

PRINCÍPIOS, TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E TÉCNICA DA PONDERAÇÃO COMO REFERENCIAIS HERMENÊUTICOS NO PROCESSO DE DECISÃO JUDICIAL

PRINCIPLES, THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION AND WEIGHING TECHNIQUE AS HERMENEUTICAL REFERENCE TO THE PROCESS OF LEGAL DECISION:

Oona de Oliveira Cajú¹

Roberta Candeia Gonçalves²

Resumo: O presente trabalho visa compreender a teoria da argumentação jurídica, com foco nos conceitos e enunciados na obra de Robert Alexy e sua técnica de ponderação. O objetivo da ponderação é conferir racionalidade ao procedimento de decisão judicial e proporcionar soluções adequadas às peculiaridades dos conflitos principiológicos. Desta maneira, sustenta-se que, pela aferição da adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito, das medidas adotadas, especialmente, em casos em que há conflito entre princípios, a Corte Constitucional brasileira e de outros países da América Latina têm recorrentemente e de forma concreta utilizando-se de uma hermenêutica principiológica, de bases racionais o que define uma vertente do processo decisório em matéria constitucional. Não obstante, a tese de Alexy e desta corrente filosófica conta com críticas por parte da doutrina, a exemplo da correlação direito e moral que, argumenta-se, pode deixar, de forma subjacente, espaço para que o jurista, apodere-se de pretensões prescritivas, típicas do legislador, possibilitando que a mesma técnica seja usada, no mesmo caso, por diferentes magistrados, para chegar a conclusões dispositivas opostas. Em todo caso, tem-se, no marco do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, que o uso de uma hermenêutica principiológica pode ter o condão de acercar o direito de resultados práticos mais condizentes com a sociedade contemporânea e suas demandas multifacetárias.

Palavras-chave: Teoria da argumentação. Técnica de ponderação. Robert Alexy. Princípios. Hermenêutica constitucional.

Abstract: This paper aims to understand the theory of legal argument, focusing on the concepts and statements in the work of Robert Alexy and his weighting technique. The purpose of weighting is to check the rationality of judicial decision, and provide appropriate solutions to the peculiarities of conflicts between principles. Thus, it is argued that, by measuring the appropriateness, necessity and proportionality, in the strict sense, of the measures adopted, especially in cases where there are conflicts between principles, the Constitutional Court of Brazil and of other Latin-American countries

¹ Advogada. Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professora Assistente do curso de bacharelado em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). E-mail: oona.caju@ufersa.edu.br

² Advogada. Mestra em Filosofia pela Universidad Complutense de Madrid (UCM). Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora Assistente do curso de bacharelado em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Teorias Críticas do Direito. E-mail: roberta.goncalves@ufersa.edu.br

have recurrently, and in a concrete manner, using a principiological hermeneutics, of rational bases, which defines an aspect of decision making in constitutional matters. Nevertheless, Alexy's thesis and this philosophical approach have been receiving criticism by the specialized literature, such as the claim that the correlation between Law and Morality, can indirectly leave space for the jurist to take ownership of prescriptive pretensions, typical of the Legislative Power, allowing the same technique to be used in the same case by different judges, to reach opposite decisions. In any case, It's argued that, in the context of post-positivism and neoconstitutionalism, the use of a principiological hermeneutics may have the power to take Law closer to more practical results, consistent with the contemporary society and its multifaceted demands.

Keywords: Theory of argumentation. Weighting technique. Robert Alexy. Principles. Constitutional hermeneutics

I INTRODUÇÃO

O presente trabalho dedica-se à descrição do conceito de princípios e da técnica de ponderação, conforme proposta por Robert Alexy. Referenciano na teoria do discurso habermasiana, o filósofo desenvolveu uma teoria normativa da argumentação jurídica, da qual derivou os postulados da ponderação para a solução de conflitos entre princípios. O preceito orientador da técnica é a proporcionalidade, conceito especialmente desenvolvido no âmbito da Corte Constitucional Alemã..

A escolha do marco teórico, assim como do método, foi extraída da necessidade de se investigar esta técnica jurídica para, em momento posterior, poder firmar a base teórica para o estudo de *práxis* judicial fundada na ponderação. Nesse sentido, opta-se pelo método hipotético-dedutivo como a melhor maneira para dar conta das questões que o objeto em análise impõe. Parte-se dos paradigmas orientadores da teoria da decisão judicial e da técnica da ponderação para identificar os elementos conceituais e principiológicos que podem, em tese, servir como marco hermenêutico em decisões judiciais.

Desta maneira, delineiam-se as bases fundamentais do campo referencial da teoria da argumentação jurídica e da técnica ponderação, a partir das primeiras contribuições da jurisprudência dos valores até as elaborações contemporâneas sobre princípios no Direito. Em seguida, descrevem-se os elementos e preceitos básicos argumentação jurídica. A teoria propõe que o discurso jurídico é um tipo especial de discurso prático e aduz ser possível conferir racionalidade às decisões judiciais a partir da observância de regras procedimentais.

Mais adiante, abordam-se os conceitos de princípios e regras, suas funções no ordenamento jurídico e principais diferenças. Esse tópico tem importância na medida em que

a distinção entre os dois tipos normativos é a razão principal da ponderação, que se aplica quando uma interpretação ou decisão judicial envolve conflitos entre princípios.

Com isto, descreve-se a técnica da ponderação como procedimento racional de interpretação e deliberação judicial, que busca, fundamentalmente, a proporcionalidade nas decisões. Analisam-se as três etapas de sua realização, que se dão pela aferição da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida jurídica.

Ao fim da pesquisa, reúnem-se algumas reflexões a respeito da associação entre princípios e valores e sua influência sobre a hermenêutica constitucional.

2 ACERCA DA IDEIA DE VALOR: UM RESGATE PRÉVIO DE ELEMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

Conforme Karl Larenz (1997, p. 165), uma das importantes discussões na metodologia da ciência jurídica foi colocada pela jurisprudência dos valores (ou jurisprudência da valoração). Desde a década de 1950, esse campo do pensamento jurídico tem levantado que o problema da interpretação das leis e da aplicação do Direito perpassa não somente pela subsunção, que, pautada por critérios de lógica formal, opera-se a partir da ocorrência material da hipótese normativa, derivando a consequência prescrita pelo dispositivo legal.

A dogmática tradicional, no século XIX, apoiava-se preponderantemente na jurisprudência dos conceitos, primeira vertente interna do positivismo jurídico. No início do século XX, ainda no campo positivista, a jurisprudência dos interesses propôs a incorporação do elemento teleológico à descrição e aplicação do Direito, levando em consideração os conflitos de interesses nos níveis abstrato e concreto. Philipp Heck foi o autor mais representativo dessa vertente, na qual já se apresentava a questão das “intencionalidades” subjacentes ao sistema jurídico.

A jurisprudência dos interesses enfrentou problemas conceituais e metodológicos advindos do caráter abstrato do conceito de interesse e muitos dos seus adeptos reconheceram a necessidade de que as pretensões das partes num litígio fossem diferenciadas dos critérios legais de valoração¹. A jurisprudência dos valores deu um novo tratamento ao problema da valoração e, rompendo com o positivismo jurídico, propôs a

¹ Que seriam “corolários da ideia de justiça, inferidos pelo legislador desse fim último” (LARENZ, 1997, p. 164).

incorporação de conceitos como justiça, ética, correção moral, dentre outros, à teoria do Direito, aceitando, além da norma positivada, elementos axiológicos como componentes do sistema jurídico. Conforme essa vertente, ao regular as situações sociais, o legislador não apenas teria em vista o conflito bilateral entre as partes. Tal regulação também se reportaria à estrutura global da ordenação, consubstanciada em princípios e objetivos que orientam o modo de produzir a norma e lhe atribuem um papel na sociedade. Dessa forma, as valorações estabelecidas pelas leis seriam parte essencial e inegável do fenômeno jurídico e deveriam integrar o conceito de Direito.

O papel da hermenêutica seria, portanto, extrair dos valores que influenciam a produção normativa, levando a uma compreensão holística do sistema jurídico. A aplicação do Direito, por sua vez, não poderia deixar de levá-los em conta. Este é o primado básico da jurisprudência dos valores, que conta com diversas correntes e tem exercido inegável influência sobre a atividade jurisprudencial.

A admissão da valoração no conceito de Direito e na teoria da norma, com a incorporação dos primados que motivam a produção legislativa, fazem surgir as principais questões sobre as quais se debruça este paradigma teórico. Temas como reconhecimento dos valores subjacentes à norma; o parâmetro a ser utilizado nos casos de difícil interpretação; e a valoração dos fatos ante a hipótese normativa, foram assuntos problematizados. A questão central, que perpassa todas as outras, coloca-se quanto à possibilidade de conciliar a ideia de valoração com o pensar e o agir racional.

As problemáticas acima levantam muitas controvérsias em torno da jurisprudência dos valores, especialmente quanto à racionalidade e à segurança jurídica das decisões que incorporam elementos axiológicos. Sem dúvida, o maior enfrentamento dessa corrente se dá com o positivismo jurídico clássico, que defende a teorização descritiva, e não prescritiva, do sistema jurídico e a elaboração de métodos de reconhecimento e decisão judicial baseados na autoridade da fonte produtora das normas. Para essa corrente, com a inserção dos valores, preceitos como o reconhecimento de validade das normas, a fidelidade aos comandos legais e a divisão dos poderes, especialmente a delimitação clara entre o papel do juiz e do legislador, estariam sendo subvertidos.

Muitas críticas levantadas² apresentavam pertinência e as tentativas de refutá-las levaram ao desenvolvimento de diversas matizes no contexto da jurisprudência dos valores. Tendo em comum a consideração dos valores como elementos subjacentes ao ordenamento

² Por autores positivistas como Herbert Hart e Joseph Raz

jurídico, algumas correntes desse campo teórico divergem quanto à origem desses valores³, quanto à forma de conhecê-los e quanto ao método de decisão judicial (LARENZ, 1997). O principal problema sobre o qual se debruçam os adeptos da jurisprudência dos valores, pois, poderia ser sintetizando em duas questões.

A primeira se conforma em que, mesmo quando a norma jurídica possui expressão textual clara, sempre precisará ser interpretada. O método subsuntivo, calcado por critérios gramaticais, formais e lógicos, sozinho é insuficiente para a compreensão adequada do significado de um preceito jurídico, termo ou conceito, considerado na estrutura global do sistema.

A segunda apresenta-se na constatação de que os fatos, antes de subsumidos à norma, também precisam ser interpretados, ou seja, devem ser compreendidos à luz da norma e dos critérios adotados na interpretação da norma. Ao considerar um fato material diante da hipótese de incidência, o aplicador do Direito exerce uma hermenêutica dúplex e reciprocamente alimentada do fato e da descrição normativa do fato, até concluir ou não pela incidência.

Diante desse quadro, algumas pretensões guiam a produção teórica na jurisprudência da valoração. De um lado, empreende-se a formulação de um caminho para o reconhecimento adequado dos valores considerados pelo ordenamento jurídico e o modo apropriado de atribuir-lhes sentido. De outro, busca-se a justificação racional da valoração adotada pelo intérprete na aplicação do Direito. A essa segunda tarefa vincula-se a questão de se é ou não possível eliminar a subjetividade e, com isso, a imprevisibilidade, nas decisões que utilizam critérios valorativos.

Larenz (1997, p. 165-167) apresenta a problemática nos termos seguintes:

[...] não é de todo possível ao juiz, na maioria dos casos, chegar à decisão estritamente com base na lei, e, porque esta carece de interpretação e a interpretação é mais ou menos discricionária ou requer dele a emissão de um juízo de valor, subsiste a questão de se saber o que é que realmente motivou o juiz na sua decisão – no lugar da ciência normativa do Direito, que comprove como *devo* ele decidir, subentra uma ciência factual, uma psicologia ou uma sociologia judiciária [...] A ciência jurídica labora [...] com base em modos de pensamento como analogia, comparação de casos, conformação de tipos e concretização de critérios abertos de valoração, que possibilitam essa abordagem. A passagem a uma Jurisprudência de Valoração requer que a metodologia clarifique a especificidade destes modos de pensamento e a sua relação com os instrumentos tradicionais de pensamento (elaboração de conceitos, construção jurídica subsunção).

³ Se advêm da norma positiva ou têm existência objetiva independente.

Da incorporação dos valores, advém a necessidade de novos métodos de compreensão e aplicação do Direito, associados a uma fundamentação que os justifique racionalmente.

Algumas correntes na jurisprudência da valoração adotam o pressuposto de que valores não são susceptíveis de fundamentação e, dessa forma, não faz sentido falar em controle racional. Entretanto, a maior parte dos autores defende a possibilidade de incorporação racional dos valores à compreensão do Direito e à decisão judicial, partindo de dois critérios fundamentais.

O primeiro é a definição da natureza e origem dos valores, que demanda a reformulação do conceito de Direito. Há vertentes que defendem a existência objetiva dos valores, que seriam pré-positivos; outras, que eles derivam da moralidade social corrente; e há as que levam em conta apenas os valores que receberam forma positivada na ordem jurídica pelo legislador. Emergiram à cena do pensamento jurídico desde postulações que retornam ao jusnaturalismo tradicional, àquelas que procuram reformular o positivismo jurídico, buscando incorporar o elemento valorativo sem transgredir suas bases fundamentais⁴.

O segundo refere-se à forma de interpretar e decidir no Direito, cuja justificação exige a elaboração de um método específico. A atribuição de racionalidade à consideração de valores numa deliberação judicial dependia que se desenvolvesse um procedimento racional na interpretação e tomada de decisão.

Ronald Dworkin (2002), por exemplo, defendeu que a racionalidade no Direito está atrelada à observância da ordem social de valores. A decisão judicial adotada deve obedecer preceitos positivados e conformar-se aos valores incorporados à sociedade, expressos através de princípios⁵. Seria possível chegar à compreensão exata de um comando normativo por meio de avaliação valorativa, pois, através de todos os elementos relevantes para o caso (preceitos normativos, contexto social, regras morais), o julgador teria à sua disposição o caminho para chegar à resposta correta (ou “mais correta”) de um problema jurídico. Dworkin (2002) considera que não há

⁴ São as correntes do pós-positivismo, positivismo institucional, positivismo normativo, entre outras, que contam com autores como Neil MacCormick, Tom Campbell, Jeremy Waldron e Frederick Schauer.

⁵ Para o autor, princípios contém uma exigência de justiça intrínseca, representando uma dimensão de moralidade (princípios propriamente ditos) ou estabelecem objetivos que promovem melhorias de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (diretrizes políticas), com vistas a promover ou assegurar para as pessoas situações de “vida boa” (DWORKIN, 2002, p. 36).

discricionariedade na decisão baseada nesses postulados e existiria uma única resposta para cada problema judicial⁶.

Outros teóricos abordam o problema da racionalidade no Direito e nas decisões judiciais dando enfoque ao procedimento. É o caso de Robert Alexy (1988), que parte do postulado de que o discurso jurídico seria uma forma específica de discurso racional. O autor diverge da hipótese da única resposta correta⁷ e, influenciado por uma compreensão procedimentalista da razão, contribuiu para o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica e sistematizou o método de ponderação de princípios para a tomada de decisão judicial.

A teorização de Alexy exerce influência patente sobre as reflexões teóricas e a prática jurídica no Brasil e em países vizinhos, como é o caso da Argentina⁸.

Essas influências podem ser percebidas a partir da análise de algumas decisões judiciais de grande impacto político-social nestes países. Veja-se, como exemplo, o julgamento da *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (CSJN), na Ação de Inconstitucionalidade movida contra a Lei n. 26.552, conhecida como *Ley de Medios*, e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 (ADPF 130), proposta em face da Lei n.5.350/67, chamada Lei de Imprensa. Nos respectivos processos, cortes argentina e brasileira lançaram mão do conceito de princípios e de critérios valorativos em todo o corpo dos respectivos julgamentos.

Ademais disso, a técnica da ponderação é instrumento hermenêutico consolidado no STF, sendo paradigmática em julgamentos históricos como o HC 82.424/RS. Para ilustrar que a utilização da técnica pode ser controversa, destaca-se que, no referido *habeas corpus*, cujo paciente, Siegfried Ellwanger, publicara livros de conteúdo antissemita, os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello, utilizando-se ambos da ponderação,

⁶ Para Dworkin, a resposta correta seria aquela que melhor se adequasse ao conjunto do ordenamento jurídico e aos objetivos por ele perseguidos de forma global, aferidos a partir da integridade histórica do Direito (DWORKIN, 2002, p. 175).

⁷ Alexy chegou a adotar o que chamou de “ideia fraca de única resposta correta”. O autor alemão entende que nem todas as respostas a que se chega através do método jurídico são iguais e que poderia realmente haver uma resposta mais adequada do que a outra. É desejável que o jurista seja capaz de chegar a boas respostas para os problemas jurídicos, mas não se pode adotar a existência de única resposta correta como uma premissa real, mas apenas como um norte para que o intérprete se utilize dos métodos hermenêuticos e dos elementos que tem à sua disposição da melhor forma possível (Dworkin, 2002; Alexy, 1988).

⁸ Além de Alexy, a ciência jurídica alemã exerce considerável influência no campo jurídico dos dois países, por meio de teóricos como Peter Haberlê, Claus Roxin, Theodor Vieweg, Karl Larenz, entre outros, que influenciaram a dogmática e a produção legislativa. No Brasil, também a jurisprudência alemã tem reverberação e casos paradigmáticos da Corte Constitucional Alemã são frequentemente citados nos debates do STF. Seria preciso fazer uma análise mais apurada da jurisprudência argentina para aferir se recebe a mesma influência.

chegaram a decisões opostas. É forçoso, portanto, analisar de forma mais apurada a relação entre procedimento e racionalidade no Direito.

3 A RAZÃO PRÁTICA NA JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO: DISCURSO JURÍDICO COMO TIPO ESPECIAL DE DISCURSO PRÁTICO

A racionalidade no Direito é objeto de reflexão da teoria da argumentação jurídica, cujo pressuposto básico é a concepção do discurso jurídico como forma especial do discurso prático geral. Nessa base, é possível garantir que ações e decisões jurídicas sejam adotadas a partir de critérios racionais, garantidos por meio da observância de um procedimento também racional. Neil MacCormick e Robert Alexy são referenciais nesse campo.

Alexy e MacCormick têm a mesma preocupação com a justificação das decisões jurídicas e, no entender de ambos, ela é pautada pela adoção de critérios racionais por parte do juízo decisório. Nesse sentido, os dois teóricos se direcionam à elaboração de caminhos de interpretação e aplicação da norma jurídica que possam conduzir à racionalidade das decisões, baseados igualmente na argumentação jurídica.

O autor inglês considera que, da natureza do Direito como “entidade institucional heteronômica provida de autoridade” (MACCORMICK, 2006, p. XIII), deriva-se a necessidade de justificação das decisões judiciais. Os provimentos jurídicos são impostos e intervêm na vida das pessoas e da sociedade de forma coercitiva. Logo, é desejável que o sistema jurídico almeje legitimidade. O autor escocês postula que tal legitimidade poderia advir do funcionamento racional do sistema, como caminho para afastar a arbitrariedade no Direito. A concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito não poderia prescindir de legitimidade, logo, figura necessário que as normas, atos e decisões oficiais sejam implementadas de forma racional (MACCORMICK, 2006, p. XIV).

Em MacCormick (2006, p. XIV):

Esta teoria apresenta a argumentação jurídica como uma espécie de raciocínio prático. Por tratar da razão como algo que estabelece o que é correto fazer em situações em que haja escolha, ela trata da justificação. Logo, é importante ver como o recurso a normas se justifica em si. Como acaba de ser esboçado, ele se justifica, em princípio, por referência a princípios fundamentais do discurso racional prático.

Por esse raciocínio, o Direito se justifica na medida em que corresponda a uma forma racional de discurso, delimitada pelo procedimento.

Alexy (1988, p. 149), por sua vez, aponta que:

El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general.⁹

Novamente, o parâmetro de racionalidade para o Direito é o discurso prático. Essa conclusão similar conduziu ambos, Alexy e MacCormick, à tarefa de propor uma forma de aferir e garantir a racionalidade no discurso jurídico, especialmente nas decisões judiciais. No entanto, seus os pontos de partida são diferentes. MacCormick busca demonstrar a existência da racionalidade nas decisões jurídicas a partir de exemplos empíricos, retirados da jurisprudência dos tribunais inglês e escocês.

Inicialmente, o autor procura extrair dos casos analisados os principais argumentos empregados pelos julgadores nas tomadas de decisão e classifica as razões adotadas em três tipos: consequencialistas, de coerência e de coesão. O autor sintetiza os passos e conclusões de sua análise na seguinte passagem:

Sustento que os elementos inter-relacionados da argumentação consequencialista, da argumentação a partir da coerência e da argumentação a partir da coesão estão visíveis por toda a parte nas coletâneas de jurisprudência, fornecendo forte comprovação de que elas realmente são requisitos de justificação implicitamente observados e aceitos pelos juizes; e, por minha própria conta, sustento que esses são bons cânones de argumentação a adotar porque eles garantem o que considero uma concepção bem fundamentada do “Estado de Direito” (MACCORMICK, 2006, p. 327).

Alexy (2001), por sua vez, parte da reflexão abstrata dos elementos da razão prática e descreve um modelo teórico do discurso racional geral, para dele retirar o modelo específico de discurso jurídico.

A despeito de pertencerem a escolas teóricas e influências distintas¹⁰, no afã de construção de uma teoria da argumentação jurídica, chegaram a formular concepções bastante semelhantes. Atienza (2007, p.149) classifica as formulações de ambos como as teorias *standard* nesse campo.

⁹ “O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é que, na jurisprudência, se trata, definitivamente, sempre de questões práticas, portanto, do que se está ordenando, proibindo e permitindo. A argumentação jurídica é por si mesma um caso especial da argumentação prática em geral.” (Tradução nossa)

¹⁰ MacCormick deriva da tradição de Hume, Hart e da *common-law* inglesa-escocesa e Alexy, de Kant, Habermas e da ciência jurídica alemã.

Neste trabalho, o interesse principal se localiza na análise do método da ponderação nos moldes desenvolvidos por Alexy, em razão da influência teórica que exerce sobre as cortes brasileira e latinoamericanas.

A tarefa fundamental na elaboração de uma teoria do discurso é a construção de um sistema procedimental que garanta a racionalidade dos argumentos e dos resultados obtidos. Alexy procurou desenvolver um conjunto de regras específicas do discurso jurídico, adequadas às suas especialidades em relação ao discurso prático geral, notadamente os vínculos institucionais à lei, aos precedentes e à dogmática. No tocante ao ponto específico da decisão judicial, sua proposição se expressa no método da ponderação, aplicado à interpretação de princípios normativos.

Os teóricos da jurisprudência da valoração consideram que um procedimento interpretativo baseado meramente em deduções lógicas não pode comportar a complexidade dos problemas jurídicos e conduzir a soluções efetivas. A dedução lógico-substantiva não é refutada, mas considerada insuficiente. Dworkin (2000), por exemplo, defende a adoção de um método histórico-político:

As proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simples valorativas, em algum sentido dissociadas da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas (DWORKIN, 2000, p. 219).

Para o autor estadunidense, o caminho interpretativo deve conduzir não a uma simples subsunção que se consuma instantaneamente, mas, sim, a um melhor histórico jurídico do ponto de vista da moral política substantiva (ARAÚJO, 2001, p. 133), o que denomina integridade do Direito (DWORKIN, 1999).

Em Larenz (1997, p. 211):

A resolução de questões jurídicas exige uma problematização global dos elementos relevantes para a compreensão do fenômeno e a elaboração de argumentos pertinentes para justificação da solução adotada.

Essa problematização volta-se não só para questões formais, mas considera também a justificação material da decisão. Desse ponto de partida, Alexy voltou-se à elaboração de um método capaz de estruturar uma argumentação jurídica lógica e que, ao mesmo tempo, pudesse fundamentar racionalmente a adoção de juízos de valor.

Para tanto, o teórico alemão primeiramente questionou se a atividade de decisão judicial poderia dispor de um conjunto de regras “susceptíveis de consenso que permitam um

controle racional e comprovável” (ALEXY, 1999, p. 15). O caminho por ele adotado parte de uma concepção ampla de racionalidade, embasada no pensamento de Jürgen Habermas (1999). Este autor sustenta que as questões práticas podem ser decididas racionalmente, por meio de requisitos incorporados ao procedimento adotado para a tomada de decisão. Determinados requisitos procedimentais teriam o condão de garantir a racionalidade do discurso prático, pois criam condições de participação, estabelecem critérios de argumentação e procuram garantir que todos os elementos relevantes para determinada discussão sejam considerados.

O objetivo do discurso racional prático não é uma verdade compreendida como correspondência entre enunciados e fatos, adotada nas ciências exatas e naturais, mas sim uma verdade no sentido de correção, ou seja, emanada do consenso obtido a partir da obediência ao procedimento dialógico estabelecido previamente.

Nesse tocante, McCarthy (1987, p. 360) comenta:

Su posición – a de Habermas – es que las innegables diferencias entre las lógicas de la argumentación y la argumentación práctica no son tales como para desterrar a esta última del ámbito de la racionalidad; que las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas “mediante razón”, mediante la fuerza del mejor argumento; que el resultado del discurso práctico puede ser un resultado “racionalmente motivado”, la expresión de una “voluntad racional”, un consenso justificado, garantizado o fundado; y que en consecuencia, las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad en un sentido lato de este término.¹¹

No esteio dessa compreensão, Alexy sintetiza o conceito de discurso prático como “um procedimento adotado para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos e sua racionalidade é definida através do conjunto de regras do discurso” (ALEXY, 1993, p. 48).

A partir dessa concepção, Alexy (2001) desenvolveu uma teoria geral do discurso eminentemente procedimental, criando um sistema de 22 regras e 6 formas de argumentação prática geral. Entre essas regras estão, por exemplo, a possibilidade de cada ser humano de participar do discurso e o direito de cada participante de apresentar e criticar qualquer argumento, que garantem, respectivamente, a liberdade e a igualdade, base normativa da teoria do discurso. Existem, além das mencionadas, as regras que visam a possibilitar a

¹¹ “Sua posição – a de Habermas – é que as inegáveis diferenças entre as lógicas da argumentação e a argumentação prática não são tão fortes para desterrar esta última do âmbito da racionalidade; que as questões práctico-morais podem ser decididas “mediante razão”, mediante a força do melhor argumento; que o resultado do discurso prático pode ser um resultado “racionalmente motivado”, a expressão de uma “vontade racional”, um consenso justificado, garantido ou fundado; e que, consequentemente, as questões práticas são suscetíveis de verdade em um sentido lato deste termo.” (Tradução nossa)

compreensão mútua, como clareza linguística, não contradição, verdade empírica; e as que prescrevem posturas aos participantes para que o diálogo seja possível, como sinceridade na argumentação, consideração das consequências, entre outras.

O autor alemão sintetiza suas pretensões teóricas na seguinte passagem:

Por lo tanto, para el futuro próximo, considero que una de las tareas fundamentales es la utilización sistemática de conocimientos jus filosóficos y teórico-jurídicos para la solución de problemas jurídico- dogmáticos. Habrá que otorgar aquí prioridad al nivel analítico. Una segunda tarea central me parece ser el desarrollo de la filosofía y la teoría del derecho como una parte de la filosofía práctica. La prioridad reside aquí en el nivel normativo. Me parece de especial interés la elaboración de una concepción amplia de la racionalidad práctica procesal. La realización de estas tareas es el objetivo de una teoría del derecho y de la ciencia del derecho orientada por el concepto de la razón práctica, que reúna en una teoría integrativa los numerosos elementos de las concepciones filosófico-jurídicas, teórico-jurídicas y socio-jurídicas (ALEXY, 1999, p. 16).

No percurso de sua elaboração, Alexy passou à análise específica do discurso prático no Direito e, nesse campo, desenvolveu uma teoria da decisão judicial. Para os fins deste trabalho, é interessante esta última abordagem. Destaque-se ainda que, além de Habermas, Richard Hare, Stephen Toulmin e Chain Perelman, são contributos teóricos nas suas elaborações.

A partir da concepção de discurso prático geral que adota, Alexy entende que o discurso jurídico é uma forma específica de discurso prático. Para o autor alemão, a adoção de determinada interpretação da norma e a decisão judicial que dela advém podem ser racionalmente fundamentadas, se os preceitos da razão prática forem observados. O procedimento específico para a racionalização da interpretação e da decisão judicial revela-se no método da ponderação.

A compreensão desse método exige o conhecimento dos conceitos de princípios e regras, subespécies em que as teorias do Direito que levam valores em consideração dividem as normas.

4 PRINCÍPIOS E REGRAS: DIMENSÕES ESTRUTURAL, DE CONFLITO, FUNCIONAL E EXPLICATIVA

A ideia de princípio não é uma construção contemporânea. Entretanto, a abordagem que lhe foi atribuída a partir dos anos 1960, especialmente pela obra de Dworkin (2002),

introduziu novas discussões na teoria jurídica. Até esse momento, o modelo jurídico positivista clássico, conformado teoricamente na obra de Hans Kelsen (2009) e, anos mais tarde, referenciado no trabalho de Herbert Hart (2007), reunia praticamente todo o pensamento jurídico e pautava o modo de se elaborarem problemas e hipóteses na teoria do Direito.

O modelo de sistema jurídico kelseniano-hartiano é descrito nas palavras de Neil MacCormick (2006, p. 299) como:

[...] um conjunto de norma primárias mutuamente inter-relacionadas que regem os deveres de pessoas numa sociedade, e normas secundárias que dão a indivíduos em funções públicas ou privadas o poder de variar a incidência de todo o conjunto de norma, a alterar as normas ou a aplicar outras incluídas nesse conjunto. O que unifica o conjunto por inteiro, formando um sistema, é a existência de uma norma secundária que estabelece critérios para identificar todas as normas que pertencem a ele e que, desse modo, estipula o dever de autoridade de observar e fazer vigorar as outras normas.

Conforme a descrição, a base da organização sistemática referencia-se numa norma fundamental, que atesta a autoridade de origem das outras normas.

O positivismo kelseniano-hartiano adota o preceito da separação entre moral, política e Direito¹², preocupando-se em descrever o fenômeno jurídico isento de quaisquer pretensões prescritivas. A novidade advinda dos trabalhos de Dworkin não é a “invenção” dos princípios, pois estes já eram utilizados pela dogmática e julgadores, expressos por meio de máximas e brocardos. A contraposição da jurisprudência da valoração ao modelo hartiano introduziu um novo debate no campo da teoria jurídica. Para a referida vertente teórica, os princípios traduzem o aspecto político-valorativo do ordenamento jurídico, componente que fora ignorado nas considerações positivistas. As críticas que formula consideram que a exclusão ou negação do elemento axiológico fizeram do positivismo uma teoria inapta para compreender adequadamente o Direito e oferecer soluções aos problemas jurídicos.

Por outro lado, os debates que se travaram no campo teórico, especialmente entre Hart e Dworkin, evidenciaram equívocos que este último cometeu na avaliação do modelo jurídico hartiano e várias de suas teses seguiram controvertidas¹³. Para os fins deste

¹² É inexata a afirmação de que os teóricos positivistas ignoram que elementos externos, como a moral, a política, os interesses diversos exerciam influência sobre o Direito. No entanto, no paradigma positivista clássico, a ciência jurídica não poderia pautar seus métodos e suas análises por esses elementos, ela deveria ser autônoma e eminentemente descritiva do fenômeno jurídico para que pudesse compreender sua essência. A ideia kelseniana de “teoria pura do direito” se propõe a construir essa autonomia.

¹³ Esse debate se estabeleceu principalmente por meio de artigos que cada autor escrevia em resposta às refutações que suas teses recebiam. Entre os principais estão o *Postscript*, de Hart, para O conceito de Direito

trabalho, entretanto, interessa que, a partir do marco de estudos e conflitos doutrinários acerca dos princípios jurídicos, muitas concepções teóricas foram inauguradas ou remodeladas, cambiantes entre um extremo e outro dos referenciais em conflito; o positivismo ortodoxo de um lado e um voluntarismo de outro. Foi dessa época em diante que surgiram diversas elaborações na teoria do Direito, tanto prescritivas, quanto descritivas, e modelos de métodos de decisão judicial. Uma das elaborações mais influentes foi o modelo de princípios e regras no Direito, o qual concebe que o sistema jurídico é composto por esses dois tipos diferentes de norma.

É usual que se aponte a generalidade¹⁴ como diferença primordial entre as duas espécies: os princípios seriam normas de um alto grau de generalidade e, as regras, normas de reduzido grau de generalidade (Alexy, 1988, p. 141).

A ideia de princípio comporta diferentes acepções. Geralmente, é entendida como sinônimo de normas amplas, com características muito genéricas, e vagas, expressas por meio de conceitos indeterminados, que expressam valores, direitos fundamentais e máximas do Direito ou preceitos de elevado grau hierárquico. Tal polissemia resulta em que o termo “princípio” é adotado em contextos bastante diversos.

Dworkin empreende uma diferenciação entre princípios e regras que vai além da mera aferição da generalidade, propondo que os dois subtipos normativos distinguem-se também qualitativamente. Melhor dizendo, a diferença não seria apenas o grau de generalidade, mas também, e talvez especialmente, a natureza dos comandos normativos.

O princípio propriamente dito é definido como “um padrão que deve ser observado porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 141). Nessa definição, a característica fundamental no *standard* princípio é sua dimensão intrínseca de valor. As regras, por sua vez, correspondem a normas criadas por um acordo político.

Ainda conforme Dworkin (2002), outro ponto diferencial é o fato de que as regras constituem mandados de realização plena. Significa dizer que, constatada a ocorrência da hipótese de incidência ou fato operativo, elas devem ser aplicadas nos termos exatos do comando normativo que expressam. A regra válida ou é incidente e deve gerar efeitos, ou não incide, por não se constatar correspondência fática à premissa normativa, e, portanto, não

(2007), Modelo de Regras I e Modelo de Regras II, de Dworkin, que se encontram na coletânea Levando os Direitos a Sério (2003).

¹⁴ Nesse sentido, generalidade pode ser entendida como imprecisão, alto grau de abstração, vagueza e polissemia de termos, entre outras características que fazem da norma um comando genérico, sem delimitações específicas quanto à aplicabilidade, abrangência e efeitos.

interfere no fato. A aplicação das regras seria pautada pelo tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*) (DWORKIN, 2002).

Quanto aos princípios, em razão de sua natureza, não determinam diretamente a decisão a ser tomada nem em que termos concretizar seu comando. Eles somente fornecem razões em favor de uma ou outra forma de decidir. Não se tratam, portanto, de comandos taxativos, mas de guias decisórios. Essa forma de incidência e aplicação revela a chamada dimensão de peso (*dimension of weight*) dos princípios (DWORKIN, 2002).

Nessa proposição, a colisão entre regras¹⁵ é solucionada por meio do reconhecimento da validade de uma regra e invalidade da outra, com sua conseqüente exclusão do ordenamento jurídico.¹⁶ Já a colisão entre princípios deve ser resolvida através de ponderação¹⁷, procedimento em que, diante da situação fática afere-se a dimensão de peso de cada um. Para se determinar qual terá prevalência, considera-se a força relativa de cada princípio, devendo se sobrepor aquele que ofereça melhor decisão ao caso, sem que tal decisão resulte na invalidação do princípio tido como de menor peso. Essa ponderação é demandada apenas em situações concretas, pois, como se verá, a teoria não comporta a existência de colisão entre princípios *in abstracto*, ou em tese.

Alexy, aceitando a postulação de que as colisões entre princípios e entre regras são solucionadas de modos diferentes, aprofunda as razões apontadas por Dworkin para essa diferenciação. O jurista alemão considera que o verdadeiro núcleo de distinção entre regras e princípios está no fato de que os princípios são normas que ordenam a realização de algo “na maior medida possível” (ALEXY, 1988, p. 143). Tratam-se, portanto, de mandados de otimização e são caracterizados por aceitarem diversos graus de cumprimento. O alcance de sua implementação depende das possibilidades fáticas, que se definem pela ocorrência da hipótese normativa (ou fato operativo), e jurídicas, determinadas pela aferição dos princípios e regras que se manifestam em sentido contrário à incidência da norma.

As regras, por sua vez, são normas que exigem um cumprimento pleno. Nessa medida, são simplesmente cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra é válida e o fato operativo por ela previsto se realiza, é obrigatório fazer precisamente o que está ordenado,

¹⁵ Entenda-se, quando o mesmo fato adéqua-se à hipótese normativa de mais de uma regra, dando ensejo à incidência de múltiplas normas.

¹⁶ A outra opção é reconhecimento de um caso especial de exceção à incidência de uma das normas em conflito, operando-se a calibração do sistema (FERRAZ JUNIOR, 2003, p.185).

¹⁷ O sentido de ponderação adotado por Dworkin, diz respeito ao juízo de razoabilidade e equidade, referenciado na tradição da *common law* pelo *due process of law*.

pois, diversamente do princípio, a regra exige apenas uma medida específica de cumprimento.

4.2 Características específicas dos conflitos entre princípios: as limitações do método subsuntivo

Alexy observa, primeiramente, que os conflitos antinômicos ocorrem de maneira diferente para as regras e para os princípios. Do mesmo modo, a solução das antinomias deve obedecer a procedimento diverso, conforme o tipo normativo.

A contradição entre regras pode ser observada em abstrato, não sendo necessária a ocorrência de um caso concreto para que se evidencie a incompatibilidade entre normas dessa natureza. Isso ocorre porque a descrição dos fatos operativos, nas regras, é feita de modo fechado, ou seja, através de um rol limitado de hipóteses¹⁸. As regras tem pretensão de exclusividade sobre as situações concretas que dão ensejo à sua incidência.¹⁹

Por essa razão, o choque entre regras se soluciona através da exclusão de uma delas do ordenamento jurídico ou com a declaração de situação que excepciona a incidência de uma ou de outra. A dogmática jurídica elaborou critérios de solução de antinomia entre regras, que se pautam pela cronologia, hierarquia e especialidade das normas²⁰. Por meio deles, deve se estabelecer (*in concreto* ou *in abstrato*) qual regra tem validade exclusiva para normatizar determinada hipótese fática.

Os princípios, por sua vez, não colidem em abstrato, pois comportam comandos que devem coexistir sempre, ou, pelo menos, enquanto o ordenamento jurídico conferir relevância aos valores que representam. É necessário que exista uma demanda pela incidência de princípios no caso concreto para que uma colisão se configure. Não se estabelece hierarquia apriorística entre princípios.

Diferentemente do que sucede às regras, a solução acerca de qual princípio deve ter prevalência para normatizar o caso concreto não pode ser buscada pela via da invalidação de um ou outro. Da abertura da descrição fático-hipotética expressa pelos princípios, aduz-se que eles não demandam incidência exclusiva, como se dá com as regras. Cada princípio

¹⁸ Como supramencionado.

¹⁹ Referência à “pretensão de exclusividade” porque as regras são elaboradas para disciplinarem com exclusão de quaisquer outras o fato típico que descrevem, mas, na ocorrência de uma antinomia real, não se configura essa exclusividade e o ordenamento não possui critérios internos de solução.

²⁰ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6º.

tem um campo de incidência amplo, que comporta intersecções com outros princípios. Sendo assim, a solução de conflito dessa natureza se realiza pela atribuição de prevalência a um dos princípios no caso concreto, sem que se afete a validade de qualquer deles.

A partir do reconhecimento da natureza diferenciada das normas-princípios em relação às regras, Alexy elaborou um método de interpretação e aplicação de princípios que visa a incorporar essas especificidades ao raciocínio jurídico. Segundo o autor, a regra de ponderação “nos dice cómo argumentar cuando sólo se puede cumplir un principio a costa de outro”²¹ (ALEXY, 1988, p.147), o qual, igualmente, poderia ter incidência na situação fática observada.

É fundamental a ressalva feita pelo filósofo alemão quanto ao que se pode esperar da técnica:

Pero es claro que la regla sólo nos dice la dirección del argumento. No prescribe ningún resultado [...]. En razonamiento práctico general, así como en razonamiento jurídico, no se puede esperar el tener un método que nos permita llegar a una solución definitiva para cada caso difícil. Lo que se puede crear son estructuras racionales para el razonamiento (ALEXY, 1988, p. 147).²²

Essa afirmação demonstra o caráter eminentemente procedimental da racionalidade e justificação do discurso jurídico, especificamente na tomada de decisão judicial.

As dificuldades cognitivas, epistemológicas, metodológicas, que são inerentes à natureza do Direito não permitem que se estabeleça uma ordenação exata – num sentido “matemático” – de seus termos e regramentos, do grau de valoração atribuído a cada preceito ou a delimitação precisa de cada termo jurídico. Um empreendimento que busque atribuir racionalidade e correção à decisão deve se voltar, portanto, para o procedimento de tomada da decisão. Uma decisão judicial atinge a qualidade de racional ou razoável por meio da observância a regras que garantam a racionalidade do discurso e incorporem os valores subjacentes ao ordenamento.

²¹ “nos diz como argumentar quando só se pode satisfazer um princípio às custas de outro.” (Tradução nossa)

²² “Mas é claro que a regra só nos diz a direção do argumento. Não prescreve nenhum resultado [...]. No razoamento prático geral, assim como no razoamento jurídico, não se pode esperar que tenha um método que nos permita chegar a uma solução definitiva para cada caso difícil. O que se pode criar são estruturas racionais para o razoamento.” (Tradução nossa)

4.3 Diferenciação funcional: princípios e regras como razões para a ação

Para os órgãos de aplicação do Direito, as regras cumprem a função de razões autoritativas e peremptórias (ATIENZA, MANERO, 1991). Por razão autoritativa entende-se o comando que obrigatoriamente se impõem, independentemente do conteúdo, em razão de sua origem. O pertencimento válido ao direito positivo atesta a origem autorizada de um comando.

Razões peremptórias, por sua vez, são os comandos cuja única condição de obediência é a realização da hipótese fática, pois dispensa-se apreciação meritória de sua incidência. O órgão aplicador do Direito não precisa demonstrar a conveniência em obedecer ao que determina a norma ou se a mesma representa a melhor solução para o caso. Desse modo, configurado um fato concreto adequado à hipótese de incidência da regra, seu comando deve ser cumprido, afastando-se avaliações quanto à qualidade da incidência e do conteúdo normativo. A adoção de uma regra não precisa ser justificada pela demonstração de que se trata da decisão “melhor”, “mais justa”, “mais qualificada”, sua única exigência é a realização do fato operativo.

Neste sentido, Atienza e Manero (1991, p. 112) consideram:

Las reglas están destinadas, pues, a que cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. El carácter Independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones “perentorias” o “protegidas”. Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado e adoptado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.²³

Em síntese, a observância ao comando de uma regra se fundamenta em sua origem autorizada (razão autoritativa) e dispensa qualquer consideração de mérito (razão peremptória).

A obediência aos princípios explícitos e implícitos é plasmada de forma diferente. Os princípios explícitos são razões autoritativas, pois devem ser obedecidos em função da

²³ “ As regras estão destinadas, pois, a que quando se deem suas condições de aplicação, os órgãos jurisdicionais excluam, como base de sua resolução, seu próprio juízo acerca do balanço das razões aplicáveis e adotem como tal base o conteúdo da regra. O caráter independente do conteúdo afeta o porquê dos órgãos jurisdicionais deverem obedecer à regra, isto é, as razões pelas que devem considerá-las como razões “peremptórias” ou “protegidas”. E, neste sentido, se supõe que os órgãos jurisdicionais devem considerá-las assim pelo motivo de sua fonte (isto é, da autoridade normativa que as ditou e adotou): sua origem em tal fonte é condição suficiente para que os órgãos jurisdicionais devam considerá-las como razões peremptórias.” (Tradução nossa)

fonte autorizada da qual emanaram, mas não são razões peremptórias, pois o órgão jurisdicional precisa apresentar os motivos de sua adoção.

O princípio explícito, assim como a regra, tem existência positivada, logo, não é necessário que se demonstre a compatibilidade de seu conteúdo com o ordenamento jurídico²⁴. O fundamentado de sua aplicação reside na autoridade que o originou. No entanto, porque o princípio não se constitui como razão peremptória, o órgão jurisdicional deve fundamentar porque lhe atribuiu incidência em determinada decisão ou atuação.

A diferença se dá porque, em geral, para cada fato específico, há somente uma regra incidente. A dinâmica do ordenamento revela-se no sentido de não existirem antinomias, prevendo, inclusive, critérios e meta-critérios para solucioná-las, no intuito fundamental de que só exista uma regra aplicável a cada fato jurídico. A colisão entre regras é indesejável, evitada pelo sistema, e resulta na invalidação de uma das regras colidentes ou na estipulação de hipótese especial que excepciona a incidência de uma delas. Exatamente por isso a realização do fato operativo é razão suficiente para a aplicação da regra.

As antinomias entre princípios, por sua vez, são frequentes, em razão da conformação aberta de suas hipóteses de incidência. Um mesmo fato jurídico pode dar ensejo à aplicação de princípios diversos. Tais antinomias não se solucionam através da declaração de invalidade de um ou outro princípio colidente. Nesse caso, é preciso justificar atribuição de incidência a um princípio em detrimento do outro. Logo, torna-se necessário que o órgão institucional expresse os critérios e o método pelos quais chegou a escolher um princípio e negou incidência a outros que igualmente poderiam determinar a decisão no caso.

O agente jurisdicional realiza uma opção entre os princípios em disputa, mas não se trata de uma escolha livre (pelo menos não totalmente livre), pois é preciso que ele demonstre que a opção adotada é adequada racional e juridicamente. Conforme a teoria da argumentação jurídica, o aplicador da norma deve seguir um procedimento racional na tomada de decisão, pelo qual pondera os princípios em disputa, e demonstrar que sua ação ou julgamento está atrelado de forma sistêmica ao ordenamento jurídico, harmoniza-se com decisões precedentes de casos semelhantes e que considerou as influências que ela poderia exercer no mundo.

Esses são os três critérios mencionado por Neil MacCormick (2006, p. 165,197, 255) como elementos básicos que devem constar no processo de argumentação

²⁴ Ressalvamos que o pertencimento de um dispositivo ao ordenamento jurídico sempre pode ser questionado. Entretanto, na passagem, refere-se à presunção de validade atinente às normas positivadas.

jurídica. Como mencionado, a teoria da argumentação jurídica desenvolvida por MacCormick guarda semelhanças com a de Alexy e os preceitos propostos pelos dois autores permitem o diálogo entre as duas elaborações.

Os princípios implícitos não são razões peremptórias e nem autoritativas. De um lado sua incidência não dispensa justificação, pois não são independentes do conteúdo. De outro, o princípio, por não ser positivado explicitamente, tem existência controvertida. Em razão disso, é necessário que o aplicador do Direito comprove que ele existe validamente no ordenamento jurídico, o que deve ser feito pela demonstração de que seu conteúdo pode ser deduzido a partir do conjunto do ordenamento positivado.

Nesse ponto, estabelece-se uma divergência entre teóricos não positivistas e aqueles que tentam manter referenciais positivistas mínimos²⁵. Para Dworkin (2002) os princípios jurídicos podem ser extraídos da moral social ou da sua qualidade de justiça intrínseca, o que abre passagem para o inesgotável problema da justiça. Atienza e Manero (1991), por outro lado, procuram manter a submissão dos princípios implícitos ao ordenamento positivo, postulando que a justificação de sua adoção não pode prescindir da coerência com as regras e princípios baseados nas fontes.

Os referidos autores, em síntese, defendem que:

Puede decirse, pues, que las reglas son razones autoritativas tanto en cuanto al por qué operan como al cómo operan en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales; que los principios explícitos son razones autoritativas en cuanto al porqué de su presencia en dicho razonamiento pero no en cuanto al cómo operan en él; y que los principios implícitos, en fin, no son autoritativos en cuanto a su forma de operar en el razonamiento y, en cuanto al porqué de su presencia en él, lo son, en todo caso, solo indirectamente, en tanto que tal presencia se fundamenta en su adecuación a las reglas y principios explícitos. (ATIENZA e MANERO, 1991, p. 113).²⁶

A adoção de um princípio explícito deve justifica-se na demonstração de sua existência como razão subjacente que possa ser inferida de regras e princípios explícitos.

Por fim, há uma importante distinção entre princípios em sentido estrito e diretrizes quanto aos tipos de razão que fornecem para a ação. As diretrizes estabelecem razões de tipo instrumental, ou seja, motivos em favor de quaisquer ações que conduzam à realização do fim pretendido pela norma programática. Como foi dito, a

²⁵ Nesse nível da discussão, não se pode mais falar em positivistas ortodoxos.

²⁶ “Pode-se dizer, pois, que as regras são razões autoritativas tanto pelo porquê operam como pelo como operam em seu razoamento justificatório dos órgãos jurisdiccionais; que os princípios explícitos são razões autoritativas quanto ao porquê de sua presença em tal razoamento mas não pelo como operam nele; e que os princípios implícitos são, enfim, não são autoritativos quanto a sua forma de operar no razoamento e, quanto ao porquê de sua presença nele, o são, em todo caso, só indiretamente, conquanto tal presença se fundamenta em sua adequação às regras e princípios explícitos”. (Tradução nossa)

diretriz não determina os meios que devem ser utilizados, por isso entende-se que dela deriva uma razão estratégica, voltada à consecução de uma finalidade, não excludente de outras ações, desde que adequadas ao objetivo da diretriz.

Diferem assim dos princípios em sentido estrito, que são razões de correção. Enquanto a incidência das diretrizes é motivada a partir da necessidade de realização de um fim, o motivo para a incidência de um princípio em sentido estrito situa-se na comprovação de que, na ponderação com outras normas-princípios ou regras, deve-se a ele maior peso.

5 JUSTIFICAÇÃO E RACIONALIDADE: PRINCÍPIOS COMO SÍNTESES VALORATIVAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Atienza e Manero (1991) definem a função de justificação como o papel exercido pelas normas no estabelecimento de critérios de criação, aplicação, interpretação ou modificação do Direito. Trata-se de procedimento inerente à natureza do raciocínio jurídico enquanto forma especial da razão prática.

De acordo com a teoria da argumentação jurídica, a demonstração da racionalidade de uma decisão jurisdicional depende dos componentes do discurso jurídico e da observância ao método racional de tomada de decisão. Os elementos do discurso jurídico devem garantir a racionalidade discursiva, ao passo em que o método de tomada de decisão deve ser capaz de incorporar todas as razões relevantes para o caso, as quais são fornecidas pelo ordenamento (MACCORMICK, 2006, p. 299-336).

As regras, por sua natureza, diminuem a complexidade no exercício do raciocínio jurídico, no sentido de que sua aplicação prescinde de ponderação²⁷ com outras regras. Conforme se viu, são razões autoritativas e peremptórias. Dessa redução de complexidade é possível derivar maior clareza dos comandos e previsibilidade do resultado de controvérsias jurídicas. A estrutura das regras comporta comandos que permitem sínteses interpretativas básicas e mais diretas.

Os princípios, por sua vez, desenvolvem uma função mais ampla do que as regras. Apesar de sua aplicação demandar uma operação de maior complexidade e sua incidência comportar relativa redução da previsibilidade, eles possuem um alcance

²⁷ A as regras prescindem de ponderação, por serem razões peremptórias, mas não prescindem de interpretação, como, de resto, nenhuma norma.

justificador maior e um campo de incidência muito mais largo. Isso se dá porque sua tipificação é mais aberta.

Essa característica é crucial para a compreensão do papel dos princípios no raciocínio jurídico. A função de justificação por eles exercida tem uma amplitude horizontal, ou seja, perpassa todo o sistema jurídico, e vertical, pois atua junto ao fundamento e ao sentido atribuído ao ordenamento.

A avaliação principiológica não entra em jogo apenas nos chamados “casos difíceis”²⁸, quando se instala uma controvérsia grave acerca da norma que deve prevalecer numa situação concreta. Também naqueles que se consideram “casos fáceis”, o raciocínio jurídico principiológico se opera. Em tal situação, ele tem lugar quando conduz o intérprete a concluir que a aplicação da norma não é problemática.

A incidência dos princípios não se direciona apenas de forma direta ao caso concreto, pois, mesmo nos “casos fáceis”, a aplicação de uma regra é plasmada pelo conjunto de princípios que dá racionalidade e coerência ao sistema. Em semelhante modelo jurídico, eles pautam a conformação, a interpretação e a incidência da norma e conferem sentido ao ordenamento como um todo. Trata-se de uma característica patente nas ordens jurídicas da atualidade, indissociável do conceito de Estado de Direito (MACCORMICK, 2006, p. X).

Na jurisprudência da valoração, esse sentido é compreendido “como atrelado a valores cuja realização pode ser assegurada pelo cumprimento da regra ou como objetivos sociais, para cuja consecução o cumprimento da regra aparece como meio” (ATIENZA; MANERO, 1991, 117). Defende-se, portanto, que as regras, mesmo sendo razões peremptórias²⁹, não estão desatreladas de um raciocínio jurídico prévio acerca de sua compatibilidade com os princípios que dão significado ao ordenamento. Esse raciocínio, todavia, à diferença do que sucede aos princípios, não precisa ser demonstrado.

A obediência à regra não pode prescindir de um juízo interpretativo que perscruta, em seu conteúdo e estrutura, o cumprimento de valores e fins subjacentes ao sistema jurídico. MacCormick (2006), compreendendo esse caráter reflexivo da racionalidade do ordenamento, aponta que “a lógica de aplicação da norma é a lógica central do direito dentro do moderno paradigma da racionalidade jurídica sob o manto do ‘Estado de

²⁸ “Caso difícil” trata-se daquele cuja solução é controversa, não pode ser assumida *prima facie*, e demanda uma ponderação.

²⁹ Ou seja, dispensam avaliações ou deliberações acerca da conveniência ou valoração da incidência seu comando.

Direito” (MACCORMICK, 2006, p. 305). A função de sintetizar tal racionalidade a que se refere MacCormick cabe aos princípios.

Em segundo lugar, a função de justificação dos princípios pode ser expressa por meio de razões de correção e razões instrumentais. As razões de correção são fornecidas por princípios em sentido estrito, que demandam a adoção de um agir específico, mesmo nos casos em que a descrição do comando se expresse em termos imprecisos³⁰. As razões instrumentais, por sua vez, consubstanciam-se nas diretrizes, que determinam obrigações finalísticas. Ao estabelecerem um objetivo a ser perseguido no Direito, ordenam que se empreguem ações voltadas à sua realização. A justificação de ações e decisões baseadas numa diretriz, configura-se no juízo de adequação dos meios aos fins pretendidos.

A delimitação da função justificadora de regras e princípios até aqui apresentada fundamenta-se no pressuposto de que a unidade e coerência do sistema jurídico são estabelecidas não apenas através da norma fundamental de reconhecimento, mas dos valores e objetivos que sintetizam a função do ordenamento (ATIENZA; MANERO, 1991; MACCORMICK, 2006).

No caso dos princípios, essa função é exercida em dois graus distintos. O primeiro é o que embasa a escolha das normas e dos critérios de aplicação, referenciados pelo sentido geral do ordenamento, o modelo social e valores subjacentes ao Direito (MACCORMICK, 2006, p. 305). Trata-se do sentido de coerência, um dos critérios considerados por MacCormick (2006) na argumentação jurídica. Para o autor inglês:

A argumentação a partir da coerência [...] busca não apenas evitar incompatibilidades ou contradições categóricas, mas na realidade encontrando um modo para que o sistema como um todo faça sentido, ao fazer sentido de suas ramificações separadamente (MACCORMICK, 2006, p. 347).

As tensões, disputas, contradições e interações entre valores rivais fazem com que a coerência seja muito mais uma pretensão ideal, que está à mercê da dinâmica de transformações constantes no Direito.

O segundo nível de justificação opera-se quando tem lugar a aplicação direta de um princípio ao caso concreto. Do mesmo modo, é necessário que se estabeleça um

³⁰ A estrutura normativa do princípio em sentido estrito segue o esquema descrição de fato operativo (no seu caso, uma descrição aberta) e previsão das consequências que devem resultar ou ser implementadas.

caminho de aplicação que guarde coerência com a racionalidade do sistema. Nesse ponto específico, tem lugar o método da ponderação.

6 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS: A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Após justificar a diferença entre as formas de aplicação de princípios e regras e referenciar a ideia de racionalidade no Direito na razão prática discursiva, Alexy chega ao preceito da proporcionalidade³¹ como síntese finalística do método de aplicação e solução de conflitos entre princípios. O autor baseia-se nas ideias complementares de razoabilidade e devido processo legal e esmiúça a proporcionalidade em três sub-regras, como se segue:

Esta regla comprende tres subreglas: la regla de adecuación (Grundsatz der Geeignetheit), la regla de necesidad (Grundsatz der Erforderlichkeit), y la regla de proporcionalidad en sentido estricto (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) (ALEXY, 1996, p. 46)³².

Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são as três dimensões de proporcionalidade que a técnica da ponderação propõe para a aplicação racional dos princípios. Conforme Flávio Quinaud Pedron (2008, p.25), as três sub-regras estruturam-se de modo a funcionar de forma sucessiva e subsidiária, ou seja, sua análise deve obedecer a uma ordem determinada e a subregra seguinte demanda o atendimento da anterior. Dessa forma, a sequência prescrita é aferição da adequação, necessidade e, por fim, proporcionalidade em sentido estrito.

A subregra da adequação refere-se à relação entre o fim prescrito pelo princípio, plasmado por um valor, e a idoneidade do meio escolhido pela autoridade para dar concretude a esse fim. A adoção de qualquer medida ou decisão em nome de um princípio só

³¹ A proporcionalidade é um axioma do conhecimento jurídico associado a equilíbrio e equidade (tradição romano-germânica) e ao *due process of law* (tradição da *common law*). O conceito de proporcionalidade trabalhado por Alexy vem da tradição jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã

³² “Esta regra compreende três sub-regras: a regra de adequação (Grundsatz der Geeignetheit), a regra de necessidade (Grundsatz der Erforderlichkeit), e a regra da proporcionalidade em sentido estrito (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)”. (Tradução nossa)

pode ser aceita se ela puder fomentar a realização de seu comando. A desconformidade entre o meio e o fim principiológico deve levar o operador do Direito a descartar, no processo de interpretação e solução de problemas, a ação ou decisão inadequada.

A inadequação é ainda mais patente quanto a medida que, além de inapta a proporcionar a realização material do conteúdo de um princípio, afeta negativamente outro princípio, conforme expõe Alexy:

Supongamos que el legislador introduce la norma *N* con la intención de mejorar la seguridad del Estado. *N* infringe la libertad de expresión. La seguridad del Estado puede ser concebida como materia, un principio, dirigido aun bien colectivo. A este principio le podemos llamar P1. La libertad de expresión puede ser concebida como un derecho individual fundamental que se basa en un principio. A este principio le llamaremos P2. Supongamos ahora que la norma *N* no es adecuada para promover P1, esto es, la seguridad del Estado, y sin embargo, infringe P2, o sea, la libertad de expresión. En este caso de inadecuación, existe la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida, declarando inválida *N*, que aceptando la validez de *N*. Aceptar la validez de *N* no conlleva ninguna ganancia para P1 sino sólo pérdidas para P2. (1993, p. 46)³³

O juízo de adequação, portanto, é pautado por razões instrumentais, relacionando meios aos fins inferidos do comando.

A subregra da necessidade, por sua vez, verifica-se na comparação entre formas alternativas de aplicação da norma, a partir do grau de restrição que poderiam causar a outros princípios. Diante da existência de múltiplos meios adequados para dar concretude à norma, a questão central neste tocante é a identificação daquele que não cause prejuízo a outros princípios, ou cause o menor prejuízo. A necessidade demanda, pois, a adoção do meio adequado e menos gravoso.

Diante de várias medidas e decisões diferentes capazes de realizar os fins estabelecidos por determinado princípio, o juízo de necessidade será atendido mediante a adoção do meio que menos afete outros princípios em questão.

Também neste caso Alexy (1993, p. 46) exemplifica:

³³cc Suponhamos que o legislador introduz a norma *N* com a intenção de melhorar a segurança social do Estado. *N* infringe a liberdade de expressão. A segurança do Estado pode ser concebida como matéria, um princípio, dirigido a um bem coletivo. Podemos chamar este princípio de P1. A liberdade de expressão pode ser concebida como um direito individual fundamental que se baseia em um princípio. Chamaremos este princípio de P2. Suponhamos agora que a norma *N* não é adequada para promover P1, isto é, a segurança do Estado, e ainda assim, infringe P2, ou seja, a liberdade de expressão. Neste caso de inadequação, existe a possibilidade fáctica de cumprir ambos os princípios conjuntamente em uma maior medida, declarando *N* inválida, do que aceitando a validade de *N*. Aceitar a validade de *N* não oferece nenhum ganho para P1, senão, só perdas para P2.” (Tradução nossa)

Supongamos que hay una alternativa N' a N , que es suficientemente adecuada para promover $P1$, y que infringe menos $P2$ que N . En esta situación, $P1$, y $P2$ prohíben conjuntamente N . N no es necesaria para realizar $P2$, porque $P1$ puede ser cumplido con un costo menor.³⁴

As duas primeiras subregras sintetizam a verificação das possibilidades fáticas para a incidência de um princípio. A proporcionalidade em sentido amplo manifesta-se pelo alcance do que Alexy (1993) denomina “ótimo de Pareto”, a garantia de que a medida ou decisão analisada tenha algum sentido geral de compatibilidade e pertinência com o sistema jurídico, antes do enfrentamento principiológico propriamente dito.

No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, última etapa do processo de ponderação, os princípios em confronto são diretamente mediados. Nesse momento, evidencia-se a análise da “dimensão de peso” inicialmente proposta por Dworkin, tendo lugar quando um ato adequado e necessário atinge outros princípios relevantes num caso concreto. Entra em questão a razoabilidade da restrição imposta aos princípios preteridos, comparada aos benefícios do princípio ao qual se atribuiu prevalência. Nessa fase, realiza-se a ponderação ou sopesamento propriamente ditos.

O caminho apontado por Alexy (1993), para que a ponderação seja efetuada com razoabilidade, “puede expresarse de la siguiente manera: cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del outro principio” (ALEXY, 1993, p. 47).

Na análise da proporcionalidade em sentido estrito, algumas questões devem ser respondidas, entre elas: os princípios protegidos e benefícios gerados são mais relevantes do que as restrições provocadas? A relação entre o valor das perdas e valor dos ganhos advindos da preferência por um princípio é equilibrada, ou desequilibrada em favor dos ganhos? O sacrifício causado pode ser justificado pela superioridade do fim buscado? Em síntese, questiona-se qual é o princípio a que se deve atribuir maior peso e em que limites essa preponderância pode ser estabelecida.

Nas subregras de adequação e necessidade, a análise se executa por meio da remissão do princípio em exame e seus desdobramentos à viabilidade fática, considerando sua compatibilidade com a estrutura geral do ordenamento, numa espécie de aferição de

³⁴ Suponhamos que há uma alternativa N' a N , que é suficientemente adequada para promover $P1$, que que infringe menos $P2$ que N . Nesta situação, $P1$ e $P2$ proibem conjuntamente N . N não é necessária para realizar $P2$ porque $P1$ pode ser cumprida com um custo menor.” (Tradução nossa)

legitimidade. Na proporcionalidade em sentido estrito, o princípio, chancelado nas fases anteriores da ponderação, é confrontado com as restrições que causa a outros princípios ou regras com que vem a colidir, que, da mesma forma, reivindicam incidência e gozam de autoridade da fonte produtora. Nesse momento, o desfecho da questão demanda que o julgador escolha um dos princípios em jogo.

Diferentemente dos dois passos anteriores, em que, a partir do parâmetro do direito positivo constitucional e da realidade fática, era possível demonstrar com clareza o caminho percorrido pelo julgador, a verificação da proporcionalidade em sentido estrito remete o juízo a um campo que extrapola os limites jurídico-positivos, pelo que não se pode compreender ou justificar a decisão apenas a partir de ditames normativos. Nesse limite, o filósofo alemão retoma a ideia da correlação entre direito e moral:

En muchos casos la respuesta no es clara. La teoría del discurso no es una máquina que nos permita determinar exacta, objetiva y definitivamente el peso de cada derecho, pero muestra que son posibles los argumentos racionales acerca de los derechos. Y por esto, muestra que la inclusión de derechos fundamentales en el sistema jurídico conduce a una conexión entre Derecho y Moral (ALEXY, 1988, p.49)

A ideia síntese é que a confrontação de princípios é, na verdade, a confrontação dos valores que subjazem aos princípios.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste artigo, aludiu-se à jurisprudência dos valores como o campo teórico que promoveu a incorporação de elementos valorativos ao conceito de Direito e reconheceu a insuficiência do método lógico-dedutivo para, isoladamente, permitir o conhecimento adequado do fenômeno jurídico. Esse campo teórico introduziu no Direito novos elementos epistemológicos e metodológicos, notadamente os valores sócio-políticos que, inegavelmente, se incorporam ao ordenamento e são traduzidos em linguagem jurídica.

O consectário dessas mudanças teóricas foi a elaboração contemporânea da ideia de princípios, tipos normativos que traduzem conjuntos de valores políticos e sociais que

moldam o ordenamento, extrapolando o conceito positivista de Direito e implementando aspecto axiológico ao sistema.

Daí que firma suas conclusões no sentido de vincular argumentação jurídica e moral. A busca da racionalidade no discurso jurídico seria também uma busca do que é melhor.

A tese da vinculação entre Direito e moral, nos termos adotados por Alexy e outros teóricos do campo da valoração, é controversa e combatida por parte da filosofia jurídica. Para autores como Hart, Raz e Ferrajoli, o erro fundamental dos teóricos que inserem a moralidade no Direito estaria em cair no campo das postulações prescritivas, tarefa que não pertence à ciência jurídica. O abandono da descrição e enveredamento do jurista no caminho da prescrição poderia dar ensejo à usurpação da função do legislador, que é o agente legítimo de criação do Direito.

Outras críticas dirigidas se expressam na acusação de autoritarismo, derivado do universalismo moral que permeia a tese; a falta de cientificidade da abordagem valorativa, que, em última instância, seria um retorno ao jusnaturalismo; o apelo a concepções metafísicas, entre outras. No entanto, este trabalho não comporta a reflexão acerca dessas críticas.

A despeito da controvérsia e dos pontos frágeis que se devem reconhecer no modelo jurídico de princípios e valores e na técnica da ponderação em particular, é inegável que o desenvolvimento dos estudos e produções no Direito proporcionou novos rumos e novos questionamentos, a partir da reincorporação dos debates políticos e valorativos. Esse giro paradigmático está associado às reflexões filosóficas e políticas pós-Segunda Guerra Mundial. A partir da influência de vertentes como a Teoria Crítica, o neoconstitucionalismo, correntes pós-positivistas, entre outras, postulou-se o esgotamento do modelo juspositivista clássico nas tarefas de compreender o fenômeno jurídico e construir soluções para os conflitos que permeiam esta esfera.

Tal renovação teórica conduziu a novos paradigmas no constitucionalismo, o que interessa especialmente neste trabalho. A reflexão sobre princípios jurídicos, a elaboração de um método interpretativo no Direito adequado à estrutura principiológica são, ao mesmo tempo, demandas e instrumentos de uma nova compreensão do papel da Constituição no ordenamento jurídico. Em demandas judiciais que exibem (ou que se pensa exibir) alto valor axiológico, o problema central é, justamente, a interpretação constitucional orientada por princípios e, tanto no STF quanto em outras Cortes Constitucionais que se filiaram,

historicamente, à tradição alemã, a representação valorativa-principiológica é reconhecida como paradigma político-jurídico da hermenêutica realizada.

Nos ordenamentos contemporâneos, os valores dos princípios estão consubstanciados no texto constitucional especialmente por meio dos direitos fundamentais. Por essa razão, geralmente os conflitos entre princípios se estabelecem pelo choque entre direitos fundamentais de sujeitos variados. As especificidades principiológicas estudadas nesta investigação são elaborações que procuram apreender a dimensão semântica dos princípios e operar o debate e o proceder jurídico num nível condizente com as demandas que se apresentam ao Direito nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. **DOXA**, Alicante, nº 5, p. 139-151, 1988.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011

_____. **Derecho y razón práctica**. Cidade do México: Fontanamara, 1993.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. “**O Império do Direito**” de Ronald Dworkin. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 4. n. 7 e 8, jan./jun. 2001.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso Extraordinário de ação declaratório de inconstitucionalidade nº 439, 445, 451. Grupo Clarín S.A e outros c/ Poder Executivo e outro. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&iid=706428>> . Acesso em: 13 jun.2013

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre Principios e reglas. **DOXA**, Alicante, nº 10, p. 101-120, 1991.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

BRASIL. Lei 5.250 de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm> . Acesso em: 05 mar. 2014.

_____.Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Proponente: Partido Democrático Trabalhista. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=12837>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

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

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, V. 34 (2011). pp. 15-53.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

HABERMAS, Jürgen . **Teoría de la acción comunicativa, I**. Madrid: Taurus, 1999.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes, 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

LARENZ, Karl. **Metodologia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MCCARTHY, Mardones. **La teoría crítica de Jürgen Habermas**. Madrid: Tecnos, 1987

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. A Ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XII, n. 40, p. 20-30, jan/mar. 2008.