27). Sobre o assunto, vide VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas*: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.
- 80 Sobre a distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política, vide DWORKIN, 2002. p. 200-102.
- 81 HABERMAS, Jurgen. Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996. A resposta de Alexy a essa crítica específica demonstra claramente a preocupação de Habermas: “O perigo de uma restrição indevida dos direitos individuais em favor de bens coletivos realmente existe. No entanto, ele não deve ser evitado por uma prioridade generalizada do deontológico sobre o teleológico – que no Direito é ambíguo e não pode ser estritamente mantido de toda sorte – mas apenas por prioridades *prima facie* substantivamente justificadas dos direitos individuais

Ao tentar desqualificar o conceito deontológico (incondicionado) de Habermas⁸², Alexy deixa claro que rejeita a distinção entre discursos de justificação e aplicação. Para ele, o discurso de aplicação, além de ser por demais vago para resolver o problema da decisão jurídica racional⁸³, é fácil de levar ao equívoco, pois “abriga o perigo de uma prática não universalista de tomada de decisão. Esse perigo torna-se agudo se a prestação jurisdicional for considerada exclusivamente como um discurso de aplicação e assim separado dos discursos de justificação”.⁸⁴

Com isso, ao querer controlar metodologicamente a indeterminação estrutural do Direito a partir da negação da distinção entre os dois tipos de discursos jurídicos, a teoria alexyana elimina a tensão imanente ao Direito – que se manifesta na jurisdição como tensão entre *segurança*

sobre finalidades coletivas” (Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 1997).

- 82 “Problemática, no entanto, é a pretensão de Habermas de que o dever-ser das normas vinculantes tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicionada e universal [...]. Habermas enfatiza que as questões jurídicas diferem-se das morais. Ele levanta a pretensão de que as normas jurídicas em geral ... não dizem o que é igualmente bom para os seres humanos; elas regulam o contexto de vida dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta. Portanto, os discursos de justificação e de aplicação no interior do Direito tiveram que se abrir para argumentos éticos e pragmáticos. Isso, no entanto, exclui uma definição carente de maior qualificação dos princípios jurídicos como normas dotadas de absoluto caráter vinculante no sentido universalista acima explicado, porque isso faria deles normas morais” (ALEXY, Robert. Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 1997).
- 83 Mais uma vez, a teoria de Alexy torna-se problemática, na medida em que acaba equiparando racionalidade à irracionalidade de uma certeza absoluta porque fundada em um método. Ratificando essa crença, vide GUERRA, Marcelo. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 31, n. 141, 2006. p. 55-56, 62, 67: “[...] a elaboração da já famosa Fórmula do Peso permite enxergar, claramente, a possibilidade de se formular decisões racionais sobre o conflito entre princípios ou valores constitucionais, mesmo que se trate de uma racionalidade possível, não inteiramente idêntica à racionalidade própria das ciências descritivas. Quer dizer, a objetividade que se pode alcançar sobre a correção de tais decisões não coincide com a objetividade que se consegue obter, em sede de ciências como a Física, a Bioquímica e outras, acerca da verdade (rectius: da falsidade ou falseamento) dos enunciados que compõem suas respectivas teorias”.
- 84 Segundo Alexy, “uma harmonização ou unificação do Direito no sentido de uma prática universalista de tomada de decisão só é possível se, ao se decidir casos individuais, regras que possam ganhar o poder de precedência sejam formadas. Essas regras têm, no entanto, o caráter de normas relativamente concretas e podem, e devem, assim, serem substanciadas. Todo discurso de aplicação inclui então um discurso de justificação” (Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 1997).

*jurídica e correção das decisões*⁸⁵ –, o que, em última análise, evidencia a sua crença exagerada no poder das normas gerais e abstratas. Ademais, ao negar a diferença entre esses dois tipos de discurso destrói a base racional para a separação funcional de poderes, na medida em que “as razões que o legislador político usa, ou poderia razoavelmente usar, para justificar as normas adotadas não estão simplesmente à disposição do judiciário e da administração quando aplicam e implementam as normas”.⁸⁶

Porém, ao contrário de negar ou mesmo tentar controlar a indeterminação do Direito, a proposta de Habermas – bem como de Klaus Günther⁸⁷ e Ronald Dworkin⁸⁸ – é justamente evidenciar a especificidade do discurso de aplicação, ou seja, a irrepetibilidade e a unicidade das situações concretas de aplicação, o que exige do aplicador a sensibilidade para levar em conta todas as circunstâncias do caso, rejeitando, assim, as pretensões abusivas baseadas em normas gerais e abstratas, de modo que assegure, simultaneamente, a certeza do direito e a justiça da decisão.

Em termos práticos, o que está em questão, ao se rejeitar uma perspectiva axiológica, é a própria sobrevivência da *integridade* do direito, subjacente ao projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito de cidadãos solidários, autocompreendidos como livres e iguais.⁸⁹

85 HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 245.

86 HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996.

87 GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 06, São Paulo, 2000.

88 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; Idem, O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Parece ser equivocada a afirmação de alguns autores no sentido de que Ronald Dworkin defende o “método” da ponderação. Nesse sentido, vide SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *Revista virtual de filosofia jurídica e teoria constitucional*, n. 01, março/abril/maio, 2007. p. 5; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 09, mar./abr. 2007. p. 11. Para uma crítica desse tipo de posicionamento – defender teorias incompatíveis –, denominado de “sincretismo metodológico”, vide SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 01, 2003. Outros como Eros Grau, chegam a afirmar que “a falta de reflexão tem levado alguns analistas do pensamento da doutrina a confundir valores (teleológicos) com princípios (deontológicos), colocando-se à deriva diante de uma mal-digerida apreensão da exposição dworkiana, que em rigor exclui os princípios do âmbito normativo” (Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002).

89 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de valores na jurisprudência recente do STF: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC

Como bem ressalta Chamon Júnior, que normas possam refletir valores – “no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não só acerca de o que é justo para todos (morais), mas também acerca de o que é bom, no todo e a longo prazo, para nós (ética)”⁹⁰ – não quer dizer que elas sejam ou devem ser tratadas como valores na operacionalização interna do Direito.

Além da quebra do código binário inerente ao sistema do Direito, a perspectiva axiológica acaba sendo arriscada para o pluralismo, pois pode acarretar a submissão de todos a uma leitura “eticizante” do Direito. Além do mais, atribui os direitos fundamentais um peso gradual, que pode ceder tanto em relação a outros direitos, quanto a metas coletivas. Constata-se, também, que Alexy possibilita, de forma plausível, a reentrada de certa mentalidade inerente ao positivismo jurídico, que é a importância da questão morfológica e a aplicação da lei como subsunção.

Desse modo, e finalizando, constata-se que a perspectiva axiológica de Alexy não resolve satisfatoriamente o problema da indeterminação do Direito, seja porque confunde princípios jurídicos com valores, negando seu caráter deontológico e assumindo a pretensão de uma racionalidade instrumental que pode funcionar através da adoção de um método específico, seja porque não considera a distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação, proposta por Günther e Habermas, já que não leva em conta que a tarefa do discurso de aplicação é verificar a adequação de uma norma a situações particulares, registrando que essa adequação não se refere a todas às hipóteses de aplicação, mas tão-somente a uma única decisão correta, no sentido de sua irrepetibilidade.⁹¹

n. 82.424-2-RS. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

90 CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

91 Sobre esse ponto específico, vide a crítica de Leonardo Barbosa: “Diante da irrepetibilidade das situações históricas, a detecção deste tipo de semelhança fica na dependência de uma descrição o mais completa possível da situação fática, de forma que devemos sempre atentar para eventuais dessemelhanças relevantes. O risco é, contrariamente ao que pensa Alexy, o de que uma ordem frouxa de princípios venha a obliterar a percepção da radical historicidade em que se inscreve a empreitada do direito, imobilizando-o no passado e vinculando-o a uma idéia de segurança falsa e anacrônica” (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther*. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 02, jul./dez. 2008. p. 34).

REFERÊNCIAS

- ALENIKOFF, Thomas Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, 1987.
- ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. Derechos, razonamiento juridico y discurso racional. Isonomía: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 01, out. 1994.
- _____. Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 1997.
- _____. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v.13, n. 03, 2000.
- _____. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, 2002.
- _____. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003.
- _____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 04, 2003a.
- _____. Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 04, 2005.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 02, jul./dez. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 09, mar./abr. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação de interesses. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas Rosa. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*, v. 171, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. Racionalização do ordenamento jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 88, UFMG, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. A ponderação de valores na jurisprudência recente do STF: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC n. 82.424-2-RS. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da

“jurisprudência de valores”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 06, São Paulo, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 31, n. 141, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GREER, Steven. Balancing and the European Court of Human Rights: a Contribution To the Habermas-Alexy Debate. *The Cambridge Law Journal*, v. 63, n. 02, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v.1. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997a.

MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 05, n. 03, 2007.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, v. 30, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 77, 2006.

SILVA, Alexandre Garrido da. Metodologia da ponderação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais: a contribuição de Robert Alexy e seus críticos. *Revista de Direito de Estado*, ano 01, n. 04, out./dez. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 01, 2003.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e *standards* de ponderação. *Revista virtual de filosofia jurídica e teoria constitucional*, n. 1, mar./abr./maio, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: an assalty on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 07, n. 03, 2009.

VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

