



A teoria dos princípios de Robert Alexy: Constituição, razão discursiva e democracia

Lucas Aidar dos Anjos¹

Como Citar:

DOS ANJOS, Lucas Aidar. A teoria dos princípios de Robert Alexy: Constituição, razão discursiva e democracia. Revista Sociedade Científica, vol.7, n. 1, p.2593-2621, 2024.

<https://doi.org/10.61411/rsc202449917>

DOI: [10.61411/rsc202449917](https://doi.org/10.61411/rsc202449917)

Área do conhecimento: Ciências Jurídicas.

Sub-área: Direito Constitucional.

Palavras-chaves: Teoria do direito. Robert Alexy. Teoria dos princípios. Argumentação. Princípios formais.

Publicado: 12 de junho de 2024.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar os lineamentos centrais do modelo teórico desenvolvido pelo jurista alemão Robert Alexy para a compreensão e aplicação de princípios constitucionais, a qual tem como premissa a divisão estrutural entre duas espécies de normas: as regras e os princípios. Partindo de breve exposição dos elementos que caracterizam tais espécies normativas, visa-se a explicar os elementos relevantes envolvidos na incidência de princípios em um caso concreto (a já famosa “ponderação”). Após, busca-se explicar a tentativa do autor de equilibrar a tensão entre a aplicação de princípios e o respeito às decisões dos demais poderes constituídos. Por fim, aponta-se para a conexão necessária entre a teoria dos princípios e a teoria da argumentação de Alexy, que forma a base para a reivindicação de racionalidade de toda a construção jusfilosófica em questão. De caráter predominantemente analítico, o estudo busca contribuir para a inteligência e reflexão acerca de uma das propostas teóricas mais difundidas na teoria constitucional contemporânea.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the key aspects of the theoretical framework developed by German jurist Robert Alexy for understanding and implementing constitutional principles, which is based on the idea of a structural distinction between two legal norms: rules and principles. Initially, the article provides a brief overview of the characteristics that define these two norms, followed by an exploration of the critical factors that determine the application of principles in a given scenario (referred to as "balancing"). Subsequently, it delves into the author's approach to reconciling the conflict between the application of principles and the respect for decisions made by other branches of government. Finally, it examines the essential link between Alexy's

¹Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,SP- Brasil. ✉



both Principles Theory and Theory of Legal Argumentation, which forms the basis for the rationality claim of the entire Philosophy of Law model under consideration. This analytical perspective aims to enhance understanding and critical thinking regarding one of the most prevalent theoretical frameworks in contemporary constitutional theory.

Key words: Legal theory. Robert Alexy. Principle's theory. Formal principles.

1. Introdução

A teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy foi elaborada com base em reflexões sistemáticas sobre a Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn) e a prática decisória do Tribunal Constitucional Federal tedesco. O modelo, que teve alguns de seus elementos sugeridos em fins da década de 1970², desenvolveu-se na famosa *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de 1985.³ Não obstante o escopo original, a ampla repercussão⁴ da teoria e de sua aplicação (doutrinária e jurisprudencial) adquiriram dimensão internacional, inclusive no Brasil⁵ (onde se tornou um dos modelos teóricos dominantes para a discussão no que tange à natureza e à aplicabilidade dos princípios constitucionais), o que reforça a importância de sua compreensão e discussão apropriadas.

Os desenvolvimentos posteriores da teoria dos princípios, realizados pelo autor alemão (e também por pesquisadores que a adotaram como parâmetro inicial), igualmente denotam a constante relevância de sua discussão, bem como permitem entrever acréscimos passíveis de realização em trabalhos jurídicos que adotem as premissas da teoria dos princípios. Apresentar alguns desses desenvolvimentos feitos por Alexy é necessário para a adequada visão de sua teoria em seu estágio atual. Por

² V. ALEXY, Robert. *Sobre o Conceito de Princípio*, in idem, *Teoria Discursiva do Direito*, trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, pp. 163-198 [publ. orig., em alemão, em 1979].

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁴ Para um exemplo dos debates realizados acerca da racionalidade e da utilidade da teoria dos princípios de Alexy, cf. BUSTAMANTE, Thomas da R. (org.). *Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Para críticas à proposta teórica de Alexy acerca dos princípios e de sua aplicação, cf., por todos, CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵ Sobre isso, v.: NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 63; SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, nº 798, 2002, pp. 23-50.



outro lado, a teoria dos princípios de Alexy não seria compreensível em sua pretensão de racionalidade sem que se considere sua vinculação a uma teoria da argumentação e a pressupostos de racionalidade prática e fundamentabilidade de enunciados. A explicitação disso exsurge relevante para a correta análise de sua obra. Igualmente, a discussão sobre a relação sobre a tensão entre jurisdição constitucional e democracia é objeto de preocupação de Alexy, constituindo um aspecto central da discussão acerca de como considerar os princípios formais⁶ na dinâmica de implementação da ponderação.

Partindo do arcabouço inicial da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, e percorrendo desenvolvimentos posteriores empreendidos pelo autor em diversos ensaios (bem como analistas e comentadores), intenta-se, neste artigo, explicitar os lineamentos dessa proposta teórica (itens 2 e 3), bem como de sua conexão estrutural com uma teoria discursiva que parte da premissa de que juízos práticos são racionalmente fundamentáveis (item 4). Busca-se, também, explicar a forma como a proposta de Alexy encara a tensão constitutiva entre jurisdição constitucional e a competência dos demais poderes (em especial, do legislador democrático), o que se dá, em especial (mas não apenas), na consideração dos princípios formais (item 3.2). Após, uma breve nota conclusiva acerca dos elementos e de sua importância na discussão e eventual emprego da teoria.

Utiliza-se, aqui, o método de revisão bibliográfica narrativa, instrumental mais adequado para acompanhamento da exposição e progressão da obra e de seu entendimento pela comunidade jurídica.

Alexy parte de distinção específica e estrutural entre duas espécies de normas constitucionais: as regras e os princípios. Previamente ao exame dessa distinção (item 2, *infra*), dois registros se fazem pertinentes. Alexy parte de premissa dominante na tradição romano-germânica, considerando os enunciados normativos postos pelas autoridades competentes (e de acordo com o procedimento previsto no ordenamento)

⁶ Para um panorama abrangente da discussão acerca disso, cf. os ensaios reunidos em TRIVISONNO, Alexandre T.G.; BOROWSKI, Martin (orgs.), *O debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.



como base do processo de interpretação das normas jurídicas. O autor se refere a um conceito semântico de norma, para daí reconhecer a distinção entre texto normativo e norma.⁷ Enunciados normativos são, para os fins de sua obra, os textos que expressem um conteúdo normativo, ou seja, os textos que exprimem normas, servindo como pontos de partida da interpretação destas últimas. Já as normas são o que os textos normativos expressam, é dizer, o conteúdo que deles se extrai. Enunciado normativo e norma estão em situação, respectivamente, de significante e significado no esquema interpretativo do conceito de norma exposto por Alexy.⁸ A moldura semântica e os contextos de uso daquelas fórmulas linguísticas (dimensão pragmática) são os principais elementos para que se atribuem normas aos respectivos enunciados normativos.

2. **Regras e princípios: caracteres distintivos no modelo de Alexy**

A diferenciação entre princípios e regras é exposta por Alexy como central para a assimilação da problemática que envolve os direitos fundamentais, seja em sua estrutura e conexões, seja nos problemas correlatos a sua implementação. Conquanto o autor aborde essa distinção em texto destinado à compreensão da estrutura das normas de direitos fundamentais, a referência é feita aos princípios e às regras como espécies do gênero norma jurídica, e não do gênero “norma de direito fundamental”.⁹ Em outros termos: essa diferença se espalha por outros ramos do Direito, tendo importância central na compreensão dos direitos fundamentais.

Alexy entende as normas como gênero, do qual seriam espécies as regras e os princípios. As regras e os princípios são espécies normativas diferenciadas de forma estrutural, ou seja, trata-se de espécies normativas qualitativamente diversas. A

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 53 e ss.

⁸ Para uma exposição sobre os conceitos de significante e significado, e seu referencial teórico, v., por todos: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 890-893; NEVES, Marcelo, *Entre Hidra e Hércules*, op. cit., pp.2-4.

⁹ Sobre isso, cf. HECK, Luís Afonso. *Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy*, in George Salomão Leite (org.), *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, pp. 91 e ss.



diferença é de qualidade (ou de “estrutura”)¹⁰, e não de grau de generalidade ou importância. Diz-se diferença estrutural, ou de qualidade, porque os princípios e as regras: (a) Trazem mandamentos ou comandos de natureza distinta; (b) São aplicáveis de formas diversas, o que acarreta diferentes formas de solução de eventuais conflitos normativos.

Tome-se como ponto de partido o texto do autor alemão:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são 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. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹¹

Na terminologia de Alexy, regras constituem mandamentos definitivos; já os princípios veiculam mandamentos *prima facie*¹², isto é, que devem ser obedecidos na maior medida possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas pertinentes ao contexto de sua aplicação. Por isso, princípios são definidos como “mandamentos de

¹⁰ Uma distinção qualitativa ou estrutural já havia sido proposta anteriormente por Ronald Dworkin desde fins dos anos 1960, em termos parcialmente distintos; uma comparação entre os modelos escapa aos objetivos do trabalho. Sobre isso, v. ALEXY, Robert. *Sobre o Conceito de Princípio*, in idem, *Teoria Discursiva do Direito*, trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, pp. 163-198; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria*, op. cit., pp. 90-91.

¹² “Prima facie” é expressão utilizada por Alexy para se referir a uma situação normativa inicial na análise, é dizer, “antes de se considerar o caso concreto e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”. É com esse sentido que se deve entender “prima facie” também quando utilizada neste artigo.



otimização” ou “mandamentos a serem otimizados”¹³: sua obediência deve se dar no maior grau possível, consideradas as circunstâncias fáticas e normativas circundantes.

A não satisfação (juridicamente correta) de uma regra válida e vigente só pode provir do estabelecimento normativo de uma exceção a esta regra, é dizer, caso determinado círculo de circunstâncias seja excluído de seu suporte fático. A regra divide a parcela do real por ela normatizada de modo binomial, sendo que, em relação àquela circunstância descrita pela norma, só pode haver seu atendimento ou desatendimento.¹⁴ As regras operam de tal modo que podem ser classificadas como exemplos de aplicação da lei lógica do terceiro excluído.

Os princípios, de revés, comportam graus variáveis de cumprimento ou obediência. Devem ser cumpridos na maior medida possível (daí a expressão “mandamento de otimização”), inseridos em contexto fático e jurídico pertinente ao caso regulado *prima facie* pelo mandamento contido no princípio. Princípios podem ser cumpridos em graus variáveis exatamente por essa suscetibilidade ao contexto fático e jurídico que se apresenta quando da resolução de casos concretos. O contexto fático (as “possibilidades fáticas” relativas à “otimização” de um princípio) é o conjunto de circunstâncias reais que possuem relevância para a compreensão de um caso. O contexto jurídico (“possibilidades jurídicas” de “otimização” de um princípio) é dado pelos princípios colidentes em um caso concreto, ou seja, pelas outras normas-princípio *prima facie* aplicáveis ao caso. Portanto, sua estrutura é mais complexa, e não pode ser reduzida a um binômico “lícito/ilícito” de forma abstrata, isto é, sem que se considerem as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvem um caso concreto.

¹³ Como mostra Marcelo Neves (*Entre Hidra e Hércules*, op. cit., p. 64), Alexy aprimorou a expressão “mandamento de otimização” por “mandamento a ser otimizado”, de maneira a melhor exprimir a ideia, insita ao conceito por ele estabelecido, de que princípios são normas que devem ser cumpridas no maior grau fática e juridicamente possível (ou seja, devem ser “otimizadas”). Contudo, a expressão mais conhecida e propagada no Brasil é aquela que se refere aos princípios como “mandamentos de otimização”; Alexy também manteve sua terminologia tradicional, a despeito do esclarecimento relatado. Por isso, tal denominação será mantida neste trabalho.

¹⁴ Alexy chega a apontar que uma regra pode “falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas” (*Teoria*, op. cit., p. 104), mas não desenvolve a questão de forma minudente; permanece, em sua obra, a posição de que regras não são submetidas à ponderação, cabendo apenas ponderações entre os princípios que fundamentam regras. Marcelo Neves, em crítica à teoria de Alexy, assinala a possibilidade de ponderação no plano das regras. Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*, op. cit., p. 90 e ss.



Cabe, a essa altura, um registro. Como se buscou expor, o critério distintivo utilizado por Alexy não envolve a maior importância, abrangência ou carga axiológica como definidoras da espécie de norma. Embora princípios tendam a ser mais abrangentes que regras e ostentar grande importância, não se trata de algo que os defina enquanto tais no modelo em exame. É a estrutura do comando normativo o critério-chave. Em um exemplo pertinente ao contexto brasileiro: o princípio da legalidade penal e tributária é considerado central em ambos os referidos subsistemas jurídicos. Não pode haver crime sem lei (prévia) que o defina, nem estipulação de tributo sob forma normativa infralegal. Trata-se de normas nucleares para o Direito Penal e Tributário brasileiro, e, por isso, chamadas de “princípios” pela doutrina em geral. No entanto, pelo critério de Alexy e considerada a forma como tais normas são entendidas e aplicadas pela jurisprudência, trata-se de típicas regras: não se cuida de normas aplicáveis em graus variáveis em diferentes contextos, mas sim de “mandamentos definitivos”, que apenas podem ser cumpridos ou descumpridos, sendo, desde o início, binomiais na estrutura de seu comando. Independentemente das circunstâncias concretas ou de outros interesses normativos legítimos (proteção da segurança pública ou arrecadação para custear direitos sociais, por exemplo), não pode haver reconhecimento de crime sem que lei o defina abstratamente, ou imposição de tributo sem previsão legal válida. O mesmo vale, *e.g.*, para normas de anterioridade em ambas as esferas. Aclarado isso, torna-se à exposição.

Da precitada distinção estrutural decorre a diferente maneira como se resolvem os choques/confrontos entre essas espécies de normas, e a forma diversa como elas devem ser aplicadas. Regras são aplicadas mediante subsunção, isto é, conforme o tradicional processo interpretativo de amoldar os fatos concretos (ou melhor, a descrição dos fatos juridicamente relevantes de um caso) às normas jurídicas que os regulam, em linha com as estruturas seletivas do próprio Direito. Em caso de conflito aparente entre



regras, há duas hipóteses de solução: ou se estabelece uma cláusula de exceção, ou uma delas deverá ter sua invalidade declarada pelo órgão aplicador.

Princípios, de seu turno, são aplicados mediante sopesamento ou ponderação, consoante a máxima da proporcionalidade (método a ser explicado adiante), que visa a cumprir os mandamentos *prima facie*, ou seja, dar a eles o maior grau de atingimento (ou cumprimento) diante do respectivo contexto fático e jurídico a envolver um caso. Como consequência, colisões entre princípios são solucionadas de forma diversa dos conflitos entre regras. Havendo a contraposição entre dois princípios¹⁵ igualmente pertinentes para a solução de um caso concreto, “um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.”¹⁶ A relação entre princípios colidentes é uma relação de precedência condicionada pelo contexto fático e jurídico que abarca um caso concreto. O limite das “possibilidades jurídicas” de um princípio é ditado pela precedência que outro princípio terá quando se apresentar aquele determinado contexto fático concreto. Já as possibilidades fáticas dependem de elementos empíricos concretos; em um exemplo, a existência de prévia manifestação em um local impede que outro grupo contraposto busque realizar outra manifestação exatamente no mesmo espaço e momento.

Percebe-se que, enquanto os conflitos aparentes entre regras tendem a ser exceções em um ordenamento, as colisões entre princípios são comuns a partir desse modelo, constituindo a forma ordinária de aplicação dos princípios jurídicos. Isso se dá tanto devido à natureza dessas colisões, que se dão no plano concreto e envolvem normas usualmente abrangentes, quanto pelo fato de tais normas terem, para Alexy, um

¹⁵ Colisões também podem se dar no âmbito de um mesmo princípio (“intraprincípio”), em diversos casos (como conflitos envolvendo os direitos à vida e no exercício de liberdades públicas conferidas *prima facie* a todos). A estrutura de resolução de tais colisões é a mesma na teoria de Alexy, isto é, realização de ponderação nos termos da máxima da proporcionalidade. Para uma análise aprofundada acerca dessas hipóteses, v. ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social*, in idem, *Constitucionalismo Discursivo*, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 55-70.

¹⁶ ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p 93.



“suporte fático amplo”. Por suporte fático amplo, deve-se entender que um princípio abrange, ao menos *prima facie*, todos os fatos que preencham os elementos previstos semanticamente naquela norma para sua incidência. O referido autor não adota teorias que busquem fundamentar restrições iminentes ou fórmulas sobre alcance material para com isso reduzir ou evitar colisões.¹⁷Disso decorre que o âmbito de abrangência (ou de proteção) *prima facie* dos princípios tende a gerar cruzamentos concretos em muitos casos, ou seja, colisões, a serem solucionadas mediante ponderação, tema de tópico posterior.

O estabelecimento de relações de precedência condicionada pelos respectivos suportes fáticos é cristalizada no que Alexy denomina “lei de colisão.” Visto terem os princípios igual hierarquia (não se podendo falar em precedência abstrata de forma rígida), a lei de colisão expressa a relação em que um princípio é considerado “de maior peso” que outro sob determinadas circunstâncias, nos termos da seguinte fórmula:

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.¹⁸

A lei de colisão permite esclarecer um aspecto relevante da teoria dos princípios em análise: princípios nunca são fundamentos imediatos para decisões concretas. O que ocorre é que, ao fim do processo de ponderação, é elaborada uma regra segundo a qual, sob determinadas condições fáticas (as do caso concreto), um princípio tem precedência sobre outro. Essas condições constituem o suporte fático abstrato com base no qual se aplicará a regra estabelecida como resultado da ponderação.

¹⁷ O tema é complexo e não comporta desenvolvimento neste artigo. Para fundamentação maior sobre essa questão no contexto da teoria em análise, cf: ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 301 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 44 e ss.

¹⁸ ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit, p. 99.



Expostas brevemente as distinções entre princípios e regras, e, em especial, a diferença entre as formas de solucionar os conflitos entre normas de cada uma dessas espécies, deve-se entender, com maior detalhamento, como ocorre a elucidação dos conflitos entre princípios. A chamada máxima da proporcionalidade constitui uma tentativa de estruturar o procedimento de interpretação e aplicação do ordenamento em casos envolvendo princípios normativos, balizando a ponderação com vistas a garantir uma base racional e fundamentada para as decisões jurisdicionais, tema de central preocupação para a coerência e, no limite, a legitimidade do sistema de justiça.

3. Aplicação dos princípios: sopesamento e a máxima da proporcionalidade

A decisão de casos que envolvam colisões entre princípios estabelece, necessariamente (nos termos da proposta de Alexy), relações de precedência condicionada entre tais normas, em conformidade com a lei de colisão. O procedimento mediante o qual se estabelece fundamentadamente qual o princípio que tem precedência em um caso concreto é a ponderação, aplicada nos termos do sopesamento ou da máxima da proporcionalidade¹⁹.

A essa altura, importa destacar um esclarecimento terminológico, feita na doutrina brasileira por Virgílio Afonso da Silva²⁰. Os termos “proporcionalidade” e “sopesamento” se referem a conceitos diversos; não necessariamente se deve sopesar e aplicar a máxima da proporcionalidade conjuntamente.

Quando houver um ato jurídico que esteja sob exame de constitucionalidade (verbi gratia, uma lei), ocorre a aplicação da máxima da proporcionalidade, nos termos que serão explicados a seguir. Todavia, pode ocorrer de a análise não ser baseada em

¹⁹ A expressão “máxima” é utilizada na tradução da Teoria dos Direitos Fundamentais feita por Virgílio Afonso da Silva, alicerçado na palavra alemã *Grundsatz*. Adota-se a mesma terminologia tanto por uma razão de coerência (esta tradução é a base da exposição feita a respeito da teoria dos princípios de Alexy), quanto para que não se confunda a proporcionalidade nesse sentido com outros possíveis significados, como, por exemplo, como sinônimo de razoabilidade. Sobre isso, v. ALEXY, Robert, *Teoria*, op. cit., nota do tradutor, p. 10. Alexy explica que não optou pelo tradicional termo “princípio” (prinzip) para evitar que a proporcionalidade fosse tomada como um princípio no sentido proposto por ele. V. idem, ibidem, p. 117.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 178-179.



um ato normativo, mas sim em uma colisão direta entre princípios, sem essa “intermediação”. Nesses casos, não há o suporte para uma análise de “adequação” ou “necessidade”. Estas se referem, necessariamente, a algum ato jurídico, o qual será “adequado” e “necessário”. Ocorre um conflito direto entre princípios, por exemplo, em um conflito entre o direito à honra e à imagem (de um lado), e o direito à informação (de outro). Em tais hipóteses, e não havendo o recurso a dispositivos legais, não há o que ser “adequado” ou “necessário”; deve-se estabelecer, apenas, qual (ou quais) dos princípios colidentes tem (ou têm) precedência sob as condições concretas do caso. Em quadro desse jaez, há apenas sopesamento, e não aplicação da máxima da proporcionalidade. Sopesamento se refere à ponderação de prevalência concreta de um princípio sobre outro; proporcionalidade, ao exame acerca da validade de um ato jurídico (em geral uma lei ou ato normativo) à luz dos princípios envolvidos (os que embasam o ato e aqueles por ele afetados). Aclarado isso, prossegue-se no exame da máxima da proporcionalidade.

A máxima da proporcionalidade, composta por três máximas parciais - adequação, necessidade e proporcionalidade e sentido estrito -, é tida como uma inerência do próprio modelo de princípios adotado pelo autor.²¹ Explica-se. Princípios são normas que devem ser cumpridas (ou satisfeitas) na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas concretas. A aferição das possibilidades fáticas de um princípio, é dizer, a avaliação sobre o quão otimizado faticamente pode ser um princípio em concreto, é feita por meio do exame das máximas parciais da adequação e da necessidade. Já a aferição das possibilidades jurídicas de aplicação de um princípio é realizada no bojo da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito).

²¹ ALEXY, Robert, Teoria, op. cit., p. 116. No mesmo sentido, v., por todos, GUERRA FILHO, W.S. *Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito*, in GRAU, Eros R. e GUERRA FILHO, W. S. (orgs.), Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides, 2001, p. 272.



Nos casos em que não houver colisão, isto é, em que apenas um princípio incida *prima facie* sobre um contexto, sem contraposição ou afetação de outro, apenas o exame das possibilidades fáticas será realizado. No entanto, a estrutura dos princípios e a amplitude de seu suporte fático implica que a hipótese mais comum de sua aplicação envolva uma colisão, a acarretar também a realização de exame da proporcionalidade em sentido estrito da medida. Visto isso, passa-se à explicação das máximas parciais.

3.1 Máximas parciais da proporcionalidade

A **adequação** é a primeira etapa de exame da proporcionalidade. No exame da adequação, deve-se analisar se a medida impugnada é apta (adequada) a fomentar ou propiciar em qualquer grau o objetivo buscado (o qual também deve estar baseado em um princípio). Alerta-se: o exame da adequação não perquire qual a medida “mais adequada” para a consecução de um objetivo. O que se analisa é a viabilidade de a medida impugnada de alguma forma fomentar ou facilitar o objetivo visado.²² “Essa máxima [adequação] tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados. Um tal critério negativo não determina tudo, mas exclui algumas coisas.”²³

A ideia que subjaz ao exame da adequação é simples, e reforça o conceito de otimização do conjunto de princípios vigentes: se um ato limita um princípio em seu âmbito normativo *prima facie*, e não propicia qualquer grau de atendimento ou fomento de outro princípio, não houve qualquer otimização de princípios, mas apenas uma limitação a um princípio. Tal situação, em seu todo (não fomento + limitação) é injustificável do ponto de vista dos direitos fundamentais (ou do conjunto de princípios colidentes) e, portanto, vedada. Se a medida não for adequada, isto é, se a conduta ou ato não resistir ao exame de sua adequação (for completamente inapto ao objetivo pretendido), sua invalidade é declarada sem exame das demais máximas parciais. Por

²² SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o razoável*, op. cit., pp. 36-37.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria*, op. cit., p. 590.



isso, o exame da adequação precede os demais, os quais são feitos sucessiva e subsidiariamente, é dizer, um após o outro, e apenas após a medida ter sido aprovada na etapa anterior.²⁴

A **necessidade** pode ser definida como a constatação da impossibilidade (ou inviabilidade) de se atingir o objetivo almejado na mesma proporção por outro meio menos gravoso.²⁵ “Ela exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso.”²⁶ Isso significa que haverá a análise hipotética, pelo órgão aplicador, quanto à existência de outras medidas possíveis, que causem aproximadamente o mesmo efeito objetivado pelo ato impugnado, mas com menor limitação de direitos fundamentais. Convém ressaltar, com Virgílio Afonso da Silva²⁷, que a necessidade, nos termos da teoria dos princípios, não está vinculada à premência da medida analisada, mas sim ao exame referido acima.

A análise da necessidade, reitere-se, é realizada a partir do cotejo de outras medidas possíveis e menos gravosas aos princípios colidentes. Trata-se de exame comparativo entre alternativas igualmente efetivas para o atingimento de um objetivo compatível com direitos fundamentais, para que desse exame exsurja a alternativa menos gravosa. Se esta for a adotada pelo ato contestado, ele será considerado “necessário” do ponto de vista do atendimento do princípio. Se a alternativa for outra, o ato contestado terá falhado quanto ao atendimento da máxima parcial da necessidade, e será vedado do ponto de vista dos princípios referentes ao caso.

Um destaque: as medidas hipotéticas consideradas pelo intérprete no exame comparativo devem ser igualmente efetivas, em tese. Conquanto se tenha feito referência a essa característica do exame de necessidade acima, convém ressaltá-la em particular. Isso porque, se o intérprete entender que os princípios referentes ao caso exigem uma medida menos restritiva ao âmbito normativo de um princípio, sabendo que

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o razoável*, op. cit., p. 35.

²⁵ Idem, *ibidem*, p. 39.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 590.

²⁷ SILVA, V.A. *Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 170-171.



essa medida otimizaria menos um dos princípios colidentes do que a medida sob análise, não se estará a fazer exame das possibilidades fáticas de otimização, mas sim das jurídicas, o que apenas deve ser realizado na etapa seguinte, qual seja, a pertinente ao exame da proporcionalidade em sentido estrito do ato.

Esclareça-se que, como aponta o próprio Alexy, “os exames da adequação e da necessidade nem sempre são tão simples assim (...)”. Em casos complexos em termos fáticos, problemas outros podem surgir, acarretando por vezes “difícilimos problemas de prognósticos.”²⁸ Nesse contexto, cabe ressaltar a importância dos princípios formais, os quais preveem a obediência e o respeito a regras estabelecidas pelas autoridades competentes para tanto. Em contextos complexos, poder-se-á entender que o próprio legislador tem liberdade de avaliação de alternativas, ante possibilidades de ação dentre as quais não se possa dizer, com segurança, que uma é menos gravosa que as demais, mantendo o mesmo nível de satisfação do princípio que se busca otimizar.²⁹

A análise acerca da **proporcionalidade em sentido estrito** se dá nos termos da lei do sopesamento, “que tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”³⁰

Cite-se a explicação de Alexy quanto às etapas de aplicação da lei do sopesamento:

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.³¹

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 591.

²⁹ Idem, *ibidem*, p. 592.

³⁰ Id., *ib.*, p. 593.

³¹ Id., *ib.*, p. 594.



Essa análise de intensidades (de intervenção em um princípio, e de cumprimento do princípio colidente) pode ser ilustrada por uma “fórmula de peso”³², que expressa em elementos simbólicos os fatores envolvidos na determinação da precedência de um dos princípios - ou de um dos conjuntos de princípios, ou ainda, de um dos âmbitos do mesmo princípio - envolvidos em uma colisão.

Os elementos envolvidos no sopesamento não se resumem, contudo, aos níveis de intensidade de intervenção ou de importância do cumprimento dos princípios. Além desses fatores (destacados na lei de ponderação), devem ser considerados: a) O peso abstrato de cada princípio; b) o grau de certeza das premissas empíricas envolvidas na própria análise de afetação ou de importância da satisfação dos princípios.³³

Foi de modo a traduzir tais elementos e balizar os elementos a serem considerados na ponderação que Alexy desenvolveu a já referida “fórmula de peso”.³⁴ Posteriormente, o autor igualmente reconheceu a necessidade de consideração da incerteza sobre premissas normativas envolvidas em uma decisão, com conseqüente expansão da fórmula de peso.

Antes de apresentar tal fórmula, cabe um esclarecimento sobre a questão do nível de segurança das premissas adotadas por órgãos estatais ao adotar medidas e decisões, ou promulgar atos normativos (inclusive leis). O tema ganha importância em muitas circunstâncias, pois pode ocorrer de o órgão julgador não dispor de critérios empíricos para estabelecer com segurança qual o grau de afetação de um princípio, ou o grau de importância do cumprimento do princípio colidente. Basta pensar em casos como o impacto ambiental potencial de grandes obras ou atos regulatórios, ou políticas

³² Id., ib., pp. 603 e ss.; ALEXY, Robert, *A Fórmula de Peso*, in idem, *Constitucionalismo Discursivo*, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 131-154.

³³ ALEXY, Robert. *A Construção dos Direitos Fundamentais*, in idem, *Teoria Discursiva do Direito*, trad. Alexandre T.G. Trivisonno, 2014, p. 156.

³⁴ A fórmula de peso foi apresentada de maneira específica por Alexy, ainda sem inclusão expressa da incerteza sobre premissas normativas, no já referenciado artigo de 2003, *A Fórmula de Peso* (publicado em inglês – *The Weight Formula*, e em alemão – *Die Gewichtsformel*). Cf. ALEXY, Robert, *A Fórmula de Peso*, op. cit. A inclusão expressa da variável atinente ao grau de segurança das premissas normativas se encontra em escrito posterior, de 2014: ALEXY, Robert, *Princípios Formais*, in TRIVISONNO, Alexandre T.G.; SALIBA, Aziz T.; LOPES, Mônica S. (orgs.), *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 3-25.



públicas de saúde com relação a doenças, ou medicamentos de efeitos não totalmente conhecidos em longo prazo.³⁵

A relevância da variável de certeza das premissas levou à elaboração, pelo autor, de uma segunda lei de ponderação, a qual reza:

Quanto mais pesada for a interferência em um princípio, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam.³⁶

Por isso, em escritos posteriores à *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy não apenas explicitou a fórmula de peso, como também a refinou, transformando a terceira variável (grau de certeza das premissas) em um gênero com duas espécies, já adiantadas nos argumentos do posfácio de 2002 à referida obra: o grau de certeza das premissas empíricas; e o grau de certeza das premissas normativas. Daí decorre a estrutura completa da fórmula de peso, apresentada a seguir, já com os acréscimos que buscam explicar a análise de casos complexos em que haja insegurança ou incerteza acerca das premissas empíricas (por exemplo, sobre o grau de afetação da saúde produzido por um entorpecente e a consequente margem relativa de escolha das autoridades competentes quanto ao tema) ou das premissas normativas (existência e intensidade da afetação de princípios).³⁷

A fórmula de peso, em sua versão completa, contendo todos os elementos descritos, tem a seguinte estrutura³⁸:

³⁵ Pode o órgão jurisdicional, nessas circunstâncias, reconhecer estar no âmbito de discricionariedade do autor da medida impugnada (por exemplo, o legislador) avaliar a certeza dessas premissas (empíricas ou normativas). A isso Alexy denomina “discricionariedade epistêmica” (empírica ou normativa), legitimada pelos princípios formais, conforme se verá no item 3.2 deste texto.

³⁶ Idem, *ibidem*, p. 617.

³⁷ Sobre isso, v. ALEXY, Robert. *Princípios Formais*, op. cit.; ALEXY, Robert. *Teoria*, op. cit., pp. 575-627.

³⁸ Alexy utiliza letras em parte diversas das aqui escolhidas. Optou-se por estas apenas com intuito didático, de modo a utilizar as iniciais relativas a cada elemento na língua portuguesa (e.g., “PA” para “peso abstrato”, ao invés de “G”); a estrutura é rigorosamente a mesma dada pelo autor.



$$P_{xy} = \frac{I_x \cdot P_{Ax} \cdot C^e_x \cdot C^n_x}{I_y \cdot P_{Ay} \cdot C^e_y \cdot C^n_y}$$

Nessa fórmula, “Pxy” representa o peso concreto dado aos princípios (“x” e “y”) ao final da ponderação; “Ix” e “Iy” representam as intensidades de interferência em um princípio, e de importância do cumprimento do princípio colidente (respectivamente); “PAX” e “PAY” representam os pesos abstratos conferidos a cada princípio; os termos “Cx” e “Cy” representam as variáveis de certeza das suposições empíricas e normativas assentes nas quais se avalia o grau de interferência e de importância da realização dos princípios colidentes.³⁹

Um mecanismo sugerido por Alexy para balizar a mensuração dos graus de não-satisfação de um princípio, e de importância da satisfação do princípio colidente, é o estabelecimento de escalas em níveis de intensidade. O exemplo dado por ele é o de uma escala em três níveis, ou triádica. A escala triádica é composta pelos níveis “leve”, “moderado” e “sério” (ou “baixo”, “médio” e “alto”).

O autor salienta que a argumentação jurídica não comporta escalas numéricas ou métricas rígidas, que passem a atribuir números exatos aos fatores a serem considerados na fórmula de peso. Também se deve considerar que muitas vezes é difícil estabelecer se uma interferência é “leve”, “moderada” ou “séria”, o que dependerá das circunstâncias e de uma demonstração argumentativa racional desenvolvida no processo decisório. Não obstante isso, considera que podem ser atribuídos valores numéricos às intensidades, apenas para fins ilustrativos e operacionais no seio da fundamentação, sem que com isso se estabeleça uma rigidez métrica em sua utilização.

³⁹ Os fatores da fórmula mostram a colisão entre dois princípios. Como já destacado, pode haver colisões no âmbito do mesmo princípio (de um lado), assim como colisões que envolvam mais de dois princípios (de outro). A estrutura fundamental da fórmula de peso, contudo, se mantém, cabendo apenas a adaptação para que sejam considerados os âmbitos de um mesmo princípio, ou a consideração aos diversos princípios envolvidos, se for o caso. Para maiores elementos sobre isso, v. ALEXY, Robert. *A Fórmula de Peso*, in idem, *Constitucionalismo Discursivo*, op. cit., pp. 152-153.



Quando atribuídos valores numéricos a essas intensidades, passa a haver a mesma estrutura de uma divisão matemática, que simboliza os fatores envolvidos no sopesamento. Se o resultado for superior a 1, o resultado será favorável ao “numerador” (fatores ligados a “x”); se o produto for inferior a 1, o resultado será favorável ao “denominador” (fatores de “y”). A ocorrência de um “empate” (resultado igual a 1) constitui hipótese de “discricionariedade estrutural” a atrair o reconhecimento da legitimidade da ação adotada pela autoridade competente e a consequente validade do ato impugnado (por exemplo, uma lei questionada em controle de constitucionalidade). O empate material faz prevalecer a decisão legitimamente adotada pelas autoridades constituídas, servindo como critério de prevalência os princípios formais (que determinam o respeito às decisões tomadas no âmbito de competência dos órgãos estatais, especialmente o Poder Legislativo).⁴⁰

Em tempo: as variáveis de peso abstrato e grau de segurança das premissas forem equivalentes, o sopesamento reduz-se à formulação básica da lei de ponderação.

Conclui-se. A máxima (ou regra⁴¹) da proporcionalidade possui íntima conexão com o próprio conceito de princípio adotado por Alexy. Todos os seus elementos buscam racionalizar um processo decisório baseado no ideal regulativo de dar o maior cumprimento possível aos princípios potencialmente incidentes ou afetados por determinada ação, diante do contexto fático e das limitações jurídicas existentes. Se nas primeiras duas etapas (adequação e necessidade) há um exame empírico, na terceira (proporcionalidade em sentido estrito) o exame é de caráter normativo⁴².

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 606 e ss.

⁴¹ Vale lembrar que a proporcionalidade representa o próprio método que estrutura a aplicação dos princípios em caso de colisão, e não é, em si mesma, objeto de ponderação, mas sim uma máxima a ser cumprida (ou seja, como uma regra, na terminologia de Alexy). Sobre isso, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 117, nota 84.

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 612. Por certo, considerações empíricas também têm importância no exame da proporcionalidade em sentido estrito, mas constituem variáveis de um exame normativo, e não o objeto desse exame.



3.2 Princípios formais

Hipóteses de incerteza epistêmica ou cognitiva (seja sobre as premissas empíricas, seja sobre as premissas normativas) constituem casos de alta complexidade jurídica. Também a maneira de ponderar a existência de princípios formais e sua pertinência para a decisão final no âmbito dos princípios constitui tema central para a teoria dos princípios, especialmente por configurar uma tentativa de equilíbrio entre o respeito à democracia e às decisões majoritárias (de um lado), e a proteção da integridade da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais (de outro). Explicação detalhada acerca disso fugiria ao escopo e aos limites deste trabalho.⁴³ Cabe apontar, não obstante, que o modelo alexyano buscou progressivamente destacar a relevância dos princípios formais, isto é, aqueles que não ostentam um comando material, mas sim um mandamento de obediência às decisões tomadas pelas autoridades competentes, especialmente o legislador atuando em sua função constitucional e como representante da maioria dos cidadãos.

Como (ou onde) entram os princípios formais na fórmula de peso? Devem eles ser considerados à parte, ou sua existência representa uma carga argumentativa em favor da decisão do legislador? O tema é complexo, e o próprio Alexy reconsiderou sua posição anterior sobre o assunto.

Em verdade, os trabalhos do jurista não discorriam de maneira aprofundada sobre a forma precisa como considerar, na prática, os princípios formais em sua relação com a ponderação e a fórmula de peso. O autor reconheceu que princípios formais poderiam se chocar com princípios “em geral” e sobre eles prevalecer em certos casos, como consequência da relevância do princípio democrático; não, porém, quando o princípio afetado ou restringido pela decisão estatal seja um princípio de direito fundamental. Nesses casos, admitir a pura prevalência de princípios formais (sem o suporte ou a busca de atendimento a princípios materiais constitucionais) configuraria

⁴³ Tais questões são objeto de destacada consideração na obra de Alexy. Cf., por exemplo, ALEXY, Robert, Balancing, constitutional review, and representation. In *International Journal of Constitutional Law*, Volume 3, Issue 4, October 2005, pp. 572–581.



risco à própria ideia de proteção aos direitos fundamentais. Estabelecido isso, mantém-se a dúvida acerca de como encaixar os princípios formais na fórmula de peso ou no processo de ponderação como um todo.

Após rejeitar modelos de pura combinação material-formal (isto é, de mera tentativa de “soma” desses princípios no âmbito de uma só fórmula)⁴⁴, Alexy elaborou um novo modelo para os casos em que princípios formais e princípios materiais colidem com princípios materiais de direitos fundamentais, denominando-o “modelo epistêmico”.⁴⁵ Por meio desse modelo, reconhece-se que, em casos de alta complexidade envolvendo incertezas empíricas ou normativas, tais incertezas não apenas constituem variáveis por si, mas participam da própria delimitação in concreto da intensidade de afetação de um princípio, bem assim da relevância do cumprimento do princípio colidente. Em um exemplo: uma grande obra pública que leve energia elétrica a milhares de pessoas pode envolver tanto incertezas quanto ao grau de afetação do meio ambiente como dúvida acerca do nível de satisfação de direitos fundamentais dependentes daquela estrutura (e de outras supostamente a serem erguidas subsequentemente, como hospitais no âmbito do mesmo programa estatal). Também a liberação de determinada substância (a *cannabis sativa* para uso recreativo, suponha-se) envolve incertezas epistêmicas como pesquisas conflitantes e juízos complexos de prognósticos futuros sem qualquer certeza possível previamente à adoção de um ou outro caminho.

O modelo epistêmico envolve ponderações de primeira e segunda ordem. O primeiro nível (ponderação de primeira ordem) corresponde à fórmula de peso refinada, nos termos já expostos.⁴⁶ O segundo nível de ponderação, ou ponderação de segunda ordem, é aquele em que se verifica se há uma margem de discricionariedade epistêmica (escolha das premissas a serem adotadas como base da ponderação) a ser reconhecida

⁴⁴ Sobre tais modelos possíveis e as razões de sua rejeição, cf. ALEXY, Robert. *Princípios Formais*, op. cit., pp. 13-15.

⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 17.

⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 17.



ao legislador. “A ponderação de segunda ordem diz respeito à justificação da incorporação, na fórmula de peso, da certeza epistêmica”.⁴⁷ Alexy admite a limitação de direitos fundamentais com base em premissas que não sejam certas. A verificação quanto à aceitação dessas premissas na fórmula de peso é que se dá no segundo nível de ponderação.

A ponderação de segunda ordem é efetuada com auxílio da escala de graus de certeza das premissas: “não evidentemente falsa”; “plausível” ou “defensável”; “certa” ou “confiável”. Se a premissa relativa a um ato normativo for “certa” ou “confiável”, “o princípio de direitos fundamentais que é favorecido por essa classificação tem precedência sobre o princípio formal.”⁴⁸ Por outro lado, as premissas envolvidas forem “plausíveis”, ou se todas forem “não evidentemente falsas”, dá-se precedência ao princípio formal, e, portanto, ao juízo feito pela autoridade que editou a norma impugnada ao escolher uma delas. Nesses casos, prestigia-se a avaliação de impactos realizada pela autoridade competente, de acordo com o ordenamento, para a tomada da decisão.⁴⁹

Levando em conta o resultado da ponderação de segunda ordem, procede-se normalmente à ponderação de primeira ordem, a qual é guiada pela estrutura da fórmula de peso. O grau de certeza das premissas que foi aferido na ponderação de segunda ordem será utilizado como variável na fórmula de peso, e esta terá seu exame realizado separadamente a partir deste ponto.⁵⁰ Por exemplo: se a autoridade sanitária impede o registro e fabricação de um remédio, entendendo que há potencial de risco grave à saúde dos pacientes, e essa suposição é apenas plausível (há estudos sugerindo tal impacto, e estudos desmentindo-o), utilizar-se-á o parâmetro da autoridade sanitária ao analisar o grau de otimização do direito à saúde; por outro lado, sabendo-se que se trata apenas de

⁴⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 19.

⁴⁹ Id., *ib.*, pp. 22-23

⁵⁰ Id., *ib.*, pp. 19-21.



uma premissa “plausível”, e não “certa”, isso também será considerado (na variável final da fórmula de peso, qual seja, a do grau de certeza da premissa utilizada).

O modelo epistêmico é uma complementação mais recente no pensamento de Alexy, e representa uma tentativa de aprimorar a construção teórica atinente aos princípios formais e à atribuição de discricionariedade epistêmica ao legislador, quando envolvidas restrições a direitos fundamentais, de maneira a afastar tanto modelos que puguem um recolhimento geral do Judiciário em questões que envolvam incertezas, quanto aqueles que defendem um ativismo que permitisse aos órgãos julgadores a escolha de preferências próprias em detrimento daquelas legitimamente adotadas pelos órgãos constitucionalmente incumbidos de decisões legislativas.

4. A importância da fundamentação: breve nota sobre teoria da argumentação em Alexy

Não é possível apresentar em poucas linhas o modelo de teoria da argumentação desenvolvido por Robert Alexy desde sua tese *Teoria da Argumentação Jurídica*, de 1978⁵¹, e posteriormente trabalhado em diversas obras.⁵² Cabe aqui, apenas, expor a importância nuclear que uma concepção de razão discursiva ostenta para sua teoria dos princípios e a compreensão de tal construção.

A proporcionalidade não é uma regra mediante a qual se atinja necessariamente a resposta “mais correta” ou “mais adequada” a um caso. De resto, a própria ideia de que exista uma única resposta mais correta ou mais adequada para cada caso não é albergada pela teoria dos princípios na formulação do jurista alemão.

A teoria dos princípios nunca sustentou essa tese e sempre salientou que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁵² V., por exemplo, ALEXY, Robert. *Teoria do Discurso e Sistema Jurídico*, in idem, *Teoria Discursiva do Direito*, trad. Alexandre T.G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, pp. 75-90.



resultado único e inequívoco. (...) Ela sustenta que, embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método.⁵³

Busca-se, mediante a aplicação da proporcionalidade e, em especial, do sopesamento, estabelecer critérios e vetores para a formulação da argumentação jurídica⁵⁴ (e sua compreensão/controlar), racionalizando um procedimento de fundamentação que nem por isso deixará necessariamente de ensejar decisões, em alguma medida, discricionárias.

Discricionariedade não significa, porém, irracionalidade, ou ato que não possa ser racionalmente fundamentado. Pode-se, inclusive, traduzir este raciocínio de forma diversa, e concluir: o modelo decisório proposto é racional porque é fundamentado (ou, ao menos, fundamentável). Esta construção tem por premissa uma concepção de racionalidade intimamente ligada à fundamentação de asserções normativas (como as conclusões de uma decisão judicial). Eis a grande justificativa para a elaboração de uma teoria da argumentação jurídica, em geral, e do uso do sopesamento no caso de conflitos entre princípios, em particular.

Argumentação e ponderação se complementam no processo de aplicação dos princípios, bem como para a solução de colisões normativas nesse âmbito. Se a máxima da proporcionalidade e a lei de colisão esclarecem sobre as etapas a se percorrer na fundamentação de decisões em casos que envolvam princípios jurídicos (“o que fundamentar”)⁵⁵, não aclaram, de outro lado, o método (em sentido amplo) para se fundamentar (ou seja, “como fundamentar corretamente”). Essa tarefa compete a uma teoria da argumentação, de modo a estruturar por completo o modelo racional de aplicação dos princípios de um ordenamento.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 594.

⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 148.

⁵⁵ V. ALEXY, Robert. *A Construção dos Direitos Fundamentais*, in idem, *Teoria Discursiva do Direito*, trad. Alexandre T.G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 159.



Sobre esta, cabe dizer que, no modelo alexyano, razão se refere a um modo específico de fundamentar enunciados. É devido a isso que Alexy classifica a correção, em sua teoria, como uma ideia regulativa.⁵⁶ A correção é uma finalidade ideal a ser buscada, e não um requisito empiricamente comprovável a partir de conteúdos específicos.⁵⁷ É essa finalidade que guia o estabelecimento das regras e formas expostas pelo autor como parâmetros de desenvolvimento correto da fundamentação no âmbito jurídico. Para ficarmos em um exemplo central: a regra discursiva de que todo argumento utilizado em um caso deve ser universalizável, isto é, aplicável a todo caso semelhante àquele em seus aspectos relevantes para o Direito (filtragem esta que também deve ser explicada com fundamentação própria pelo intérprete).

Um último apontamento acerca da argumentação e da coerência na fundamentação de decisões judiciais: tal construto teórico é que permite a Alexy entender que o modelo de princípios, devidamente aplicado, produz razoável segurança jurídica. Isso porque o encargo de coerência e coesão nas decisões judiciais (tanto internamente quanto entre si) permite a construção de uma rede ou teia de regras – regras estas que são o resultado de ponderações feitas pela corte constitucional – “relativamente abrangente e densa.”⁵⁸ O estabelecimento dessa rede de regras, formuladas como resultado de ponderações realizadas pela corte constitucional, é imprescindível para que haja segurança jurídica no âmbito de aplicação dos princípios. A coerência na aplicação dessa teia de regras jurisprudenciais (que são, como visto supra, consideradas normas atribuídas ao texto constitucional) é também essencial, sem o que se teria uma rede que poderia ser descartada sem qualquer esforço argumentativo.

Portanto, a rede de precedentes dos órgãos jurisdicionais em geral, e da corte constitucional, em particular, possibilita estabilidade e previsibilidade compatíveis com a exigência de segurança jurídica em um ordenamento. A imposição de razões para que

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 307.

⁵⁷ Sobre tal concepção de racionalidade discursiva, v. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica*, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, pp 235 e ss.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 558.



se supere a jurisprudência estabelecida, ou para que se justifiquem exceções, constitui um ônus argumentativo do qual devem se desincumbir os órgãos jurisdicionais. Contudo, o cumprimento desse ônus permite a alteração da jurisprudência construída em torno dos princípios, a qual pode ser superada, atualizada ou limitada mediante novas decisões, que satisfaçam à pretensão de correção inerente à argumentação jurídica.

5. Conclusão

A teoria dos princípios de Robert Alexy é obra de inegável importância e reconhecimento na seara jurídica. Ao estabelecer o conceito de princípios como mandamentos de otimização (ou mandamentos a serem otimizados), o autor oferece uma possibilidade de resposta à questão das incompatibilidades concretas que ocorrem entre normas constitucionais. Normas que podem ser obedecidas em graus variáveis podem ser, por definição, mais ou menos cumpridas, a depender do contexto fático e jurídico. Não se encontra, nos conflitos entre direitos fundamentais (ou entre estes e bens coletivos; ou ainda, entre diferentes princípios que disponham sobre bens e interesses coletivos), uma antinomia abstrata, como “x deve ser” e “x não deve ser”. Porém, em numerosos contextos fáticos concretos, dois ou mais princípios são aplicáveis a um caso, e as soluções determinadas por eles são contraditórias para os fins daqueles casos específicos, sem que com isso se defina que o “princípio X” prepondera sempre que houver conflito com o “princípio Y”.

A ponderação é uma técnica mediante a qual se busca estabelecer qual (ou quais) dos princípios colidentes deve(m) prevalecer naquele contexto fático e jurídico específico. Portanto, o comando definitivo dos princípios pertinentes a um contexto somente é conhecido após a ponderação, que segue os passos previstos na máxima da proporcionalidade (ou, a depender do caso, apenas do sopesamento executado nos termos da fórmula de peso), ao qual se segue o estabelecimento da regra de decisão do caso.



Decisões no âmbito dos princípios comumente envolvem um poder maior dos órgãos aplicadores do Direito, quando comparadas com decisões tomadas no âmbito de regras. Decisões no âmbito das regras podem ser extremamente complexas, e envolver procedimentos de solução da ambiguidade e vagueza dos textos normativos, bem como valorações que devem ser amplamente fundamentadas. Todavia, mantêm-se a constatação de que decisões no âmbito dos princípios envolvem um maior poder dos órgãos aplicadores, pois, nelas, as circunstâncias fáticas e normativas compõem a passagem de comandos *prima facie* ao comando definitivo do ordenamento para os fins daquele caso (delimitando as condições nas quais há uma relação precedência concreta entre princípios).

Diante dessa constatação, o modelo alexyano busca se afastar de conclusões realistas ou decisionistas; ao contrário, o caminho trilhado é o de tentar a construção de parâmetros de argumentação racional que guiem o procedimento decisório e dê a ele parâmetros de racionalidade estruturada e publicamente aferível por meio da análise da fundamentação utilizada, com base em uma teoria da argumentação e do discurso que pressupõe a racionalidade de juízos práticos formulados intersubjetivamente na esfera comunicativa.

O método procedimental de Alexy busca excluir o arbítrio e balizar a fundamentações adequadas nos limites do ordenamento jurídico vigente, sem pretender que haja apenas uma solução correta em qualquer caso. Sem a teoria da argumentação, o modelo de aplicação dos princípios (e de solução das suas colisões) seria “oco”, pois qualquer tipo de justificativa poderia ser aceita como “fundamentação” para atendimento da máxima da proporcionalidade.

Por outro lado, a importância dos princípios formais e o modelo de ponderação de segunda ordem buscam evitar que órgãos jurisdicionais se substituam aos Poderes Executivo e Legislativo mesmo nos casos em que se afigure potencialmente legítima a escolha adotada por estes.



Estudar e compreender tal construção teórica parece ser um bom modo de refletir sobre as possibilidades e os limites da aplicação de uma teoria dos princípios nesses moldes como maneira de solução (parcial, que seja) para problemas que atingem o contexto jurídico brasileiro na atual etapa do desenvolvimento histórico, bem como para evitar equívocos em seu tratamento e aplicação no contexto nacional.

6. Declaração de direitos

O(s)/A(s) autor(s)/autora(s) declara(m) ser detentores dos direitos autorais da presente obra, que o artigo não foi publicado anteriormente e que não está sendo considerado por outra(o) Revista/Journal. Declara(m) que as imagens e textos publicados são de responsabilidade do(s) autor(s), e não possuem direitos autorais reservados a terceiros. Textos e/ou imagens de terceiros são devidamente citados ou devidamente autorizados com concessão de direitos para publicação quando necessário. Declara(m) respeitar os direitos de terceiros e de Instituições públicas e privadas. Declara(m) não cometer plágio ou auto plágio e não ter considerado/gerado conteúdos falsos e que a obra é original e de responsabilidade dos autores.

7. Bibliografia

1. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
2. ALEXY, Robert. *A Fórmula de Peso*, in ALEXY, Robert, *Constitucionalismo Discursivo*, org. e trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 131-154.
3. _____. *A Construção dos Direitos Fundamentais*, in ALEXY, Robert, *Teoria Discursiva do Direito*, org. e trad. Alexandre T.G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, pp. 143-159.
4. _____. *Balancing, constitutional review, and representation*. In *International Journal of Constitutional Law*, Volume 3, Issue 4, October 2005, pp. 572–581.
5. _____. *Princípios Formais*, trad. Alexandre T.G. Trivisonno, in TRIVISONNO, Alexandre T.G.; SALIBA, Aziz T.; LOPES, Mônica S. (orgs.), *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 3-25.



6. _____ *Sobre o Conceito de Princípio*, in idem, *Teoria Discursiva do Direito*, trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, pp. 163-198.
7. _____ *Teoria do Discurso e Sistema Jurídico*, in ALEXY, Robert, *Teoria Discursiva do Direito*, org. e trad. Alexandre T.G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, pp. 75-90.
8. _____ *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Apresentação Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
9. _____ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
10. ATIENZA, Manuel. *Razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica*, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.
11. BUSTAMANTE, Thomas da R. (org.). *Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
12. CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.
13. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito*, in GRAU, Eros R., e GUERRA FILHO, Willis S. (orgs.), *Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
14. HECK, Luís Afonso. *Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy*, in LEITE, George Salomão (org.), *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.
15. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
16. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.



17. _____ *O Proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, nº 798, 2002, pp. 23-50.
18. TRIVISONNO, Alexandre T. G. *Estudo Introdutório*, in ALEXY, Robert, *Teoria Discursiva do Direito*, org. e trad. Alexandre T. G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
19. TRIVISONNO, Alexandre T.G.; BOROWSKI, Martin (orgs.), *O debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.