CONHECER PARA RECONHECER

PREFÁCIO

A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ASSOCIADA - 2014

Segunda-Feira, 15 de Março de 2021 12:27:33

ROBERTO JOSÉ LUDWIG

A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ASSOCIADA

Direito, moral, política e razão em Robert Alexy

Sergio Antonio Fabris Editor

.

PREFÁCIO

AUTOR: Luís Afonso Heck

LIVRO – TESE DE DOUTORADO

AUTOR: Roberto José Ludwig

ORIENTADOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 616 páginas, 2014

DISPONÍVEL EM: https://fabriseditor.com.br/?secao=produto&idLivro=11100

ANEXOS: Prefácio / Sumário / Bibliografia

Prefácio

I O conceito de direito ampliado

Na "Teoria da argumentação jurídica" encontra-se uma passagem na qual Robert Alexy posiciona-se diante de Hans Kelsen no que diz respeito ao conceito de direito. Ela encontra-se na nota de pé-de-página 6, na página 264[1], e diz o seguinte: segundo Kelsen, a ciência do direito tem de restringir-se ao conhecimento e descrição das normas jurídicas positivas. Sua tarefa é a descrição "livre de valores" do direito vigente. Kelsen vê, sem dúvida, que uma norma jurídica, já por causa da vagueza das expressões usadas para sua formulação, nunca pode possibilitar para cada caso uma decisão inequívoca. O negócio da ciência do direito deve, contudo, em casos duvidosos que aparecem, limitar-se a isto, a destacar os significados possíveis distintos. A opção por uma de várias decisões possíveis deve permanecer reservada à "interpretação autêntica" dos tribunais, porque nisso trata-se de um juízo de valor e não de uma questão de verdade científica. Assim, segundo Alexy, na base da concepção de Kelsen está a convicção que *juízos de valor e de obrigação* não são suscetíveis de verdade ou fundamentáveis racionalmente e, por conseguinte, não podem ser objeto de tratamento científico. Alexy, em contrapartida, sustenta que a tese da "Teoria da argumentação jurídica" é a de que isso não é acertado[2]. Por isso,

---

[1] Alexy, Robert. Theorie der juristischen Argumentation. 7. Aufl. Frankfurt am Main: 2012. Versão brasileira: Teoria da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica: Claudia Toledo.

[2] Alexy, R., (nota 1), S. 264, Fußnote 6; página 211 e seguinte, nota de pé-de-página 6. Aspas no original. O itálico não está no original. Alexy remete às passagens do texto de Kelsen.

emprega um conceito de direito mais amplo, que inclui a solução de questões práticas[3].

Alexy menciona, como se pode ver, juízos de valor e de obrigação. É interessante unir, no âmbito conceitual, com o objetivo de obter uma visão mais larga da ampliação do conceito de direito feita por Alexy, os juízos de valor com a questão dos valores e os juízos de obrigação com a questão da moral.

1 A questão dos valores

Em sua "Teoria dos direitos fundamentais" Alexy ocupa-se com a teoria dos valores, ao lado da dos princípios com título próprio[4]. Inicialmente, Alexy emprega uma distinção entre a comprovação que algo *tem* um valor e a que algo *é* um valor[5].

A seguir, Alexy afirma que quem diz de algo que esse tem um valor expressa um *juízo de valor* e realiza uma *avaliação*[6]. Os juízos de valor e os conceitos de valor neles empregados são divididos por Alexy em três grupos, isto é, classificatório, comparativo e métrico[7].

Depois Alexy pergunta: "O que, porém, significa que algo *é* um valor? Para uma resposta a essa questão leva a distinção entre o objeto e o critério da avaliação"[8].

---

3 Alexy, R., (nota 1), S. 264;, página 211.

4 Alexy, Robert. Theorie der Grundrechte. 3 Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996 (3. Nachdruck 2011), S. 125 ff. Versão brasileira: Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Página 144 e seguintes. Deve ser acentuado, por um lado, que na "Introdução" da "Teoria dos direitos fundamentais" Alexy afirma que a teoria dos princípios é uma teoria dos valores limpa de suposições insustentáveis (mesmo autor, mesma obra, S. 18; página 29). E, por outro, que Alexy entende a teoria dos direitos fundamentais como teoria estrutural (mesmo autor, mesma obra, S. 32; página 42). O fundamento para isso consiste no seguinte: a racionalidade da fundamentação de juízos de dever-(ser) jurídico-fundamentais concretos pede que o caminho da determinação de direitos fundamentais para os juízos de dever jurídico-fundamentais concretos seja acessível em uma medida tão alta quanto possível ao controle intersubjetivo. Isso, porém, pressupõe clareza sobre a estrutura da norma de direitos fundamentais, assim como de todos os conceitos e formas de argumentos relevantes na fundamentação jurídico-fundamental (mesmo autor, mesma obra, S. 32; página 43).

5 Alexy, R., (nota 4), S. 128; página 147. Itálico no original.

6 Alexy, R., (nota 4), S. 128; página 147. Itálico no original.

7 Alexy, R., (nota 4), S. 128; página 147.

8 Alexy, R., (nota 4), S. 129; página 149. Itálico no original.

Como *objeto* da avaliação, segundo Alexy, entra em consideração coisa muito diferente. Podem ser avaliados, entre outras coisas, objetos naturais, artefatos, formação de ideias, acontecimentos, atuações e condições. Também os *critérios* de avaliação são de tipo múltiplo. Assim pode, por exemplo, um carro ser avaliado segundo os critérios da velocidade, da segurança, da comodidade, do preço, da economia e da beleza[9].

Alexy distingue, então, por um lado, critérios de avaliação, de regras de avaliação, por outro. A aplicação de critérios de avaliação, que são os valores[10], entre os quais tem de ser ponderado, corresponde ao emprego de *princípios*. Seu contrário são critérios para avaliações que, como *regras*, são aplicáveis sem ponderação[11]. Assim, a diferença de estrutura entre regras e princípios encontra-se, portanto, também no plano axiológico[12].

Por fim, a distinção entre princípios e valores reduz-se, de acordo com Alexy, a um ponto. O que no modelo dos valores *prima facie* é o melhor, é no modelo dos princípios *prima facie* devido e o que no modelo dos valores definitivamente é o melhor, é no modelo dos princípios definitivamente devido. Princípios e valores distinguem-se, portanto, somente por seu caráter, por um lado, deontológico e, por outro, axiológico. E no direito trata-se disto, o que é devido[13].

Que princípios e valores guardam, segundo Alexy, estreitamente afinidade, resulta de duas coisas distintas. De uma parte, pode, do mesmo modo como de uma colisão de princípios e de uma ponderação entre princípios, ser falado de uma colisão de valores e de uma ponderação entre valores; de outra parte, corresponde ao cumprimento gradual de princípios a realização gradual de valores[14]. Deve ainda ser notado que Alexy trata "Do conceito da ponderação" sob o título "Teoria dos princípios e teoria dos valores"[15].

---

[9] Alexy, R., (nota 4), S. 130; página 149. Itálico no original. Os critérios de avaliação podem colidir (mesmo autor, mesma obra, S. 130; página 149).

[10] Alexy, R., (nota 4), S. 130; página 149: "Valores como critérios da avaliação" como título; no texto: "Não os objetos, mas os *critérios de avaliação* são aquilo que deve ser designado como "valor". (S. 130; página 150.) Itálico e aspas no original.

[11] Alexy, R., (nota 4), S. 131; página 150. Itálico no original.

[12] Ver Alexy, R., (nota 4), S. 131; página 151.

[13] Alexy, R., (nota 4), S. 133; página 153.

[14] Ver Alexy, R., (nota 4), S. 125; página 144.

[15] Ver Alexy, R., (nota 4), S. 143 ff.; página 163 e seguintes.

1.1 *A questão da moral*

1.1.1 *Legalistas e constitucionalistas*

Em sua conferência inaugural, feita em 16 de junho de 1987, na faculdade de ciências jurídicas da Christian-Albrechts-Universität de Kiel[16], Alexy sustenta que na base do litígio entre constitucionalistas e legalistas[17] estão diferenças profundas sobre a estrutura do sistema jurídico e que uma resposta bem fundamentada à pergunta quem tem razão é, por conseguinte, somente possível sobre a base de uma teoria do sistema jurídico, que é objeto da conferência[18]. E uma parte dessa teoria do sistema jurídico forma a distinção teórico-normativa de regras e princípios[19].

1.1.2 *A tese da separação e a tese da união*

No livro, publicado em 1992, sob o título "Begriff und Geltung des Rechts"[20], Alexy trabalha a tese da separação e a tese da união. Ele afirma o seguinte: os conceitos de direito positivo mostram que no âmbito do positivismo jurídico são sustentadas posições muito diferentes. Comum a elas todas é somente a tese da separação entre direito e moral[21]. A tese da separação diz que o conceito de direito deve ser definido de modo que ele não inclua nenhuns elementos morais[22]. Segundo Alexy, o grande positivista jurídico, Hans Kelsen, formulou isso assim: "Por isso, pode cada conteúdo qualquer ser direito"[23].

---

16 Ela encontra-se impressa em Alexy, Robert. Direito, razão, discurso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, página 162 e seguintes, sob o título: "Sistema jurídico e razão prática." Tradução: Luís Afonso Heck.

17 A posição legalista Alexy reuniu em quatro fórmulas, que se encontram em Alexy, R., (nota 16), página 163.

18 Ver Alexy, R., (nota 16), página 164.

19 Alexy, R., (nota 16), página 164. Muita coisa está unida com essa distinção. Ver para isto, Alexy, R., (nota 4), S. 71; página 85.

20 Alexy, Robert. Begriff und Geltung des Rechts. 4. Aufl. München: Verlag Karl Alber, 2005.

21 Alexy, R., (nota 20), S. 39.

22 Ver Alexy, R., (nota 20), S. 15.

23 Ver Alexy, R., (nota 20), S. 15 f., com indicação do livro de Kelsen.

A tese da união é sustentada, pelo contrário, por todas as teses não-positivistas. Ela diz que o conceito de direito deve ser definido de modo que ele contenha elementos morais[24].

Aqui pode, agora, ser colocada a questão: o que deve ser entendido com moral? Alexy responde com a tese da moral[25]. Deve ser distinguido entre duas versões da sobre a conexão necessária entre direito e moral, ou seja, entre uma fraca e outra forte[26]. "Na versão fraca diz essa tese que existe uma conexão necessária entre o direito e *alguma* moral. A versão forte diz que existe uma conexão necessária entre o direito e a moral *correta*. Aqui deve, inicialmente, somente a versão fraca interessar. Trata-se, portanto, da tese que a presença necessária de princípios no sistema jurídico leva a uma conexão necessária entre o direito e alguma moral. Essa tese deve ser designada como "tese moral"[27].

A versão forte baseia-se no fato que o argumento do princípio é capaz de produzir ela[28]. Alexy apresenta isso assim: "Que ele consegue isso, é o conteúdo da *tese de correção*. A tese de correção é o resultado de uma aplicação do argumento da correção no quadro do argumento de princípio"[29]. Em seguida, Alexy argumenta: "A tese da correção não prepara dificuldades, quando os princípios do direito positivo têm um conteúdo que moralmente é exigido ou, pelo menos, moralmente admissível. Como exemplo, podem servir os seis princípios fundamentais da lei fundamental, portanto, os princípios da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, do estado de direito, da democracia e do estado social. Como mandamentos de otimização esses princípios pedem sua realização tão ampla quanto possível"[30].

---

[24] Ver Alexy, R., (nota 20), S. 17. Ver para a tese da separação e da união também Alexy, Robert. Zur Kritik des Rechtspositivismus, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 37, 1990, S. 9 ff.; Alexy, Robert. Direito e moral, in Heck, Luís Afonso (org.). Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, página 115 e seguintes. Tradução: Paulo Gilberto Cogo Leivas.

[25] Alexy, R., (nota 20), S. 126 ff.

[26] Alexy , R., (nota 20), S. 127.

[27] Alexy, R., (nota 20), S. 127. Itálico e aspas no original.

[28] Alexy, R., (nota 20), S. 130.

[29] Alexy, R., (nota 20), S. 130. Itálico no original

[30] Alexy, R., (nota 20), S. 130. Ao lado desses princípios pode, ainda, ser posto o princípio federativo. Ver Heck, Luís Afonso. O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constituionais. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, página 255. Essa otimização foi realizada pelo tribunal constitucional federal alemão desde o início de

O argumento do princípio ainda diz, segundo Alexy, que o juiz, também no âmbito do aberto[31] do direito positivo, portanto, do direito fixado e eficaz, está juridicamente vinculado, e precisamente, em um modo que produz uma união necessária entre direito e moral[32]. Mais adiante, Alexy sustenta que a base do argumento de princípio forma a distinção de regras e princípios[33]. A forma de aplicação característica das regras é a subsunção; a forma de aplicação característica dos princípios, é a ponderação[34]. Em um trabalho posterior Alexy afirma: "O que a *regra* é na subsunção e o *princípio* na ponderação, é o *caso* na analogia"[35].

---

sua existência pela sua jurisprudência constitucional. Uma análise sistemática de suas decisões a esse respeito mostrou que ele desenvolveu quatro princípios constitucionais, a saber: o princípio do estado de direito, o princípio do estado social, o princípio democrático e o princípio federativo. Ver para isso, Heck, L. A., (mesma obra), página 165 e seguintes.

31 Um caso que cai no âmbito do aberto deve ser designado como "caso duvidoso" (Alexy, R., nota 20, S. 118). Alexy vincula o âmbito do aberto com a open texture de Hart, que é expressamente mencionado (mesmo autor, mesma obra, S. 117 f.). Em um trabalho posterior Alexy diz: "Se, porém, lei, precedente e dogmática não determinam a resposta a uma questão jurídica, o que define casos difíceis, são necessárias valorações adicionais, que não se deixam depreender somente do material determinado fundado em autoridade. Se deve ser satisfeita a pretensão de correção, essas premissas adicionais têm de ser fundamentadas. Isso, porém, é, se o dado com autoridade ou institucional somente não dá resposta, somente possível no caminho da argumentação prática geral." (Alexy, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 95, 2009, S. 163 f.)

32 Alexy, R., (nota 20), S. 119.

33 Alexy, R., (nota 20), S. 119.

34 Ver Alexy, R., (nota 20), S. 120. Ver também Alexy, Robert. A fórmula peso, in Heck, Luís Afonso (organizador e tradutor). Constitucionalismo discursivo. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, página 131 e seguintes. Na "Teoria dos direitos fundamentais" Alexy trabalha, no 3. capítulo, intitulado "A estrutura das normas de direitos fundamentais", três modelos, ou seja, o modelo dos princípios puro, o modelo das regras puro e o modelo-princípios/regras. No final desse capítulo ele afirma que o modelo-princípios/regras conhece não somente o plano-princípios, mas também o plano-regras (Alexy, R., (nota 4), S. 156 f.; página 179). Em conexão com isso está a nota de pé-de-página número 252, onde ele diz que isso significa que no modelo-princípios/regras a dedução não é suprimida pela ponderação. Ao contrário, nele ambas são unidas (mesmo autor, mesma obra, S. 157, Fn. 252; página 179, nota de pé-de-página 252).

35 Alexy, Robert. Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, in Neumann, Ulfrid, Hassemer, Winfried, Schroth, Ulrich (Hrsg.). Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns. ARSP 100, Stuttgart: Franz Steiner, 2005, S. 65. Itálico no original. O esquema da analogia apresentado nesse artigo (S. 65) foi posteriormente modificado. Ver, para isso, Alexy, Robert. Two or Three? in Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 17.

Em conexão com isso, pode ser lido em "Two or Three": "... analogia é uma matéria de argumento — ou, para ser mais preciso, uma matéria de argumentos concorrentes"[36].

II Constitucionalismo democrático ou discursivo

Em seu artigo "Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão"[37] Alexy sustenta: "Todos os conceitos de direito compõe-se da determinação e ponderação de três elementos de definição: (1) a decretação de acordo com a ordem, (2) a eficácia social e (3) a correção quanto ao conteúdo[38]. Isso significa que o "direito tem uma natureza dupla"[39]. Ela "diz que o direito necessariamente mostra tanto uma dimensão real ou fática como uma ideal ou crítica"[40]. O número 1 e 2 pertencem à dimensão real, o número 3, à ideal. Para dar à natureza dupla do direito "conteúdo concreto e uma estrutura clara, ela tem de ser explicitada um sistema. A ideia que abobada esse sistema é a *institucionalização da razão*. Sua *forma política* é o *constitucionalismo democrático ou discursivo*"[41].

O estabelecimento de um estado constitucional democrático, segundo Alexy, cria, sem dúvida, um quadro institucional para a solução de problemas jurídicos. Esse quadro carece, porém, do enchimento. O meio para isso é a *argumentação jurídica*[42].

A teoria da argumentação jurídica compreende o discurso prático, tanto geral como jurídico. Um discurso prático é racional quando

---

36 Alexy, R., Two or Three? in Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 14.

37 Publicado em Heck, L. A., (nota 34), página 9 e seguintes.

38 Alexy, R., (nota 34), página 19. Em Die Natur der Rechtsphilosophie, in Brugger, W., Neumann, U., Kirste, S. (Hrsg.). *Rechsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008, S. 20, Alexy afirma que duas propriedades são essenciais para o direito: coerção e correção. Aquela é o elemento central da eficácia social do direito, esta expressa a dimensão ideal ou crítica do direito.

39 Alexy, Robert. *The Dual Nature of Law*. Ratio Juris 23 2010, p. 167.

40 Alexy, R., (nota 39), p. 167.

41 Alexy, R., (nota 39), p. 167. O itálico não está no original.

42 Alexy, Robert. Minha filosofia do direito, página 4. No prelo. Tradução: Luís Afonso Heck. O itálico não está no original.

nele são cumpridas as condições do argumentar prático racional. Essas condições deixam reunir-se em um sistema de regras do discurso[43].

Também no âmbito dessas questões desenvolveu-se a tese de doutorado de Roberto José Ludwig. Ela foi defendida diante da banca examinadora composta por Anízio Pires Gavião Filho, Draiton Gonzaga de Souza, Ernildo Jacob Stein, José Alcebíades de Oliveira Junior, Luís Afonso Heck e Paulo Gilberto Cogo Leivas na UFRGS. Ela obteve a nota máxima.

O seu mérito deve ser destacado em três planos:

1. no científico: está na colocação da hipótese de trabalho;

2. no teórico: está na qualidade da conversão dessa hipótese em tese no horizonte do *sistema filosófico-jurídico*[44] de Alexy;

3. no prático: está na união com a situação jurídica brasileira atual, sobretudo, decisões do supremo tribunal federal[45].

Luís Afonso Heck
Gravataí, verão de 2014

---

43 Essas regras encontram-se em Alexy, R., (nota 1), S. 234 ff.; página 191 e seguintes. A respeito dessas regras Alexy diz o seguinte: "Essas regras estendem-se de tais, que exigem a liberdade de contradição, clareza idiomática, verdade empírica e sinceridade, sobre tais, que dão expressão, entre outras coisas, à ideia da generalizabilidade pelo fato de elas assegurarem o direito de participação de cada um em discurso e a consideração igual de cada um no discurso, até a tais, que são dirigidas à argumentação das consequências, à ponderação e à análise do nascimento de convicções normativas." (Alexy, Robert. Problemas da teoria do discurso, in (nota 16), página 89.)

44 Klatt fala da filosofia do direito de Alexy como sistema. Ver Klatt, Matthias. Robert Alexy's Philosophy of Law as System, in Klatt, M. (Edited by). Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: University Press, 2012, p. 1. A tese mostra, assim, uma pré-compreensão altamente concreta.

45 Sob esse aspecto, a tese apresenta um lado que é capaz de dar sustentação também para os juristas praticamente ativos.

AUTORES VINCULADOS

Luís Afonso Heck |

MARCADORES

Direitos fundamentais | Prefácios |