

**A IMPORTÂNCIA DA MATEMÁTICA COMO CRITÉRIO VIABILIZADOR EM  
ALEXY  
THE IMPORTANCE OF MATHEMATICS AS A FACILITATOR CRITERION IN  
ALEXY**

Gryecos Attom Valente Loureiro

**RESUMO**

A influência do constitucionalismo, especialmente na teoria dos direitos fundamentais, tem espraído uma concepção principiológica por todos os demais ramos do direito. Para as hipóteses nas quais princípios fundamentais aparentemente colidam, uma das alternativas hermenêuticas é a aplicação do método da ponderação, muito em voga no constitucionalismo brasileiro. Uma das formas de aplicar o método da ponderação é apresentada por Robert Alexy, sob a denominação de “A Fórmula do Peso”. Neste estudo, fica evidente a presença das fórmulas matemáticas como exteriorização do pensamento de Alexy. O objetivo deste trabalho é aprofundar o estudo sobre o questionamento acerca da apresentação do pensamento jurídico mediante uma fórmula matemática e se esta formulação contribui ou não para a compreensão do tema, democratiza ou elitiza o conhecimento, cria critérios seguros para a aplicação da teoria ou se exacerba o formalismo, engessando o aplicador da norma. No sentido de evitar que o presente estudo só seja compreendido em círculos muito especializados dentro da ciência do direito, é inicialmente realizada contextualização do tema, proporcionando o acesso ao conteúdo à qualquer operador do direito. Para o presente estudo, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Partindo-se do pressuposto de que a apresentação da matemática como critério sistematizador do pensamento jurídico, pode ser uma alternativa viável para a garantia da segurança jurídica, “A Importância da Matemática como Critério Viabilizador em Alexy” é um tema que se apresenta como de relevância para todo operador do direito.

**Palavras-chave:** Ponderação; Matemática; Alexy.

**ABSTRACT**

The influence of constitutionalism, especially the theory of fundamental rights, has a sprawling principled design for all other branches of law. For situations in which seemingly fundamental principles collide, one alternative is the application of the hermeneutical method of balancing, much in vogue in Brazilian constitutionalism. One way to apply the method of balancing is presented by Robert Alexy, under the name "The Weight Formula". In this study, it is evident the presence of mathematical formulas as a manifestation of the thought of Alexy. The objective of this study is to deepen the study on the question concerning the presentation of legal thinking by a mathematical formula and whether or not this formulation contributes to

the understanding of the topic, or aimed at the elite democratizes knowledge, creates safe criteria for the application of theory or exacerbates the formalism, plastering the applicator from the norm. In order to prevent the present study is only understood in very tight circles in the science of law, is initially held context of the theme, providing access to content on any operator of the law. For the present study, we use the methodology of literature consisting primarily of reading, book report and comparison of theories of the principal authors of the law dealing with this problem. Starting from the assumption that the presentation of mathematics as a criterion systematizer of legal thinking, can be a viable alternative to the guarantee of legal certainty, "The Importance of Mathematics as a facilitator criterion in Alexy" is a theme that is presented as relevant for any operator of the law.

**Keywords:** Balancing; Mathematics; Alexy.

## 1 Introdução

A evolução do direito constitucional no Brasil tem caminhado a passos largos nas últimas décadas, o que vem contribuindo para a evolução de uma doutrina constitucional cada vez mais influenciada pela tradição jurídica brasileira.

Não só isso, entretanto, pois a influência do constitucionalismo, forte na teoria dos direitos fundamentais, tem espreado uma concepção principiológica por todos os demais ramos do direito.

Com efeito, pode-se dizer que a efetividade dos direitos fundamentais tem sido o norte perseguido pelo direito enquanto ciência, na medida em que as garantias fundamentais do indivíduo são conquistas do homem, absolutamente inalienáveis por qualquer sociedade que se pretenda democrática.

Ocorre que hipóteses há nas quais estes direitos fundamentais podem se antagonizar diante de uma situação concreta, inclusive podendo se projetar em rota de colisão uns com os outros.

Neste contexto, uma das teorias de Alexy<sup>1</sup> muito difundidas hodiernamente é a teoria da ponderação, com destaque para o artigo intitulado "A Fórmula do Peso"<sup>2</sup>, que terá grande relevância para o presente estudo.

Ainda um pouco mais especificamente, esta investigação indisfarça a pretensão de analisar a influência da matematização do pensamento de Alexy, presente em diversas passagens de suas obras.

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. org/trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

O questionamento que se apresenta, portanto, é o seguinte: apresentar o pensamento jurídico como fórmula matemática contribui ou não para a compreensão do tema, democratiza ou elitiza o conhecimento, cria critérios seguros para a aplicação da teoria ou exacerba o formalismo, engessando o aplicador da norma?

Sem a pretensão de esgotar o tema e mesmo sem querer buscar repostas definitivas, este trabalho tem por escopo abrir um tanto quanto a discussão, mergulhando um pouco mais profundamente na inteligência de Alexy.

## 2 Contextualização<sup>3</sup>

Pouco tempo após a revolução francesa, houve o período que ficou conhecido como o da Codificação, cujo traço marcante foi o direito passar à ser escrito. Nesse período ficaram registradas duas escolas de pensamento, a Escola Histórica, na Alemanha, e o Iluminismo.

Contemporaneamente, dois códigos foram elaborados, o da Prússia, de 1792 e o da França, mais conhecido por Código Napoleão, de 1805. Sobre o tema, Gomes<sup>4</sup> nos apresenta um olhar analítico sobre o momento histórico

Não os parece incorreto afirmar que a evolução da legislação como fonte de direito na França pré-revolucionária tenha sido uma das causas da codificação pós-revolucionária. Algumas *ordonnances* tiveram já presentes o caráter da codificação. (...) A lei evoluiu constantemente como a principal fonte do direito na Europa, e a codificação francesa foi o ponto de chegada desse movimento. (...) Embora as idéias iluministas tenham exercido influência no sentido da codificação, com a publicação, em 1804, do código, a doutrina francesa delas se afastou, para se firmar num sentido mais positivista.<sup>5</sup>

E prossegue Gomes, esclarecendo que do Código Napoleão nasce a Escola da Exegese, que tinha três características definidoras, sendo a primeira o entendimento de que a lei, o código, seria a fonte do direito por excelência, a segunda como a adoção do princípio da separação dos poderes de forma hermética e a terceira corporificada no chamado ‘método lógico-dedutivo’, mediante a técnica da subsunção, que se assemelha ao silogismo

---

<sup>3</sup> O encadeamento lógico-histórico do presente tópico, bem como do de número ‘4’ adiante, tem sua gênese nas conferências ministradas entre os meses de agosto e novembro, do ano de 2011, pelo Prof.Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno no curso de mestrado da UNIPAC-Juiz de Fora/MG.

<sup>4</sup> Recentemente o autor teve sua nacionalidade italiana reconhecida, passando a se chamar Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (N.A.).

<sup>5</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.100-101.

aristotélico, ou seja, a premissa maior era o direito, a menor o fato, e a conclusão a sentença judicial<sup>6</sup>.

Além desse método lógico-dedutivo, também chamado de subsunção, Kant estabelece na coação o grande diferencial entre a norma moral e a norma jurídica, sendo esta, aliás, uma das passagens da obra do filósofo alemão que mais gera controvérsias no âmbito do direito, especialmente quando deste se exige uma precisão matemática<sup>7</sup>.

Para Kant, não seria possível coagir ninguém à agir por um dever moral. A coação seria típica do dever jurídico, sendo esta possibilidade de coerção, portanto, o grande ponto diferenciador entre um e outro dever

A resistência que frustra o impedimento de um efeito promove este efeito e é conforme ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais. Mas a coerção é um obstáculo ou resistência à liberdade. Consequentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um *impedimento de um obstáculo à liberdade*) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio da contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola.<sup>8</sup>

Pontuando bem a crítica direcionada a Kant neste particular e esclarecendo o alcance da proposição, retornamos à lição de Gomes

Outra característica importante presente no texto kantiano é a ligação da faculdade de coagir (e não da coação real e efetiva) ao direito. (...)As pessoas obedecem à ordem jurídica, muitas vezes, independentemente da imposição forçada da sanção jurídica. Kant está ciente disso e por isso mesmo não afirma ser a força sempre exercida (embora ela possa, às vezes, ser), mas ser sempre possível o uso da força. Mesmo quando o direito é cumprido espontaneamente, ainda assim está presente a coação (enquanto possibilidade)(...)a coação atua no sujeito desde o momento de sua representação, e por isso Kant usou o termo coação.<sup>9</sup>

Segundo Kant, a obediência a uma lei moral *pelo dever* seria verdadeiramente um agir pela virtude e, portanto, seriam espécies de leis que não admitiriam coação. Ora, se houvesse coação, não seria mais um dever moral, mas sim um dever de direito.

Como vimos acima, a evolução deste raciocínio fazia com que Kant concluísse que o direito deveria ter uma precisão matemática. A premissa era de que a lei estaria correta e, portanto, ao juiz demandaria exclusivamente aplicá-la, mediante a subsunção do fato à norma, sem maiores conjeturas. Os princípios de direito, por sua vez, residiriam todos na moral.

<sup>6</sup> Idem, p.101-102.

<sup>7</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008, p.79.

<sup>8</sup> Idem, p.77-78.

<sup>9</sup> Ob.cit., p.74.

A questão em foco está na separação entre a moral e o direito. Alexy sistematiza os pólos antagonistas deste proposição ao afirmar que o cerne da polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral, ainda persistindo duas posições fundamentais, ou seja, a positivista e a não positivista. Prossegue Alexy afirmando que todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*, no sentido de afirmar que a moral não integrará o conceito de direito. Por isso, os positivistas apresentariam sua definição de direito baseados em somente dois elementos: a legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e a eficácia social. O pólo antagonista, ou seja, os não positivistas defenderiam a *tese da vinculação*, que reconhece a necessidade de elementos morais, como a correção quanto ao conteúdo<sup>10</sup>.

Digno de nota que em Kant, ambos, o direito e a moral (virtude) seriam facetas da lei de liberdade, e que, aliás, ambos nada mais seriam do que exemplos das leis que o próprio homem dá a si mesmo. A moral, portanto, estaria restrita ao âmbito interno da consciência, pois além de dever ser praticada *conforme o dever*, assim como o direito, também deveria ser praticada *pelo dever*<sup>11</sup>.

Nesta perspectiva, tanto o imperativo categórico de Kant, quanto o pacto social, de Rousseau, trazem em si proposições muito similares

Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.<sup>12</sup>

Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal.<sup>13</sup>

Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre quanto antes.<sup>14</sup>

Não por outra razão, a ética kantiana é comumente relacionada ao juspositivismo, na medida em que esta escola de pensamento jurídico sustenta a supremacia, e mesmo a exclusividade, do direito constituído, positivado.

E como expoentes desta vertente de pensamento, o presente estudo fixa em Kelsen<sup>15</sup> e Hart<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.3-5.

<sup>11</sup> Ob.cit., p.84-88.

<sup>12</sup> Ob.cit., p.76-77.

<sup>13</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.40. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

<sup>14</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2010, p.25. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

<sup>16</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. UK: Clarendon Press – Oxford, 1991.

Kelsen e Hart apresentam teorias muito similares, que se constituem, à primeira vista, um modelo exclusivamente de direito positivo, assim compreendido como um sistema de regras herméticas.

É pontuado ‘à primeira vista’, pois ambos os juristas reconheceram a possibilidade de haver variação gradual na determinação do comando normativo. Em outras palavras, foi admitido que determinadas normas poderiam ter um grau maior de indeterminação, ocasionando uma lacuna à ser preenchida posteriormente pelo julgador.

Em Kelsen era chamada de *norma de generalidade indeterminada*<sup>17</sup> e em Hart essa indeterminação era chamada de *textura aberta da norma*, sendo, inclusive, identificada tanto na norma legal quanto nos precedentes, estes dois modelos como os *standards* regulatórios nos países de tradição na *common law*<sup>18</sup>.

À partir da década de setenta do século passado, há um salto na pesquisa sobre o tema no âmbito do direito, com grande contribuição de Alexy<sup>19</sup> e Dworkin<sup>20</sup>, bem como no campo filosófico, especialmente (para o presente caso) com a contribuição de Habermas<sup>21</sup> para a filosofia da linguagem.

Em Dworkin, identifica-se uma ácida crítica ao positivismo jurídico, que inclusive é pessoalizada na figura de Hart<sup>22</sup>, sendo esta crítica sustentada por dois paradigmas. O primeiro é de que o positivismo jurídico é um modelo de regras, para regras e que ignoraria a existência de princípios<sup>23</sup>. A segunda é que o modelo de regras, proposto pelo positivismo jurídico, levou os adeptos desta linha de pensamento à defenderem o poder discricionário do julgador<sup>24</sup>.

Dworkin propõe o direito como um modelo de regras e de princípios. Regras obedeceriam ao padrão tudo ou nada, *all or nothing*, não admitindo exceções, exceto se

---

<sup>17</sup> Ob.cit.

<sup>18</sup> Ob.cit., p.124. “Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standards of behavior, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed the *open texture*.”

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. USA: Harvard University Press – Cambridge, Massachusetts, 1977.

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

<sup>22</sup> Ob.cit., p.22. “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed”.

<sup>23</sup> Ibidem. “Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these Standards that are not rules.”

<sup>24</sup> Idem, p.17. “(b) The set of these valid legal rules is exhaustive of ‘the law’, so that if someone’s case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seems appropriate, or those that seem appropriate are vague, or for some other reason) then that case cannot be decided by ‘applying the law’. It must be decided by some official, like a judge, ‘exercising his discretion’, which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one.”

previstas. Princípios seriam *prima facie*, poderiam ser compatibilizados entre si, sem que necessariamente um deles tivesse que ser afastado<sup>25</sup>. Alexy utiliza a expressão *mandamentos de otimização*, e essa é precisamente a grande diferença, neste particular, da obra de ambos.

Mandamentos de otimização, segundo Alexy, 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*<sup>26</sup>.

O fato é que a questão da discricionariedade do julgador permanece presente, em alguma medida, em todos os modelos acima enunciados, jurídicos ou filosóficos.

Propostas de como solucionar a discricionariedade e mesmo de não solucioná-la, por entender que ela necessariamente estaria presente, foram apresentadas, sem que a questão fosse solucionada de forma exauriente.

A proposta de Alexy, que veremos ao final, se apresenta como uma alternativa para minimizar o problema. Na sua formulação, para cada proposição é apresentado um modelo, uma equação matemática. Os questionamentos referentes a esta opção matemática, descritos no tópico anterior, ainda necessitam dos esclarecimentos que serão prestados alhures antes de serem enfrentados.

### **3 A Teoria do Discurso Prático Racional Geral**

Não há como pretender aprofundar no pensamento de Alexy, sem ter uma noção sobre a influência filosófica sobre sua obra e, limitado ao espectro de abrangência deste estudo, dentro da teoria do discurso prático racional geral.

O discurso prático racional geral é estudado dentro da filosofia, mais especificamente dentro do que se convencionou chamar de filosofia da linguagem, sendo esta aquela ciência que tematiza a linguagem como transferência do saber, que define a linguagem como o *médium intransponível*, sendo esta expressão o equivalente a dizer que é impossível o conhecimento sem a linguagem.

Neste contexto, Alexy identifica que o problema das proposições normativas é que elas não podem, por isso, serem examinadas nem com referência a alguma entidade não empírica, nem segundo métodos empíricos. Isso não quer dizer, todavia, que a solução esteja no subjetivismo ou no emotivismo<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Idem, p.22 e ss.

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Cit., p.90.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Cit., p.177.

Alexy se esmera em tentar demonstrar a existência de vários argumentos em favor da *verdade* das proposições normativas. O pressuposto, na ótica de Alexy, é se reconhecer que os juízos de valor e de dever tenham uma *pretensão de correção*. Partindo desta premissa, sua teoria é desenvolvida<sup>28</sup>.

Para se identificar a correção de uma proposição normativa controvertida, é preciso haver critérios ou regras que permitam diferenciar as boas razões das más, os argumentos válidos, dos inválidos.

Alexy constatou que os discursos poderiam ser infinitos, na medida em que uma proposição normativa que redundasse numa regra específica, sempre poderia ser refutada pelo ataque tanto à razão que deu origem à proposição, como à própria regra criada.

A solução, portanto, estaria no atendimento de uma série de exigências na atividade de fundamentação, sendo estas exigências as *regras do discurso racional*. Tais regras se refeririam às proposições normativas e ao comportamento do falante, daí se dizer que são *regras pragmáticas*.

Ao enunciar as regras do discurso prático geral, Alexy chama a atenção para o fato de que o foco será evidenciar os defeitos. Alexy acredita que se se conseguisse eliminar defeitos, talvez um dia se poderia elaborar algo como um código da razão prática. Tal código seria o compêndio e a formulação explícita das regras e formas da argumentação prática racional<sup>29</sup>.

Alexy diz que estas regras seriam divididas em (i) regras fundamentais, (ii) regras da razão, (iii) regras sobre a carga de argumentação, (iv) formas de argumento, (v) regras de fundamentação e (vi) regras de transição<sup>30</sup>.

As *regras fundamentais (i)*, teriam em sua validade a condição de possibilidade de qualquer comunicação lingüística em que se trate da verdade ou correção.

As *regras de razão (ii)* nos discursos práticos, nada mais são do que a justificação da asserção de enunciados normativos. Um discurso prático sem asserções não seria possível, nesta perspectiva.

Segundo Alexy, quem afirma algo quer dizer que aquilo é fundamental, é verdadeiro, é correto. Isso vale tanto para as proposições normativas como para as não normativas.

Não é necessário, entretanto, que o próprio falante fundamente, sendo suficiente que se refira à capacidade de fundamentação de pessoas determinadas ou determináveis. É a *pretensão de fundamentabilidade*. Esta pretensão não quer dizer que toda afirmação deverá ser fundamentada, mas sim que se não o fizer, deverá fundamentar a negativa.

---

<sup>28</sup> Idem, p.178-179.

<sup>29</sup> Idem, p.180-186.

<sup>30</sup> Idem, p.186 e ss.



Daí surgiria a regra geral de fundamentação, subdividida em três pretensões: regular a admissão no discurso, ou seja, *quem pode falar, pode tomar parte no discurso*; regular a liberdade de discussão, ou seja, *todos podem problematizar e introduzir qualquer asserção, expressar suas opiniões, desejos e necessidades*, e, por fim; proteger o discurso da coerção, ou seja, *nenhum falante pode sofrer coerção interna e externa ao discurso*<sup>31</sup>.

As regras sobre a carga de argumentação (iii), visam evitar que um falante possa fazer perguntas ou formular dúvidas sem ter ele mesmo de dar razões. Para que algo seja objeto do discurso, tem de ser afirmado ou tem de ser questionado indicando uma razão para isso.

As formas de argumento (iv) tem seu fundamento imediato nas chamadas proposições normativas singulares. Existem duas maneiras de fundamentá-las. Na primeira, se toma como referência uma regra pressuposta como válida e na segunda se assinala as conseqüências de seguir no imperativo implicando na proposição singular. Entre as duas há uma importante semelhança estrutural, ou seja, *quem apela a uma regra em uma fundamentação pressupõe ao menos que se cumpram as condições de aplicação desta regra*.

As regras de fundamentação (v) tem por escopo prevenir as adulações, acusações e ameaças no âmbito do discurso prático e são três: variantes do princípio da generalizabilidade, que consiste em quatro proposições, (a) o que vale para um valerá para todos os falantes, (b) acordo geral só pode ser obtido mediante a concordância das proposições normativas e das regras aceitas, (c) as conseqüências devem ser aceitas e (d) a regra deve ser ensinada de forma aberta e geral; o argumento genético, pelo qual o desenvolvimento dos sistemas de regras morais é reconstruído pelos participantes do discurso, daí sendo possível criticar as regras que surgirem neste processo de desenvolvimento e que determinam o raciocínio prático, e, por fim; a necessidade de realizabilidade, que consiste no respeito aos limites de realizabilidade faticamente dados.

As regras de transição (vi) serão utilizadas quando surgirem problemas que não puderem ser resolvidos com os meios da argumentação prática, como questões de fato, questões linguísticas e questões que se refiram à própria discussão prática.

A conclusão de Alexy, neste particular, é que os limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade de regras jurídicas, sendo que tais regras jurídicas têm uma dupla função, uma de prover soluções para os casos nos quais não se possa alcançar nenhum acordo discursivo e outra de assegurar os pressupostos que tornem possível a realização do discurso<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Idem, p.191.

<sup>32</sup> Idem, p.205.

#### 4 Breve Esboço da Contribuição de Alexy e Dworkin

Como visto anteriormente, Alexy utiliza a expressão *não positivista*, no que ele é muito feliz, para estabelecer que o fato de alguém discordar do positivismo jurídico não quer dizer, necessariamente, que se filie à escola de pensamento antagonista, o jusnaturalismo<sup>33</sup>.

Para Alexy, a aplicação do direito depende do prévio estabelecimento de um conceito de direito. Quando estabelece o seu, enquanto não positivista, o faz de acordo com três premissas. A primeira é de que para o estabelecimento de um conceito de direito faz-se necessário se posicionar acerca da relação entre o direito e a moral. Neste particular, Alexy entende que não existe necessariamente uma conexão ou uma desvinculação. A conexão entre ambos pode existir<sup>34</sup>.

Ao refinar o argumento, estabelece que o direito decorre da moral e que a preservação do direito constituído é um corolário da segurança jurídica, sendo esta sua primeira característica. Escorado na fórmula de Radbruch<sup>35</sup>, Alexy reconhece uma única hipótese na qual o direito perderia sua legitimidade, o que ocorreria quando se verificasse uma injustiça extrema, prevalecendo a moral, portanto.

A segunda característica seria a finalidade do direito e a terceira a segurança jurídica. As duas primeiras estariam na dimensão ideal do direito e a terceira na dimensão factual.

Partindo da idéia de que existem vários conceitos de moral e de que o conceito é extremamente subjetivo, Alexy propõe que talvez seja possível encontrar, na relativização das diversas morais, alguns pontos de objetividade.

O elemento diferenciador para a elaboração do conceito de direito, na perspectiva não positivista, é a chamada *correção material*, que se juntaria aos outros dois também previstos pelo positivismo, ou seja, a *legalidade conforme o ordenamento* e a *eficácia social*<sup>36</sup>.

Alexy pressupõe a necessidade desta chamada *pretensão de correção*, sendo esta pretensão precisamente o elemento que retira o direito de uma dimensão ideal e o transporta para uma dimensão factual

O argumento de correção(...) afirma que tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente uma pretensão de correção. Sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos. Nesse sentido(...)tem uma

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Cit., 3-5.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart, 1973, p.345, *apud* ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.34.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Ob.Cit., p. 15.

relevância classificadora. Do ponto de vista jurídico, sistemas que formulam essa pretensão, mas não a satisfazem são defeituosos. Nesse aspecto(...)tem uma relevância qualificadora.<sup>37</sup>

Fica evidente, portanto, que é precisamente nessa mudança de dimensão do conceito de direito que se identifica sua união com a moral.

Como esclarecido anteriormente, o discurso prático racional geral é a base filosófica na qual Alexy desenvolve sua teoria da argumentação jurídica e, portanto, era de se esperar que seu conceito de direito, que lhe é posterior, levasse em conta a argumentação utilizada em sua fundamentação.

Nesta perspectiva, ao formular seu o conceito de direito, Alexy o estabelece com base em três elementos bem definidos

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.<sup>38</sup>

E aproveitando o tema da argumentação prática em geral, antes referenciada, vale esclarecer que a diferença, portanto, entre a argumentação prática em geral e a argumentação jurídica reside no ponto de que esta última está vinculada ao direito positivo.

Nesta perspectiva, é possível dizer que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral, constituindo uma relação de gênero e espécie. O que diferencia a argumentação jurídica da argumentação prática, portanto, é sua vinculação ao direito positivo.

Ingressando na mencionada teoria da argumentação jurídica, já citada algumas vezes, faz-se necessário pontuar que tem como uma de suas bases filosóficas o conceito de situação ideal de fala, proposto por Habermas, e que não se confunde com um mero consenso entre as partes. Trata-se de um sistema encadeado de regras que levam à melhor solução para o caso em discussão. Suas características são a universalidade dos participantes, a ausência de coação, a igualdade de todos os participantes, o conhecimento de causa, o tempo ilimitado e o compromisso de todos os participantes com a correção, a verdade e a busca para a melhor solução.

---

<sup>37</sup> Idem, p. 43.

<sup>38</sup> Ibidem.

Além disso, Alexy propõe a criação um critério de racionalidade, mesmo que este critério não conduza sempre para a mesma solução.

Esta proposição advém da crítica ao método lógico-dedutivo antes referenciado, e é fundamentada em quatro motivos, que redundarão em critérios: a imprecisão da linguagem no direito (generalidade), a possibilidade de leis conflitantes (conflito de normas), a possibilidade de casos não encontrarem regulamentação jurídica adequada (lacunas na lei) e a possibilidade de existir, em casos especiais, uma decisão que contrarie a literalidade da norma (*contra legem*)<sup>39</sup>.

Tempos depois, Alexy formula sua teoria dos princípios, na qual reconhece a existência destas proposições como direito, reconhece sua importância e elabora um método de solução para eventual conflito entre eles.

Neste ponto, faz-se necessário trazer à lume novamente a obra de Dworkin, na medida em que ambos, ele e Alexy, tiveram contribuição ímpar para a ciência jurídica neste particular.

O próprio Alexy reconhece expressamente que sua proposta de solução para os conflitos entre princípios *assemelha-se à proposta por Dworkin, mas dela difere em um ponto decisivo: a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização*<sup>40</sup>.

Os pontos nos quais ela se assemelha à proposta de Dworkin, portanto, pode-se identificar nas passagens nas quais o americano afirma a existência de dois tipos de padrões, *standards*, regras e princípios. Princípios como padrões *prima facie* (*all things considered*), e regras são padrões tudo ou nada (*all or nothing*), os primeiros admitiriam exceções e, ainda assim, continuariam válidos, enquanto os segundos não admitiriam exceções, conforme já dito.

As regras gravitariam numa dimensão de validade, enquanto os princípios estariam numa dimensão de peso, no original *dimension of weight or importance*<sup>41</sup>.

Sendo os princípios esta espécie de norma dotada de grande generalidade, a consequência será o tangenciamento entre si e, em alguns casos, a aparente colisão. Aliás, é precisamente no choque que Dworkin afirma poder ser melhor visualizada a diferença entre regra e princípio<sup>42</sup>. Alexy chama esta proposição de Dworkin de “teorema da colisão”<sup>43</sup>. Dworkin afirma, analisando o choque, que a validade de um princípio não invalida o outro.

---

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Cit., p.19-20.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Cit., p.91.

<sup>41</sup> Ob.cit., p.26.

<sup>42</sup> Ob.cit., p. 22 e ss.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Cit., p.92-103.

Diferentemente, entretanto, estão as regras, na medida em que a validade de uma implica a invalidade de outra ou permite listar exceções. Apesar de reconhecer a possibilidade de existirem tais exceções, afirma que estas serão tão especiais que poderão ser enumeradas<sup>44</sup>.

E é precisamente neste ponto que Alexy passa à contestá-lo por considerar que estas exceções não são quantificáveis

Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decore da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção.<sup>45</sup>

Para estreitar o âmbito da discussão, consideramos que Dworkin utilizou um critério qualitativo para a análise da generalidade nos princípios. Alexy concorda com Dworkin neste particular, afastando o critério quantitativo, mas propõe um outro critério qualitativo.

Na ótica de Alexy, princípios são mandamentos de otimização, configuram um dever-ser ideal, enquanto regras são mandamentos definitivos, configurando um dever-ser real.

Veja-se, mais uma vez, que toda a evolução científica do tema orbita a discussão sobre conceitos de direito e de moral, sua intersecção ou não e os reflexos no mundo fenomenológico.

Da mesma forma, saber se a realização de justiça se esgota na edição de uma lei pela autoridade competente, ou se máximas do comportamento considerado adequado devem ser a bússola para a aplicação da lei, são indagações que ainda estimulam o pensamento jus-filosófico.

Em um ou em outro caso, o pano de fundo no aspecto pragmático é saber o quanto de poder será relegado ao julgador para dirimir o conflito de interesses, ou seja, qual a medida da discricionariedade conferida ao homem investido da autoridade de estado-juiz.

O grande contributo de Alexy e de Dworkin, portanto, está no reconhecimento de se fazer necessária a formulação de uma ‘teoria de interpretação’, de molde à dar sustentação à qualquer teoria de direito que se apresente à prova. Dworkin sustenta que em sua teoria não haveria mais poder discricionário do juiz, enquanto Alexy promete um teorema que se

---

<sup>44</sup> Ob.cit., p.25. “The rule might have exceptions, but if it does then it is inaccurate and incomplete to state the rule so simply, without enumerating the exceptions. In theory, at least, the exceptions could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the statement of the rule.”

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Cit., p.104.

apresenta como minimizador desta discricionariedade. Saber se um ou se outro efetivamente alcançou seus objetivos, é tema para outro estudo.

## 5 A Matemática em Alexy

Finalmente, o trabalho ingressa na problemática anunciada desde o título. A extensa digressão que antecede este tópico, entretanto, não poderia ter sido dispensada, sob pena do estudo só ser compreendido em círculos muito especializados dentro da ciência do direito.

Agora, tudo contextualizado, é possível compreender qual a razão de Alexy verbalizar seu pensamento mediante o uso de fórmulas matemáticas.

É tão comum a matematização da idéia em Alexy, que bastaria uma mera folheada, ao acaso, em qualquer de suas obras mais célebres – todas já referenciadas – para que se constatasse a identificação de suas equações.

A compreensão das fórmulas não demanda nenhuma especialização matemática, bastando um pouco de atenção para qualquer pessoa que tenha concluído adequadamente o ensino médio.

Ainda assim, por mais simples que possa ser uma proposição matemática, não resta a menor dúvida de que o estudioso do direito sairá de sua zona de conforto, assim considerada o mundo das palavras.

Resta saber, com mais agudez, se as proposições matemáticas se prestam mais à demonstrar a erudição, aliás habitual nos textos do professor alemão, do que propriamente clarificar suas idéias.

Logo no início da apresentação de sua ‘fórmula do peso’, Alexy exterioriza seu raciocínio expondo a preocupação com o estabelecimento de um critério de racionalidade à referendar a teoria da ponderação de interesses

A legitimidade da ponderação no direito depende de sua racionalidade. Quanto mais racional é a ponderação, tanto mais legítimo é o ponderar. Sobre a racionalidade da ponderação, porém, decide a estrutura dela. Caso sua análise mostre que ponderar não pode ser outra coisa senão decidir arbitrário, então estaria com a racionalidade da ponderação posto em dúvida, simultaneamente, a sua legitimidade na aplicação do direito, especialmente, na jurisprudência constitucional. O problema da estrutura da ponderação forma, por isso, o núcleo do problema da ponderação no direito.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Cit., p.131.

Fica evidente, portanto, que a fórmula matemática em sua obra é apenas uma exteriorização de sua intelectualidade, ou, mais precisamente, uma forma de objetivar o que é, por essência, subjetivo.

Com vistas à diminuição desta subjetividade, ou seja, tendo por mira a preponderância de um critério racional, a ponderação precisa ser decomposta em três passos parciais, a fim de ser mais bem compreendida

Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, a seguir, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.<sup>47</sup>

A validade da critério da ponderação já foi enfrentada por estudos mais profundos que o presente e, sem a menor sombra de dúvida, é critério de solução de conflito de princípios constitucionais de grande relevância no constitucionalismo moderno. Independente desta constatação, este é o ponto de partida da “fórmula do peso” e, portanto, daqui também partirá este trabalho.

Alexy propõe uma formulação triática para a ponderação, no sentido de melhor amoldá-la à sua teoria da argumentação jurídica, admitindo a possibilidade de que esta tríade possa apresentar um maior número de graus, fazendo apenas o alerta de que esse número não deve se tornar muito grande, sob pena de conduzir o intérprete ao insucesso<sup>48</sup>.

Assim, Alexy propõe a graduação das lesões a um determinado princípio em leve, média ou grave, representadas pelas incógnitas ‘l’, ‘m’ e ‘s’. A lesão o princípio em si, o efetivo prejuízo é designado por ‘Pi’ e a intensidade deste prejuízo será representado por ‘IPi’<sup>49</sup>.

Digno de nota que a intensidade do prejuízo, conforme proposto acima, refere-se ao prejuízo em concreto e não ao peso, ao valor, abstrato do princípio em análise, este representado por ‘GPi’. Este peso em abstrato é aquele que lhe cabe relativamente em comparação a outros princípios, independente das circunstâncias de alguns casos. Vale pontuar que há princípios da constituição que não se distinguem por seu peso abstrato. Se coincidirem, abstratamente, a incógnita em questão poderá ser excluída da ponderação<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Idem, p.133.

<sup>48</sup> Idem, p.138.

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Idem, p. 139.

As circunstâncias do caso que se avalia também necessitarão integrar a matematização racional, na medida em que sempre serão avaliadas por ocasião do julgamento. Assim, é atribuída ‘C’ para expressar as circunstâncias que são relevantes para o caso<sup>51</sup>.

Nesta altura, é possível apresentar a expressão ‘IPiC’ como representativa de três aspectos, ou seja, ‘Pi’ representando o princípio violado, ‘I’ referente à intensidade da violação e ‘C’ fixando que se trata de um caso concreto<sup>52</sup>.

Fixada esta grandeza, ou seja, ‘IPiC’ Alexy propõe reduzir a expressão para ‘Ii’, sendo que ‘Ii’=‘IPiC’. ‘Ii’ passa à ser a expressão concisa da formulação<sup>53</sup>.

Utilizando o mesmo raciocínio para a formulação do peso em abstrato, como acima proposto, Alexy chega a ‘GPi’ e em analogia ao ‘C’ utiliza o ‘A’, culminando no ‘GPiA’, que também poderá ser representado por uma forma concisa - ‘Gi’<sup>54</sup>. Vale lembrar o que foi afirmado acima, no sentido de que a incógnita do peso em abstrato só será utilizada quando os princípios, abstratamente, tiverem pesos distintos.

Não resta sombra de dúvidas que na ponderação dos princípios, concretamente, será de grande relevância a medida da influência que ‘Pi’ terá sobre o princípio em conflito, o princípio aparentemente colidente, e, por isso, faz-se necessária a formulação de uma incógnita específica para este princípio contrário, optando Alexy para a expressão ‘Pj’<sup>55</sup>.

O exemplo paradigmático utilizado por Alexy é o chamado “caso Titanic”, no qual uma pessoa foi chamada pela expressão “aleijado”, exurgindo o conflito entre o direito de liberdade de expressão de quem foi apontado como ofensor, em conflito com a preservação de um dos direitos da personalidade de quem foi apontado como “aleijado”. Nas palavras de Alexy, faze-se necessário saber *quão intensivamente a não intervenção em Pi intervém em Pj*<sup>56</sup>.

Nesta perspectiva, nada mais adequado do que pensar em ‘Ij’ como a formulação concisa de ‘IPjC’, valendo cá, tudo o que foi dito acolá<sup>57</sup>.

Neste ponto, estabelecidas as formulações representativas dos dois princípios aparentemente colidentes, faz-se necessário direcionar para o terceiro passo, que é a forma na qual as valorizações devem ser postas em relação uma com a outra<sup>58</sup>.

---

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> Idem, p. 140.

<sup>56</sup> Idem, p. 140-141.

<sup>57</sup> Ibidem.

<sup>58</sup> Ibidem.



Considerando, portanto, a escala triática proposta, haverá três casos nos quais ‘Pi’ prevalecerá, três casos nos quais ‘Pj’ prevalecerá e três casos nos quais ocorrerá empate. A simplicidade do raciocínio matemático é evidente e pode ser facilmente descrito pelas seguintes fórmulas

- (1)  $I_i: s, I_j: l$
- (2)  $I_i: s, I_j: m$
- (3)  $I_i: m, I_j: l$
- (4)  $I_i: l, I_j: s$
- (5)  $I_i: m, I_j: s$
- (6)  $I_i: l, I_j: m$
- (7)  $I_i: l, I_j: l$
- (8)  $I_i: m, I_j: m$
- (9)  $I_i: s, I_j: s$ <sup>59</sup>

Havendo empate, afirma Alexy que a ponderação não oferecerá solução, dizendo que se estaria diante de um *espaço de ponderação estrutural*, estando este *locus* situado entre as atribuições do tribunal constitucional e as do poder legislativo<sup>60</sup>.

Alexy passa à demonstrar sua inteligência se fazendo valer do concurso dos números para elucidar, ou comprovar, sua fórmula triádica. Assim, ‘l’, ‘m’ e ‘s’ seriam representados por ‘1’, ‘2’ e ‘3’. Utilizando a mesma formulação acima, verificar-se-á saldo numérico positivo quando da prevalência de ‘Pi’, negativo quando da prevalência de ‘Pj’ e saldo zero quando houver empate. A visualização numérica oferece a vantagem da simplicidade e da plausibilidade intuitiva alta, como reconhece o próprio Alexy<sup>61</sup>.

Considerando a miríade de acontecimentos que podem influenciar um caso concreto, melhor seria, propõe Alexy, pensar em uma forma de progressão geométrica, em detrimento da aritmética, que sempre observaria uma igualdade entre os intervalos entre os graus. Assim, teríamos 2<sup>0</sup>, 2<sup>1</sup> e 2<sup>2</sup>, gerando os resultados 1, 2 e 4<sup>62</sup>.

O resultado do peso concreto de ‘Pi’, portanto, seria obtida mediante uma fórmula quociente e não mediante uma fórmula diferença

$$G_{i,j} = I_i / I_j^{63}$$

Chega-se, portanto, ao núcleo da chamada “fórmula do peso”, que é, primordialmente, o objeto da presente investigação. Nas palavras do autor

---

<sup>59</sup> Idem, p.143.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Idem, p.145.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Idem, p. 146.

Em sua formulação completa, a fórmula peso contém, ao lado das intensidades de intervenção, os pesos abstratos dos princípios colidentes e os graus de segurança das suposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios colidentes pelas medidas que estão em questão. Isso significa que em uma colisão de dois princípios o peso concreto ou relativo de ambos os princípios depende de três pares de fatores, portanto, no total, de seis fatores. Se eles são iguais, então eles neutralizam-se reciprocamente. A fórmula [...] pode [...] ser assim interpretada, os pesos abstratos e os graus de segurança foram reduzidos por causa dos seus pesos respectivos.<sup>64</sup>

É bem verdade que não se enxerga a importância da progressão geométrica em sua amplitude, apenas limitando o olhar à tríade proposta para avaliação da relevância dos princípios. Alexy apresenta a alternativa, com objetivo de facilitar esta visualização, de que o modelo triático seja alargado para o triático duplo, variando, portanto, de 1 à 9, com as potências variando de 0 a 8 ( $2^0-2^8$ )<sup>65</sup>.

Com isso, seria possível sair da limitação circunscrita entre as fronteiras do que seja *leve, médio e grave* e passar à considerar variações mais tênues, como *muito leve*, ou *muito grave*, e mesmo *leve mediana*<sup>66</sup>.

Como salientado anteriormente, a divisão triática é apenas uma sugestão não vinculativa e que a única ressalva feita por Alexy é a de que as variações não sejam demasiadamente extensas.

Neste ponto, já é possível compreender que somente à primeira vista o concurso da matemática para esclarecer a ciência do direito, e especialmente para esclarecer uma doutrina que finca profundas bases na filosofia, tem o potencial de complicar muito mais do que simplificar. Para o pesquisador um pouco mais atento, entretanto, o quadro muda de figura.

Como se espera ter ficado claro, dispensar as fórmulas matemáticas em Alexy, e especialmente o uso das fórmulas para ponderar o conflito entre princípios, pode gerar um completo desvirtuamento da teoria.

São as fórmulas matemáticas que dão coerência procedimental ao método da ponderação de interesses. Fugir das equações significa autorizar uma subjetividade ilimitada ao já dilatado poder discricionário do julgador.

Ademais, conforme esclarecido alhures, a proposição de uma teoria interpretativa tem por norte, ontologicamente, subtrair o poder discricionário do juiz. Da mesma forma que os juízos morais, o poder discricionário do julgador também é encarado com cautela no âmbito da ciência do direito. Em ambos os casos o que se busca é a efetividade máxima do princípio

---

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Idem, p. 147.

<sup>66</sup> Ibidem.

da segurança jurídica, sem que esse direito se sobreponha a outros princípios mais caros ao ordenamento (Dworkin) ou prevalentes diante de uma situação concreta (Alexy).

Ora, se a escolha dos critérios para a análise do peso, especialmente no conflito entre princípios, não for sistematizada, a mera analogia à figura da balança da justiça seria o suficiente para a formulação de sua proposição. A grandeza da teoria dos princípios, reconhecida mundialmente até por seus críticos, seria reduzida à mais popular alegoria sobre a justiça, apresentada já aos imberbes estudantes nos primeiros bancos acadêmicos.

E o princípio da segurança jurídica, que nada mais é do que a juridicalização do sentimento de justiça inato a todo vivente, já traz insito uma imensa carga de subjetividade. Daí o desafio que parece ter sido auto-proposto por Alexy, ou seja, alcançar uma objetivação que promovesse a sensação de segurança jurídica, sem descambar para o arbítrio, entretanto.

## **6 Conclusão**

O direito, tal como hoje é conhecido e aplicado, é fruto de séculos de pesquisa científica e experimentação empírica.

A filosofia sempre será o porto seguro para as investigações mais profundas acerca do fundamento de validade do direito e de sua interação com os membros da sociedade.

A moral tende à sempre ter alguma medida de relação com o direito, na medida em que os pilares das sociedades ocidentais são inspirados por primados desta natureza.

A evolução do direito, no que tange ao estabelecimento de garantias ao homem, a criação de meios assecuratórios de seu exercício e de blindagem contra o retrocesso, necessita de eco perante as instâncias julgadoras.

A construção da intelectualidade jurídica/legislativa, inspirada pelos anseios de toda a sociedade, não pode ser ultrapassada pelo entendimento de um, ou de uns poucos.

As teorias interpretativas podem ser a saída para que se encontre o equilíbrio entre um modelo no qual o julgador não passe de um mero operador de silogismos e nem que se transforme em tirano pseudo-oráculo.

O concurso da matemática pode ser o critério que faltava para dar coerência ao sistema da ponderação, contribuindo para a segurança jurídica, sem se sobrepor à análise exclusivamente subjetiva dos interesses em conflito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Org/trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. UK: Clarendon Press – Oxford, 1991.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.

\_\_\_\_\_. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2008. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart, 1973, p.345, *apud* ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)