

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

LUIS HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA

PROPORCIONALIDADE E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

VITÓRIA-ES

2022

LUIS HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA

PROPORCIONALIDADE E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa Sistema de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Coletivos.

Orientador: Prof. Dr. Geovany Cardoso Jeveaux.

VITÓRIA-ES

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

O48p Oliveira, Luis Henrique Silva de, 1990-
Proporcionalidade e precedentes obrigatórios / Luis Henrique Silva de Oliveira. - 2022.
248 f.

Orientador: Geovany Cardoso Jevaux.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Proporcionalidade. 2. Precedentes judiciais. 3. Processo civil. 4. Argumentação Jurídica. 5. Direitos fundamentais. 6. Direito constitucional - Filosofia. I. Jevaux, Geovany Cardoso. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

**ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO
MESTRANDO LUIS HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA**

Às 19 horas e 30 minutos do dia 17 do mês de outubro do ano de 2022, via webconferência reuniu-se a banca examinadora composta da seguinte forma: Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux (orientador); Prof. Dr. Hermes Zaneti Junior (Membro interno – PPGDIR/UFES); e Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior (Membro externo – FDV), para a sessão pública de Defesa de Dissertação do mestrando **Luis Henrique Silva de Oliveira**, com o tema: "PROPORCIONALIDADE E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS". Presentes os membros da banca e o examinando, o presidente deu início a sessão, passando a palavra ao aluno; após exposição de 20 minutos por parte do examinando, os membros da banca formularam as suas arguições, as quais foram respondidas pelo aluno: em seguida, o presidente da sessão solicitou que os presentes deixassem a sala para que a banca pudesse deliberar; ao final das deliberações, o presidente da sessão convocou o mestrando e os interessados para ingressarem na sala; com a palavra, o presidente da banca leu a decisão da banca que resultou a:

APROVAÇÃO COM DISTINÇÃO do examinando, pois a banca julgou que a dissertação constitui excepcional contribuição à ciência processual e seu texto está pronto para publicação, embora careça de algumas correções de natureza formal; por fim, o presidente da sessão alertou que o aprovado somente terá direito ao título de Mestre após entrega da versão final de sua dissertação, em papel e meio digital, a Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.

Nada mais havendo a tratar, foi encerrada a sessão da qual se lavra a presente ata, que vai assinada eletronicamente de acordo com a Portaria Normativa 08/2021 PRPPG/UFES.



Programa de Pós-Graduação em Direito Processual PPGDIR / UFES
NPJ CCJE UFES Campus de Goiabeiras, Vitória, ES
Site: <http://www.direito.ufes.br/>
E-mail: pos.direito@ufes.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
GEOVANY CARDOSO JEVEAUX - SIAPE 7294615
Departamento de Direito - DD/CCJE
Em 18/10/2022 às 11:13

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/585548?tipoArquivo=O>



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
GEOVANY CARDOSO JEVEAUX - SIAPE 7294615
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil
Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil - PPGDP/CCJE
Em 18/10/2022 às 11:15

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/585551?tipoArquivo=O>



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
HERMES ZANETI JUNIOR - SIAPE 3585560
Departamento de Direito - DD/CCJE
Em 18/10/2022 às 21:50

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/586235?tipoArquivo=O>

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai e meu sócio, Hilton de Oliveira Filho, que me apresentou o direito e, desde a infância, incentivou minha curiosidade e estima ao debate. Agradeço, também, à minha mãe, Juliana Silveira da Silva, por todo apoio e carinho durante toda minha vida e, especialmente, durante esse período da pós-graduação.

Agradeço à minha avó paterna Altair, em memória, que me ensinou muito em vida, sem minha avó não seria quem sou hoje – e a saudade que eu sinto não cabe em apenas uma frase. Agradeço, também, aos meus avós maternos Antônio (em memória) e Wanda, por todos os momentos que compartilhamos.

Agradeço à minha madrastra Elisa que sempre cuidou de mim como se fosse seu filho.

Agradeço às minhas tias Márcia, Martha, Luciana, Maria José, Eliane, Delfina, Patrícia, Cristiane e Denise, porque aprendi com todas elas lições valiosas durante a minha vida. Agradeço aos meus primos que fazem as vezes dos irmãos que eu não tive, mas que são muitos e não cabem aqui.

Agradeço à Universidade Federal do Espírito Santo, onde me graduei em direito em 2014 e a qual retornei em 2020, em meio ao caos pandêmico, para o mestrado. A UFES é, para mim, um local de sonhos, realizações e frustrações, mas que, acima de tudo, cumpre a sua missão de educar a todas as pessoas.

Agradeço ao meu orientador, Dr. Geovany Cardoso Jevaux, primeiramente, pela oportunidade que me foi concedida em cursar o mestrado sob sua orientação, mas, principalmente, pelos ensinamentos durante os encontros de orientação, durante o estágio de docência nas matérias de graduação de Teoria do Estado e Teoria da Constituição e, também, nas matérias do mestrado de Teoria da Justiça e Teoria do Controle de Constitucionalidade.

Agradeço aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da UFES, especialmente, ao Dr. Hermes Zaneti Júnior, com quem aprendi muito durante as aulas e, também, pelos apontamentos realizados durante o exame de qualificação. Também à professora Dra. Brunela

Vieira de Vincenzi, por partilhar comigo, tanto seu conhecimento, quanto sua gentileza e consideração.

Agradeço à professora Dra. Cláudia Toledo (UFJF), cujos apontamentos e correções realizados durante o exame de qualificação foram fundamentais para o desenvolvimento da presente pesquisa. Agradeço, também, ao professor Dr. Américo Bedê Freire Júnior (FDV), por aceitar avaliar a presente dissertação.

Agradeço aos servidores do mestrado em Direito, Fernando e Adrielle, que sempre me atenderam com presteza e atenção.

Agradeço aos meus amigos da vida, Marihá, Iana, Gabriel, Aline, Fabio, Isabelle, Mateus, Izadora, Raquel, Rosiane, Daniel e Eder, por serem a família que escolhi para mim.

Agradeço aos amigos do mestrado Verônica (minha dupla), Isabella, Carlos André, Clívia, Glênio e Luana. Compartilhamos todas as alegrias e angústias do curso e nos apoiamos mutuamente durante esse período. Certo que nossa amizade não se encerra com o fim do mestrado, dedico-lhes esse trabalho.

Agradeço aos meus amigos e colegas de trabalho, Beatriz e Igor, por me apoiarem, por lerem esse texto e por cobrirem minhas horas de ausência do escritório para que pudesse realizar a atividade de pesquisa. Não teria conseguido sem vocês!

Agradeço às minhas companheiras caninas, Luna e Nix, pelo amor incondicional que transcende espécies e, também, por me tirarem de casa para os passeios todos os dias.

Os agradecimentos acima não estão organizados em ordem de importância, todos contribuíram muito comigo durante essa fase do mestrado e durante a minha vida e seria, por isso, impossível tentar qualquer tipo de ordenação.

Ainda assim, esse último agradecimento é o mais importante de todos, por motivos que não cabem aqui. Dito isso, agradeço ao Matheus, que é minha base, minha família e meu melhor amigo. Todas as vezes que pensei em desistir ou que me senti fraco, você me amparou com

compreensão e me estimulou a continuar. Não existem palavras que expressem o quão fundamental você é em minha vida, por isso, limito-me, aqui, a lhe agradecer profundamente por todos os dias que compartilhamos até aqui e por tudo que ainda temos por vir.

RESUMO

O sistema processual brasileiro atual consolidou uma dupla tendência no direito brasileiro: o da concessão de eficácia vinculantes às decisões judiciais e a codificação das teorias dogmáticas analíticas e hermenêuticas da interpretação do direito e da fundamentação das decisões jurídicas. Embora se reconheça a importância das teorias hermenêuticas, o foco será lançado sobre a influência das teorias analíticas do direito, em virtude do referencial teórico adotado. As inovações legislativas estão pautadas na busca pelo incremento da racionalidade do discurso jurídico, contudo, divergem no sentido de implementação dessa racionalidade. A teoria da argumentação jurídica e a teoria dos princípios, presentes na codificação processual, enquanto densificação do dever de fundamentação das decisões jurídicas, buscam a correção enquanto sinônimo de justiça procedimental, através da explicitação lógica e argumentativa das premissas utilizadas pelos julgadores no contexto da descoberta e da justificação das decisões judiciais. Os precedentes obrigatórios buscam a racionalização do direito por meio da segurança jurídica, da proteção da confiança dos jurisdicionados, da estabilidade, da unidade, da coerência das decisões judiciais, enquanto expressão da exigência de universalização e a igualdade formal. Existe uma tensão entre justiça e estabilidade inerente à coexistência de ambos os institutos processuais. Dessa tensão, expõe-se o problema de pesquisa que consiste na investigação de uma potencial contradição interna da codificação processual civil ao prever ambos os institutos e estabelecer entre eles correlações. Demonstra-se que a pesquisa realizada adere à área de concentração do Programa de Pós-graduação em Direito Processual, por tratar de um método de tomada de decisões judiciais amplamente adotado na jurisdição das liberdades, a saber, a máxima da proporcionalidade, já que o programa pretende estudar o processo enquanto mecanismo de promoção da justiça, objetivo precípuo desse método de resolução de colisões normativas e os precedentes obrigatórios como instrumento de estabilização do discurso jurídico. O objetivo da investigação consistiu em averiguar se a contradição aventada no problema existe ou não e, se existe, em quais condições. O principal aporte teórico utilizado para a pesquisa foi a teoria do direito de Robert Alexy, tanto a teoria dos princípios, como a da argumentação jurídica. Conclui-se que a contradição apontada no problema pode existir, caso associada uma forma de compreensão das normas decorrentes dos precedentes obrigatórios denominada de impropriamente tipificante.

Palavras-chave: proporcionalidade; precedentes; princípios; argumentação; colisão.

ABSTRACT

The current Brazilian procedural system has consolidated a double tendency in Brazilian law: that of granting binding effectiveness to judicial decisions and the codification of analytical and hermeneutical dogmatic theories of the interpretation of law and the basis of legal decisions. Although the importance of hermeneutical theories is recognized, the focus will be on the influence of analytical theories of law, due to the theoretical framework adopted. Legislative innovations are based on the search for increasing the rationality of legal discourse, however, they diverge in the sense of implementing this rationality. The theory of legal argumentation and the theory of principles, present in procedural codification, as a densification of the duty to justify legal decisions, seek correction as a synonym of procedural justice, through the logical and argumentative explanation of the premises used by judges in the context of discovery and the justification of judicial decisions. Mandatory precedents seek to rationalize the law through legal certainty, protection of the trust of jurisdiction, stability, unity, coherence of judicial decisions, as an expression of the demand for universalization and formal equality. There is a tension between justice and stability inherent to the coexistence of both procedural institutes. From this tension, the research problem is exposed, which consists in the investigation of a potential internal contradiction of the civil procedural codification when foreseeing both institutes and establishing correlations between them. It is shown that the research carried out adheres to the area of concentration of the Postgraduate Program in Procedural Law, as it deals with a method of judicial decision-making widely adopted in the jurisdiction of freedoms, namely, the maxim of proportionality, since the The program intends to study the process as a mechanism for promoting justice, the main objective of this method of resolving normative conflicts and mandatory precedents as an instrument for stabilizing the legal discourse. The purpose of the investigation was to find out whether the contradiction raised in the problem exists or not and, if so, under what conditions. The main theoretical contribution used for the research was Robert Alexy's theory of law, both the theory of principles and the theory of legal argumentation. It is concluded that the contradiction pointed out in the problem may exist, if associated with a form of understanding of the rules arising from mandatory precedents called improperly typifying.

Keywords: proportionality; precedents; Principles; argumentation; collision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY.....	8
1.1 A CLASSIFICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY.....	10
1.2 A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL E A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDA.....	12
1.3 A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	19
1.3.1 As objeções ao conceito de princípios jurídicos e as suas respostas.....	24
1.3.2 Tabela de diferenças entre regras e princípios.....	29
1.4 A LEI DE COLISÃO.....	30
1.5 OS TIPOS DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
1.6 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E A OTIMIZAÇÃO DAS POSSIBILIDADES FÁTICAS NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS.....	34
1.6.1 A adequação.....	37
1.6.2 A necessidade.....	39
1.6.3 A adequação e a necessidade e o controle de prognoses dos fatos legislativos.....	40
1.6.4 A adequação e a necessidade e a afetação negativa do mandado de mais de um princípio.....	41
1.7 A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E A MAXIMIZAÇÃO DAS POSSIBILIDADES JURÍDICAS NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS.....	43
1.7.1 A crítica de Böckenförde.....	46
1.7.2 A crítica de Habermas.....	47
1.8 A RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E VALORES.....	51
1.9 A FÓRMULA DO PESO.....	52
1.10 AS MARGENS DE DISCRICIONARIEDADE EPISTÊMICA E ESTRUTURAL.....	59
1.10.1 A margem de discricionariedade epistêmica e estrutural e os princípios formais.....	63
2 O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU CONTEÚDO.....	66
2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS.....	66
2.2 A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	69
2.3 O ÂMBITO DE PROTEÇÃO E O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	73
2.4 O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SOPESAMENTO.....	76
3 A MIGRAÇÃO E A CIRCULAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE ENTRE OS DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS.....	79
3.1 A PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E O TESTE DO BALANCEAMENTO.....	87
3.2 A RECEPÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO BRASIL.....	96

3.3	A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	106
3.4	A JUSTIFICAÇÃO NORMATIVA DA ADOÇÃO DA PROPORCIONALIDADE.	108
4	PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS, FONTES DO DIREITO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.	112
4.1	AS TRADIÇÕES JURÍDICAS E A TEORIA DAS FONTES DO DIREITO.	118
4.1.1	O Direito Pré-Moderno: o Direito Comum nos países da Civil Law.	121
4.1.2	O Direito Moderno: a experiência legislativa e a tradição do Civil Law.	124
4.1.3	A experiência jurisdicional: a tradição jurídica da common law.	130
4.2	A CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.....	139
4.3	A DECISÃO JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO BRASILEIRO.	146
4.4	O CONCEITO DE PRECEDENTE E A EFICÁCIA VINCULANTE.	155
4.4.1	A eficácia dos precedentes e a sua classificação.	157
4.4.2	A classificação dos precedentes judiciais, segundo seu caráter normativo ou declaratório.	161
4.4.3	A tipologia de decisões judiciais que formam precedentes obrigatórios no direito brasileiro atual.	163
4.4.4	Ratio decidendi no contexto das colisões de direitos fundamentais que formem precedentes obrigatórios originários.....	165
4.5	TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E PRECEDENTES JUDICIAIS.	171
4.5.1	Visão geral da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy.	171
4.5.2	Aspectos relevantes da teoria do discurso.	173
4.5.3	A teoria do discurso racional geral de Robert Alexy.....	175
4.5.4	As regras e formas do discurso prático.....	177
4.5.5	A passagem do discurso prático geral para o discurso jurídico.....	182
4.5.6	A justificação interna das decisões jurídicas.	188
4.5.7	A justificação externa das decisões jurídicas.	190
4.6	INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: ENTRE A ANALÍTICA E A HERMENÊUTICA?	192
4.6.1	Objetivos da Intepretação.	201
4.6.2	Os meios e regras da interpretação.	203
4.7	O SENTIDO DA UNIVERSALIZAÇÃO DA NORMA-PRECEDENTE NO CONTEXTO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	208
4.8	O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS ORIGINÁRIOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	212
4.9	O PRECEDENTE OBRIGATÓRIO CRIATIVO E O PENSAMENTO TIPIFICANTE EM SENTIDO IMPRÓPRIO.....	214
4.9.1	Os casos Lebach I e II como exemplos paradigmáticos do direito comparado..	218
4.9.2	Os precedentes judiciais como instrumento de fixação de parâmetros para a ponderação: a distinção como método de trabalho para os precedentes judiciais.....	219
5	CONCLUSÃO.....	221
	REFERÊNCIAS.....	228

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui como objeto o estudo da coexistência da máxima da proporcionalidade, enquanto critério de fundamentação das decisões judiciais que resolvam colisões de direitos fundamentais, e dos precedentes obrigatórios, como forma de estabilização da tutela jurisdicional e da atividade interpretativa dos tribunais. Com isso, pretende-se aferir a compatibilidade ou incompatibilidade metodológica entre ambos os institutos, uma vez que coexistem no âmbito do Código de Processo Civil de 2015. O problema do qual parte a pesquisa consiste na existência de uma potencial contradição entre a máxima da proporcionalidade, enquanto critério de resolução de colisões normativas de princípios, que presume a existência de uma abertura do discurso jurídico e da atividade interpretativa a uma multiplicidade de argumentos jurídicos e práticos gerais e a concepção dos precedentes obrigatórios como tipos normativos destinados ao encerramento da atividade interpretativa e o fechamento do discurso jurídico, o que somente pode ocorrer parcialmente.

São os objetivos da presente dissertação: a) a exposição da teoria dos princípios e dos postulados, que embasam a utilização da máxima da proporcionalidade enquanto método de resolução de colisões normativas decorrente da própria natureza dos princípios; b) separar as existências de colisões reais de colisões potenciais e, assim, delimitar o uso da máxima da proporcionalidade aos casos efetivamente contenciosos; c) comparar a máxima da proporcionalidade com outros métodos de adjudicação de direitos fundamentais e defender sua utilização de forma normativa; d) expor os elementos da teoria dos precedentes obrigatórios e seus aspectos jurídico-positivos que são essenciais para a compreensão do tema estudado; e) demonstrar a existência de uma contradição da utilização da máxima da proporcionalidade para formação de precedentes obrigatórios, se estes forem concebidos enquanto tipos desvinculados dos fatos materiais que deram ensejo à formação do precedente, com aporte da teoria da argumentação jurídica alexyana.

Para consecução dos objetivos acima, o trabalho será dividido em 04 capítulos. Os três capítulos iniciais tratam da questão da máxima da proporcionalidade com enfoques diferentes: o primeiro trata da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, seus conceitos fundamentais, as críticas que lhe foram endereçadas e respostas formuladas acerca racionalidade do modelo combinado de regras e princípios, da possibilidade da formulação de decisões racionais na

ponderação de princípios, bem como a sua compatibilização com democracia e a separação dos poderes; o segundo estuda o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e a separação entre colisões reais e potenciais de direitos fundamentais, como instrumento de controle da aplicação dos princípios para a resolução de questões jurídicas concretas; o terceiro capítulo pretende separar a proporcionalidade de outros métodos para adjudicação de direitos existentes no ordenamento jurídico interno e no direito comparado, como a razoabilidade e o *balacing test*.

O quarto capítulo trabalha os conceitos fundamentais da teoria dos precedentes obrigatórios, tais como: o conceito de *família jurídica* e de sistema jurídico, sob o enfoque duas grandes famílias jurídica do Ocidente, a *civil law* e a *commom law*, e suas correlações com a teoria das fontes do direito; a convergência entre modelos antes concebidos como opostos no contexto do Estado Democrático Constitucional; o conceito de *stare decisis*; o conceito relacional de precedente; as diferentes eficácias dos precedentes obrigatórios no direito brasileiro; apresenta-se uma tipologia de decisões que formam precedentes obrigatórios no direito brasileiro e é problematizada a questão da súmula; por fim, sustenta-se a *ratio decidendi* do precedente obrigatório enquanto norma, composta pelos fatos materiais do caso-precedente e o seu consequente normativo, que deve conter ao menos uma norma-regra.

O quarto capítulo ainda relaciona o produto da colisão de princípios, segundo a lei de colisão, ou seja, a norma de direito fundamental atribuída com o conceito de *ratio decidendi* e propõe entre eles uma identificação, ao menos para o caso dos precedentes obrigatórios criativos, com a particularidade de que sempre expressará uma relação de precedência condicionada às circunstâncias fáticas e jurídicas apresentadas pela colisão de direitos fundamentais da qual se desprende. Adota-se, então, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy como referência para a análise da aplicação da *ratio decidendi* dos precedentes obrigatórios criativos aos casos posteriores e são trabalhados os pressupostos da teoria do discurso prático geral, do discurso jurídico, da argumentação jurídica, os meios de argumentos e as regras da argumentação jurídica. Com base na teoria do discurso, são propostos conceitos consistentes de universalização da norma-precedente, do princípio da universalidade e da igualdade formal como base normativa para a argumentação por precedentes e o ônus argumentativo que é imposto a quem deles pretenda se desviar.

Por fim, é exposta a incompatibilidade metodológica da máxima da proporcionalidade com os precedentes obrigatórios, caso estes sejam concebidos como tipos jurídicos, em sentido impróprio, ante o descolamento da norma-precedente de seus aspectos contextuais. Alternativamente, é exposta a técnica da distinção, com a prolação de precedentes definidores ou especificadores da *ratio decidendi* do precedente criativo, enquanto método de trabalho e de compatibilização entre a máxima da proporcionalidade e os precedentes obrigatórios e suas consequência para: (a) a formação de uma cadeia de normas de direitos fundamentais atribuídas, que seja capaz de restringir (mas não eliminar) a ponderação de princípios a casos cada vez mais raros de colisões reais de direitos fundamentais; (b) o estabelecimento de parâmetros fixos para a atividade de ponderação de princípios nos casos de colisões específicas, tal como nos casos *Lebach I e II*; (c) ao final, aventa-se a possibilidade das categorias pertencentes à teoria dos princípios para auxiliar no processo de superação de normas-precedentes cuja valoração normativa não mais corresponda à solução jurídica mais *correta* para a colisão que se apresenta. Nesse último caso, a força obrigatória do precedente atuaria como um princípio formal, tal como o princípio do legislador democraticamente eleito, na esteira dos casos de empate da fórmula do peso. Esse último tema é problematizado, mas não é efetivamente desenvolvido, porque ultrapassa o objeto da pesquisa desenvolvida.

As referencias bibliográficas utilizadas na realização da pesquisa giram em torno da Teoria do Direito de Robert Alexy e seus comentadores nacionais Virgílio Afonso da Silva e Cláudia Toledo, por um lado, e da teoria brasileira dos precedentes obrigatórios, com destaque para obras de Geovany Cardoso Jevaux, Hermes Zaneti Júnior e Lucas Buril de Macêdo. Por sua vez, o utilizado foi o do método da revisão crítico-bibliográfica, primordialmente, e o método de análise empírico-documental, de forma secundária.

Entende-se que a presente pesquisa se encontra em consonância com a linha de pesquisa do Mestrado em Direito Processual ao qual está vinculado e à área de concentração do Programa de Pós-graduação em Direito Processual, por tratar de um método de tomada de decisões judiciais amplamente no âmbito da jurisdição constitucional. Além disso, ao menos desde a edição do Código de Processo Civil de 2015, a máxima da proporcionalidade e o sistema de precedentes se tornam previsões decorrentes diretamente do direito positivo processual, tal como demonstrado no trabalho. Há que se considerar, ainda, que o programa pretende estudar o processo enquanto mecanismo de promoção da justiça e a forma pela qual a introdução de

normas com abertura semântica no ordenamento jurídico, tais como os princípios, podem ser aplicadas de forma racional, intersubjetivamente controlável e com compatibilidade com a segurança jurídica.

Especificamente quanto à linha de concentração, o projeto de dissertação está vinculado à linha 1: Sistema de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Coletivos, uma vez que pretende discutir as relações inerentes entre a teoria da norma, com a separação entre princípios e regras, e o exercício da jurisdição, enquanto mecanismo de promoção da justiça pelo processo, em um diálogo com a Constituição Federal.

1 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY.

Compreende-se que a filosofia jurídica de Robert Alexy¹ constitui um sistema², ou seja, um conjunto unitário e coerente, segundo uma orientação racional, desenvolvido ao longo de mais de uma centena de trabalhos acadêmicos esparsos e de suas principais obras: a Teoria da Argumentação Jurídica (publicada em alemão em 1978, pela primeira vez e em 2001, em sua versão traduzida para português); a Teoria dos Direitos Fundamentais (cuja versão original, em alemão, foi publicada em 1985 e traduzida para o português em 2008); e o Conceito e Validade do Direito (publicado em 1992, em alemão, e traduzido para o português em 2009).

Cada uma dessas obras desenvolve um pilar central do pensamento de Alexy, no sentido de institucionalização da razão: a sua teoria da argumentação jurídica, com base na teoria do discurso, defende que o direito é um caso especial do discurso prático geral e sustenta a possibilidade de se fundamentar racionalmente as proposições do raciocínio jurídico³; a teoria dos direitos fundamentais, que os compreende como princípios, ou seja, enquanto

¹ Nasceu em 1945, em Oldenburg, na Alemanha. Em 1968, iniciou seu estudo em da ciência do direito e da filosofia, na universidade Georg-August, em Göttingen. Foi assistente de Ralf Dreier, na cátedra de teoria do direito geral na mesma universidade. Em 1984, ainda Göttingen, habilitou-se para as disciplinas de direito público e filosofia do direito, com o tema da “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Em 1986, aceitou o chamamento da cátedra da universidade Christian-Albrechts, em Kiel. Desde 2002, é membro ordinário da classe histórico-filológica da academia das ciências, em Göttingen. Informações retiradas da Nota do Tradutor, de Luís Afonso Heck, da obra ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a. Tradução: Luís Afonso Heck.

² A ideia de que o pensamento de Robert Alexy constitui um sistema foi diretamente inspirada nos seguintes trabalhos acadêmicos: TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 29-47. KLATT, Matthias. Robert Alexy's Philosophy of Law as a System. In: KLATT, Matthias (org.). *Institutionalized Reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. Cap. 1. p. 1-26. KUMM, Mattias. Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice. *International Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, v. 2, n. 3, p. 574-596, jul. 2004.

³ As teses iniciais propostas pela perspectiva argumentativa do direito são as seguintes, segundo Alexy: (i) o discurso jurídico é uma caso especial do discurso prático geral; (ii) isso ocorre ante às constantes referências, no âmbito do discurso jurídico às questões práticas, compreendidas como “aquilo que pode ser feito ou omitido”; (iii) essas discussões devem ser realizadas de acordo com uma pretensão de correção consubstanciada num dever de fundamentação racional das proposições normativas no ordenamento jurídico vigente, sendo este o ponto central da argumentação jurídica: a justificação, que pode ser interna e externa, a primeira diz respeito à lógica interna das premissas que sustentam a argumentação jurídica e a segunda à seleção das proposições racionais que devem fundamentar o raciocínio jurídico; (iv) as discussões inerentes ao discurso jurídico são limitadas pelo direito vigente ; (v) essas limitações ao discurso jurídico podem variar de acordo com sua forma de manifestação, de forma que é mais livre na Ciência do Direito e mais limitada no âmbito do processo judicial, dada a ausência de voluntariedade na participação do réu, a ausência de compromisso integral com a verdade e a limitação temporal, regulada pelas regras processuais, tais como as preclusões e a coisa julgada, e o interesse das partes que conduzirá suas ações. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a, p. 204-214. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva.

mandamentos de otimização aplicáveis por meio da máxima da proporcionalidade, também enquanto meio de racionalização do discurso jurídico no âmbito da jurisdição constitucional e de técnica para a produção da decisão judicial racional, correta e intersubjetivamente controlável nesse âmbito; e o conceito não-positivista do direito, por meio da tese da conexão necessária entre a validade e a correção jurídica e a moral, por meio de uma posição inclusiva⁴.

A teoria do direito de Robert Alexy constitui um modo de pensamento abrangente, direcionado à institucionalização da razão. Indaga-se qual é o conceito de razão do qual trata Alexy, uma vez que não é unívoco e possui mais de uma acepção⁵. Declaradamente, a compreensão de razão que é adotada pelo autor possui natureza procedimental, pela qual “uma declaração normativa é correta ou – sob o pressuposto de uma teoria da verdade liberal – verdadeira, quando ela puder ser resultado de um determinado procedimento, o do discurso racional”⁶. Esse procedimento é pautado pela ideia de correção identificado com o ideal de justiça, identificado com a ideia de equilíbrio e ponderação entre exigências de naturezas diversas, tais como direito de liberdade liberais e direitos fundamentais sociais⁷.

⁴ ALEXY, Robert. *O conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, *passim*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes.

⁵ Sob o tema em geral, Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991. E, também, Cf. RICOEUR, Paul. *O Justo 1: A justiça como regra moral e como instituição*. Tradução: Ivone C. Benetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Especificamente sobre o tema da justiça em Alexy, enquanto forma de acesso qualitativo à justiça, seu caráter procedimental, suas limitações e potencialidades, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Uma Teoria da Justiça Para o Acesso à Justiça*. In: JEVEAUX, Geovany Cardoso (org.). *Uma Teoria da Justiça Para o Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. Cap. 1. p. 54-58.

⁶ ALEXY, Robert. *A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica*. In: ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução: Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a. Cap. 4. p. 78.

⁷ ALEXY, Robert. *Justicia como Corrección*. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, 2003, p. 161-171. Neste artigo, o autor trata brevemente da questão da justiça enquanto a pretensão de correção argumentativa das questões de distribuição e compensação por meio do discurso: seja o discurso da argumentação, seja o discurso da decisão. A justiça representa para as questões de compensação e distribuição, o que a verdade representa para as questões relativas ao que acontece. Salienta-se que, para Alexy, a justiça se dá pela maximização dos argumentos corretos e não da utilidade, diferenciando-se, assim, das teorias de matriz hobbesiana. Alexy propõe a superação da posição emotivo-subjetivista no tratamento do tema da justiça, na medida em que uma teoria da justiça só é aceitável quando adequada aos interesses, as necessidades, as tradições e a cultura, dos indivíduos nela implicados. Alexy indica a teoria do discurso como uma teoria procedimental de correção das normas, cujo resultado certo depende de serem seguidas regras do discurso racional prático: “Estas condiciones pueden ser subdivididas en dos grupos. Las condiciones pertenecientes al primer grupo hacen referencia a reglas válidas para toda argumentación práctica racional, independientemente de la teoría del discurso. Entre estas condiciones figuran la no contradicción, la universalidad (en el sentido de un uso coherente de los predicados utilizados), la claridade lingüística y conceptual, la verdad empírica, la atención por las implicaciones, la ponderación. Estas reglas valen también para los monólogos. Para la teoría del discurso, em cuanto teoría de la justicia, son de interés central las reglas atinentes em modo particular al discurso. Estas reglas tienen um carácter no monológico. Las más importantes son las siguientes: (1) Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso. (2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción. (b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso. (c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades. (3) A ningún hablante puede impedirle ejercer sus derechos fijados em (1) y (2) mediante coerción interna o externa al discurso.”. Essas regras expressam a liberdade e a igualdade entre as pessoas, bem como a neutralidade e a objetividade dos argumentos, que são os elementos fundamentais de uma teoria discursiva

Não obstante a profundidade das interconexões existentes entre as obras acima listadas, bem como em outros artigos posteriores e anteriores aos livros, no presente capítulo, a análise empreendida, estará limitada aos aspectos que sejam essenciais à compreensão da Teoria dos Direitos Fundamentais, uma vez que esse será o alicerce teórico para o desenvolvimento dos capítulos posteriores. Dessa forma, deslocar-se-á a Teoria dos Direitos Fundamentais, a teoria dos princípios, a ideia de colisão enquanto forma de conflito normativo entre princípios e a máxima da proporcionalidade, enquanto método de solução desse conflito, para o centro do sistema de teoria do direito alexyano.

1.1 A CLASSIFICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY.

Alexy apresenta sua Teoria dos Direitos Fundamentais, enquanto uma teoria jurídica geral e, portanto, dogmática, dos direitos fundamentais vigentes na Constituição Alemã⁸, como sua tese de habilitação e tem como seus pontos principais de desenvolvimento teórico⁹: (i) a diferença entre regras e princípios (espécies), em um modelo combinado de normas (categoria); (ii) a ideia da máxima da proporcionalidade e a lei do sopesamento ou ponderação, enquanto método de aplicação das normas de direito fundamental; e (iii) a estrutura interna do sopesamento e a fórmula do peso, desenvolvida no posfácio do livro, publicado em 2002, bem como em artigos posteriores, onde são respondidas as principais críticas à sua obra. No livro, propõe-se a análise estrutural dos direitos fundamentais e seu manejo, no âmbito da jurisdição constitucional, de modo a assegurar a racionalidade do discurso jurídico na seara dos direitos fundamentais.

da justiça. Para Alexy, a estrutura da argumentação contém a estrutura da justiça. Daí se depreendem outras duas características: a procedimentalização e a idealização. Isso porque as regras da teoria do discurso não indicam um conteúdo substancial para a concepção de justiça e, ao mesmo tempo, não podem ser plenamente alcançadas no âmbito do discurso real ou pragmático e existem, apenas, em um âmbito ideal. Os problemas decorrentes dessas duas características só podem ser corrigidos mediante a apresentação de uma teoria da institucionalização. Logo, para a resolução da idealização é proposto o direito e a constituição, que servem de base para a resolução de problemas sociais concretos e servem de barreira para o caráter ilimitado do discurso ideal. Por outro, a procedimentalização é resolvida por meio de uma teoria da substância, que deve ser concebida de acordo com o fato do pluralismo que se observa nas sociedades contemporâneas, nas quais as concepções de justiça variam, por isso, deve ser combinada por tradição e crítica, por um lado, e unidade e diferença pelo outro.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. 5.^a Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017b, p. 31-33. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.

⁹ Os pontos destacados são os mesmos apontados por KLATT, Matthias. *Robert Alexy's Philosophy of Law as a System...*, 2012, p. 1-26.

Segundo Jeveaux¹⁰, a teoria dos direitos fundamentais, tal como concebida por Alexy, ao ser submetida à classificação dogmática, é

1) “primariamente analítica”, na “...tradição analítica da jurisprudência dos conceitos de índole deontológica; 2) empírico-analítica, porque se ocupa da jurisprudência do Tribunal Constitucional; e 3) normativo-analítica, porque analisa a racionalidade dos direitos fundamentais como parâmetro da decisão correta.

Dessa forma, a Teoria dos Direitos Fundamentais se apresenta como uma teoria integrativa e científica, uma vez que seu princípio unificante é “a ciência do direito como disciplina prática ou tridimensional”¹¹. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy possui declaradamente uma preocupação com dissecação sistemático-conceitual do direito vigente para a promoção da clareza conceitual e da coerência sistemática. Consequentemente, pretende-se a eliminação de contradições, uma vez que esse é o pressuposto da racionalidade de qualquer ciência. Esses objetivos revelam a influência da escola de jurisprudência dos conceitos¹² e na

¹⁰ JEVEAUX, Geovany C. *Teorias do Estado e da Constituição*. 1.ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015, p. 116.

¹¹ JEVEAUX, Geovany C. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 116, com base nesses apontamentos, Jeveaux diferencia, ainda, a teoria dos direitos fundamentais, tal como compreendida por Alexy, de outras teorias do mesmo campo de pensamento: a liberal, a institucional, a axiológica, a democrático-funcional e a do estado social. Isso porque essas teorias são apontadas como abstratas, baseadas em apenas uma tese e “não são baseadas naquelas três dimensões da dogmática, não sendo, portanto, “científicas””.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 49. E, também, JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e Ideologia*. 1.ed. Lisboa: GZ Europa, 2018, p. 55-58, sobre as escolas de jurisprudência, cabe transcrever a seguinte explicação: “As escolas de jurisprudência coincidem o período do cientificismo jurídico, de matriz cartesiana-comteana e, além de pretenderem dar ao direito um estatuto epistemológico, almejam responder sobre a quem cabe o protagonismo de sua criação. Elas se conectam com o tema da ideologia na medida em que, ao apresentarem o direito como interpretação (oficial ou não) da realidade, reagem uma às outras a partir da pretensão da primeira delas (Escola da Exegese) de fazê-lo à imagem e semelhança de seus destinatários: os cidadãos, na visão de Rousseau, como os titulares da vontade geral e, portanto, orientadores primários das decisões parlamentares.”. Especificamente sobre a jurisprudência dos conceitos à p. 63-64, escreve o mesmo autor que a escolha deriva do pensamento de Georg Friedrich Puchta, um discípulo de Savigny (fundador da escola histórica de jurisprudência), que “dele diverge ao assumir explicitamente que o direito deriva de uma genealogia de conceitos, construídos por operações lógico indutivas e dedutivas: de uma indução destes, por dedução, se chega aos conceitos. [...]”. O autor prossegue com a explicação: “Ocorre assim um retorno à abstração, por meio da pesquisa da relação causal de inferência entre princípios e conceitos específicos, em uma pirâmide de conceitos, tendente a conferir maior certeza e autonomia científica para o direito”. A jurisprudência dos conceitos é apresentada como origem dogmática dos positivismos jurídicos e apresenta o método da subsunção para “a aferição do enquadramento dos fatos concretos na previsão legal abstrata, reduzindo-se a realizada às regras jurídicas em busca da maior objetividade possível para a interpretação”. Possui, ainda, uma noção própria de sistema, de cunho abstrato, que se diferencia da noção de sistema organicista, em que “a unidade do todo se faz por meio de uma escala conceitual, tendo no ápice um conceito geral abstrato suprapositivo (não podendo com isso ser qualificado como positivista)”. Por sua vez, LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Função Calouste Gulbenkian, 1997, p. 22-29, aponta que o conceito supremo do qual derivam os demais é o conceito kantiano de liberdade, interpretado segundo a visão de Puchta. Contudo, segundo o autor, ao serem aplicadas a esse conceito mais geral e abrangente, as deduções sucessivas requerida pelo método desenvolvido por esta escola, por meio da extração de um conceito mais específico, decorrente dos elementos do conceito anterior adicionada – ao menos – mais uma característica própria, muito pouco sobra de seu substrato ético, que se torna irreconhecível. Para Larenz, isso é apontado como um defeito. Dessa forma, a jurisprudência dos conceitos serve de antessala para o formalismo jurídico que dominará o século XX, imediatamente posterior

deontologia a ela atrelada. A teoria se destina à fundamentação racional de juízos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais, que seja acessível a controles intersubjetivos e receba um tratamento lógico.

Esse desiderato enfrenta a vagueza e a polissemia dos conceitos jurídicos empregados nesse campo do conhecimento jurídico enquanto obstáculo. Os exemplos são fartos, mas, aqui basta que se aponte a constante referência a: “princípios”, “máximas”, “valores”, “liberdades fundamentais” etc. Por isso, justifica-se a preocupação sistemático-conceitual como a atividade precípua da Ciência do Direito¹³.

Serão expostos na sequência desse presente capítulo os principais conceitos desenvolvidos por Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Nessa tarefa, será dada voz principal ao próprio autor e será mantida a fidelidade aos postulados teóricos diretos, com alusão apenas colateral aos comentadores e estudiosos do tema, naquilo que for imprescindível à compreensão do texto ou fundamental no auxílio ao esclarecimento de eventuais tomadas de posição.

1.2 A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL E A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDA.

O conceito de norma de direito fundamental é um conceito mais amplo que o conceito de direito fundamental, uma vez que podem existir normas que não outorguem direitos subjetivos, ao passo que é indubitoso que todo direito fundamental é ancorado em uma norma correspondente. O conceito de norma de direito fundamental é dependente de um conceito anterior, o de norma, que é igualmente vago e polissêmico – além de ser utilizado em outros campos do conhecimento, tais como a Filosofia Moral, a Sociologia e a Etnologia. Logo, o conceito de norma de direito fundamental apresenta todas as dificuldades inerentes ao conceito de norma¹⁴.

Alexy apresenta um conceito semântico de norma que é ancorado na diferença entre norma e enunciado normativo. Enquanto exemplo de um enunciado normativo, o autor apresenta o

ao século de seu surgimento. Quanto à noção de sistema, aplica-se a noção de pirâmide, em que os conceitos inferiores são mais específicos e concretos e os superiores mais gerais e abstratos.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 37-38.

¹⁴ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 50-52.

artigo 16, parágrafo 2.º, inciso I, da Constituição Alemã, com o seguinte texto: “(1) Nenhum alemão pode ser extraditado”. Por meio desse texto, expressa-se a norma “que é proibido que um alemão seja extraditado”. Logo, a norma é o significado do enunciado normativo e isso é importante uma vez que uma mesma norma pode ser expressa por diferentes enunciados normativos. Seguindo o exemplo, assim, propõem-se os seguintes enunciados normativos capazes de expressar a mesma norma acima: “(1’) É proibido extraditar alemães.” Também: “(1’’) Alemães não podem ser extraditados”. Norma e enunciados normativos constituem dois níveis próprios e que existem de forma independente. Existem normas que são expressas sem a existência de enunciados normativos, tais como as decorrentes das luzes de um semáforo¹⁵.

Por esse motivo, acerca do critério de diferenciação entre norma e enunciado normativo, aduz Alexy¹⁶, *in verbis*:

Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios para identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com auxílio das modalidades deonticas, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades deonticas básicas do dever, da proibição e da permissão. O que exatamente deve ser entendido por modalidades deonticas, quantas existem, quais estruturas assumem e como se relacionam entre si é algo que será discutido mais adiante. Para se esclarecer o problema em questão aqui, é suficiente recorrer à modalidade da proibição, já reiteradamente utilizada nos exemplos. Sobre a utilização dessa modalidade, pode-se dizer que o enunciado “alemães não serão extraditados” (1’’) expressa uma norma e é, portanto, um enunciado normativo, pois expressa a proibição da extradição de alemães.¹⁷

Uma norma estará expressa sempre que for possível remeter uma das modalidades deonticas básicas: o devido, o proibido e permitido. O que acontece a partir do seu contexto e das suas

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 53-54.

¹⁶ Em sentido semelhante, embora não separe o conceito de norma da sua existência ou da sua validade, Alf Ross sustenta a separação entre norma e sua expressão linguística e fornece um interessante detalhamento de expressões linguísticas capazes de identificar o discurso normativo, ainda que ressalve a inexistência de uma conexão necessária entre as expressões compiladas e sua função normativa, tal como se apreende do seguinte trecho: “The directive, like indicative, must be distinguished, as meaning content, from the linguistic form which express it. Different linguistic forms may express the same directive, and vice versa. Certain linguistic forms are, however, especially suited to the expression of directives. Such is the case, most obviously, with sentences in the imperative mood (‘Peter, shut the door’). Other types of sentence contain words – verbs, nouns and adjectives – which we shall call deontic expressions. Examples are: the verbs expressions ‘ought to’, ‘have to’, ‘must’, ‘are obliged to’, ‘are bond to’, ‘owe’, ‘are forbidden to’, ‘are permitted to’, ‘have a right to’, the nouns ‘duty’, ‘right’, ‘claim’, etc. No purpose is served by attempting to compile an exhaustive list; for although these expressions are especially loaded with directive meaning, there is no necessary connection between expression and function. On the one hand, they may occur in utterances with indicative meaning; on the other hand directives may easily be expressed in sentences that neither are in the imperative mood nor contain deontic terms.” ROSS, Alf. *Directives and norms*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 36.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 54-55.

conexões com outras normas ou de considerações pragmáticas vinculadas ao seu uso. Não se encaixam no conceito de norma: os enunciados imperativos e os indicativos, bem como os enunciados afirmativos e as afirmações a eles correspondentes. Estes últimos se vinculam àquilo que é, ao passo que os enunciados normativos dizem respeito àquilo que deve ser. Dessa forma, não é possível falar em verdade ou falsidade quando se refere a um enunciado normativo, mas tão somente aos enunciados afirmativos¹⁸.

Afirma-se a importância de se separar as considerações acerca do conceito de norma daquelas relativas à sua validade e à sua existência. Isso porque o modelo semântico de norma, tal como expresso acima, é compatível com as mais variadas teorias da validade normativa, segundo a sua estrutura formal: “se a norma N satisfaz os critérios K_1, \dots, K_n , então, N é válida.”. As teorias da validade normativa podem ser distinguidas com referência aos critérios utilizados: (i) as teorias sociológicas da validade dizem respeito a fatos sociais, tais como a obediência habitual à prescrição normativa somada a um sentimento de vinculação; (ii) as teorias jurídicas da validade, quando a validade da norma é retirada de seu escalonamento no ordenamento jurídico vigente, de uma norma jurídica de nível superior, editada por uma autoridade competente; e (iii) as teorias éticas da validade, quando esta se baseia em um imperativo moral, tal como a “lei natural”.

Na dogmática jurídica, embora se possa falar em uma fundamentação ética ou sociológica, é dado especial destaque ao conceito jurídico para aferir a validade normativa, por meio de uma relação de inferência com outras normas do sistema jurídico. Na busca por relações de inferência, o regresso ao infinito é evitado pela pressuposição de uma norma fundamental, de cunho lógico-transcendental, tal como no modelo de Kelsen¹⁹; ou pela referência a um critério sociológico ou ético²⁰.

Alexy expõe que o conceito de norma de direito fundamental pode ser questionado de duas formas: a abstrata, quando desvinculada de um ordenamento jurídico em particular; e a concreta, quando isso ocorre no âmbito de um ordenamento jurídico específico. A Teoria dos Direitos Fundamentais é direcionada à Constituição Alemã, logo, é voltada para o direito

¹⁸ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 56-58.

¹⁹ Para um maior detalhamento, Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 215-245.

²⁰ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 60-62.

positivo e centrada no aspecto da validade das normas de direito fundamental, segundo um critério formal. Por isso, são normas de direitos fundamentais aquelas que podem ser expressas por disposições de direitos fundamentais previstas na Constituição alemã²¹.

Nota-se que o conceito de norma de direito fundamental é demasiadamente estreito²², porque as disposições constitucionais são visivelmente indeterminadas, tanto semântica, quanto estruturalmente²³.

O aspecto semântico da vagueza constatada diz respeito à própria indeterminação de sentido dos termos que compõem o enunciado de direito fundamental, que é solucionada pela criação de regras semânticas que definam melhor o significado dos termos utilizados das disposições constitucionais. O Tribunal Constitucional Federal Alemão fez isso com relação à atividade científica compreendida como “tudo aquilo que, por seu conteúdo e forma, pode ser encarado como uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade”, que deve ser livre²⁴.

Já o aspecto estrutural da indeterminação decorre da impossibilidade se saber, somente com a referência às normas de direitos fundamentais, se a sua realização implica em uma abstenção, uma prestação positiva ou a existência de direitos subjetivos. Seguindo o exemplo acima,

²¹ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 65-69. Outras classificações possíveis adotam combinações de critérios formais, estruturais e substanciais. Os critérios substanciais são aqueles que vinculam os direitos fundamentais a uma determinada função; ao passo que um critério estrutural afirma que a os direitos fundamentais são somente os direitos individuais de liberdade. Ambos os critérios são classificados por Alexy como inconvenientes porque: o critério substancial vincula os direitos fundamentais a uma determinada concepção de Estado e não existe consenso quanto a esse tema; por sua vez, o critério estrutural impediria alguns direitos, tal como os direitos sociais, de serem classificados como direitos fundamentais, porque não podem ser classificados como direitos de liberdade individual. Nesse sentido, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 67-68.

²² Sobre a definição de disposição de direito fundamental, Borowski escreve o seguinte: “[...] Aqui debe ser suficiente presentar un concepto de norma que em todo caso refleja las concepciones comunes de muchos autores. Se se trata del concepto semántico de norma. Según él, debe distinguirse entre el enunciado y la norma. La disposición de derecho fundamental es un caso especial de un enunciado, específicamente, el enunciado de un derecho fundamental. Se se trata de la serie de signos que se encuentran em el texto constitucional original o en sus reproducciones. El enunciado como conjunto de signos lingüísticos debe diferenciarse estrictamente de la norma como significado del enunciado.”. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 27. Tradução: Carlos Bernal Pulido.

²³ Alexy se utiliza da seguinte disposição de direito fundamental para sustentar essa assertiva: o art. 5º, parágrafo 3º, 1, da Constituição alemã, segundo o qual: “(2) a ciência, a pesquisa e o ensino são livres.”. Por ser uma norma, essa disposição pode ser expressa segundo enunciados deônticos: “(2’) É obrigatório que a ciência, a pesquisa e o ensino sejam livres. Ou: (2’’) A ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 69-70.

²⁴ Trecho de decisão que se encontra disponível no volume 35, página 79, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 35,79). Nesse caso, decidiu-se acerca da constitucionalidade da Lei de Ensino Superior Integrado do estado alemão da Baixa Saxônia.

indaga-se se realização da ciência livre implica: (i) na ausência obstáculo estatal para a realização da ciência; (ii) no direito a uma prestação positiva por parte do Estado que fomente a atividade científica; ou (iii) na existência de direitos subjetivos por parte dos cientistas quanto à realização da ciência livremente²⁵.

A correção da indeterminação estrutural se dá por meio da elaboração de outras normas que especifiquem a consequência normativa exigida pelas normas de direito fundamental diretamente advindas do texto constitucional, quando aplicadas na resolução de um caso concreto. Exemplificativamente, no campo da atividade científica livre, o Tribunal Constitucional alemão elaborou a seguinte norma: “(5) O Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e sua transmissão às gerações futuras por meio da disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais”²⁶. Observa-se que a decisão do Tribunal estabelece um direito a uma prestação estatal positiva, contudo, essa norma, e outras normas do mesmo tipo, são ou não são uma norma de direito fundamental? A objeção mais contundente para se conceder esse status de normas de direito fundamental a tais normas vem do fato de não coincidirem com o texto constitucional.

Essa interpretação não pode ser considerada como errada, mas para a interpretação contrária há argumentos mais fortes. [...] Elas são necessárias quando a norma expressa pelo texto constitucional tem que ser aplicada aos casos concretos. Se normas desse tipo não fossem aceitas, não ficaria claro o que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o texto constitucional. Esse tipo de relação entre as normas mencionadas e o texto constitucional deve ser denominado “*relação de refinamento*”. Além desse, há uma segunda relação especial com o texto constitucional, isto é, com a norma por ele diretamente expressa. Na medida que o Tribunal Constitucional Federal aceita as normas anteriormente mencionadas, ele pressupõe que elas devem ser aceitas *porque* a Constituição contém o art. 5.º, § 3º, 1. Trata-se, portanto, de uma *relação de fundamentação* entre a norma a ser refinada e a norma que refina. Essas duas relações justificam considerar como normas de direitos fundamentais não somente normas que são expressas diretamente pelo texto constitucional, mas também normas do tipo mencionado.²⁷

²⁵ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 70-71.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 71. Trecho de decisão que se encontra disponível no volume 35, página 79, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 35,79). Outra norma referenciada no trecho é “(6) Todo aquele que atua na área científica, de pesquisa e de docência – respeitado o dever do art. 5.º, § 3º, 2, da Constituição alemã – tem o direito à defesa contra qualquer interferência estatal no processo de obtenção e transmissão de conhecimentos científicos”. Trecho de decisão que se encontra disponível no volume 35, página 79, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão. (BVerfGE 35,79), onde se observa a formulação de um dever de abstenção do Estado em tomar providências que obstaculizem a liberdade científica e educacional. Com relação a esse exemplo, cabe a mesma pergunta: essa é uma norma de direito fundamental?

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 72. Destaques mantidos de acordo com o texto original.

Logo, as normas de direito fundamental podem ser separadas em dois grupos: “as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas”²⁸. Aqui, adotar-se-á a tradução realizada por Virgílio Afonso da Silva para o conceito de norma fundamental atribuída – embora não desconheça a existência de outras nomenclaturas para o mesmo conceito trazidas do alemão para o português²⁹ – porque que está de acordo com a versão da Teoria dos Direitos Fundamentais utilizada como base para o presente trabalho.

A admissão de normas de direitos fundamentais atribuídas gera uma série de problemas de segundo nível, o principal deles é expresso pela pergunta: quais as asserções ou derivações sobre direitos fundamentais – dentre as potencial e ilimitadamente existentes – podem ser consideradas como normas de direitos fundamentais atribuídas? Até porque a “discussão sobre direitos fundamentais é, em grande parte, uma discussão sobre que normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional”³⁰. Para superar essa dificuldade, são apresentados dois critérios: o empírico e o normativo.

O critério empírico se baseia nas interpretações dadas pela Ciência do direito e pelos precedentes para aferir quais são as normas de direito fundamentais atribuídas. Contudo, a

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 73.

²⁹ A depender da tradução adotada, as normas de direito fundamental atribuídas podem ser chamadas de normas de direito fundamental adscritas, tal como em JEVEAUX, Geovany C. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 119 e, também, em NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 169, p. 869-889, mar. 2009. Também se encontra, na doutrina, a expressão de norma de direito fundamental associada, adotada por José Roberto Ludwig, que menciona, além das traduções já citadas, as normas de direito fundamental derivativas, com base na tradução de Alexy para o inglês realizada por Julian Rivers. Além disso, o autor chama a atenção para a ponte existente entre o conceito de norma de direito fundamental associada e a teoria da argumentação jurídica: “Aqui assoma o papel central do conceito de NDFA como ponto de conexão entre a teoria dos direitos fundamentais e a da argumentação jurídica, uma vez que, por meio daquela, o postulado da proporcionalidade, que decorre da natureza argumentativa do direito e representa elemento comum às teorias referidas, encontra uma forma especial de manifestação.”. E continua, no parágrafo seguinte: “Com efeito, no campo da teoria da argumentação, o problema da justificação das decisões judiciais conduziu à determinação da natureza proposicional do direito, por força da categorização das decisões judiciais como classe das proposições normativas, e do discurso jurídico como caso especial do prático, de modo que no jurídico também se coloca, embora de uma forma particular, por causa das condições limitadoras, a pretensão de correção das proposições normativas. Agora, no campo da norma de direito fundamental, faz-se necessário assegurar a correção no caminho inverso, ou seja, percorrer o arcabouço normativo, e mais particularmente do direito fundamental, sem perder a justificabilidade de cada proposição de cunho normativo extraída das respectivas determinações.”. LUDWIG, José Roberto. A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação*: escritos em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015. p. 177-216.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 73.

simples referência a consensos dogmáticos e a decisões passadas, embora sejam argumentativamente relevantes, não são definitivos para a atribuição à norma de direito fundamental atribuída o caráter de norma de direito fundamental. Dessa forma, o critério empírico é rejeitado, por ser insuficiente.

Por sua vez, o critério normativo propõe que a questão seja resolvida no âmbito da validade. Entretanto, aponta-se que os critérios jurídico, ético e sociológicos da validade também são insuficientes para servir de referencial de solução da questão apresentada, embora componham a formulação do critério correto.

[...] uma norma atribuída é uma norma válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível *uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais*. É possível perceber que os três critérios são levados em consideração quando se atenta ao papel que desempenham o texto das disposições de direitos fundamentais, os precedentes do Tribunal Constitucional Federal e os argumentos práticos gerais na fundamentação referida a direitos fundamentais.³¹

Logo, o conceito de norma de direito fundamental atribuída depende de uma correta fundamentação argumentativa que faça referência aos direitos fundamentais³²⁻³³.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 74. Destaques mantidos de acordo com o texto original.

³² Isso significa que, já no âmbito de sua teoria da norma, Alexy faz a primeira ponte entre a Teoria dos Direitos Fundamentais e a sua Teoria da Argumentação Jurídica, onde compreende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Em Teoria da Argumentação Jurídica, o autor formula critérios para implementação da racionalidade do discurso jurídico, por meio da ideia de correção, que está para o discurso prático racional, tal como a ideia de verdade está para o discurso teórico racional. Para tanto, Alexy analisa a prática discursiva, articulando em termos racionais o que está naturalizado no hábito dos participantes do discurso, apresentando uma ideia de justificabilidade das proposições discursivas, segundo seus âmbitos de justificação interno e externo. Embora possua uma dimensão analítica e descritiva, sua teoria da argumentação é precipuamente normativa uma vez que formula regras para direcionar os participantes do discurso jurídico com vistas a lhe assegurar a racionalidade. Nesse sentido, TOLEDO, Cláudia. *O pensamento de Robert Alexy como sistema...*, 2017, p. 30-34.

³³ Alexy afirma que o conceito de fundamentação correta pode ser generalizado também para as normas de direito fundamentais diretamente estabelecidas pelo texto constitucional, embora, com uma exigência de justificação menor, já que a referência ao direito positivo, em regra, bastará para comprovar seu caráter jusfundamental. Em resumo: “A definição do conceito de norma de direito fundamental acima exposta tem três níveis. Ela parte da diferenciação entre enunciado normativo e norma. No primeiro nível, o conceito de norma de direito fundamental é definido com base em enunciados normativos estatuídos por uma determinada autoridade, o legislador constituinte. Esses enunciados normativos, as disposições de direitos fundamentais serão identificadas com base em sua positivação: [...]. No segundo nível, o das normas de direitos fundamentais atribuídas, é dada continuidade a essa orientação, já que o conceito de norma de direito fundamental atribuída é vinculado à correção da atribuição a disposições dotadas de autoridade. A necessária liberdade no âmbito da atribuição é levada em consideração por meio do conceito de asserção sobre normas de direitos fundamentais. Qualquer um pode, a respeito de qualquer norma, asseverar que ela deve ser atribuída a disposições de direitos fundamentais. Mas essa asserção tem como objeto uma norma de direito fundamental somente se ela for correta, o que só ocorre se, para tal atribuição, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Em um terceiro passo, a definição baseada no conceito de fundamentação correta é generalizada, e passa a valer tanto para as normas estabelecidas

1.3 A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Com relação à estrutura das normas direitos fundamentais, propõe-se a diferenciação entre normas-regra e normas-princípio, por ser basilar para a teoria dos direitos fundamentais.

[...] Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.³⁴

As disposições de direito fundamental podem ser princípios ou regras, essa diferenciação se dá no contexto da atividade interpretativa e depende da eleição de critérios³⁵. Entre os critérios

diretamente quanto para as normas atribuídas.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 76-77.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 80.

³⁵ Nessa subdivisão de capítulo serão expostos os critérios de diferenciação adotados por Robert Alexy para dividir as normas entre princípios e regras. Não será discutida sua adequação, sua utilidade ou sua necessidade. Para uma proposta alternativa de divisão de normas, em princípios, regras e procedimentos, com uma crítica direta à concepção de Robert Alexy, Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 96-118. Partindo-se a dissociação entre texto e norma e da tese de que o dispositivo não determina sua natureza, o que somente ocorre com a sua interpretação, são apontados quatro critérios de distinção entre as espécies normativas apontadas: o dever imediato, o dever mediato, a exigência de justificação e a pretensão de decidibilidade. Em apertada síntese, os princípios impõem um dever imediato de promoção de um estado de coisas; dever mediato de adoção da conduta necessária; correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas; com concorrência e parcialidade no processo de tomada da decisão. De outra forma, as regras impõem a adoção da conduta descrita; manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores; uma correspondência entre o conceito de norma e o conceito do fato; com exclusividade e abarcância para o processo de tomada de decisão. A crítica à tese alexyana – e dworkiana, ambas agrupadas como teorias de “distinção forte” entre regras e princípios (os autores apontados como adeptos da tese da distinção fraca são: Esser, Canaris e Larenz) – baseia-se no apontamento de duas inconsistências: uma denominada semântica e outra sintática. Num resumo forçado, a primeira sustenta que a divisão entre as espécies normativas por seu modo de aplicação é indevida, uma vez que toda norma seria aplicada por meio da ponderação de razões, interna e externa, uma vez que também as regras estão submetidas à ponderabilidade e a superabilidade. A inconsistência sintática está pela classificação como princípios, pelos autores que adotam a tese da “distinção forte”, de normas que não ostentariam a qualidades dessa espécie normativa, tais como os princípios do direito tributário da anterioridade e não cumulatividade. A consequência dessas inconsistências seria a não aplicação de uma norma que deveria ser aplicada com rigidez, por conta de uma suposta prevalência dos princípios sobre as regras em caso de conflito normativo, segundo a interpretação de Ávila acerca da teoria dos princípios dos autores que aponta como aderentes à categoria da distinção forte entre princípios e regras. Essa crítica não é procedente, uma vez que Alexy, como ficará demonstrado, defende uma precedência *prima facie* das regras sobre os princípios, porque

tradicionalmente utilizados para conseguir separar as regras princípios, o mais frequente é o da generalidade, pelo qual os princípios são mais gerais que as regras³⁶. Adotando-se o critério da generalidade, a diferença entre as espécies normativas seria, apenas, de grau.

Por outro lado, Alexy propõe que o critério a ser adotado, para diferenciar princípios e regras, cumule elementos de grau e elementos qualitativos³⁷.

Dessa forma, os princípios são normas que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentre das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”³⁸. Os princípios são

[...] *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de suas possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O

aquelas são mandamentos definitivos. Por fim, atribui-se à tese alexyana um aumento do decisionismo. Para uma resposta contundente e pontual às críticas de Humberto Ávila, Cf. JEVEAUX, Geovany C. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 121-124, nota de rodapé 83, onde: atribui-se a Humberto Ávila um erro de premissa, uma vez que os autores que adotam a tese da distinção, forte ou fraca, não afirmam que a consequência da norma está nela pré-determinada sem a intervenção futura do intérprete institucional e tampouco que exista uma relação de precedência incondicionada dos princípios sobre as regras. Também, afirma-se que a ponderação de princípios não funciona no plano dialético, logo, não se presta a rejeitar argumentos antitéticos à aplicação de determinado princípio em um caso concreto, mas, sim, na dimensão do peso, que é compreendida como uma metáfora ao esforço argumentativo para o “cálculo da importância dos direitos fundamentais em colisão”. Jeveaux afirma, a nosso ver com razão, que Alexy não afirma que a dimensão do peso é atávica aos princípios, mas apenas que os conflitos normativos dessa espécie de norma são resolvidos nesse plano e que a separação promovida entre planos de análise – respectivamente, peso e validade – não corresponde a uma abstração, uma vez que não prescinde de análises empíricas. Por fim, salienta-se que, também em Alexy, admite-se que existem normas que são simultaneamente regra e princípio, tal como é caso da dignidade humana, motivo pelo qual a teoria de Ávila não é a única que pode ser considerada “inclusiva”, razão pela qual perde seu autoproclamado caráter inovador. Outra proposta de modelo de distintivo entre princípios e normas, com base na dissociação heurística é encontrada em Cf. ZANETI JÚNIOR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3.ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 297-309. Para uma crítica geral das teorias dos princípios enquanto desnecessárias à compreensão do fenômeno jurídico, Cf. POSCHER, Ralf. *Teoria de um fantasma: a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto*. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. Cap. 2. p. 63-96. Tradução de: Eduardo Vandrê Lema Garcia. Para uma reconstrução do modelo de separação entre regras e princípios com base na escola hermenêutica crítica brasileira, Cf. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. In: STRECK, Lenio Luiz. *Coleção Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 216-238.

³⁶ Também são apontados como critérios comuns para a diferenciação entre regras e princípios: [...] “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” –, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmo regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 88-89.

³⁷ Segundo JEVEAUX, Geovany C. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 124, na teoria de Alexy: “Princípios e regras são formulados por expressões deonticas de mandado e, por isso, “...são razões para juízos concretos de dever ser” diferenciando-se pela/por: 1) generalidade; 2) grau e qualidade; 3) natureza deontica e dos direitos envolvidos; 4) resolução de colisões e de conflitos.”

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 90.

âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.³⁹

As regras, por sua vez, “são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.”⁴⁰ Regras expressam determinações no âmbito daquilo que é possível fática e juridicamente possível. Logo, a diferença entre as duas espécies de norma não é somente de grau, mas também de qualidade⁴¹.

A diferença acima de demonstrada se apresenta com bastante evidência no caso de antinomias entre regras e entre princípios: enquanto o primeiro tipo configura um conflito; o segundo caracteriza uma colisão. “Tal distinção não é apenas nominal, antes servindo para indicar o modo e o resultado diversos da solução de embates entre princípios e regras.”⁴²

O conflito entre regras só pode ser desfeito de duas formas: a primeira, dá-se pela introdução de uma de uma cláusula de exceção, em uma das duas regras em conflito; a segunda, pela declaração da invalidade de uma das duas regras em conflito. O exemplo dado para demonstrar a primeira solução é o da regra que impede a saída dos alunos de sala de aula antes do sinal tocar para indicar o final da aula. Noutro sentido, existe a regra que os alunos devem se retirar da sala de aula, caso soe o alarme de incêndio da escola. Como se observa, ambas as normas estarão em conflito, na hipótese de o alarme de incêndio soar antes do final de uma aula, uma vez que a primeira regra exige que os alunos permaneçam em sala de aula, ao passo que a segunda demanda a sua retirada do mesmo local, no mesmo momento no tempo. Com a introdução da cláusula de exceção, no antecedente normativo da primeira regra, soluciona-se o conflito normativo, uma vez que os alunos devem permanecer em sala de aula até o soar do sinal; a não ser que toque o alarme de incêndio, quando deverão se retirar⁴³.

Excluída a possibilidade de se solucionar o conflito entre duas regras pela inserção de uma cláusula de exceção, sobra apenas a declaração da invalidade de uma das duas regras, que será

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 90. Destaques mantidos conforme o texto original.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 91.

⁴¹ Zaneti Júnior afirma, equivocadamente, que a diferença é somente de qualidade e não é de grau, contudo, isso contraria o que é afirmado por Alexy na Teoria dos Direitos Fundamentais. Dessa forma, entende-se, aqui, que a diferença é tanto de grau, como de qualidade. Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...* 2017, p. 299.

⁴² JEVEAUX, Geovany C. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 126.

⁴³ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 92.

extirpada do ordenamento jurídico, isso porque o conceito de validade jurídica não é graduável. Por isso, havendo contradição entre dois juízos de dever-ser, somente um deles pode ser válido⁴⁴.

Esse não é o caso da colisão entre dois (ou mais) princípios, quando esses ordenam providências contraditórias. Embora um deles tenha que ceder, isso não implica na invalidade do princípio preterido e tampouco exige que seja nesse princípio inserida uma cláusula de exceção. Isso porque a relação de precedência de um princípio sobre um outro está vinculada à presença de determinadas circunstâncias e pode se inverter, num caso posterior, na hipótese circunstâncias desaparecerem ou se modificarem. “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”⁴⁵

As soluções das colisões entre princípios implicam na elaboração de uma lei de colisão, capaz de levar à compreensão de sua estrutura. Num aprofundamento dessa compreensão, o resultado do sopesamento entre dois princípios será qualificado como uma norma de direito fundamental atribuída, com caráter de regra. Esse assunto será retomado posteriormente.

Ainda na seara da distinção entre princípios e regras, é necessário descrever as diferenças entre o caráter *prima facie* de ambas as espécies, que são distintos. Os princípios não contêm em si um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, isso porque a “relevância de um princípio para um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso.”⁴⁶ Eles expressam razões que podem ser afastadas por contrarrazões, representadas por um outro princípio. Ocorre que a “forma pela qual deve ser determinada a relação entre

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 92. Alexy continua afirmando que essa assertiva nada diz acerca de qual das duas regras em conflito deverá ser declarada como inválida, o que pode ocorrer com o recurso a regras tais como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, ainda que isso não exclua a deliberação acerca da importância das regras em conflito. O primordial é que consista em uma decisão sobre a validade. Em seguida, apresenta o exemplo da decisão que se encontra disponível no volume 1, página 283, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão (BVerfGE 1, 283), onde foi julgada como inválida uma lei do estado alemão de Baden que regulamentou o horário de funcionamento do comércio de forma diversa daquela prevista na legislação federal. Dessa forma, existiam duas ordens contraditórias, uma que permitia a abertura do comércio, às quartas-feiras, após às 13 horas (baseada na legislação federal) e outra que proibia (de acordo com a lei estadual). Esse conflito foi resolvido com a declaração de invalidade da lei estadual e da sua nulidade, por conta da regra que consta no art. 31 da Constituição alemã, que prevê a precedência do direito federal sobre o direito estadual, sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 92-93.

⁴⁵ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 93-94.

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 104.

razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio”, logo, os princípios não ordenam a extensão de seu conteúdo em face das possibilidades fáticas e dos princípios colidentes⁴⁷.

Por outro lado, as regras impõem que seja realizado exatamente aquilo que elas determinam, isso porque elas possuem, em si mesmas, uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas, ressaltando-se que essa determinação pode não ser infalível, por conta das cláusulas de exceção. Nesse caso, a regra perde seu caráter definitivo para o caso que se apresenta, até porque as cláusulas de exceção podem ser baseadas em princípios, que não possuem em si a definição do seu conteúdo e extensão, por conseguinte, o número de cláusulas de exceção não é passível de ser enumerado de forma taxativa⁴⁸.

Entretanto, o tipo de caráter *prima facie* que elas adquirem ainda é muito diferente daquele apresentado pelos princípios. Isso porque a superação de uma regra não ocorre na dimensão do peso, quando se atribui, em circunstâncias concretas, uma importância maior ao princípio colidente àquele princípio que dá sustentação às regras a serem superadas. É preciso, ainda, ultrapassar-se a barreira dos princípios formais, que são “aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida”⁴⁹. Logo, princípios e regras possuem um caráter *prima facie* diferentes, uma vez que o caráter *prima facie* das regras “se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou recorrentes de uma prática reiterada”⁵⁰.

No contexto da ciência do direito, quando se afirma que princípios e regras são razões, ambos são razões para outras normas⁵¹, ou seja, para a formulação de juízos acerca do que é proibido,

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 103-104.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 104. A concepção de que a incidência das regras pode ser afastada pela inserção de uma cláusula de exceção marca mais uma diferença entre as categorias teóricas das teorias dos princípios desenvolvidas respectivamente por Alexy e Dworkin. Isso porque o segundo não admite exceções à incidência das regras, que devem ser aplicadas por meio de um critério de “tudo-ou-nada” e mesmo as exceções (ou cláusulas de reserva) devem estar previstas na própria regra, o que para Alexy é impossível, dada a possibilidade do estabelecimento de cláusulas de exceção que se baseiam em princípios. Essa crítica já estava presente no primeiro trabalho alexyano sobre o tema dos princípios jurídicos, Cf. ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 3.ed. 2019, p. 161-164. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 103-104.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 106.

⁵¹ Uma outra concepção existente é a que compreende que as normas são razões para comportamentos e não para outras normas, tal como em RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Londres: Oxford University Press, 2002, p.

do que é obrigatório e do que é permitido. Adota-se essa concepção com vistas à facilitação do manejo e da análise lógica das normas jurídicas, enquanto objetos de uma mesma categoria. As regras podem ser razões para outras regras e os princípios podem ser razões para regras, além de ambos poderem ser razões para a tomada de decisões concretas.

[...] Se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções –, então, ela é uma *razão definitiva*. Se o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem um determinado direito, então, esse direito é um *direito definitivo*. Princípios são, ao contrário, sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem direitos *prima facie*. [...] O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma regra de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em uma análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas.⁵²

Submetidas à régua do tradicional critério da generalidade, os princípios são – geralmente – normas mais gerais que as regras, porque ainda não possuem seus limites definidos quanto aos âmbitos fático e jurídico⁵³.

1.3.1 As objeções ao conceito de princípios jurídicos e as suas respostas.

As objeções apontadas ao conceito de princípio são três: (i) afirma que os princípios também podem ser inválidos; (ii) sustenta a existência de princípios absolutos; e (iii) afirma que o conceito de princípios da teoria alexyana seria demasiadamente amplo.

17: “[...] *It should be remembered that reasons are used to guide behavior, and people are to be guided by what is the case, not by what they believe to be case.*”. E na p. 61, quando o autor trata da diferença de normas e máximas, ambas razões para ações, mas só as primeiras como razões também sobre o que não deve ser feito. Como exposto, essa concepção acerca das naturezas enquanto razões para ações possui a desvantagem de misturar categorias ontológicas e deontológicas, o que facilita a contradição e é rejeitado por Alexy.

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 108.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 108-109. Outras características dos princípios são descritas no seguinte trecho: “As razões para outras múltiplas características dos princípios são óbvias. Enquanto razões para regras de natureza muitas vezes bastante técnica, o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico, sua relação à ideia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do mais especial; e a contraposição dos princípios, enquanto normas desenvolvidas, às normas “criadas” deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de posituação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 109.

A primeira objeção é respondida com a proposição de dois tipos categorialmente distintos de conflito normativo, tomado em sentido amplo. O primeiro deles é relativo ao âmbito da validade, ou seja, presta-se a descobrir aquilo pertence ou não pertence a um determinado ordenamento jurídico. Nesse caso, o exemplo mais frequente se dá no conflito de regras, mas também pode ocorrer no âmbito dos princípios, caso se proponha o surgimento de um princípio que seja incompatível com o próprio ordenamento em si. Isso ocorreria com a proposição de um princípio da segregação racial em uma sociedade democrática, que certamente deve ser considerado inválido e, conseqüentemente, excluído do ordenamento jurídico ante a sua incompatibilidade. Contudo, quando se trata de colisões de princípios, faz-se referência a um segundo tipo de conflito normativo, que parte da pressuposição da validade dos princípios colidentes e ocorre dentro do ordenamento jurídico⁵⁴.

Logo, com base nessa diferenciação categorial de conflitos normativos, rejeita-se a primeira objeção.

A segunda objeção é vinculada à existência de um princípio absoluto, ou seja, um princípio que nunca cederia em favor de outros princípios, mesmo quando estivessem em rota de colisão em um determinado caso concreto.

[...] Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios tem que ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em caso de colisão, até mesmo em relação ao princípio de que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece limites jurídicos, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável.⁵⁵

Contudo, a própria existência de direitos fundamentais, identificados com os direitos subjetivos⁵⁶, desafia a ideia de que possam existir princípios absolutos, uma vez que princípios

⁵⁴ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 110.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 111.

⁵⁶ No presente trabalho, os direitos fundamentais serão identificados com os direitos subjetivos, tal como concebido por Alexy, quando fala também em posições jurídicas e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 296-297. Para uma crítica à identificação entre direitos fundamentais e direitos subjetivos individuais, sociais e políticos ou posições jurídicas, Cf. HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 128-157, onde o autor, utilizando-se da metodologia da reconstrução normativa, típica da teoria crítica, apresenta uma avaliação da liberdade jurídica identificada com a liberdade negativa e dos direitos fundamentais concebidos como direitos individuais com um caráter ambivalente: são, ao mesmo tempo, condições para o engajamento na vida democrática e causadores de comportamentos patológicos que impedem esse engajamento. Não obstante, Honneth reconhece que os caminhos de investigação acerca dos direitos fundamentais adotados por ele e Alexy são bastante diversos, já que este último propõe uma análise estrutural dos direitos fundamentais positivos existentes no ordenamento jurídico alemão,

também podem se referir a interesses coletivos. A existência de um princípio relativo a interesses coletivos que fosse absoluto desafiaria a noção de direitos fundamentais; ao passo que a existência de um princípio absoluto relacionado a direitos subjetivos levaria a uma incompatibilidade lógica: posto que não seria possível garantir o mesmo direito individual absoluto a todos os sujeitos, dada a possibilidade de colisão entre direitos de titularidades diferentes e a mútua exigência de recuo incondicionado postulada pelo princípio absoluto⁵⁷.

A última objeção, sustenta que a adoção de um conceito de princípio que inclua direitos coletivos seria demasiadamente ampla, contudo, a diferença apenas nominal – tal como em Dworkin, que denomina os direitos coletivos como políticas⁵⁸ – não elimina a existência de características lógicas iguais entre os dois tipos de princípios. Dessa forma, não existe a necessidade de vincular o conceito de princípio à noção de direitos individuais e estabelecer uma diferenciação categorial entre ambos⁵⁹.

1.2.4 O modelo combinado de regras e princípios.

Alexy apresenta três modelos de sistemas normativos possíveis, segundo as categorias normativas acima apresentadas: (i) o modelo exclusivo de regras; (ii) o modelo exclusivo de princípios; (iii) o modelo combinado de regras e princípios, que deverá prevalecer, pelas razões que seguem.

No primeiro modelo, só existiriam regras no sistema jurídico positivo dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas de direito fundamental seriam plenamente aplicáveis em qualquer caso, ainda que com a necessidade de alguma complementação de sentido, bem como que a sua consequência jurídica se imporia independentemente de qualquer sopesamento. Logo, todos os conflitos normativos seriam do tipo estrito e passíveis de solução pela invalidade de uma das regras ou pela inserção de uma cláusula de exceção. Partindo-se do

segundo pressupostos de filosofia analítica, ao passo que o primeiro investiga sua suficiência para a promoção da liberdade ética e da vida democrática. Sobre as repercussões das experiências negadas de reconhecimento, com base nos postulados de Honneth, na esfera do sistema judicial brasileiro, Cf. VINCENZI, Brunela Vieira de. A crise de confiança nas instituições democráticas da justiça brasileira e aplicação dos direitos fundamentais no processo judicial. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v. 110, n. 419, p. 381-395, jan./jun., 2014.

⁵⁷ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 112-114.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020, p. 36. Tradução: Nelson Boeira.

⁵⁹ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 114-116.

pressuposto que os direitos fundamentais são vinculativos no âmbito do Estado Constitucional de Direito⁶⁰, ou seja, que serão empregados para a decisão de casos concretos, esse modelo se mostra incompatível com os direitos fundamentais ante a inaplicabilidade dos critérios tradicionalmente empregados para a resolução dos conflitos normativos.

Afirma-se a inaplicabilidade, uma vez que não existe diferença temporal entre os direitos fundamentais, motivo pelo qual não se aplica a regra segundo a qual a lei posterior revoga a lei anterior, uma vez que o conflito entre direitos fundamentais sempre ocorre no interior de uma mesma constituição; tampouco se aplica o critério da lei especial que revoga a lei geral, uma vez que os direitos fundamentais estão no mesmo patamar hierárquico e colidem no âmbito da constituição. Por último, a introdução de uma cláusula de exceção, sem ponderação, pode gerar uma nova colisão de direitos fundamentais, tal exemplificado por Heck: “é pensável, [...], que o legislador determine, por lei, como qualificação para determinada profissão, o serviço militar com armas. Esta qualificação introduzida por exceção como limitação, todavia, colide com a objeção de consciência, prevista no art. 5.º, VIII, da CF”⁶¹.

O modelo puro de princípios também é alvo de uma objeção importante: na medida que substitui a vinculação das normas constitucionais pelo sopesamento e, por isso, não trata com a devida seriedade a rigidez da Constituição que invoca uma “pretensão de clareza normativa e univocidade”⁶². Logo, ainda que o constituinte não tenha estabelecido um sistema de restrições para os direitos fundamentais, é preciso “partir do texto da Constituição, e dele se desviar apenas por razões especiais”⁶³, em virtude de sua força vinculante.

⁶⁰ Segundo Luís Afonso Heck, os direitos fundamentais são expressões concretas e positivas dos direitos humanos, que seriam compromissos morais ou políticos abstratos, investigados por meio da sua filosofia, que visa a substituição do súdito pelo cidadão no contexto da superação do regime feudal e da sociedade estamental, no período histórico da Revolução Francesa. Ao serem inseridos nas constituições dos Estados, os direitos humanos se tornam direitos fundamentais. A partir daí, o poder do Estado deixa de ser ilimitado e passa a conter, em sua gênese, a sua limitação. Contudo, somente com a introdução de um tribunal constitucional e meio processual de garantia, tornam-se vinculativos, o que vem a ocorrer no contexto do *Bill of Rights* norte-americano e a doutrina da supremacia da constituição. Essa questão será mais profundamente abordada no capítulo seguinte deste trabalho. Nesse momento, bastam estes breves apontamentos. HECK, Luís Afonso. *O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1, p. 645-654, ago. 2011.

⁶¹ HECK, Luís Afonso. *O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais...*, 2011, p. 654, nota de rodapé 16.

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 123.

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 123.

Dessas observações, exsurge o modelo combinado de regras e princípios da ligação entre dois níveis: o primeiro, dos princípios e, o segundo, das regras. Ao nível dos princípios, localizam-se todos os princípios que sejam relevantes para as decisões no âmbito dos direitos fundamentais.

Entre os princípios relevantes para decisões de direitos fundamentais não se encontram somente princípios que se refiram a direitos individuais, isto é, que conferem direitos fundamentais *prima facie*, mas também, aqueles que têm como objeto interesses coletivos e que podem ser utilizados sobretudo como razões contrárias a direitos fundamentais *prima facie*, embora possam ser também utilizados como razões favoráveis a eles.⁶⁴

No interior da categoria dos princípios, propõem-se uma hierarquia em dois níveis: o primeiro nível é composto pelos princípios que podem restringir um direito fundamental garantido pela constituição sem o apoio de uma cláusula de reserva; no segundo nível, estão os princípios que necessitam do apoio de uma norma competência estabelecida em uma cláusula de reserva. Logo, para o segundo nível, os aspectos substanciais e formais – estes últimos expressos pelas competências delegadas pela própria constituição – devem se reforçar mutuamente para que uma restrição aos direitos fundamentais se justifique. Isso nos indica que, no nível dos princípios, estão reunidos princípios formais e princípios materiais, muito diversos entre si, num “mundo do dever-ser ideal”. É justamente na passagem do dever-ser ideal para o dever-ser real que surgem os conflitos normativos, em sentido amplo, hodiernamente expressos como tensões, conflitos e antinomias⁶⁵.

As disposições de direito fundamentais podem – e com isso se adentra o segundo nível – ser consideradas não somente como uma positivação e uma decisão a favor de princípios, mas também como a expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos. Dessa forma, elas adquirem um caráter duplo. De um lado, princípios são positivados por meio delas; mas, de outro lado, elas contêm determinações em face das exigências de princípios contrapostos, na medida em que apresentem suportes fáticos e cláusulas de restrição diferenciados. Essas determinações têm, contudo, caráter incompleto, já que por meio delas não são possíveis decisões independentes de sopesamentos em todo e qualquer caso. Além disso, as diferentes regulações constitucionais têm um grau de determinação bastante diversificado. Basta comparar a regulação da liberdade artística com a inviolabilidade do domicílio.⁶⁶

Questiona-se a existência de uma hierarquia entre os dois níveis do modelo proposto, ou seja, entre as regras e os princípios. A resposta é dada com a uma primazia condicionada em favor

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 136.

⁶⁵ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 135-139.

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 139.

do nível das regras, pelo motivo da vinculação maior à Constituição, na medida em que se decide mais numa regra, ainda que incompleta, do que em um princípio. Contudo, essa primazia pode ser afastada, diante de um caso concreto⁶⁷.

Conclui-se, então, que as disposições de direito fundamental podem estatuir tanto princípios, quanto regras e possuem um caráter duplo, uma vez que, se a princípio são regras ou princípios, isso muda sempre que “forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nela reunidos”. Isso ocorre que sempre que “na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos”⁶⁸.

1.3.2 Tabela de diferenças entre regras e princípios.

As características gerais das categorias de normas propostas por Alexy, expostas até aqui, foram compiladas por Jevaux, no quadro sinótico, fielmente reproduzido na Tabela 1, abaixo:

Tabela 1 - Quadro sinótico das características de normas e princípios

PRINCÍPIOS	REGRAS
Mais genéricos	Menos genéricas, mais específicas
Mandados deônticos (proibição ou permissão) fracos	Mandados deônticos fortes (maior carga autoritária)
Estabelecem direitos <i>prima facie</i> ou relativos	Estabelecem direitos definitivos, salvo quando a regra comporte exceção (nesse caso as regras estabelecem direitos <i>prima facie</i> mais fortes)
Quando incompatíveis entre si, entram em colisão	Quando incompatíveis entre si, entram em conflito
A colisão é resolvida por “ponderação”, sem eliminação do direito <i>prima facie</i> contido no princípio preterido	O conflito é resolvido por exceção ou invalidade, nesse último caso com eliminação da regra preterida

⁶⁷ Tal como nos casos das farmácias decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em que se rejeitou a ideia de que não seria possível adicionar restrições ao direito fundamental de liberdade de escolha profissional, com base no peso dos princípios colidentes. Decisão que se encontra disponível no volume 7, página 377, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 7,377)

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 141.

<p>Solução de colisão ocorre na dimensão do peso (por meio da ponderação)</p> <p>Não são hierarquizados, não admitem exceção entre si e tampouco há diferença temporal entre eles</p> <p>São mandados de otimização, porque dependem de possibilidades fáticas e jurídicas</p>	<p>Solução do conflito ocorre na dimensão da validade/invalidade (por meio da subsunção)</p> <p>Admitem hierarquia e exclusão pelo critério de tempo, assim como exceção por especialidade</p> <p>Não dependem de possibilidades fáticas ou jurídicas, bastando que sejam válidas, embora possam ser descumpridas</p>
--	---

Fonte: JEVEAUX, 2015, p. 127.

A tabela apresentada é a exata transcrição da existente na obra referenciada como sua fonte. Por isso, é utilizada o vocábulo “ponderação” como sinônimo de “sopesamento”. Frisa-se que ambas as expressões serão utilizadas de forma indistinta durante o trabalho, uma vez que expressam a ideia relativa à forma pela qual são resolvidas as colisões entre princípios, de forma que não se vislumbra nenhum ganho metodológico na adoção de uma expressão sobre a outra. Ressalva-se, ainda, que não se desconhece a existência de princípios infraconstitucionais, contudo, quando se discute a Teoria dos Direitos Fundamentais a atenção se volta aos princípios de ordem constitucional, motivo pelo qual a Tabela 1 deve ser lida no contexto dos direitos fundamentais decorrentes do catálogo previsto na constituição.

1.4 A LEI DE COLISÃO.

Os princípios demandam sua realização na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas postas. Contudo, quando, diante de um caso concreto, dois princípios exigem a adoção de providências conflitantes é instalada uma relação de tensão que não pode ser solucionada segundo uma relação de precedência incondicionada entre os princípios colidentes.

Entrando em colisão os princípios, a solução do embate exige que se faça uma ponderação entre eles, conforme a dimensão do peso ou da precedência. Entretanto, peso e precedência precisam ser bem entendidos, já que, não havendo hierarquia, relação de tempo progressivo ou exceção entre os princípios, a escolha entre um deles não se faz por uma relação de prioridade. Daí a necessidade de uma “lei de colisão”.⁶⁹

⁶⁹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 127.

Essa relação de tensão não é resolvida no âmbito da validade, mas, sim, por meio do sopesamento ou da ponderação, que tem como objetivo “definir qual dos interesses – que *abstratamente* estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”⁷⁰. Aponta-se que os limites das possibilidades jurídicas de um princípio são delineados justamente pelos outros princípios colidentes e, também, que a solução para a colisão “consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.”⁷¹

Para a decidir a colisão entre os dois princípios que exigem providências opostas, o Tribunal Constitucional alemão se utiliza frequentemente da chamada metáfora do peso. Expressa pela seguinte ideia: “em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C , presentes nesse caso concreto.”⁷² Segundo o exposto, chega-se às seguintes expressões lógicas para as relações de precedência condicionada: $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$; e $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$; onde, P_1 e P_2 representam os princípios em colisão, \mathbf{P} representa a relação de precedência e C expressa as condições sob quais um princípio tem precedência sobre o outro⁷³.

O exemplo dado para a compreensão do exposto acima é do caso Lebach⁷⁴. Em apertada síntese, uma emissora de televisão pretendeu exibir em sua programação um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”, que contava a história do crime em que quatro soldados do exército alemão foram assassinados por criminosos em um depósito de munições que guardavam, para subtração de armas, posteriormente utilizadas na prática de crimes. A estreia televisiva do documentário se daria num momento próximo ao previsto para o fim da pena privativa de liberdade de um dos presos condenados pelo crime. O documentário ainda expunha o nome e as fotografias do preso. Esse indivíduo sustentou que a exibição do documentário ameaçava sua ressocialização e agredia seu direito fundamental à proteção de sua personalidade e, por isso, pediu uma medida cautelar, em Juízo, visando impedir a exibição do programa de

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 95. Destaques mantidos tal como no texto original.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 96.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 97.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 97. As relações de precedência incondicionada são expressas pelas seguintes fórmulas lógicas: $P_1 \mathbf{P} P_2$; e $P_2 \mathbf{P} P_1$; onde ambos os princípios estão numa relação de precedência absoluta sobre o outro, o que não corresponde à lei de colisão.

⁷⁴ Decisão que se encontra disponível no volume 35, página 202, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 35, 202)

televisão. Essa medida acabou rejeitada pelos tribunais locais, o que motivou a apresentação de uma reclamação constitucional.

Constatada a colisão dos princípios da proteção à personalidade (P_1) e da liberdade de informar por meio da radiodifusão (P_2), que demandam, respectivamente, a proibição da exibição do documentário e a permissão de a sua exibição, o Tribunal Constitucional alemão se atentou às peculiaridades do caso concreto para decidir qual deveria prevalecer. Isso porque não é possível decidir pela invalidade de qualquer um dos dois princípios, uma vez que ambos são sustentados com base no direito positivo constitucional; tampouco qualquer um deles pode pretender, sobre o outro, uma precedência incondicionada⁷⁵.

Na segunda etapa, o Tribunal Constitucional alemão sustenta uma precedência geral da liberdade de informar (P_2), acerca das informações atuais sobre crimes praticados (C_1), o que se expressa pelo enunciado lógico: $(P_2 \mathbf{P} P_1) C_1$. Ao afirmar uma precedência geral para a liberdade de informar, sob determinada condição de precedência, permite-se o estabelecimento de exceções.

Na terceira etapa da decisão, o Tribunal Constitucional decide que a exibição do documentário sobre uma atividade criminosa grave, que não seja atual, põe em risco a ressocialização do autor da reclamação constitucional (C_2). “Nesse sentido, vale o enunciado de preferência $(P_1 \mathbf{P} P_2) C_2$. C_2 é composto por quatro condições (repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização).”⁷⁶

Então, afirma-se que C_2 ocupa um duplo papel: (a) o primeiro, já demonstrado, é o de condição numa relação de precedência; (b) o segundo, é o de pressuposto do suporte fático de uma regra, que prescreve que se uma ação preenche as condições de C_2 , então, ela é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais. Por todo exposto, formula-se a seguinte lei de colisão: “[...] As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”⁷⁷

⁷⁵ “[...] Uma descrição mais inequívoca de uma colisão entre princípios dificilmente seria possível. Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 101.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 102.

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 99.

Essa regra deve ser universalizada, logo, sempre que a colisão entre os princípios for idêntica em suas características normativas e fáticas deverá ser aplicada a regra nascida da colisão anterior. Nos casos seguintes, haverá a subsunção da regra formada pela primeira colisão, que deverá produzir as mesmas consequências jurídicas. O que dá origem à formulação mais técnica da lei de colisão:

[...] Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.⁷⁸

A lei de colisão é apontada como um dos fundamentos da teoria dos princípios uma vez que “reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta da precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis”⁷⁹. Logo, a dimensão do peso é uma metáfora, uma vez que não é possível quantificar, *a priori*, os interesses colidentes de uma forma absoluta, apenas de forma relativa e concreta⁸⁰.

1.5 OS TIPOS DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

As colisões de direitos fundamentais se dividem em dois tipos: as colisões em sentido estrito e as colisões em sentido amplo. As colisões em sentido estrito ocorrem quando a colisão se dá somente entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo ocorrem entre direitos fundamentais e outras normas e princípios, que tenham como objeto bens coletivos⁸¹.

As colisões em sentido estrito se dividem em duas categorias: as colisões entre direitos fundamentais idênticos; e as colisões de direitos fundamentais diferentes.

Cabem, ainda, quatro divisões no âmbito das colisões de direitos fundamentais idênticos. Na primeira subcategoria, está afetado, nos dois lados da colisão, o mesmo direito fundamental

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 99.

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 99.

⁸⁰ Nesse sentido, JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 128.

⁸¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, p. 67–79, 1999. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>. Acesso em: 10 out. 2021.

como direito de defesa liberal (por exemplo: quando dois grupos antagônicos querem se manifestar no mesmo local da cidade ao mesmo tempo, com perigo de enfiamento entre ambos). Na segunda, existe a colisão entre um mesmo direito fundamental, enquanto direito de defesa liberal de um e como um direito de proteção do outro (por exemplo: a situação em que as forças de segurança devem atirar em alguém que mantém outra pessoa refém, para salvar o segundo). Já na terceira subcategoria, enfrentam-se os lados, positivos e negativo, de um mesmo direito fundamental (por exemplo: o direito de crença, que dá a liberdade para quem desejar se engajar positivamente em uma crença para fazê-lo; ao passo que garante que ninguém deve ser obrigado a praticar uma crença se não desejar e que é livre para simplesmente não ter uma crença). Por último, a quarta subcategoria consiste na soma do elemento jurídico a um elemento fático e ocorre quando colidem com o mesmo direito fundamental de titulares diferentes (por exemplo: a igualdade jurídica, quando o Estado isenta de custas processuais o mais pobre ou quando o Estado fomenta grupos em geral, por conta do princípio da igualdade fática – o que revela o paradoxo da igualdade e que vincula a igualdade fática ao princípio do Estado Social).

Já as colisões de direitos fundamentais diferentes ocorrem, por exemplo, entre a liberdade de expressão e de imprensa e os direitos à honra, à intimidade e à privacidade.

As colisões em sentido amplo ocorrem entre direitos fundamentais individuais e interesses fundamentais coletivos (o exemplo mencionado é o seguinte: a limitação da utilização de um terreno, por seu proprietário, caso isso venha a prejudicar a água subterrânea e em qual extensão isso pode ocorrer). Registra-se que não existe uma relação de precedência incondicionada entre direitos fundamentais e interesses coletivos, pelo que a prevalência em caso de colisão será determinada por meio da máxima da proporcionalidade e, em última instância, do sopesamento; os direitos coletivos não são necessariamente adversários dos direitos fundamentais, uma vez que o seu fomento pode beneficiar posições individuais; e, por fim, as questões distributivas decorrentes dos direitos sociais e a suas interferências em direitos fundamentais desempenham um papel relevante nessas colisões, embora limitadas por contingências fáticas e normativas⁸².

1.6 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E A OTIMIZAÇÃO DAS POSSIBILIDADES FÁTICAS NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS.

⁸² Sobre essa argumentação Cf. ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático..., 1999, p. 68-72.

A máxima da proporcionalidade⁸³ decorre logicamente do caráter de princípio das normas de direito fundamental e da lei de colisão e se apresenta em três submáximas parciais: a adequação (ou idoneidade); a necessidade; e a proporcionalidade em sentido estrito. A máxima da proporcionalidade e suas três submáximas é que demonstrarão o que deve ser compreendido por otimização⁸⁴.

Portanto, a proporcionalidade não pode ser tratada como um princípio, ou seja, como um mandamento de otimização – ao contrário do que ocorre com parte da doutrina que assim traduz, de forma equivocada, a proporcionalidade⁸⁵ – uma vez que não colide com nenhuma outra norma de direito fundamental com caráter de princípio. É preferível sua classificação como uma máxima ou teste da proporcionalidade, ou seja, como um método, um critério ou um axioma para a resolução da colisão de princípios de direitos fundamentais, que dará origem a uma regra e a um direito definitivo, quando aplicada. Havendo uma colisão de direitos fundamentais, a proporcionalidade incidirá como uma regra por subsunção.

O problema terminológico é evidente. O chamado princípio da proporcionalidade não ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. [...] É correto, como já dito, que o chamado princípio da proporcionalidade não é um princípio no sentido acima descrito. Mas Alexy enquadrá-o, sim, em outra categoria, pois classifica-o *explicitamente como regra*.⁸⁶

⁸³ Alexy não é inventor da proporcionalidade, que provém do direito administrativo, mais especificamente da aplicação das normas relativas ao poder de polícia e seus limites, ainda no século XIX e depois é transposta ao direito constitucional. Esse tema será mais bem desenvolvido no capítulo seguinte. Sobre essa argumentação Cf. SCHOLLER, Henrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Interesse Público*. São Paulo, ano 1, v. 2, p. 93-107, abr./jun. 1999. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet.

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 588.

⁸⁵ Tratando a proporcionalidade, a nosso ver, equivocadamente, como princípio, ainda que façam expressa alusão à construção teórica empreendida por Alexy: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 378. BRANCO, Paulo G. Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 401-446. BONICIO, Marcelo J. Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legislação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 25-34. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 106-107. FARIAS, Edmilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Ed., 2008, p. 110. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5.ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 77-108. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 14.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 202. MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 323-335.

⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

Em síntese,

Como se percebe, Alexy se preocupa em não chamar a proporcionalidade de princípio, mas de máxima, por três razões simples: 1) a proporcionalidade é critério de decisão entre princípios colidentes; 2) de tal decisão surgirá uma regra e um direito definitivo; 3) a proporcionalidade não entra em colisão com nenhum princípio. Logo, a máxima da proporcionalidade deve ser encarada como uma regra, e não como princípio, no contexto da teoria do autor em estudo.⁸⁷

Alexy depreende sua ideia de proporcionalidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, onde a máxima da proporcionalidade se desenvolve a partir do célebre julgamento do caso *Lüth*⁸⁸, no qual os direitos fundamentais são definidos: (a) como uma ordem objetiva de valores; (b) a serem sopesados; (c) segundo uma hierarquia de valores; (d) no âmbito de um sistema de valores. Ainda que Alexy trate de princípios – e não de valores (a diferença entre ambas as categorias será apresentada oportunamente) –, essa decisão menciona todos os elementos do desenvolvimento da máxima da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional alemão: valor, ordem de valores, hierarquia de valores, sistema de valores e sopesamento⁸⁹.

A ideia de otimização dependerá da aplicação da máxima da proporcionalidade, uma vez que as possibilidades fáticas de aplicação dos mandamentos dos princípios colidentes são

⁸⁷ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 134.

⁸⁸ Decisão que se encontra disponível no volume 7, página 198, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 7, 198). O caso em questão diz respeito a um crítico de cinema, de nome Eric Lüth, que publicou um texto em um jornal estatal de Hamburgo contra o filme *A amante imoral*, dirigido por Viet Harlan, que no passado havia dirigido um filme antissemita enquanto mecanismo de propaganda para o regime nazista. Harlan havia sido absolvido de qualquer crime em virtude sua colaboração com o regime nazista, findo o governo nazista pela vitória dos aliados na Segunda Guerra. Ainda assim, Lüth conclamou um boicote ao novo filme, que não tratava de nenhum assunto relativo à população semita, por reprovar o passado de Harlan, que deveria ter sua participação rejeitada na Semana do Filme Alemão, por não ser digno de representar o cinema germânico. Embora interpelado extrajudicialmente pela produtora do filme mencionado, Lüth manteve integralmente suas críticas e as renovou. Isso motivou seu acionamento judicial, Lüth foi condenado pelo Tribunal de Hamburgo, por atentar contra aos bons costumes, não por expressar suas opiniões, mas por conclamar o boicote capaz de causar prejuízos materiais aos demandantes, além de atentar contra a absolvição de Harlan e o processo de desnazificação em geral. Lüth recorreu ao Superior Tribunal de Hamburgo e apresentou reclamação constitucional, por entender que teve tolhido seu direito fundamental de expressão e teve sua pretensão acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão. Para um maior detalhamento acerca da decisão, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 106-107, uma vez que para o presente trabalho basta mencionar que: “O TC deu razão a Lüth, pela seguinte ordem de argumentos: 1) os direitos fundamentais têm como destinatário o Estado; 2) esses direitos fazem parte de uma ordem axiológica objetiva, que influencia a ordem civil regulada por direito cogente e pelos princípios; [...] 6) numa sociedade democrática, a discussão intelectual permanente e a disputa de opiniões formam o conteúdo axiológico do direito fundamental à livre expressão do pensamento; 7) o direito fundamental de livre expressão do pensamento inclui não apenas a manifestação desse pensamento, como também a capacidade prática dele provocar adesões voluntárias, mas esta última deve ser apenas um efeito secundário da primeira; 8) quando esse direito fundamental se confronta com um direito legal, faz-se necessária uma “ponderação de bens jurídicos” entre os interesses tutelados pela lei e pela ordem constitucional [...]”

⁸⁹ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 154-155.

encontradas nas submáximas da adequação e da necessidade, ao passo que as possibilidades jurídicas se evidenciam com a aplicação da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito. Por sua vez, as submáximas mencionadas devem ser aplicadas em uma ordem definida e possuem uma relação de subsidiariedade interna, ou seja, nem sempre todas elas serão aplicadas para a resolução de um caso concreto⁹⁰. Isso porque muitas vezes a aplicação da adequação e da necessidade bastará para a resolução da colisão, ao passo que, em outros, somente com a proporcionalidade em sentido estrito e o sopesamento é que se resolverá o conflito normativo.

A aplicação da proporcionalidade controla as restrições aos direitos fundamentais que sejam impostas pelos legisladores e pela administração pública, bem como, em alguns casos, nas relações entre particulares. As interferências aos direitos fundamentais que sejam consideradas desproporcionais são proibidas pela Constituição e devem ser impedidas pelos órgãos jurisdicionais encarregados desse controle e responsáveis por sua vinculatividade.

1.6.1 A adequação.

Numa colisão hipotética entre dois princípios, denominados novamente de P_1 e P_2 , pretende-se o fomento de P_1 para a realização de um objetivo Z , por meio da adoção de uma medida M_1 , contudo, essa medida afeta negativamente o conteúdo normativo de P_2 . Há que se indagar se a medida M_1 escolhida é adequada (ou idônea) para o atingimento ou o fomento do objetivo pretendido com base em P_1 ? Se a resposta for afirmativa, o meio será considerado adequado e a condição da submáxima da adequação estará satisfeita; por outro lado, se a resposta for negativa, a medida M_1 escolhida será considerada inidônea e o critério da adequação não será satisfeito e a medida em questão é desproporcional. Tomada por base a segunda situação, M_1 ao não se revelar capaz do efetivo fomento de P_1 e ao atingir negativamente P_2 , é inadequada e é proibida por P_2 . Nessa situação, a colisão de princípios se resolve no âmbito da adequação, com a prevalência de P_2 , ainda no âmbito das possibilidades fáticas dos princípios colidentes⁹¹.

⁹⁰ Nesse sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável..., 2002, p. 45. Também, CRISTÓVAM, José S. da Silva. *Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 235-236.

⁹¹ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 120.

A adequação ou idoneidade impõe duas exigências a qualquer medida que se proponha a interferir nos direitos fundamentais: a primeira delas, é que tenha uma finalidade constitucionalmente legítima; a segunda, é que seja adequada para o fomento de sua obtenção⁹².

[...] Assim, se Decreto de desapropriação, a pretexto de atender ao princípio do interesse público, é utilizado para punir um adversário político ou para impedir um negócio legítimo de compra-e-venda apenas porque tal negócio é contrário às opções ideológicas da autoridade pública, o meio utilizado para atingir o fim daquele princípio enunciado não foi adequado. Se, entre dois princípios, o meio empregado para a realização de um deles, já no exame da primeira máxima, se mostrar inadequado, o outro princípio prevalece. Caso contrário, ou seja, se os meios de realização de ambos os princípios forem igualmente adequados, continua-se a pesquisa com a máxima seguinte.⁹³

A adequação não se vincula de nenhuma maneira à ideia de ponto máximo, uma vez que não se exige que a medida adotada atenda completamente ao comando normativo do princípio que pretende promover, apenas que o fomente. Dessa forma, a ideia da adequação se aproxima da ideia da eficiência de Pareto, pela qual “uma posição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada”⁹⁴⁻⁹⁵. A adequação funciona como um critério negativo de exclusão de algumas providências não adequadas, sem a pretensão de determinar definitivamente o resultado de todas as colisões de princípios ou de fornecer uma única resposta correta⁹⁶⁻⁹⁷.

⁹² PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*. 4.ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 875.

⁹³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 134-135.

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 589.

⁹⁵ Sobre a aplicabilidade da ideia de eficiência ótima desenvolvida por Vilfredo Pareto, no contexto das ciências econômicas, para a situação de realocação de recursos em situação de escassez, sem que seja prejudicado um outro agente econômico, no âmbito da Teoria dos Direitos Fundamentais, suas necessárias adaptações teóricas com a manutenção da ideia do cerne teórico desenvolvido, desconsiderada a situação escassez de recursos, especificamente voltada para a etapa da necessidade, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Jumping* ou salto conceitual de uma teoria para a outra: continuidade/descontinuidade cognitiva e proposta de metodologia. In: SILVESTRE, Gilberto Fachetti (org.). *Temas atuais de direito II: estudos em homenagem aos 90 anos do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020a. p. 285-300.

⁹⁶ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 590.

⁹⁷ O exemplo dado por Alexy, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, é a decisão que julgou inconstitucional a exigência da obtenção de uma licença profissional específica (relativa à expertise comercial) para que um cabelereiro instalasse, em seu salão de beleza, uma máquina de vendas automáticas de cigarro, imposta pelas autoridades do Estado de Saarbrücken. Nesse caso, foi constatada a colisão entre a liberdade de exercício profissional (P_1), que autorizava a instalação da mencionada máquina, e a proteção ao consumidor (P_2), princípio este que foi usado como fundamento para exigência da licença de capacitação (M_1). Ao resolver o caso, o Tribunal Constitucional alemão afirmou a inidoneidade da proibição para a proteção ao consumidor, ao passo que restaria obstaculizada a realização da liberdade profissional, qualificando a medida como desproporcional. Decisão que se encontra disponível no volume 19, página 330, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 19, 330). Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 588-589.

Superada a etapa da adequação, nos termos acima expostos, a aplicação da máxima da proporcionalidade prossegue, com o exame da necessidade.

1.6.2 A necessidade.

A necessidade é expressa por meio da seguinte configuração: o Estado pretende fomentar um objetivo Z com base em um princípio P_1 . Para tanto, pode adotar as medidas M_1 e M_2 , onde ambas são igualmente adequadas para a promoção de P_1 . Contudo, com relação a P_2 , que é um direito fundamental titularizado por um cidadão, a adoção de M_1 e M_2 não é indiferente, uma vez que é negativamente afetado por M_1 e não é afetado, ou é menos afetado, por M_2 . “Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de tanto P_1 quanto P_2 sejam válidos, apenas M_2 é permitida e M_1 é proibida.”⁹⁸ Como demonstrado, a necessidade exige que não sejam adotadas medidas mais gravosas do que aquelas que sejam imprescindíveis à realização do comando normativo de um princípio, quando existirem outras medidas que não interfiram no patrimônio jurídico do indivíduo – e que sejam aproximadamente adequadas entre si – para a realização dos objetivos traçados com base no mesmo princípio.⁹⁹

Segundo Virgílio Afonso da Silva, o exame da necessidade difere do da adequação: o primeiro, é evidentemente comparativo; ao passo que o segundo, é absoluto¹⁰⁰. A necessidade impõe ao Estado o dever de escolher aquela medida que menos afete os direitos dos cidadãos¹⁰¹.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 119.

⁹⁹ Sobre a necessidade, assevera Cristóvam: “O controle de constitucionalidade de uma limitação normativa ou administrativa deve aferir se a atuação legislativa ou executiva – além de imprescindível à garantia do exercício do direito fundamental protegido – se apresenta como instrumento mais eficaz e menos gravoso aos cidadãos. A simples maximização de um direito fundamental não legitima a restrição de outro, havendo que se questionar acerca da necessidade da providência restritiva, ou seja, se outros instrumentos garantidores do direito a ser implementado não acarretariam menor gravame ao direito limitado.” CRISTÓVAM, José S. da Silva. *Princípios Constitucionais...*, 2016, p. 239.

¹⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável...*, p. 38.

¹⁰¹ Novamente, o exemplo dado por Alexy perpassa os princípios da liberdade profissional (P_1) e da proteção ao consumidor (P_2), no seguinte contexto de um caso julgado pelo Tribunal Constitucional alemão: uma portaria do Ministério da Saúde alemão proibia a venda de doces que, apesar de serem anunciados como de chocolate, eram majoritariamente compostos de flocos de arroz (M_1), com o objetivo de proteger o consumidor contra compras enganosas (Z). Essa medida foi considerada adequada para fomentar o objetivo perseguido de proteção ao consumidor (P_2), posto que, suspensa a venda do produto (M_1), a possibilidade de uma compra equivocada quase zera. Contudo, essa proibição não é necessária, uma vez que pode ser substituída pela obrigatoriedade da identificação (M_2), nos rótulos dos produtos enquadrados nessa situação, com uma eficácia semelhante e de forma menos invasiva ao princípio da liberdade profissional (P_1). Decisão que se encontra disponível no volume 53, página 135, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 53, 135)

“[T]ambém a máxima da necessidade é expressão da ideia de eficiência de Pareto. Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição.”¹⁰² De novo, o que se pretende é que o legislador e o administrador não promovam sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.

É justamente esse nexo de pertinência (*Zusammenhang*) que se aplicam os critérios da adequação (*Geeignetheit*) e da necessidade (*Notwendigkeit*). Adequação significa que o estado gerado pelo poder público por meio do ato administrativo ou da lei e o estado no qual o fim almejado pode ter sido como realizado situam-se num contexto mediato pela realidade à luz de hipóteses comprovadas. A necessidade, por sua vez, significa que não existe outro estado que sejam menos oneroso para o particular e que possa ser alcançado pelo poder público com o mesmo esforço ou, pelo menos, sem um esforço significativamente maior. Também aqui o legislador e a administração devem basear-se em hipóteses plausíveis e/ou já comprovadas, que devem estar presentes para que, no âmbito de sua maior ou menor liberdade de arbítrio, estejam autorizados a tomar as medidas que julgarem necessárias.¹⁰³

Da aplicação da necessidade, seguem dois problemas: (a) o primeiro, é o problema prognóstico que surge quando não se possui uma certeza ou um consenso científico acerca das consequências da adoção, ou não, de determinada medida, de forma que é difícil precisar se ela é adequada ou necessária para o fomento de determinado objetivo estatal; e (b) o segundo, diz respeito à possibilidade de uma determinada medida afetar negativamente o comando normativo de mais de um princípio.

1.6.3 A adequação e a necessidade e o controle de prognoses dos fatos legislativos¹⁰⁴.

“Prognose: esse é o nome do parâmetro que serve de mecanismo para dar maior coerência e integridade ao ordenamento jurídico (já) no nível legislativo.”¹⁰⁵ O conceito de prognose diz respeito aos fatos levados em consideração pelo legislador (fatos legislativos) no momento da elaboração das leis e o problema que se apresenta é possibilidade de sua avaliação por meio da

¹⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 591.

¹⁰³ SCHOLLER, Henrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha, 1999, p. 98.

¹⁰⁴ O tema do controle de prognoses no contexto do controle constitucionalidade é enfrentado em Cf. TORRES, João G. Gualberto. *A verificação de fatos e prognoses jurídico-legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro*. 2018. 350 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Contudo, um maior aprofundamento nessa questão ultrapassa os limites do presente trabalho.

¹⁰⁵ STRECK, Luiz Lenio. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 703.

aplicação da subetapa da necessidade para controlar as restrições eventualmente impostas aos direitos fundamentais.

Sobre o tema, Alexy apresenta o exemplo do caso da proibição da utilização, fabricação, disseminação e comércio de produtos derivados de *cannabis* na Alemanha¹⁰⁶. Nesse caso, o Tribunal Constitucional alemão foi chamado a decidir acerca da compatibilidade da proibição mencionada com a liberdade geral de ação e a liberdade pessoal, ambas garantidas enquanto direitos fundamentais pela Constituição alemã. Pôs-se, conjuntamente, em questão uma maior eficácia da liberação do produto para combate aos potenciais efeitos nocivos da droga em questão e aos perigos associados ao tráfico ilegal do entorpecente. Contudo, por entender que não existiam conhecimentos científicos abrangentes acerca dos malefícios decorrentes do uso dos derivados do entorpecente, a decisão do legislador pela criminalização deveria ser aceita, porque aquele teria uma “prerrogativa de avaliação e decisão para a escolha entre diversos caminhos potencialmente adequados para alcançar um objetivo legal.”¹⁰⁷

Mais à frente, esse poder do legislador, denominada de discricionariedade estrutural ou epistêmica, a depender do caso, será mais profundamente abordada. Até aqui basta afirmar que a discricionariedade do legislador no exame da adequação e da necessidade equivale ao reconhecimento de uma competência para a restrição de um direito fundamental, que pode ser atribuída aos princípios formais¹⁰⁸.

1.6.4 A adequação e a necessidade e a afetação negativa do mandado de mais de um princípio.

“[F] requentemente, em relação ao direito fundamental afetado, há meios mais suaves e que fomentam o objetivo perseguido pelo legislador de forma igualmente efetiva, mas que têm como desvantagem a afetação de um terceiro princípio”¹⁰⁹. Mais uma vez, busca-se um exemplo na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, precisamente, no caso julgado acerca da proibição da contratação de trabalhadores temporários por empresas do ramo da construção

¹⁰⁶ Decisão que se encontra disponível no volume 90, página 145, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 90, 145)

¹⁰⁷ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 591.

¹⁰⁸ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 592.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 592.

civil¹¹⁰. Afirma-se que essa forma de contratação de mão-de-obra ocasionava uma série de ilícitos nas searas jurídica trabalhista, tributária, social e econômica. Contudo, existiam agências intermediadoras desse tipo de contratação cumpridoras da lei, que consideravam a proibição total desse tipo de contrato desnecessária, já que uma outra medida menos gravosa poderia ser posta em prática para a promoção do objetivo perseguido com a proibição adotada pelo legislador, tal como o aumento da fiscalização nos canteiros de obra¹¹¹.

Nessa constelação, inicialmente, são encontrados dois princípios colidentes: a liberdade profissional (P_1) e a combate à prática ilegal (P_2). Para a satisfação de P_2 , um controle maior e uma fiscalização mais eficiente dos canteiros de obra (M_1) teria igual nível de satisfação do seu comando normativo do que a proibição (M_2). Ao passo que para P_1 , M_2 apresenta uma restrição muito mais significativa do que M_1 . Logo, a aplicação da máxima da proporcionalidade, para o presente caso, demonstraria que, sendo ambas as medidas adequadas para a realização de P_2 , sem que P_1 fosse indiferente a uma delas, a colisão não se resolveria no âmbito da adequação. Como M_1 representa uma intervenção muito menor em P_1 do que M_2 , a primeira deveria prevalecer. Contudo, essa não foi a decisão tomada, uma vez que Tribunal Constitucional alemão entendeu que o aumento da fiscalização e do controle nos canteiros de obra oneraria o Estado, que dispenderia muito mais dinheiro nessa atividade do que seria exigível, de forma que ofenderia o mandado do uso racional dos recursos públicos (P_3). Contudo, nesse caso, o embate é decidido, apenas, entre P_1 e P_3 , uma vez que P_2 aceita a adoção de M_1 ou M_2 , permanecendo neutro nessa escolha.

[...] No caso em questão a constituição admite uma intervenção relativamente intensa no direito fundamental (M_2), para que os recursos públicos sejam menos comprometidos, ou ela exige um maior comprometimento dos recursos públicos, para que se possa realizar a atividade de combater a prática ilegal (P_2) com uma intervenção relativamente pequena no âmbito do direito fundamental (M_1)? Com essa questão, abandona-se o âmbito das possibilidades fáticas. Trata-se de uma realização mais ampla possível em relação às possibilidades jurídicas. O que se indaga é se P_2 e P_3 , tomados em conjunto, justificam a intervenção relativamente intensa em P_1 , presente na proibição (M_2). Essa é uma questão de sopesamento. Com ela, adentra-se a terceira etapa da máxima da proporcionalidade.¹¹²

É exatamente sobre a otimização das possibilidades jurídicas que se tratará a próxima subetapa da máxima da proporcionalidade.

¹¹⁰ Decisão que se encontra disponível no volume 77, página 84, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 77, 84)

¹¹¹ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 592.

¹¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 593.

1.7 A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E A MAXIMIZAÇÃO DAS POSSIBILIDADES JURÍDICAS NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS.

A subetapa da proporcionalidade em sentido estrito decorre da necessidade de otimização das possibilidades jurídicas dos princípios válidos, quando estes colidem com outros princípios¹¹³.

Na esteira do exemplo exposto acima acerca:

[...] [d]o ponto de vista das possibilidades fáticas, uma ainda maior realização de P_2 é alcançada se nem M_1 nem M_2 são levadas a cabo. Que uma das alternativas tenha que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão para o exame da necessidade, mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre P_1 e P_2 (proporcionalidade em sentido estrito). É por isso que, caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P_2 , ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento.¹¹⁴

Para solucionar essa colisão é necessário um sopesamento, conforme anunciado pela lei de colisão já exposta, onde se estabelece uma relação de precedência condicionada. Contudo, essa relação de precedência não é arbitrária, o que se concebe é um modelo fundamentado de sopesamento, segundo critérios racionais¹¹⁵. Afirma-se a existência de uma primeira lei da proporcionalidade (também chamada de lei material da ponderação), que sustenta que, quanto maior for o grau de afetação de um princípio, mais bem fundamentadas ou existentes em maior número devem ser as razões para a satisfação do princípio colidente, bem como os justificadores dessa intervenção. Portanto, ainda que essa primeira lei de ponderação não afirme o que deve ser decidido na colisão de princípios, ela indica o que deve ser fundamentado racionalmente para que a colisão seja resolvida de maneira adequada.

[...] Daí a sua relação com a lei de colisão: enquanto a lei de colisão diz que não é possível encontrar uma decisão previamente dada para o embate entre princípios, e que a decisão será encontrada em regras que definem certas condições fáticas, que, uma vez ocorrentes, indicam as consequências jurídicas de precedência de um princípio sobre o outro, a primeira lei de ponderação procura explicar racionalmente o grau de importância das consequências jurídicas de ambos os princípios em colisão. Em outras palavras, a primeira lei da ponderação, na eventualidade do embate não ter sido solucionado pelas máximas parciais anteriores, coloca as consequências jurídicas

¹¹³ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017, 117-118.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 119-120.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 164-165. Ao modelo fundamento, contrapõe-se um modelo decisionista, em que a relação de precedência estabelecida em virtude da lei de colisão se dá por meio da intuição, de acordo com as concepções subjetivas do julgador, decorrente de um processo psíquico impossível de ser intersubjetivamente controlável por meio de critérios racionais. Num tal modelo, não seria possível falar em sopesamento correto ou equivocado.

dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto.¹¹⁶

A lei primeira lei do sopesamento é enunciada da seguinte forma: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior será a importância da satisfação do outro”¹¹⁷. Ressalva-se que as colisões surgem somente na solução de casos, logo, quando se fala em satisfação e afetação, faz-se alusão às soluções jurídicas num mesmo caso e sua capacidade de atender ou restringir o mandado dos princípios em colisão; também, que os pesos dos princípios em colisão são sempre relativos, uma vez que os limites daquilo que é exigido juridicamente por um princípio, encontram-se sempre no princípio colidente¹¹⁸.

[...] Aquele que afirma que uma afetação muito intensa só pode ser justificada por meio de um grau muito alto de importância da satisfação princípio colidente ainda não diz quando essa afetação muito intensa e quando esse grau de importância estão presentes. Mas ele diz o que deve ser fundamentado para justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e importância. Os argumentos que podem ser utilizados na fundamentação desse tipo de enunciados não estão relacionados especificamente ao sopesamento. É possível levar em consideração qualquer argumento típico da argumentação jurídica.¹¹⁹

No âmbito do sopesamento, para a construção dos juízos acerca dos graus de importância e dos graus de afetação dos princípios colidentes, são aceitas todas as formas de argumentos presentes argumentação jurídica, dentre eles: a referência a fatos, regularidades empíricas, juízos normativos, precedentes e valorações. Ainda que esses argumentos constituam coisas muito diversas entre si, todos esses tipos de argumentos são fundamentáveis racionalmente¹²⁰ e conduzem ao resultado do sopesamento enquanto uma regra de decisão diferenciada e definitiva, onde se transforma o direito *prima facie* do princípio prevalecente em direito definitivo e se mantém “o direito contido no princípio precedido em seu estado *prima facie* ou relativo.”¹²¹. Não obstante, “o sopesamento em si não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o modelo de sopesamento como um

¹¹⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 136.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 167.

¹¹⁸ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, 167-168.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 171.

¹²⁰ Em sua Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy demonstra como cada um dos tipos de argumentos podem ser utilizados de forma racional do âmbito do discurso jurídico, segundo a tese do caso especial. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 212-269. As regras do discurso jurídico extraídas dessa exposição estão compiladas em ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 282-284.

¹²¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 137. No mesmo sentido, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 594.

todo oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional”¹²².

Tal operação deve ser realizada, a saber: 1^a) define-se a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios; 2^a) define-se a importância dos fundamentos justificadores da intervenção, isto é, a importância de satisfação do princípio oposto; 3^a) realiza-se a ponderação em sentido estrito, ou seja, responde-se sobre se importância da satisfação de um princípio justifica a não satisfação do outro princípio.¹²³

Demonstra-se que as rotinas envolvidas no sopesamento de princípios envolvem o estabelecimento argumentativo – daí que a dimensão do peso seja uma metáfora para o esforço argumentativo – entre prós e contras ou custos e benefícios, desenvolvida em etapas, expostas na seguinte Tabela 2 esquemática desenvolvida por Jeveaux:

Tabela 2 - Tabela esquemática das rotinas envolvidas no sopesamento

ETAPAS	PRINCÍPIO 1	PRINCÍPIO 2
1) Contras/custos	Custos P_1 X benefícios P_2	Custos P_2 X benefícios P_2
2) Prós/benefícios	Benefícios P_1 X custos P_2	Benefícios P_2 X custos P_1
3) Resultado	Maior benefício com menor custo	Idem

Fonte: JEVEAUX, 2015, p. 137.

Vígílio Afonso da Silva levanta um exemplo bastante ilustrativo acerca da utilização do sopesamento enquanto forma de contenção a restrições desmedidas aos direitos fundamentais, ao supor uma situação em que o Estado propusesse o encarceramento de todas as pessoas que fossem diagnosticadas enquanto portadoras do vírus HIV para impedir a sua disseminação.

A medida seria, sem dúvida, adequada e necessária – nos termos previstos pela regra da proporcionalidade –, já que promove a realização do fim almejado. Embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas medidas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5.º e 1.º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar em um nível menor de proteção à saúde pública.¹²⁴

¹²² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 173-174.

¹²³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 137.

¹²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável...*, 2002, p. 40-41.

O sopesamento será complementado e desenvolvido, com a apresentação da fórmula do peso e das ideias de margens de ação estrutural e epistêmica ao legislador. Essas ideias são desenvolvidas enquanto respostas às objeções postas por Böckenförde e Habermas, às quais se fará breve referência na sequência.

1.7.1 A crítica de Böckenförde.

Inicialmente, Böckenförde expõe sua rejeição à ponderação de princípios em um julgamento realizado no Tribunal Constitucional alemão, do qual era ministro, que tratou da questão da objeção de consciência ao serviço militar. Nesse julgamento, questionava-se um dispositivo que impunha uma série de exigências ao objetante, tais como: “a apresentação pelo interessado de extenso currículo, exposição minuciosa e pessoal dos motivos para a objeção, atestado de boa conduta”¹²⁵ e, ao final, dispunha a possibilidade de ser o objetante chamado a servir, em caso de necessidade. Böckenförde fez parte da minoria de ministros vencidos, num julgamento onde a maioria entendeu que o direito de objeção (P_1) deveria ser ponderado com o valor constitucional da defesa nacional (P_2), com prevalência do segundo, de acordo com as normas de competência da Federação designadas pela Lei Fundamental alemã.

O cerne da resistência dos vencidos se encontra na decisão tomada em desfavor de um direito fundamental de liberdade individual, com base em uma norma de competência da Federação, uma vez que entendiam ser incabível deduzir um princípio com base em uma norma dessa natureza a ser ponderado com um direito fundamental – um direito liberal de liberdade ou de defesa frente ao Estado. Sem se contrapor à noção dogmática de princípio, enquanto mandamento de otimização, Böckenförde sustenta sua tese que a utilização da teoria axiológica dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional Alemão por meio da ponderação possui consequências negativas, são elas: (i) leva ao derretimento da estrutura normativa da constituição; (ii) abre espaço para a prevalência das opiniões e ideias subjetivas dos juízes; e (iii) é desprovida de meios para controle racional e intersubjetivo por meio do compartilhamento discursivo. O que resulta no decisionismo judicial e na perda de força dos direitos fundamentais, enquanto barreiras individuais contra a vontade das maiorias. Isso porque a liberdade individual passa a ser exercida plenamente somente por aqueles que estejam

¹²⁵ BRANCO, Paulo G. Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, 2009, p. 68.

em situação de sintonia com os valores socialmente compartilhados, segundo aquilo que o Estado define como desejável ou valioso, o que foge ao seu propósito principal de proteção ao dissidente¹²⁶.

Böckenförde repudia a noção de constituição material atrelada ao modelo de Estado Social, em que o Tribunal Constitucional seria “o senhor da constituição”, e considera que a única forma de salvar o Estado é o retorno à concepção liberal de liberdades negativas¹²⁷. É o que Alexy irá chamar de *redução liberal da constituição*. Na concepção de Böckenförde, esse retorno objetiva impedir a formação de um Estado judiciário e a induz a recondução ao modelo de Estado legislativo parlamentar. Para Böckenförde, um modelo de direitos fundamentais que comporte a ideia de otimização e de ponderação de valores – ou princípios – levaria à expansão dos princípios para todos os demais ramos do direito. Dessa forma, toda a ordem jurídica passaria a estar contida na constituição, à espera de ser concretizada pelo Tribunal Constitucional em detrimento da autonomia do legislador. Nesse contexto, contrapõem-se dois conceitos relativos à estrutura e ao conteúdo das normas constitucionais: ordem-moldura e ordem-fundamento¹²⁸.

Böckenförde encampa a tese da ordem-moldura, ao passo que à teoria dos princípios é atribuído o conceito derogatório de ordem-fundamento, ou seja, “uma constituição na qual a totalidade da ordem jurídica já está contida, então, a teoria dos princípios condena o legislador – sob o controle do Judiciário – a apenas declarar aquilo que já foi decidido pela constituição.”¹²⁹ Logo, a teoria dos princípios seria incompatível com a separação dos poderes, ao eliminar toda a margem de conformação legislativa e atentaria contra a ideia de democracia.

1.7.2 A crítica de Habermas.

O contexto do debate travado entre Alexy e Habermas precede a Teoria dos Direitos Fundamentais, em um movimento constante de aproximações e divergências¹³⁰. Essa discussão,

¹²⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 59-60.

¹²⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, 1993, p. 137.

¹²⁸ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 576-580.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 579.

¹³⁰ Sobre os pontos de aproximação e divergências entre Habermas e Alexy que excedam à principal crítica do primeiro com relação ao segundo, que é centrada na irracionalidade do processo de ponderação de princípios, Cf. LUDWIG, José Roberto. Princípios na relação entre direito e moral – algumas notas sobre o debate Habermas-Alexy. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 915, p. 183-204, jan. 2012. Uma exposição dessa natureza foge aos limites deste trabalho.

aqui, estará limitada aos aspectos relativos à teoria dos princípios e à ponderação enquanto técnica de solução de colisões de princípios de direitos fundamentais.

Habermas, de forma expressa, não acompanha Böckenförde quanto à necessidade de retorno ao paradigma liberal dos direitos fundamentais, uma vez que compreende que a ideia de direitos fundamentais enquanto direitos de defesa do cidadão estava vinculada às condições supostas da sociedade liberal – em especial, os pressupostos da economia política clássica, que foram abalados pela crítica marxista e não mais corresponderiam às características das sociedades pós-industriais. Sustenta que o reconhecimento do caráter objetivo – somado ao seu aspecto subjetivo – dos direitos fundamentais representa uma reconciliação com sua origem kantiana. Apesar de fazer uma ressalva relativa ao paradigma do Estado Social, que ofereceria experiências parcialmente contraproducentes, entende que isso não é suficiente para se defender uma volta ao passado e que os princípios constitucionais devem ser realizados no contexto de um Estado material ou regulador. Entende, ainda, que existe uma diferença entre os princípios do Estado de direito – compreendidos conceitos-chave e importantes instrumentos para a promoção na deliberação democrática e a igualdade política – e seus paradigmas de leitura. Por fim, atribui a defesa de Böckenförde do retorno ao paradigma passado a uma negligência em perceber essa diferença¹³¹.

Não obstante, Habermas – ainda que reconheça a indeterminação semântica do direito e a separação entre texto e norma – expressa sua preocupação quanto à possibilidade dos Tribunais Constitucionais¹³² desenvolverem uma atividade criativa do direito de viés político, “a qual deveria ser reservada ao legislador democrático segundo a lógica da divisão de poderes”¹³³. Nesse ponto, ambos, Böckenförde e Habermas, aproximam-se, embora diverjam na solução para o problema que entendem existir.

A crítica avança para questionar a ponderação enquanto método adequado para a aplicação de valores ou de bens, pautada pelo conceito de otimização, tal como realizado pelo Tribunal

¹³¹ Sobre essa argumentação, Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito*. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 320-322. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo.

¹³² Nessa obra, Habermas tem como referências o Tribunal Constitucional alemão e a Suprema Corte norte-americana. HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade...*, 2020, p. 308.

¹³³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade...*, 2020, p. 324.

Constitucional alemão, de onde Alexy declaradamente retira parte dos postulados desenvolvidos em sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

Primeiramente, Habermas diferencia princípios e valores ou bens jurídicos e atribui um novo equívoco a Böckenförde que iguala as categorias, segundo a ideia de mandamentos de otimização.

Princípios ou normas de ordem superior, a cuja luz outras normas podem ser justificadas, têm caráter deontológico, enquanto valores, diferentemente possuem um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e da mesma forma, a satisfazer expectativas generalizadas de comportamento, enquanto que valores devem ser entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas. Os valores expressam a preferência por bens considerados desejáveis em determinadas coletividades e que podem ser adquiridos ou realizados mediante ações orientadas por fins. As normas apresentam pretensão de validade binária e são válidas ou inválidas; frente a enunciados normativos, da mesma forma que enunciados assertóricos, só podemos assumir a posição de “sim” ou “não” – ou nos abstermos de julgar. Diferentemente, os valores estabelecem relações de preferência que nos dizem que determinados bens são mais atrativos que outros; por isso podemos assentir a enunciados valorativos com maior ou menor intensidade. A validade deontológica das normas possui o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o dever possui a pretensão de ser igualmente bom para todos. A atratividade dos valores possui o sentido relativo de uma apreciação de bens aos quais se está habituado ou que têm sido adotados em uma cultura ou forma de vida: decisões valorativas relevantes ou preferências de ordem superior dizem aquilo que em geral é bom para nós (ou para mim). Diferentes normas não podem se contradizer umas às outras caso pretendam validade para o mesmo círculo de destinatários; elas precisam se pôr em um conjunto coerente, isto é, formar sistema. Ao contrário, os diferentes valores competem pela prioridade entre si; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no interior de uma cultura ou forma de vida, estabelecem configurações flexíveis e conflituosas.¹³⁴

O autor da crítica em análise afirma que essa distinção não é frívola e atribui a Dworkin a ideia de princípios jurídicos deontológicos; ao passo que a Alexy a concepção de bens jurídicos otimizáveis. Sem negar que o argumento teleológico pode se fazer presente na argumentação jurídica, sustenta a primazia dos pontos de vista normativos; e, também, que os direitos fundamentais seriam formados por normas jurídicas, voltadas para a obrigatoriedade da ação e não por um modelo de bens atrativos. Isso porque, no pensamento pós-metafísico, não se pode cogitar a existência de valores supremos; ao menos, não sem cair em conceitos demasiadamente generalizantes e abstratos, tais como dignidade humana, solidariedade, autonomia e autorrealização. Logo, os valores seriam particulares e sua escolha se dá no âmbito subjetivo do agente, segundo aquilo que está culturalmente habituado¹³⁵. “A transformação conceitual

¹³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade...*, 2020, p. 326-327.

¹³⁵ Sobre essa argumentação, Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade...*, 2020, p. 327-328.

dos direitos fundamentais em valores fundamentais significa um mascaramento teleológico dos direitos, obscurecendo o fato de que normas e valores desempenham *papéis distintos na lógica da argumentação*”¹³⁶.

Para Habermas, com base nessa ideia de uma ordem objetiva de valores ou de bens jurídicos, o Tribunal Constitucional se apropria das normas constitucionais, reinventando-as de forma criativa e vinculada à construção da comunidade, intrinsecamente atrelada às convicções majoritárias. Nesse ponto, ambas críticas, de Böckenförde e Habermas, conectam-se e apontam um problema de legitimidade democrática em uma jurisdição constitucional ligada a uma eticidade substancial, indicada como autoritária. “Pois se, em casos de colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos finalísticos, desaparece com isso a parede de contenção introduzida no discurso jurídico com a compreensão deontológica das normas de direito e dos princípios fundamentais.”¹³⁷

Em conclusão, Habermas sustenta que ao conceber os direitos fundamentais por meio de uma ordem objetiva de valores, o Tribunal Constitucional alemão enfraquece a proteção jurídica conferida aos indivíduos pelos direitos fundamentais que, uma vez relativizados, competem em pé de igualdade com outros valores constitucionais de outras naturezas e de estruturas diferentes, tais como a administração da justiça, a segurança do Estado e o modelo federativo. Além disso, a aplicação de valores para a tomada de decisões judiciais careceria de racionalidade e se daria de forma irrefletida e impossível de ser submetida a formas de controle intersubjetivo, segundo *standards* ou hierarquias consuetudinárias, num processo em que a prioridade entre argumentos finalistas e normativos se inverte. Especificamente quanto ao método da ponderação sugerido por Alexy, ao qual atribui uma inspiração economicista (possivelmente por conta da referência ao ótimo de Pareto), Habermas o considera de pouca ajuda, uma vez que inexitem “unidades de medida univocamente aplicáveis aos bens jurídicos”¹³⁸.

Uma jurisprudência orientada por princípios jurídicos precisa determinar qual demanda e ação são corretas em um dado conflito – e não decidir sobre o melhor balanceamento de bens ou relacionamento entre valores. Certamente, normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações que a constituem podem

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade...*, 2020, p. 328. Destaques mantidos conforme o texto original.

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade...*, 2020, p. 331.

¹³⁸ Sobre essa argumentação, Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade...*, 2020, p. 332, o trecho transcrito se encontra na nota de rodapé 33.

se deslocar caso a caso; mas esse deslocamento está sujeito à reserva de coerência, que assegura que todas as normas se articulem em um sistema afinado e que admita para cada caso, segundo sua própria ideia, uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de uma obrigação, não o sentido teleológico daquilo que pode ser alcançável no horizonte de nossos desejos e em vista de circunstâncias dadas. Aquilo que em cada caso é o melhor para nós não coincide *eo ipso* com o que é igualmente bom para todos.¹³⁹

Ainda assim, Habermas entende ser possível a prolação de decisões racionais no âmbito da jurisdição constitucional, circunscrevendo sua crítica a esses aspectos metodológicos destinados à ponderação. Habermas chega a apresentar as suas condicionantes para que a racionalidade nesse âmbito se concretize, contudo, isso transborda o objeto dessa exposição¹⁴⁰.

1.8 A RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E VALORES.

Habermas nega à teoria dos princípios de Alexy o pertencimento à categoria das teorias deontológicas, encaixando-a no âmbito das teorias axiológicas. Por isso, deve-se ser esclarecida a relação estabelecida por Alexy entre princípios e valores. Na introdução do livro afirma-se que “a teoria dos princípios é uma teoria axiológica livre de pretensões insustentáveis” e, também, que um objetivo da Teoria dos Direitos Fundamentais é justamente “a reabilitação da tão depreciada teoria dos valores”¹⁴¹.

Convém, portanto, ainda que brevemente, expor os conceitos de deontológico, axiológico e antropológico,

[...] O conceito deontológico trata de mandados de proibição ou permissão; o conceito axiológico trata de dicotomias como bom/mau, valente/covarde, seguro/inseguro, bonito/feio; o conceito antropológico trata de categorias como a vontade, o interesse, a necessidade, a decisão, a ação. Os mandados autoexcludentes ocorrem no nível das regras, mas não no nível dos princípios, já que não existem critérios prévios que resolvam a colisão entre eles (lei de colisão). Já os valores são pesados pelo critério mais positivo ou menos negativo prevalece sobre o outro num juízo de valor, que tem portanto forte carga moral, já que o mais positivo deve ser encarado como aquilo que a moralidade recomenda como melhor diante do pior.¹⁴²

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade...*, 2020, p. 333.

¹⁴⁰ Para um aprofundamento na solução habermasiana, pautada na ausência de diferença significativa na aplicação de normas ordinárias e princípios constitucionais e numa crítica ao controle abstrato de constitucionalidade, que violaria a separação de poderes e a democracia deliberativa Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade...*, 2020, p. 334-367.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 29.

¹⁴² JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, p. 143-144.

Atribui-se, portanto aos princípios a relação de pertença com o âmbito deontológico; ao passo que os valores pertencem ao âmbito axiológico. Por valor, deve ser compreendido os juízos de valoração de um objeto determinado e não o objeto em si considerado. Os juízos de valoração de dividem em três tipos: classificatórios (bom ou ruim), comparativos (entre dois objetos qual tem mais valor ou se tem o mesmo valor) e métricos (atribuição de um número que indica um valor). No direito constitucional, os juízos de valoração mais importantes são os comparativos.

Para a valoração podem concorrer diversos critérios e a aplicação desses critérios de valoração se dá por meio do sopesamento, tal como ocorre com os princípios. Também existem valores que são aplicáveis de forma independente de sopesamento, que são chamados de regras de valoração. Enxerga-se um paralelo da diferença estrutural das normas no âmbito dos valores: aos princípios correspondem os critérios de valoração; ao passo que às regras correspondem as regras de valoração.

O que se acabou de afirmar corresponde exatamente ao modelo de princípios. A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* o devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo os princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico no segundo.¹⁴³

Embora isso não signifique uma completa rejeição do modelo os valores, deve ser dada preferência ao modelo dos princípios, pelos seguintes motivos: (i) o caráter deontológico das normas jurídicas, onde se discute aquilo que é devido, expressa-se mais claramente; e (ii) o conceito de princípios suscita menos dificuldades interpretativas que o conceito de valor¹⁴⁴.

As objeções ao modelo dos valores não serão analisadas no presente trabalho¹⁴⁵.

1.9 A FÓRMULA DO PESO.

Alexy irá desenvolver a fórmula do peso como um mecanismo analítico de defesa da possibilidade de fundamentação racional das decisões decorrentes do método da ponderação,

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 153.

¹⁴⁴ Sobre essa argumentação Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 144-153.

¹⁴⁵ Isso se justifica, uma vez que muitas delas também foram endereçadas à teoria dos princípios e abordadas ao longo do capítulo. Para um aprofundamento no tema Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 153-179.

em resposta à pretensa ausência total de racionalidade na ponderação de princípios, levantada por seus críticos¹⁴⁶, em especial Habermas. Por meio da fórmula do peso, pretende-se demonstrar que é possível a formulação de juízos racionais acerca dos graus de afetação, dos graus de importância e das relações existentes entre uma e outra coisa que a compõem. Ressalva-se que Alexy não afirma que o resultado do sopesamento será racional em todos os casos (tese radical), mas que isso ocorre em alguns (tese moderada). Ainda assim, a justificação do sopesamento enquanto método de tomada de decisões se revela no conjunto dos casos em que se utilizam argumentos racionais durante o sopesamento e produzem esse almejado resultado racional. Contudo, permanece a possibilidade sopesamentos marcadamente subjetivos e decisionistas, uma vez que o método mencionado é levado a cabo por seres humanos¹⁴⁷.

A fórmula do peso, em sua versão mais atualizada¹⁴⁸, é apresentada tal como segue abaixo:

Equação 1 – Fórmula do peso completa refinada.

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_{ie} \cdot S_{in}}{I_j \cdot G_j \cdot S_{je} \cdot S_{jn}} \quad (7)$$

As variáveis acima indicadas¹⁴⁹ devem ser compreendidas como uma especificação dos termos da lei da ponderação, por isso: (i) $G_{i,j}$ expressa o peso concreto de P_i em relação ao princípio colidente P_j e corresponde ao quociente entre os fatores indicados na fórmula, em cada lado da ponderação; (ii) I_i que representa a intensidade da intervenção em P_i ; (iii) I_j representa a importância do cumprimento do princípio colidente P_j ; (iv) G_i e G_j , que representam o pesos dos princípios em colidentes; (v) S_{ie} , S_{in} , S_{je} , S_{jn} , que representam o grau de certeza das

¹⁴⁶ Uma outra linha crítica à ponderação é que atribui ao método de resolução de colisões de princípios uma hiper-racionalidade, que aduz que método desenvolvido por Alexy exige um exercício cognitivo e epistemológico muito grande para o cumprimento das rotinas estabelecida na lei de colisão e nas leis da ponderação. Esse tema, apesar de profícuo, não será explorado nesse trabalho, mas pode ser conferido em Cf. LEAL, Fernando. Irracional ou Hiper-racional?: a ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. In: MITIDIERO, Daniel; ADAMY, Pedro (org.). *Direito, Razão e Argumento: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito*. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 324-352.

¹⁴⁷ ALEXÝ, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 594.

¹⁴⁸ Essa versão da fórmula do peso é apresentada por Alexy no seguinte artigo: ALEXÝ, Robert. Princípios Formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Trivessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (org.). *Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Cap. 1. p. 3-25. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.

¹⁴⁹ Em alemão, as variáveis da fórmula do peso são: G (*Gewicht*-peso), (*Intensität*-intensidade) e S (*Sicherheit*-certeza). Contudo, quando traduzidas do inglês essas mesmas variáveis adotam outra notação, a saber: W (*weight*-peso), I (*intensity*-intensidade) e R (*reliability*-certeza).

pressuposições empíricas e normativas relativas à questão de quão intensa é a interferência em P_i e quão intensa é a interferência em P_j , caso a primeira não ocorra. As variáveis expressas em (ii), (iii) e (iv) expressão fatores ônticos, porque se referem a coisas, no caso, às intensidades de interferência e aos pesos abstratos; ao passo que as variáveis expressas em (v), referem-se a fatores epistêmicos, porque se vinculam ao conhecimento de questões empíricas (S_{ie} ; S_{je}) e normativas (S_{in} ; S_{jn}).

A existência de fatores epistêmicos na fórmula do peso se deve à lei epistêmica da ponderação, segundo a qual: “Quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”¹⁵⁰.

Com vistas ao preenchimento das variáveis da fórmula do peso, concebe-se uma escala triádica. Alexy propõe que a escala triádica seja expressa, por analogia, por meio de quocientes numéricos para que as intensidades de interferência e os pesos abstratos, segundo as categorias “leve”, “moderado” e “sério”, segundo a escala geométrica pelos valores 2^0 , 2^1 e 2^2 , portanto, 1, 2 e 4. A escala geométrica se justifica enquanto preferível a uma escala cardinal, uma vez que quando existem afetações muito sérias em direitos fundamentais, estas se tornam praticamente injustificáveis por meio da apresentação de razões para a intervenção, o que segundo Alexy corresponde ao muro protetor dos direitos que Habermas diz faltar teoria dos princípios e dá o nome de taxa marginal de substituição¹⁵¹⁻¹⁵².

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. A fórmula do peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b, p. 131-153, para o trecho transcrito, p. 150.

¹⁵¹ Isso é demonstrado com auxílio do caso *Titanic*, que tratou da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade. *Titanic* é uma revista satírica que, em uma de suas publicações, referiu-se a um oficial da reserva tetraplégico, num primeiro volume, como “assassino nato” e, numa edição posterior, como “aleijado”. Interpelada, nas instâncias ordinárias, a revista foi condenada a indenizar o oficial ofendido e, por isso, interpôs sua reclamação constitucional. Na decisão do incidente, o Tribunal Constitucional alemão graduou as intensidades de afetação dos direitos acima e os relacionou. Dessa categorização, conclui-se que a obrigação de indenizar consiste em uma intervenção séria na liberdade de expressão da revista, ainda que circunscrita ao âmbito civil, uma vez que poderia interferir em sua linha editorial em edições futuras. Noutro giro, a pecha de “assassino nato” é vista no contexto satírico da revista e, por seu conteúdo nitidamente humorístico, aventa-se, quando muito, que constitui uma intervenção “moderada”, ou até mesmo “leve” nos direitos da personalidade do postulante. Logo, do cotejo entre ambas as classificações, a indenização – uma intervenção “séria” – restaria afastada ante ao prejuízo “leve” da parte que a postulava. Contudo, a decisão prossegue com a análise agora da utilização da alcunha “aleijado” por parte da revista, que é classificada uma intervenção “séria” nos direitos da personalidade do autor da ação, uma vez que é compreendida como uma grave humilhação e uma expressão de desrespeito quando dirigida a uma pessoa portadora de deficiências físicas. Logo, ainda que a condenação na indenização fosse uma intervenção igualmente “grave”, ela estaria justificada ante a seriedade da intervenção constatada nos direitos da personalidade do postulante. Decisão que se encontra disponível no volume 86, página 1, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 86, 1). Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 596-597.

¹⁵² Nesse sentido: “[...] Isso corresponde à lei da taxa marginal de substituição. Essa lei é o muro protetor que falta a Habermas na teoria dos princípios. Por isso, o caso *Titanic* é não apenas um exemplo da possibilidade de se fazer

Também para a questão das certezas empírica e normativas, aplica-se a escala triádica com os níveis certo ou seguro (*g*), sustentável ou plausível (*p*) e não evidentemente falso (*e*), aos quais são atribuídos os valores para *g*, 2^0 ; para *p*, 2^{-1} ; e para *e*, 2^{-2} , para expressar a redução dos valores materiais, conforme a confiabilidade das premissas normativas – assim como as empíricas – diminui.

Por isso, ainda que os critérios justificadores dos graus de afetação e os justificadores da intervenção não estejam contidos na própria lei da ponderação, tal como exposta, isso não significa de maneira alguma que sejam necessariamente irracionais, já que seus fundamentos se fazem escutar nos argumentos utilizados para expressar a reflexão levada a cabo pelo Tribunal no processo do sopesamento¹⁵³. A aventada irracionalidade também é afastada, porque a aplicação dos graus mencionados e da ponderação, em geral, ocorre de forma argumentativa¹⁵⁴.

Ressalva-se que, embora muitos princípios constitucionais se encontrem nivelados com relação ao seu peso abstrato, existem exceções a essa regra geral, tal como o direito à vida ostenta um peso abstrato maior que a liberdade geral de ação. Sempre que a regra geral de equivalência dos pesos abstratos estiver presente, essa variável deverá ser desconsiderada, posto que os pesos abstratamente considerados se anulam.

A comparabilidade, entre os dois lados da fórmula do peso, não deve ser compreendida em sentido imediato, mas, sim, em sentido mediato, segundo o seu significado para a constituição. O conceito de comparabilidade por meio da constituição possui dois elementos: (i) um elemento uniforme, correspondente um discurso racional que se deixa dirigir pela ideia regulativa de constituição, sem o qual não é possível sustentar a ideia de um discurso racional sobre avaliações no âmbito da constituição; e (ii) um segundo elemento “criador de comensurabilidade é uma escala, independente de como seja constituída, que proporciona graus

escalas que podem ser relacionadas entre si de forma razoável também nos casos que envolvam bens imateriais, como o direito da personalidade e a liberdade de expressão; mas também um exemplo da força inerente dos direitos fundamentais compreendidos como princípios. Por meio do sopesamento, essa força impõe limites que, ainda que não sejam identificáveis de forma rígida e independente de sopesamento, não são, por isso, menos sólidos e claros.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 598.

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, 2015b, p. 137.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 599.

para avaliação das perdas e ganhos jurídico-fundamentais.”¹⁵⁵ O exemplo encontrado de uma escala desse tipo é justamente a escalação triádica acima referida, que, empregada a partir do ponto uniforme, cria comensurabilidade.

Desse ponto de partida, depreendem-se três constelações em que a intervenção em P_i é mais vigorosa do que a que se observa em P_j :

- (1) $I_i: s, I_j: l$;
- (2) $I_i: s, I_j: m$;
- (3) $I_i: m, I_j: l$.

Nos termos da lei de colisão ($P_i \mathbf{P} P_j$) C , corresponde à expressão lógica da relação de precedência condicionada estabelecida entre os dois princípios em que P_i prevalece.

No sentido inverso, a precedência P_j corresponde às mesmas expressões substituídas as respectivas variáveis, conforme:

- (4) $I_i: l, I_j: s$;
- (5) $I_i: m, I_j: s$;
- (6) $I_i: l, I_j: m$.

Onde vale ($P_j \mathbf{P} P_i$) C , enquanto expressão lógica da relação de precedência condicionada estabelecida entre os dois princípios em que P_j prevalece.

Totalizando-se seis, os casos de precedência de um ou outro princípio, aos quais se somam as situações empate:

- (7) $I_i: l, I_j: l$;
- (8) $I_i: m, I_j: m$;
- (9) $I_i: s, I_j: s$.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, 2015b, p. 142.

Os casos de empate resultam num espaço de ponderação estrutural, que é bastante relevante para a delimitação das competências do legislativo, do tribunal constitucional e dos tribunais especializados. Sua análise pormenorizada se dará na sequência.

Ressalva-se que, aqui, está sendo considerada, apenas, a colisão entre dois princípios, quando essa constelação se amplia, aumenta a sua complexidade. Aplicando-se a fórmula do peso à G_i , os casos em que P_i prevalece são os seguintes:

$$(1) s, l = 4/1 = 4;$$

$$(2) s, m = 4/2 = 2;$$

$$(3) m, l = 2/1 = 2.$$

Já a precedência de P_j se impõe quando:

$$(4) l, s = 1/4 = \frac{1}{4};$$

$$(5) m, s = 2/4 = \frac{1}{2};$$

$$(6) l, m = 1/2 = \frac{1}{2}.$$

Observam-se, também, três casos de empate:

$$(7) l, l = 1/1 = 1;$$

$$(8) m, m = 2/2 = 1$$

$$(9) s, s = 4/4 = 1.$$

A escala triádica não é a única possível de ser aplicada e, caso exista necessidade de refinamento, pode ser estabelecido um modelo triádico duplo, com um maior número de categorias. Num tal modelo as intensidades de intervenção e os graus de importância são classificados em ll , lm , ml , mm , ms , sl , sm e ss , numa escala geométrica compreendida onde a consequência cresce para 2^0 - 2^8 , ao passo que a consequência aritmética passa a variar de 1-9.

[...] A intervenção menos justificada é representada no modelo triádico duplo pela combinação ss , ll . Suponha-se uma intervenção muito grave (ss), por exemplo, uma pena privativa de liberdade de sete anos, e justificada por um fundamento de, em comparação com isso, um peso muito mínimo (ll), por exemplo o de deixar cair um

resto de cigarro num passeio. [...] o peso concreto, sobre as bases dos valores 2^8 (ss) e 2^0 (ll), nessa conjuntura, mais extrema do modelo triádico duplo, de uma intervenção nos direitos fundamentais justificada a inchar a 256. A justificação extrema de uma intervenção, apresenta-se, às avessas, por ll, ss. [...] $1/256$ ou $0,00390625$.¹⁵⁶

Com esse artifício, pretende-se de demonstrar que, em casos extremos, expressa-se a ideia de antijuricidade sem limites, uma vez que, nas escalas geométricas, os valores das intervenções tendem a zero ou ao infinito.

As rotinas estabelecidas pela ponderação e suas expressões lógicas e racionais são úteis, na medida em que desvelam o processo decisório da colisão de direitos fundamentais, até porque a aplicação dos pressupostos de filosofia analítica, tal como proposta por Alexy, ao discurso jusfundamental ocorre tanto pela: “(1) a *análise* dos direitos fundamentais, na busca do seu tratamento conceitual quanto (2) mediante a *explicitação* do que é *implicitamente* praticado nas várias vezes em que esses direitos entram em conflito”¹⁵⁷. Em suma, expõe-se racionalmente o que já é prática na realidade dos processos de decisão pelos Tribunais Constitucionais.

Com a fórmula do peso, enquanto expressão em símbolos do processo decisório praticado pelos Tribunais Constitucionais que devem lidar com os princípios constitucionais e com sua aplicação aos casos concretos, em geral, aos casos mais difíceis, uma vez que ausente uma regra a ser aplicada que decida a questão, Alexy dá mais um passo em direção à institucionalização da razão.

Conferir objetividade aos julgamentos é não apenas proporcionar sua *controlabilidade*, mas promover a *justiça* das decisões tomadas. Uma vez que a objetividade controlável é a antítese de subjetividade arbitrária, indubitavelmente, uma decisão será tão mais justa quanto mais critérios objetivos tiver para a justificação das escolhas feitas. E, da utilização de tais critérios decorre maior controle objetivo daquela decisão, garantindo-se maior *racionalidade* ao processo decisório.¹⁵⁸

Respondida a objeção acerca da impossibilidade de fundamentação racional dos juízos de ponderação e do processo de sopesamento, resta, agora, analisar a sua compatibilização com a separação de poderes e com as prerrogativas do legislador democraticamente constituído. Isso se fará com auxílio da fórmula do peso, para os casos de empate, tal como demonstrado, por

¹⁵⁶ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, 2015b, p. 148.

¹⁵⁷ TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema..., p. 35.

¹⁵⁸ TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema..., p. 39. Destaques mantidos tal como no texto original.

meio das margens de conformação epistêmica e estrutural do legislador e do Tribunal Constitucional.

1.10 AS MARGENS DE DISCRICIONARIEDADE EPISTÊMICA E ESTRUTURAL.

As noções das margens estrutural e epistêmica são apresentadas por Alexy enquanto resposta à objeção relativa ao sufocamento da autonomia do legislador ordinário pela ordem constitucional, quando os princípios constitucionais forem identificados por meio da ideia de otimização. Essa objeção sustenta que a constituição constituiria uma ordem-moldura, ao qual, a princípio, contrapõe-se o conceito de ordem-fundamento. Anota-se que, aqui, tem-se como referência apenas as relações entre a Constituição e o Legislativo, depois, ampliada ao Judiciário.

Para o conceito de ordem-moldura, compreendido enquanto conceito formal distinto das concepções que lhe são atribuídas, apresentam-se três critérios distintos. O primeiro deles é o proposto por Böckenförde, para quem, conceito de ordem moldura se atinge por meio da redução liberal da constituição, correspondente ao abandono das novas dimensões dos direitos fundamentais, tais como seus efeitos horizontais e os deveres de proteção. Nesse critério, a ordem-moldura corresponde ao retorno aos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa do cidadão frente ao Estado. O segundo, é o da redução material da constituição, que mantém todas as dimensões dos direitos fundamentais intocadas, para, em seguida, diminuir o seu conteúdo ao mínimo indispensável. A tese mais radical, é a redução metodológica da constituição, segundo a qual, integra a constituição aquilo que corresponde à vontade histórica do legislador constituinte¹⁵⁹.

Diferenciam-se, então, três constelações: (i) o modelo de constituição puramente procedimental, onde não se encontra nenhum limite material ao legislador, que deve obediência apenas às regras de competência, procedimento e forma. Nesse modelo, a discricionariedade do legislador é substancialmente ilimitada; (ii) um modelo puramente material, onde a constituição contém mandamentos de proibição e obrigatoriedade para toda e qualquer decisão legislativa. Logo, todas as decisões legislativas decorrem do que está previsto na constituição, por meio de um “genoma constitucional”, e toda a discricionariedade legislativa é eliminada; e

¹⁵⁹ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 579-580.

(iii) o modelo material-procedimental, em que a constituição contém normas que definem aquilo que é proibido e obrigatório e a discricionariedade do legislador se encontra naquilo que é facultado, ou seja, não previsto pela constituição. Essa discricionariedade é de natureza estrutural, anota-se que também se pode falar em uma discricionariedade material decorrente da estrutura das normas constitucionais.

O primeiro modelo é descartado, uma vez que é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais. Contudo, para um cético radical do sopesamento, os direitos fundamentais, compreendidos como mandamentos de otimização, são inaptos a criar uma moldura, posto que qualquer resultado seria possível a partir de sua aplicação. Logo, os direitos fundamentais nada vinculariam, tal como se depreende das entrelinhas da crítica de Habermas. Com base nisso, é que se afirma a capacidade de apropriação do discurso dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional para mascaramento do caráter decisionista de seus pronunciamentos. O segundo modelo também se mostra equivocado, contudo, é compatível com o direcionamento da crítica de Böckenförde, quando afirma que a teoria dos princípios conduziria a um modelo de supressão da liberdade legislativa. Todavia, embora a constituição contenha normas que conduzam um sistema de proibições e deveres abrangentes da ordem jurídica, existe um amplo leque de condutas que não estão contempladas em seu bojo¹⁶⁰.

O terceiro modelo é o compatível com a natureza deontológica das normas constitucionais de direito fundamental. A “moldura” é constituída por aquilo que é proibido ou obrigatório para a constituição; ao passo que o interior da moldura, é composto por aquilo que é facultado pela constituição e corresponde à discricionariedade estrutural do legislador. Essa definição também pode ser expressa por meio dos conceitos de necessidade, impossibilidade e possibilidade. O que a constituição obriga é necessário; o que a constituição proíbe é impossível; e o constituição faculta, é meramente possível, que também corresponde à margem estrutural de discricionariedade legislativa¹⁶¹.

Já o conceito de ordem-fundamento, pode ser entendido de uma maneira quantitativa ou qualitativa. A constituição é uma ordem-fundamento em sentido quantitativo quando tudo prevê, ou seja, quando existe uma proibição ou uma obrigação para tudo e nenhuma liberdade

¹⁶⁰ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 582-583.

¹⁶¹ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 582-583.

de conformação, que corresponde, novamente, à ideia de “genoma constitucional”. Essa acepção de ordem-fundamento é diametralmente contraposta ao conceito de ordem-moldura, tal qual exposto. Contudo, quando tomada no sentido qualitativo, essa incompatibilidade desaparece. “Uma constituição é uma ordem fundamento em sentido qualitativo ou substancial se por meio dela são decididas questões que sejam fundamentais para a comunidade”¹⁶². Logo, as questões que não forem fundamentais não são decididas pela constituição e, com isso, abre-se margem para a compatibilização de ambos os conceitos.

Para Alexy, uma boa constituição combina ambos os aspectos e é simultaneamente uma ordem-moldura, do tipo procedimental-material, e uma ordem-fundamento, do tipo qualitativo.

No contexto da teoria dos princípios, existem três tipos de discricionariedade estrutural: para definir objetivos, para escolher meios e para sopesar.

A discricionariedade para definir objetivos ocorre, para o legislador, em duas situações, quando o direito estipular uma autorização de intervenção que: (a) deixe em aberto as razões para intervenção; ou (b) não obstante aponte as razões para intervenção, não obrigue a intervenção quando essas razões estiverem presentes. Em geral, a discricionariedade para definir objetivos ocorre com interesses coletivos, uma vez que “[s]e um direito individual é suscitado como razão para a restrição de um direito fundamenta, então, há princípios constitucionais em ambos os lados. Nesse caso, não há nenhuma discricionariedade para definir objetivos.”¹⁶³

Quando um direito fundamental impõe ao legislador um dever positivo, tal como a concessão de uma proteção, aquele terá a discricionariedade de escolher os meios pelos quais irá cumprir o dever que lhe foi imposto. Entretanto, essa situação se torna mais complexa quando os diferentes meios satisfazem a finalidade positiva imposta pelo direito fundamental em diferentes graus; ou, interfiram negativamente em outros direitos ou finalidades, de forma mais ou menos intensa. Essa é uma questão de sopesamento¹⁶⁴.

¹⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 584.

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 586.

¹⁶⁴ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 586-587.

O último tipo de discricionariedade é a discricionariedade para sopesar. Mais uma vez, Alexy recorrerá a um exemplo extraído da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão para ajudar na compreensão do tema: o caso da revista *Stern*¹⁶⁵.

O caso trata de reportagens publicadas pela revista mencionada em que se transcreveram trechos de autos de um processo criminal, conduta essa punível criminalmente, segundo uma lei estadual. Essa lei foi julgada inconstitucional pelas instâncias ordinárias, que submeteram um incidente de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional alemão. Foi constatada a seguinte colisão: de um lado, a presunção de inocência e a proteção dos envolvidos em um processo, ambos princípios constitucionais ou previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, somada ao juízo imparcial, também previsto na Constituição alemã; do outro lado, as liberdades de expressão e de imprensa, também garantidas pela Constituição alemã. Enquanto fator de complicação, a lei em questão proibia, apenas, a citação textual de autos criminais e não, por exemplo, uma reportagem mais sensacionalista que não contivesse citações literais. O Tribunal qualifica, então, a medida interventiva, consubstanciada na proibição, como pouco eficaz; contudo, compreende que a restrição ao direito fundamental que impõe também é de reduzida monta. Ao fim do sopesamento, afirma, então, que lei não é desproporcional, ou seja, que é constitucional.

Interessa compreender que, ao fundamentar o resultado do sopesamento dessa forma, o Tribunal Constitucional aplicou a fórmula do peso e o resultado da ponderação é um empate, do tipo *l, l*. Isso demonstra que “o tribunal aceita uma intervenção na liberdade de imprensa como compatível com a Constituição não somente se a importância das razões para a intervenção forem maiores que a intensidade da intervenção, mas também quando há uma equivalência”¹⁶⁶. Conclui-se, então, que, nos casos de empate desse gênero, o legislador pode ou não agir, logo, que lhe é concedida discricionariedade do tipo estrutural.

Nessa mesma decisão, o Tribunal Constitucional alemão afirmou que cabe ao legislador considerar uma forma melhor ou mais justa de intervir na liberdade de imprensa, ainda que essa solução significasse uma intervenção de intensidade séria ou média, desde que o grau de importância dessa intervenção fosse séria ou média. “Isso significa que a discricionariedade

¹⁶⁵ Decisão que se encontra disponível no volume 71, página 206, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 71, 206)

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 607.

estrutural percorre a linha dos impasses”¹⁶⁷, sendo este o segundo aspecto relevante dessa decisão.

Esse último ponto demonstra que é necessário distinguir dois aspectos essenciais da discricionariedade estrutural para sopesar. O primeiro consiste no impasse enquanto tal. Se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional. A decisão no caso *Stern* é um exemplo disso. O mesmo vale para o oposto da intervenção: a garantia de não-proteção. Se as razões a favor de uma não-proteção são tão fortes quanto as razões para a proteção, a não-proteção não é desproporcional. Isso cria uma extensa discricionariedade no âmbito dos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros. O segundo aspecto da discricionariedade estrutural para sopesar consiste no fato de que impasses são equivalentes em diferentes níveis de escala. Assim, a idéia de uma discricionariedade estrutural para sopesar é a conjunção de dois pensamentos: o da igualdade no impasse e o da igualdade entre os impasses. Ainda que isso não responda todas as perguntas, fica claro o que a idéia da discricionariedade estrutural para sopesar significa.¹⁶⁸

Por fim, é necessário afirmar que não é possível a exclusão da possibilidade da ocorrência dos impasses. Isso somente ocorreria em duas situações: caso, *a priori*, fossem excluída a possibilidade do impasse, o que corresponde a se eliminar algo por sua inconveniência, o que não é possível; ou, na hipótese de os princípios de direitos fundamentais e as formas de argumentação utilizadas nessa seara terem “uma estrutura tão precisa que pudessem fazer com que quase sempre houvesse uma diferença de grau que excluísse um impasse; ou seja, um impasse seria tão improvável que essa categoria poderia ser eliminada.”¹⁶⁹ Contudo, uma tal estrutura detalhada em diversos níveis de pesos abstratos, intensidades de intervenção e graus de importância, não poderia ser concebida apenas enquanto um modelo num plano ideal, mas, sim, deveria representar uma estrutura existente, da qual não se tem notícia. Isso ocorre porque os direitos fundamentais, enquanto objeto, não passíveis de uma tal distinção excessivamente refinada. Portanto, a possibilidade dos impasses permanece e, com ela, a discricionariedade estrutural para sopesar do Legislativo e do Judiciário¹⁷⁰.

1.10.1 A margem de discricionariedade epistêmica e estrutural e os princípios formais.

A margem de discricionariedade epistêmica decorre da possibilidade reconhecimento cognitivo daquilo que é exigido, proibido e facultado pela constituição. Esses limites podem ser da cognição empírica ou da cognição normativa. A tarefa de informar se a constituição admite esse

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 608.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 608.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 610.

¹⁷⁰ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 610-611.

tipo de discricionariedade pertence aos princípios formais, ou melhor, pelo sopesamento entre os princípios formais e materiais¹⁷¹.

A discricionariedade epistêmica do tipo empírico diz respeito à seleção e à cognição pelo legislador dos fatos relevantes, tal como se observou no exemplo mencionado do caso sobre os produtos derivados de *cannabis*.

A própria ideia da existência de uma margem de discricionariedade estrutural pode ser compreendida como uma forma de enfraquecimento de um direito fundamental, que certamente seria mais bem protegido no caso de sua inexistência. Isso porque, em determinados casos concretos, juízos equivocados quanto a premissas empíricas incertas levariam a uma menor efetivação do direito fundamental, o que contraria a ideia de otimização. Logo, caso essa fosse a única variável a ser levada em conta, só se deveria admitir a restrição a um direito fundamental quando existisse um juízo de certeza quanto aos fatos apreciados.

Contudo, isso não ocorre por conta dos princípios formais ou procedimentais, dentre eles, o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Esse princípio é considerado formal porque não define conteúdos, apenas diz quem deve fazê-lo. Por isso, em decisões relevantes para comunidade, ainda que paire sobre o assunto alguma incerteza empírica em relação às medidas a serem adotadas, impõe-se que a competência do legislador seja sopesada com outros princípios, ainda que de natureza material. Até porque, muitas vezes, os conhecimentos empíricos dotados de alto grau de certeza não estão disponíveis e isso não pode e nem deve excluir a competência do Legislativo para decidir sobre a matéria. Conclui-se, portanto, que os princípios formais são um importante instrumento para a conciliação da força normativa dos direitos fundamentais com a democracia e a separação de poderes¹⁷².

De outro lado, a adoção de medidas que não sejam altamente interventivas no âmbito dos direitos fundamentais e dotadas de pouco ou nenhum grau de certeza quanto às suas premissas empíricas, contrariam a segunda lei do sopesamento. Por isso, fala-se em sopesamento entre os princípios formais e materiais, enquanto expressão da margem de discricionariedade epistêmica do legislador. Nesse ponto particular, faz-se remissão à escala triádica do controle de

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 611.

¹⁷² Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 615-616.

plausibilidade das premissas empíricas acima e sua inserção na fórmula do peso, tal como já exposto. Com isso, responde-se às objeções de Böckenförde de forma satisfatória.

A discricionariedade epistêmica normativa, ou do tipo normativo, por sua vez, vincula-se à “incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações.”¹⁷³ Essa espécie de discricionariedade também é exemplificada em uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, quando tratou da proteção contra demissões¹⁷⁴. Nesse caso, julgou-se a possibilidade de flexibilização das normas relativas às demissões imotivadas para empresas com poucos empregados, aos quais seria destinada a proteção conferida pelo direito privado. A colisão ocorreu entre liberdade profissional do empregador, compreendida enquanto direito de defesa, e o dever estatal de proteção aos trabalhadores. Na decisão, o Tribunal afirmou a existência de ampla margem de avaliação dos interesses envolvidos por parte do legislador, desde que garantida uma proteção mínima exigida pela constituição, que considerou atendida pelas normas de direito privado mencionadas. Essa margem de discricionariedade é classificada como epistêmica normativa e poderia ser resolvida pelo legislador no sentido contrário, com a precedência da proteção ao trabalhador.

Quando constatado um impasse epistêmico entre dos princípios de direitos fundamentais que exijam a adoção de medidas contraditórias entre si, tal como no caso da demissão dos empregados de pequenas empresas – que releva um contexto no qual poderia cogitar a obrigatoriedade da flexibilização adotada pelo legislador ou sua proibição, sob uma justificação normativa – pode-se falar em uma discricionariedade cognitiva, também, do tipo normativo¹⁷⁵. As dificuldades decorrentes da existência da margem de discricionariedade epistêmica do tipo normativo e da admissão da ponderação entre princípios formais e materiais fogem dos limites desse trabalho¹⁷⁶, motivo pelo qual, satisfeitas as respostas aos críticos da ponderação, encerra-se esta exposição nesse ponto.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 612.

¹⁷⁴ Decisão que se encontra disponível no volume 97, página 169, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 97, 169)

¹⁷⁵ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 621-622.

¹⁷⁶ Sobre o tema, Cf. KLATT, Matthias. Levando os direitos menos a sério: uma análise estrutural da discricionariedade judicial. In: TOLEDO, Claudia (org.). *Atual Judiciário: ativismo ou atitude*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 137-168.

2 O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU CONTEÚDO.

No presente capítulo, mui brevemente, são realizados apontamentos acerca dos direitos fundamentais, sua origem histórica, sua fundamentação racional e sua relação com os direitos humanos. Esse será o ponto de partida para demonstrar o porquê da circulação da proporcionalidade em diferentes sistemas jurídicos.

Ainda com base no desiderato indicado de depuração metódica, conceitual e semântica, demonstrar-se-á as diferenças teórico-conceituais entre as teorias da interpretação constitucionais de matriz estrutural internas e a adotada neste trabalho, baseado na ideia de normas-princípios enquanto mandamentos de otimização. Também será abordada questão do suporte fático dos direitos fundamentais, do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e do sistema de posições jurídicas fundamentais. Essa diferenciação servirá de base teórica para demonstrar algumas impropriedades acadêmicas e judiciais no manejo da máxima da proporcionalidade, no próximo capítulo.

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS.

Os direitos fundamentais constituem direitos subjetivos correspondentes à positivação dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos nacionais. Os direitos humanos, embora sejam fruto de um processo histórico progressivo¹⁷⁷, ganham contornos definidos no contexto da Revolução Francesa (1789) com a publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A partir desse ponto, o homem passa a ser reconhecido como “sujeito universal

¹⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*, 2017, p. 18-24, indica como experiências evolutivas progressas ao estado moderno e precursoras da noção de direitos fundamentais e de direitos humanos: (i) a experiência de formação da comunidade política de cunho mais pessoal que territorial pelos gregos; (ii) ainda com base na experiência helênica, aponta-se a ideia de que existiriam direitos anteriores à associação política e que sustentam um direito de resistência ativo do cidadão, como se observa na peça de teatro *Antígona*; (iii) a concepção de justiça de Aristóteles, na obra *Ética a Nicómano*; (iv) a distinção entre poder público e privado – e sua correspondente em Direito Público e Privado – para os romanos; (v) ainda no Império Romano, a formulação de um direito que atendessem à regulamentação de relação com estrangeiros, denominado *jus gentium*, bem como a extensão dos direitos de cidadania a habitantes do Império Romano; (vi) a ideia cristã da dignidade do homem e da mulher enquanto filhos de Deus; (vii) a rejeição quanto à escravatura pela Patrística e da lei injusta pela Escolástica, no período do medievo; (viii) a *Magna Carta* inglesa, de 1215, até o *Act of Settlement*, que deram origem à doutrina de limitação do poder estatal; (ix) a substituição do Estado *estamental* pelo Estado *absoluto*, que igualou todos na condição de súditos em sua sujeição ao soberano, o que criou o ambiente propício para as lutas posteriores com vistas à abolição de privilégios de classe e das liberdades burguesas; e (x) a Reforma Protestante, que desencadeou os conflitos pela liberdade de manifestação da fé.

de direitos universais, direitos a todos reconhecidos (em virtude de sua essencialidade) e garantidos, não só pela instrumentalização da *actio*, mas também pelos direitos políticos” e são “aqueles valores ínsitos à pessoa humana, indispensáveis para o desenvolvimento do homem em sua dimensão biológica, psíquica e espiritual”¹⁷⁸ que constituem o conteúdo dos direitos fundamentais. Inexiste, todavia, uma total coincidência nos conteúdos materiais entre direitos fundamentais e direitos humanos, uma vez que estes se situam no âmbito do direito internacional e aqueles na ordem interna dos países. Logo, aponta-se que a internalização da pauta dos direitos humanos se faz com base nas especificidades de cada Estado, segundo a vontade seu povo, além de serem observadas empiricamente disparidades relativas à concretização dos direitos fundamentais entre os países centrais e os da periferia do sistema econômico capitalista, bem como entre a sua enunciação nos catálogos de direitos e a sua efetiva implementação¹⁷⁹.

Ainda assim, os direitos humanos – e, também, os direitos fundamentais – apresentam um processo evolutivo que ultrapassou suas origens francesas¹⁸⁰ e constituem uma conquista da cultura ocidental face qualquer tipo de despotismo eventualmente existente e um instrumento de defesa dos cidadãos nas suas relações com o Estado e, também, entre si¹⁸¹.

Desse modo, a evolução dos direitos fundamentais obedece ao processo histórico de três momentos típicos do fenômeno jurídico: em primeiro lugar, aparece a consciência desses direitos em determinadas condições históricas (objetivação); em segundo lugar, a declaração desses direitos como aceitação formal de todos, nas Constituições (positivação); e, finalmente, sua realização como concretos e efetivos (efetivação). O movimento da objetivação, positivação e efetivação é permanente no fenômeno jurídico, é um processo constante.¹⁸²

¹⁷⁸ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Editora Landy, 2003, p. 55, para ambos os trechos transcritos.

¹⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 232-233. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 83-86.

¹⁸⁰ Ainda não se desconheça outros antecedentes históricos aos direitos humanos, tal como mencionados na nota de rodapé 177 desta dissertação, afirma-se que sua origem se dá no contexto francês, ainda que com natureza inicialmente retórica, uma vez que as declarações decorrentes das revoluções liberais inglesas (1688-1689) e americanas (1776), apesar de serem mais palpáveis, destinavam-se a um âmbito de abrangência muito menor que a declaração francesa que se pretende universal. No primeiro caso, a declaração de direitos inglesa se destinava a uma casta de barões; no segundo caso, era endereçada apenas a um povo ou uma sociedade que acabava de se livrar de sua metrópole. Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2019, p. 576. Sobre o caráter retórico dos direitos fundamentais nessa fase embrionária, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 74.

¹⁸¹ Sobre o tema dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais nas relações privadas e as teorias da imputação e dos reflexos, que lhes dão embasamento, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 91-110. Acerca da mesma temática, para um maior aprofundamento, Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁸² TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*, 2003, p. 58.

Considerações adicionais acerca da natureza dos direitos fundamentais e de suas respectivas fundamentações históricas e filosóficas excedem os limites do presente trabalho e serão realizadas, apenas, no que forem essenciais para a compreensão do tema pesquisado. Por isso, deverá ser apontado um critério formal – ainda que assumidamente reducionista – para o que pode ser considerado como direito fundamental em algum momento no desenvolvimento da presente pesquisa, em especial, quando se estiver estudando a interpretação e a aplicação do catálogo de direitos de nossa ordem constitucional vigente, no âmbito da jurisdição constitucional brasileira. Não existe razão contrária e suficiente para impedir que essa escolha seja feita agora. Logo, tomar-se-á emprestado o conceito formal de direitos fundamentais, para a ordem constitucional brasileira, de Virgílio Afonso da Silva, para quem os direitos fundamentais são aqueles prescritos no título II da Constituição Federal, ou seja, aqueles previstos nos artigos 5º a 17. Adota-se esse critério pela vantagem de sua simplicidade¹⁸³ e, também, por sua semelhança com aquele apontado pelo próprio Alexy, no contexto do direito alemão, para o desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais¹⁸⁴.

Ainda assim, é preciso reconhecer-se ao menos uma possível deficiência da definição formal aqui pressuposta. Na medida em que a Constituição de 1988 contém uma abertura para o reconhecimento de direitos fundamentais não explícitos, já que o art. 5.º, § 2.º, prevê que os direitos expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”, seria possível afirmar que uma definição meramente formal não fornece subsídios para a identificação desses direitos não explícitos. Mas essa conclusão é apenas parcialmente procedente, porque a principal fonte de direitos não explícitos pela Constituição, os “tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”, são também declarações formais e, portanto, permitem a identificação clara de eventuais direitos fundamentais adicionais, cuja existência tampouco poderá ser negada.¹⁸⁵

De igual forma, quando se fizer alusão ao emprego da proporcionalidade em ordenamentos jurídicos estrangeiros, se terá como referência o direito positivo daquele país e a internalização das pautas internacionais das declarações de direitos realizadas por aquela comunidade específica.

[...] Os direitos humanos mantêm uma dimensão cultural e nacional, porque as sociedades são multiculturais e, ao mesmo tempo, incompletas em suas culturas, de maneira que o único diálogo universal possível sobre os direitos humanos se faz por

¹⁸³ Sobre essa argumentação, Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade Federal de São Paulo, 2021, p. 100.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 67-69.

¹⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*, 2021, p. 101.

meio do reconhecimento de sua nacionalização e do caráter incompleto das culturas nacionais, respeitando-se assim o pluralismo e não-extremismo de pólos.

[...]

A validade dos direitos humanos fundamentais deve ser entendida, assim, como exigência de um padrão universal de diálogo, por meio da ampliação da reciprocidade cultural entre os Estados e da tolerância da diferença entre as culturas, e não como um padrão a ser imposto aos Estados.¹⁸⁶

2.2 A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

No que diz respeito à classificação dos direitos fundamentais, Alexy desenvolve uma teoria das posições jurídicas fundamentais, enquanto medida analítica para a compreensão dos direitos fundamentais. Por posição jurídica, deve-se compreender a situação, constituída pela lei, do sujeito ter um direito subjetivo – supraconceito, que designa coisas bastante diferentes entre si e suscita dificuldades operatórias – a algo, a uma liberdade ou a uma competência. Os direitos a algo são constituídos por uma relação triádica, entre o titular do direito, o destinatário do direito e seu objeto¹⁸⁷.

Quando o destinatário do direito a algo é o Estado, a categoria se diferencia de acordo com o que se postula: quando se requer uma abstenção de interferência, trata-se de um direito de defesa. Os direitos de defesa, por sua vez, separam-se em três tipos de abstenção: a ausência de constituição de embaraço, por parte do Estado, a um agir por parte do titular do direito, tais como a liberdade de crença e movimentação; a impossibilidade de eliminação de posição jurídica do titular do direito, tal como a propriedade; e não afetação de situações do titular, tal como sua saúde e inviolabilidade de seu domicílio. Os direitos a algo também compreendem o direito a ações positivas, que pode ser uma ação fática ou normativa. O primeiro tipo diz respeito à obtenção de algum amparo do Estado às necessidades materiais do sujeito, tal como ocorre com o estabelecimento de um mínimo existencial; existe também um direito à edição de normas, tal como aquelas que sejam capazes de garantir a liberdade científica¹⁸⁸.

Já as liberdades são vinculadas à ideia de liberdade jurídica, de acordo com a sua estrutura, para que evitar uma digressão filosófica sobremaneira complexa¹⁸⁹. Estabelece-se, portanto, uma

¹⁸⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 88-89.

¹⁸⁷ A estrutura mais básica de um direito a algo é a seguinte: *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 194.

¹⁸⁸ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 184-202.

¹⁸⁹ Para uma empreitada do gênero, sob as bases da Teoria Crítica, por meio da atualização normativa de pressupostos filosófico hegelianos, onde se trata de três conceitos de liberdade, a liberdade negativa, a liberdade reflexiva e a liberdade social, bem como das possibilidades de liberdade, consubstanciadas na liberdade moral e

relação triádica entre um titular da liberdade, uma barreira ao exercício dessa liberdade e um objeto da liberdade. A liberdade é tomada no sentido positivo quando se trata de uma ação específica, ao passo que, no sentido negativo, trata-se uma alternativa de ação. Vê-se, pois, que a liberdade jurídica, para Alexy, é tomada em termos negativos, prescindindo de ações positivas por parte do Estado, que deve apenas se abster de intervir nas possibilidades de ação do sujeito, de forma intrinsecamente vinculada ao conceito de permissão¹⁹⁰.

Por último, as competências são situações de poder, expressas por meio de ações institucionalizadas, que são capazes de modificar a situação jurídica do indivíduo¹⁹¹. “[...] [A]s normas de competência convertem uma ação natural em uma ação jurídica, ou seja, criam uma competência como posição jurídica.”¹⁹² Segundo Toledo, “[...] o que Alexy chama de competências é tradicionalmente definido, pelo direito civil, como *faculdade jurídica*, prerrogativa estabelecida por lei, da qual se pode valer o sujeito para a criação de situações jurídicas”¹⁹³.

Outras classificações dos direitos fundamentais são possíveis, tais como a clássica divisão entre direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais fundamentais¹⁹⁴ ou a que divide os direitos fundamentais em gerações, de acordo com o seu aparecimento e sistematização ao longo da história.

No primeiro arranjo, os direitos fundamentais individuais são aqueles voltados para a garantia da autonomia do indivíduo, perante o Estado e as demais pessoas que compõem a comunidade política por meio da ideia de limites para as intervenções em direitos como a vida,

na liberdade jurídica e a realização da liberdade, no âmbito da liberdade social, Cf. HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*, 2015.

¹⁹⁰ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 218-222. Existe alguma identidade entre os conceitos de liberdade jurídica para os dois autores, Alexy e Honneth, embora o segundo atribua à categoria o surgimento de patologias sociais, em virtude do isolamento agir estratégico pautado na esfera jurídica, uma vez que, para ambos, a liberdade jurídica é expressa por deveres de abstenção. A divergência marcante ocorre, no entanto, no fato de Honneth atribuir a todos os tipos de direitos vinculados à liberdade jurídica, essa feição negativa, mesmo os direitos a algo e as prestações positivas, Cf. HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*, p. 128-177.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 237.

¹⁹² JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 121.

¹⁹³ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*, 2003, p. 81, nota de rodapé 145.

¹⁹⁴ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*, 2003, p. 82. Essa classificação, segundo Toledo, é acompanhada dos conceitos de direitos subjetivos e de direitos fundamentais, bem como divisão da categoria de normas, entre princípios e regras, e pelo critério da proporcionalidade, bem como pelo caráter *prima facie* das diferentes espécies normativas e de sua estrutura formal respectiva, segundo a lógica deontológica.

a propriedade (após o Estado Social, acrescida de sua função social), privacidade, a segurança jurídica etc. Esses direitos expressam uma noção de oposição entre o indivíduo e o Estado, a quem compete dar cumprimento aos direitos individuais fundamentais por meio de uma prestação negativa ou omissão de ação, de forma a maximizar o exercício dos direitos por parte dos indivíduos¹⁹⁵, segundo a ideia de liberdade dos modernos¹⁹⁶. Já os direitos políticos “são aqueles por meio dos quais se confere o acesso da população à *participação no poder do Estado*, seja em sua atividade executiva ou legislativa”¹⁹⁷. São manifestações dos direitos políticos: o voto meio do sufrágio universal, o direito de resistência, a autodeterminação do indivíduo e de um povo no âmbito social, o direito ao plebiscito e ao referendo, a iniciativa popular das leis e o *impeachment*¹⁹⁸. Por fim, os direitos sociais exigem do Estado a adoção de prestações positivas, advindas das demandas formuladas pelas classes trabalhadoras desencadeadas pela Revolução Industrial, ainda no século XIX, e correspondem aos direitos às prestações positivas, normativas e fáticas referenciadas por Alexy e descritas acima. Exemplificativamente, colacionam-se o direito à moradia, à saúde, à educação etc. Aponta-se seu viés igualitário com vistas à promoção da possibilidade de gozo dos direitos individuais e direitos políticos por parte daqueles que estão mais desfavorecidos na organização da sociedade, daí que não existe uma contraposição dessa última classe direitos com os primeiros, mas, sim, de complementação, em que os direitos sociais servem como veículo de realização dos direitos individuais e políticos¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Sobre essa argumentação, Cf. TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*, 2003, p. 84. Nas p. 85-87, a autora alerta que essa oposição ou dissociação entre indivíduo e Estado não mais subsiste no âmbito do Estado Democrático de Direito atual, no qual os indivíduos, pautados pelo desenvolvimento de sua consciência moral, individual e intersubjetiva, e da consciência jurídica, que participa da escolha dos valores fundamentais da comunidade política, transformando-os nos objetivos do Estado Democrático de Direito, a quem cabe efetivá-los. O direito geral de liberdade é limitado por meio da proporcionalidade, sempre que presentes razões suficientes para tanto.

¹⁹⁶ A liberdade do período moderno é relativa à perseguição pelo ser humano de seus próprios desígnios e da sua felicidade, sem ser perturbado ou constrangido pela coletividade e, principalmente, pelo Estado. Ao passo que a liberdade do período antigo se dava pelo engajamento das pessoas no processo de deliberação política, em questões sobre o destino da comunidade política, a guerra e a paz etc. CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos Antigos comparada com a dos Modernos*. Trad. Loura Silveira. In: *Filosofia Política 2*. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 9-25. Em um determinado trecho, Constant fez um alerta sobre os riscos da liberdade dos modernos que se relaciona intimamente com o tema tratado neste trabalho, assim disse ele: “O perigo da liberdade antiga estava em que, atentos unicamente à necessidade de garantir a participação no poder social, os homens não se preocupassem com os direitos e garantias individuais. O perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político”.

¹⁹⁷ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*, 2003, p. 87.

¹⁹⁸ Sobre essa argumentação, Cf. TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*, 2003, p. 87-89.

¹⁹⁹ Sobre essa argumentação, Cf. TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*, 2003, p. 90-94. Zaneti Júnior aduz que a inclusão dos direitos sociais nas Constituições marca a transição do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, afirma, ainda que: “[...] Os marcos iniciais da mudança de perfil revelam-se nas constituições do México (1917) e na alemã de Weimar (1919). Os catálogos de direitos instituídos nestes documentos incluíam, além dos clássicos direitos de defesa, as prestações estatais, chamadas de direitos sociais.

Bonavides classifica os direitos fundamentais em gerações, tal como se expõe: (i) os de primeira geração, são os direitos de liberdade, civis e políticos, que correspondem ao primeiro ideal da revolução francesa de liberdade, tem como seu titular o indivíduo e como sujeito passivo o Estado e correspondem aos direitos de não intervenção, resistência ou de oposição do primeiro perante o segundo, esta geração de direitos dominou o século XIX²⁰⁰; (ii) os direitos da segunda geração são frutos das reflexões antiliberais – marxistas e sociais-democratas – do século XX, pelo descumprimento do ideal de igualdade, o segundo da revolução francesa, e correspondem aos direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, que - inicialmente relegados à categoria de normas programáticas (ou seja, sem aplicabilidade e eficácia imediatas) – encaminham-se para o reconhecimento da juridicidade plena e a aplicabilidade imediatas impondo ao Estado o dever jurídico de arcar com prestações positivas postuladas pelos indivíduos ou agrupamentos; (iii) a terceira geração dos direitos fundamentais se conecta com o terceiro ideal da revolução francesa, a saber, o da fraternidade e abrange os direitos que são destinados ao gênero humano como um todo, ultrapassando-se as fronteiras do indivíduo e das coletividades definidas, no contexto da integração entre as diferentes nações, com um objetivo de promoção de um direito ao desenvolvimento mútuo e a compensação de déficits econômicos e de outras naturezas entre os países; (iv) por último, os direitos de quarta geração se referem à globalização dos direitos fundamentais, em especial o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, processo este que não se confunde com a globalização de índole econômica e neoliberal, rejeitada pelo autor, dessa forma, os direitos de quarta geração são uma concretização dos direitos expressos nas gerações anteriores.

Bobbio, de forma semelhante, propõe uma classificação em cinco gerações: direitos individuais, direitos sociais, direitos difusos, direitos de propriedade genética e direitos virtuais, nessa ordem, cada uma delas vinculadas a importantes acontecimentos históricos²⁰¹.

Sua judicialização era discutível, alguma doutrina, inclusive, afirmou tratar-se de “poesia constitucional”. Os direitos sociais representavam a dimensão da igualdade, como promessa da modernidade, e seu modelo normativo de democracia era fundamentalmente preocupado com a suprema do interesse público sobre o particular, com o bem-comum e com os objetos da comunidade (*democracia comunitarista*). Note-se, por derradeiro, o gigantismo do Executivo e a intervenção direta na esfera dos direitos individuais como características fortes desse modelo.” ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 214.

²⁰⁰ Sobre a argumentação que segue, Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2019, p. 576-593.

²⁰¹ BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 6-12. Tradução: Carlos Nelson Coutinho.

2.3 O ÂMBITO DE PROTEÇÃO E O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Além de uma definição acerca do conceito de direitos fundamentais e suas respectivas formas de classificação, deve-se, ainda, perquirir qual a extensão do seu âmbito de proteção, formulando-se a pergunta: o que os direitos fundamentais protegem?

[...] Um exemplo pode ilustrar as duas possibilidades básicas de definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. A Constituição prevê que “é livre a manifestação de pensamento” (art. 5º, IV). Embora os termos usados nesse dispositivo sejam claros, ainda assim não é claro o que deve ser protegido. Devem ser protegidas manifestações caluniosas, injuriosas ou difamantes, por exemplo? Responder de forma negativa essa pergunta simplesmente o Código Penal define calúnia, injúria e difamação como crimes é um equívoco, porque essa resposta põe por terra qualquer possibilidade de controlar a constitucionalidade das leis, pois supõe que se uma proíbe algo é porque esse algo não é garantido pela Constituição. A resposta à pergunta, portanto, antecede o debate sobre o Código Penal. Mais do que isso, ela é exatamente o parâmetro que poderá ser usado para analisar se o Código Penal foi além dos limites permitidos pela Constituição.²⁰²

Existem duas maneiras de responder a essa questão: a primeira, entende que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser restrito; a segunda, entende que o âmbito de proteção deve ser compreendido de forma ampla. Essa questão se relaciona, também, com o conceito de suporte fático²⁰³ dos direitos fundamentais, em uma relação que é explicitada por Alexy da seguinte maneira:

Os conceitos de âmbito de proteção e de suporte fático devem ser definidos de forma diversa, dependendo da espécie de norma de direito fundamental que se trate. Mas há algo em comum entre suas diferentes formulações quando ambos são utilizados – como ocorre aqui – como contraparte ao conceito de restrição: eles dizem respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições.²⁰⁴

Ambos os conceitos dependem de outros dois: o de bem protegido e o de intervenção. “[...] *Bens protegidos* são ações, características ou situações, ou ainda posições de direito ordinário,

²⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*, 2021a, p. 102.

²⁰³ “*Suporte fático* é um conceito quase desconhecido no direito constitucional brasileiro. No âmbito jurídico, seu uso é limitado quase que apenas do direito penal, no âmbito do qual é também chamado de *tipo*, e no direito tributário, em que costumam ser preferidos os termos *fato gerador* e *hipótese de incidência*. Já no direito privado, especialmente no direito civil, no qual o termo *suporte fático* é mais facilmente encontrável, seu uso é mais comum, sobretudo entre os civilistas influenciados por Pontes de Miranda”. SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE: revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 302.

que não podem ser embaraçadas, afetadas ou eliminadas. O conceito de *intervenção* constitui um supra conceito para os conceitos de embaraço, afetação e eliminação.”²⁰⁵ O âmbito de proteção dos direitos fundamentais, em seu sentido amplo, compreende tudo aquilo que é *prima facie* proibido sob a ótica dos direitos fundamentais e se relaciona com um conceito de suporte fático que abrange, também, o conceito de intervenção. Isso porque “tanto aquilo que é protegido (*âmbito de proteção*), como aquilo contra o qual é protegido (*intervenção*, em geral estatal), fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais.”²⁰⁶ Em sentido estrito, por outro lado, o âmbito de proteção é relativo apenas ao bem protegido.

Alexy enuncia as duas leis de intervenção:

- (I) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental.
- (II) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.²⁰⁷

No contexto da teoria da norma, o preenchimento do suporte fático é a condição para que a sua consequência aconteça. Logo, para que a proteção jurídica definitiva das normas de direito fundamentais ocorra é necessário que seu suporte fático seja atendido e a cláusula de restrição não. Sob esse esquema lógico, dividem-se as teorias restrita²⁰⁸ e ampla, também, com relação ao suporte fático dos direitos fundamentais.

²⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 303.

²⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais..., 2006, p. 30.

²⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 306.

²⁰⁸ Alexy referencia a teoria estrutural de Friedrich Müller como exemplo de uma teoria que adota um conceito restrito de suporte fático dos direitos fundamentais, com alusão à teoria da norma do mesmo autor, também criticada pela Teoria dos Direitos Fundamentais. Na teoria estrutural de Müller não se indaga quando um direito fundamental pode ser restringido, mas, sim, qual a extensão do seu campo de validade, associado ao conceito de âmbito da norma, que se correspondem, do qual devem fazer parte, apenas, as modalidades de ações especificamente pertencentes a um determinado direito fundamental, com base no critério da conexão com a estrutura do âmbito normativo, aferidas pelo teste da intercambialidade. Por meio desse teste, pretende-se definir quais ações são realmente decorrentes de um exercício do direito fundamental ao qual se adscvem e quais ações são apenas casualmente associadas a esses direitos fundamentais. Alexy sustenta que a teoria em questão não é adequada para delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e isso deve a razões substanciais e formais. A razão substancial para a rejeição da teoria consiste na inadequação do critério da intercambialidade para precisar os limites da proteção e da não-proteção no âmbito dos direitos fundamentais. A razão formal é correlata à razão substancial, uma vez que o que é responsável pela exclusão de determinada conduta do âmbito de proteção dos direitos fundamentais não é a intercambialidade, mas, sim, os direitos de terceiros e interesses coletivos, que sejam constitucionalmente tutelados. Na visão de Alexy, a teoria do suporte fático restrito dos direitos fundamentais leva à ocultação da construção argumentativa necessária ao estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais, afastando-lhe o caráter racional que só pode estabelecido pela explicitação das razões e contrarrazões à concessão de proteção a uma determinada conduta. Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos*

Alexy adota a teoria ampla do suporte fático, que é “uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção.”²⁰⁹ Para tanto, exige-se: (i) a presença de uma só característica que subsuma ao suporte fático, o que é suficiente para que seja considerada típica da norma de direito fundamental, independentemente de outras eventualmente existentes; (ii) deve ser adotada uma interpretação ampla no campo semântico dos conceitos componentes dos direitos fundamentais, inclusive, com relação ao conceito de intervenção, que também abrange as regulamentações e configurações²¹⁰. Contudo, uma concepção de suporte fático dessa natureza atrai objeções, em geral, vinculadas à excessiva ampliação de casos que devem ser sanados por meio do sopesamento de direitos fundamentais, que se chama de tese da expansão²¹¹.

A resposta a essa objeção conduz a um modelo em dois âmbitos de colisões de direitos fundamentais: os dos casos reais e dos casos potenciais, ainda que de caráter intercambiável e não definitivo.

[...] Sempre que um princípio de direito fundamental for relevante, o caso é pelo menos um caso potencial de direitos fundamentais, não importa com que grau de certeza o princípio em questão possa ser superado por princípios colidentes. Um exemplo disso é a proibição de furto. O indivíduo tem a sua liberdade geral de ação restringida por essa proibição. No caso do furto esse princípio é, sem dúvida, corretamente superado por princípios colidentes. Ele é, portanto, um caso meramente potencial de direitos fundamentais. Mas mesmo um caso meramente potencial não deixa de ser um caso de direitos fundamentais. Com isso, o ordenamento jurídico assume o caráter de um sistema abrangente de soluções para colisões de direitos fundamentais. A maioria das normas do sistema jurídico pertence ao âmbito dos casos

Fundamentais, 2017b, p. 309-316. Aqui não é possível descer à minúcia de detalhes acerca da construção teórica de Müller, com alusão às suas próprias construções teóricas, ainda assim, o tema do âmbito normativo dos direitos pode ser mais bem compreendido em Cf. MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 244-268. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. Para a teoria da norma de Müller, Cf. MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*, 2008, p. 192-243. Para a crítica de Alexy, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 76-84.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 322.

²¹⁰ As configurações e regulamentações se diferenciam das restrições por meio da aplicação do critério da não-inibição. Inicialmente, aduz-se que o conceito de configuração está restrito às normas de competência (tais como o casamento, os contratos relativos ao direito propriedade etc.), uma vez que normas que contenham comandos de proibição ou de obrigação serão necessariamente restritivas. Justifica-se essa assertiva porque a mera regulamentação legislativa de competências não indica a ocorrência de restrições a direitos fundamentais, quando isoladamente consideradas. Ainda assim, sempre que a eliminação de uma competência resultar na inibição de um princípio de direito fundamental, estar-se-á diante de uma restrição e não de uma configuração ou regulamentação. Por fim, não se pode falar em configuração ou regulamentação sempre que se estiver diante de um caso de sopesamento, real ou potencial, orientado pela máxima da proporcionalidade, quando se estará diante de uma restrição. A importância dessa diferenciação reside na ausência de necessidade de justificação para as configurações, o que não ocorre nas restrições. Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 335-339.

²¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 326.

meramente potenciais. O âmbito dos casos potenciais forma o substrato do verdadeiro âmbito dos problemas de direitos fundamentais e da argumentação no campo desses direitos: o âmbito dos casos *reais* de direitos fundamentais. Esse último âmbito, que abarca tudo aquilo que é duvidoso e polêmico, está apoiado naquele primeiro, no qual se inclui a massa daquilo que é livre de dúvidas e consensual. O mais importante no modelo em dois âmbitos é o fato que a inclusão em um ou outro desses âmbitos não é algo que se possa ser decidido de forma definitiva. Se houver alguma dúvida, um caso pode deixar o âmbito do indubitado, ou seja, o âmbito dos casos potenciais; da mesma forma, o outrora duvidoso pode, por meio de decisão, argumentação e/ou prática, deixar o âmbito dos casos reais e voltar a ser um caso potencial. A possibilidade de se ultrapassar a fronteira de um lado para outro deve permanecer aberta em ambos os sentidos. Não se deve evitar, por meio de uma concepção restrita do suporte fático, que um caso se torne um caso real de direitos fundamentais.²¹²

Somente os casos de colisões reais de direitos fundamentais são necessariamente submetidos ao sopesamento, uma vez que não é necessário argumentar sobre aquilo que há consenso. Contudo, permanecerá aberta a possibilidade da realização de sopesamento nos casos potenciais de direitos fundamentais, que não pode ser excluída de antemão, em caso de mudança que recoloca a questão no âmbito daquilo que é contencioso. Retomando-se a pergunta inicial acerca da proteção constitucional de manifestações injuriosas, difamatórias e caluniosas ofensivas à honra e sua inclusão no âmbito de proteção da livre manifestação do pensamento, a resposta deve ser afirmativa, ainda que a restrição se justifique justamente pela proteção à honra (art. 5.º, X), que também é um princípio constitucional de direito fundamental²¹³. Logo, a restrição é constitucional e, diante do esquema proposto, trata-se, apenas, de um caso potencial de colisão de direitos fundamentais e não de um caso real, por estar no âmbito do consenso argumentativo.

2.4 O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SOPESAMENTO.

Um tema correlato ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais e ao seu suporte fático é a compatibilidade da máxima da proporcionalidade com as teorias que militam pela existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Aqui, é importante separar a teoria interna²¹⁴ e a teoria externa dos direitos fundamentais.

²¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 329.

²¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*, 2021a, p. 103.

²¹⁴ No contexto da teoria interna, os direitos fundamentais possuem um conteúdo e suas restrições de forma imanente, isto é, estão contidos na própria norma. Dessa forma, estabelecem direitos definitivos que independem de critérios externos para a sua configuração, o que corresponde à estrutura de normativa de regra em todos os casos. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Portanto, pressupõe uma teoria do suporte fático e do âmbito de proteção estritas e exclui a existência dos princípios – e, por consequência, do sopesamento enquanto critério decisório. “Nesse sentido, não haveria como imaginar uma situação em que, a despeito de haver

A teoria externa é a adotada nesse trabalho e pressupõe a existência de dois objetos: (i) o direito e (ii) suas restrições. Isso se justifica em virtude de sua compatibilidade com o sopesamento, uma vez que

[...] é somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja sua natureza, não tem nenhuma influência *conteúdo* do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu *exercício*, que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*. A não-atenção a essa simples distinção pode ser fonte de algumas incompreensões teóricas.²¹⁵

A teoria dos princípios, pautada pela ideia de otimização, nos termos desenvolvidos por Alexy, relaciona-se, portanto, com a ideia de uma teoria externa. Por isso, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais enquanto noção absoluta, ou seja, desvinculada do sopesamento, é incompatível com o referencial teórico adotado neste trabalho. Somente quando reputado em sentido relativo, é que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais poderá guardar coerência argumentativa com a opção pela teoria dos princípios para resolução de colisões de direitos fundamentais.

Em sentido relativo, não é afetado o conteúdo essencial dos direitos fundamentais quando estes são submetidos à máxima da proporcionalidade. Contudo, adotada a concepção relativa, há que reconhecer que a salvaguarda pretendida pela atribuição de conteúdo mínimo aos direitos fundamentais se torna redundante com aquela já oferecida pela teoria dos princípios, que prescinde desse tipo de consideração. Com isso se quer dizer que todo direito fundamental é, geralmente, restringível. A vantagem da teoria externa e da teoria do suporte fático amplo é que impõem àquele que limita o direito fundamental – seja ele membro do Judiciário, Executivo ou Legislativo – um ônus argumentativo forte para justificação da medida tomada, em razão do cumprimento das etapas da proporcionalidade, ao passo que nas teorias internas e do suporte fático restrito, a simples exclusão de condutas, estados e posições jurídicas, por serem externas

um direito “em si”, não pudesse ele ser exercitado, por haver sido restringido em decorrência da colisão com outros direitos. Ou há direito subjetivo ou não há.”. SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais..., 2006, p. 38.

²¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais..., 2006, p. 39.

à abrangência do direito restringido, é um argumento retórico eficaz para justificar a restrição, o que exclui a necessidade da fundamentação constitucional²¹⁶.

Já foi rejeitada, neste trabalho, a ideia de que existam direitos fundamentais absolutos, uma vez que o conteúdo material dos direitos fundamentais só é delineado com precisão no contexto do caso concreto, nos casos de colisão de princípios, mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade. Para a defesa desses direitos fundamentais são concebidos instrumentos processuais denominados de garantias constitucionais, com vistas a lhes garantir a exigibilidade frente ao Estado e aos particulares em caso de lesão²¹⁷. É da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais e da sua exigibilidade que provém a circulação da máxima da proporcionalidade enquanto instrumento de sua aplicação pelos órgãos encarregados da criação e da aplicação do direito.

²¹⁶ Nesse sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais..., 2006.

²¹⁷ Em nossa atual Constituição Federal, observa-se uma tal garantia de efetividade imediata dos direitos fundamentais, tal como se depreende do disposto em seu art. 5º, § 1º, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Também existem instrumentos à disposição dos cidadãos e de outros agentes legitimados para que seja postulada a sua eficácia junto ao Poder Público, até mesmo para os casos de omissão, dentre os quais merecem destaque o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, b), a ação popular (art. 5º, LXXIII), a denúncia de irregularidades ao Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Além desses, o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX) e a *habeas data* (art. 5, LXXII), também constituem garantias constitucionais de direitos fundamentais.

3 A MIGRAÇÃO E A CIRCULAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE ENTRE OS DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS.

A migração de institutos jurídicos entre sistemas internos de países diferentes não é um tema novo, até porque a circulação de ideias é um fato e uma condição da atividade intelectual, da qual o direito não se exclui, tampouco o constitucionalismo o faz²¹⁸. Quando as disposições constitucionais, de diferentes sistemas jurídicos, passam a exibir uma força normativa, com eficácia e aplicabilidade imediatas, observa-se uma aproximação, também, das técnicas de decisão e de interpretação constitucionais, onde países tão diversos entre si quanto o Brasil, Canadá²¹⁹ e Israel²²⁰ passam a proferir decisões em suas jurisdições constitucionais que ostentam uma similitude de metodológica evidente. Fatores como a consulta ao trabalho de juristas e juízes estrangeiros, intercâmbios educacionais, maior velocidade na transmissão da

²¹⁸ Ressalva-se, contudo, a migração de institutos relativos ao direito constitucional seja mais recente do que aqueles relativos ao direito privado, muito porque a constituição sempre foi vista como a expressão política de um povo e sua identidade nacional. Essa justificativa, ainda hoje, é apontada como um obstáculo intransponível para a circulação e a migração de ideias constitucionais entre diferentes ordenamentos jurídicos nacionais. Não é essa a posição adotada no presente trabalho, por razões que não cabem dentro dos limites, aqui, delineados. Para um aprofundamento nesse debate, Cf. CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. *The Migration Of Constitutional Ideas*, [S.L.], p. 1-36, 2009. Cambridge University Press. <http://dx.doi.org/10.1017/cbo9780511493683.001>. Acesso em: 10 out. 2021.

²¹⁹ Desde 1982, o Canadá possui sua própria declaração de direitos denominada de *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, contida na primeira parte do segundo *Constitutional Act* (1982), que consolida todas as disposições constitucionais canadenses desde a publicação do primeiro *Constitutional Act* (1867). Essa inovação constitucional também autorizou a revisão judicial dos atos legislativos que restringissem direitos fundamentais. Na resolução do caso *Regina v. Oakes* (1986), a Suprema Corte canadense assume a utilização da máxima da proporcionalidade. Nesse caso, discutiu-se a presunção da condição de traficante para todos aqueles que portassem drogas, o que era incompatível com a presunção da inocência. A limitação imposta pela lei foi considerada desproporcional, após submetida às etapas da máxima da proporcionalidade. Sobre o tema do desenvolvimento da máxima da proporcionalidade no Canadá, associado à noção de razoabilidade, no contexto da migração da proporcionalidade associado ao constitucionalismo globalizado, Cf. SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, p. 68-149, 2008.

²²⁰ Um exemplo de utilização da proporcionalidade pela Suprema Corte de Israel, à época presidida por Aharon Barak, que desenvolve sua própria noção de proporcionalidade em obras acadêmicas publicadas (ver nota de rodapé 231) ocorreu no caso *Horev v. Minister of Transportation*, de 1996. Nesse caso, um ato do Ministro dos Transportes de Israel determinou o fechamento para o tráfego de veículos na Rua Bar-Ilan, durante todo o Sabá (e não somente no horário das orações), que é o dia de descanso do judaísmo, que começa ao pôr-do-sol de da sexta-feira até o pôr-do-sol do sábado e em feriados judaicos. Observados apenas os contornos normativos da questão, foi constatada uma colisão entre a liberdade de locomoção (interesse individual) e a liberdade de manifestação religiosa (qualificada como interesse público), bem como o caráter democrático da sociedade israelita e a barreira da tolerância para o respeito às manifestações religiosas. A máxima da proporcionalidade é utilizada para resolução da colisão, com suas três subetapas parciais, onde são avaliadas a idoneidade da medida para a promoção da liberdade de manifestação religiosa, a existência de rotas alternativas de tráfego, a gravidade da restrição de mobilidade aos judeus seculares que viviam dentro e fora de bairros ultraortodoxos e o nível da ofensa experimentada pelos ultraortodoxos em virtude da utilização das vias durante o Sabá. Ao final, a medida foi considerada desproporcional e anulada pela Corte. O julgamento está disponível no sítio eletrônico: ISRAEL. Suprema Corte de Israel. H CJ 5016-96 – *Horev. v. Minister of Transportation*. Presidente: Aharon Barak. Julgamento, 13 abril 1997. Disponível em: https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Horev%20v.%20Minister%20of%20Transportation_0.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

informação, facilidade em viagens e a própria globalização do ensino jurídico contribuem decisivamente para o aprofundamento dessa tendência de circulação e migração de ideias constitucionais²²¹. Isso ocorre principalmente porque existe uma proliferação dos sistemas de controle de constitucionalidade, geralmente acompanhado de uma declaração de direitos fundamentais²²².

Kumm²²³ sustenta que as normas constitucionais, em geral, e também aquelas relativas aos direitos fundamentais, possuem três características que as tornam alvo de disputas jurídicas, políticas e acadêmicas: (i) sua indeterminação, já abordada no capítulo anterior; (ii) a sua posição hierárquica no ordenamento jurídico interno, situada no ápice do sistema jurídico, o que resulta que as decisões das Cortes Constitucionais, ao exercer a interpretação autêntica de suas disposições prolatem decisões que possuem hierarquia semelhante e que só podem ser revistas mediante emendas à Constituição; e (iii) o problema da legitimidade das Cortes Constitucionais para a resolução de problemas jurídico-políticos controversos, uma vez que não possuem uma composição eleita pela via democrática.

²²¹ Sobre essa argumentação, Cf. PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing, and migrations. *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1-3. Um exemplo proeminente de migração de institutos constitucionais, encontra-se nos modelos de controle de constitucionalidade clássicos, a saber, o austríaco (concentrado), francês (preventivo) e o americano (difuso), que se aproximam e se hibridizam, em um procedimento constante de circulação e recepção de institutos jurídicos antes imprevisos nos ordenamentos das nações, por meio da reforma e da promulgação de novas constituições, em especial aquelas havidas depois do fim da Segunda Guerra. Nesse sentido, Cf. PERGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 6, p. 235-261, 2005. Aduz o autor que: “Do que foi até agora revelado, convém ressaltar duas circunstâncias: de uma parte, não só a introdução generalizada da justiça constitucional concorre junto com outros fatores (como a tendência para a valorização das autonomias, o acolhimento difuso das cartas de direitos, o acolhimento da divisão de poderes e da supremacia da constituição, etc.) para uniformização dos ordenamentos complexamente considerados; e não só – no âmbito do controle de constitucionalidade – tais uniformizações são mais acentuadas em razão da fusão de elementos recebidos de experiências das mais variadas. Mas, além disso, parece assistir, sobre outro aspecto, uma maior magnitude das sistematizações e funcionamento das cortes, de suas funções, de seu *modus operandi*, etc.”

²²² O levantamento realizado por Mounk, quando trata da interação entre o princípio democrático, pautado pela regra da maioria, e sua constante tensão com a ideia liberal de direitos fundamentais, enquanto instrumento contramajoritário de proteção dos direitos do indivíduo e das minorias, no contexto das democracias liberais, apontou um crescimento dos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis aprovadas pelos parlamentos. Dos vinte e dois países pesquisados, todos eles classificados pelo autor como democracias, vinte e um apresentam, atualmente, instrumentos de controle de constitucionalidade; ao passo que em 1930, apenas oito desses mesmos países apresentavam esse tipo de mecanismo de controle dos atos jurídicos. Quando se amplia esse universo para autocracias, oitenta e três por cento do universo de países pesquisados apresentam instrumentos para o controle de constitucionalidade. MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que a nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 95-96. Tradução: Cássio Arantes Leite, Débora Landsberg.

²²³ KUMM, Mattias. Constitutional rights as principles..., 2004, p. 574.

É justamente sobre esses problemas apontados acima que a teoria dos princípios de Robert Alexy se debruça, com suas três características principais, também apontadas por Kumm²²⁴: (i) ao se sustentar na ideia de igual liberdade, a Teoria dos Direitos Fundamentais se enquadra na tradição do liberalismo político²²⁵; (ii) a concepção estrutural dos direitos fundamentais, pela elaboração da ideia de princípios, calcados no conceito de otimização; e (iii) a interconexão existente entre ambas as ideias anteriores, relativas aos direitos, e a prática das Cortes Constitucionais. O autor citado irá classificar a proporcionalidade e o modelo de direitos baseado em princípios, ao lado do modelo concentrado de controle de constitucionalidade²²⁶, como o mais bem sucedido caso de “transplante” legal do século passado, por ser um instrumento adequado e suficiente para o aprofundamento e estabelecimento da justiça política, uma vez que concede força normativa aos direitos fundamentais e concebe um modelo mais convincente para adjudicação dos direitos do que as alternativas positivistas de Kelsen²²⁷ (no direito continental europeu) e Hart²²⁸ (no direito anglo-americano).

Da exposição acima, para os fins perseguidos nesta pesquisa, serão abordados dois pontos relevantes, são eles: (i) a possibilidade da utilização da máxima da proporcionalidade, enquanto critério de decisão de colisões de direitos fundamentais, por outros Tribunais Constitucionais, de outros sistemas jurídicos, que não o seu de origem, ou seja, o alemão²²⁹; e (ii) a justificação

²²⁴ KUMM, Mattias. *Constitutional rights as principles...*, 2004, p. 575.

²²⁵ Um dos pontos de contato mais evidentes entre a Teoria dos Direitos Fundamentais e a tradição do liberalismo político se encontra na ideia de justiça procedimental, também presente na obra de John Rawls, de inspiração declaradamente kantiana, onde se não estabelece um critério independente para que se obtenha o resultado correto, mas reconhece a existência de um procedimento justo que torna provável que o resultado obtido será correto ou justo. Nesse sentido, Cf. RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Rev. Ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 75-76. Uma ideia semelhante é vista no seguinte trecho da Teoria dos Direitos Fundamentais, quando trata especificamente da racionalidade do discurso jurídico: “[...] A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no campo metodológico, pela Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias da argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por idéias kantianas, demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais *substanciais* que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais *procedimentais*, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática. Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional.”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 549.

²²⁶ Sobre o tema do modelo concentrado de constitucionalidade, Cf. KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição. *Sub Judice. Justiça e Sociedade*. Coimbra: DocJuris, 2001, v. 20/21, p. 9-32, onde Kelsen faz uma avaliação crítica da experiência austríaca após a implantação da fiscalização de constitucionalidade concebida em sua Teoria Pura do Direito.

²²⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2009.

²²⁸ Cf. HART, H. L.. *O conceito e validade do direito*, 2009.

²²⁹ Ressalta-se que Mattias Kumm se refere, quando escreve sua resenha crítica da Teoria dos Direitos Fundamentais, ao sistema jurisdicional norte-americano, que ao contrário do alemão e do brasileiro, não contém em sua constituição uma previsão expressa para que a Suprema Corte norte-americana realize o controle de constitucionalidade das leis e a aplicação da sua carta de direitos enquanto instrumento de limitação do poder estatal, logo, esse problema assume especial relevância em sua exposição. Trata-se do modelo americano de

para a sua adoção, em detrimento de outros critérios disponíveis para a interpretação de normas constitucionais, em especial, para controle das restrições impostas aos direitos fundamentais por agentes públicos e particulares, tais como a sua concepção estrutural interna dos direitos fundamentais e a razoabilidade.

Em um trabalho relevante sobre o tema da proporcionalidade em diferentes sistemas jurídicos nacionais da Europa, Bernal Pulido²³⁰ se propõe a analisar a circulação da proporcionalidade entre os sistemas jurídicos de diferentes nações europeias e a tecer respostas às questões formuladas acima. O autor sustenta que a justificativa para a migração da proporcionalidade usualmente depende de dois fatores: o primeiro deles, é o abstrato, usualmente vinculado à tríade racionalidade, legitimidade e prioridade; o segundo, é concreto, quando se questiona o emprego da proporcionalidade em uma área específica do direito e dá como exemplos os direitos fundamentais, o controle da administração pública e a aplicação dos tratados internacionais. O autor irá se centrar no segundo fator justificação, até porque entende que a justificação em abstrato já foi bem trabalhada por autores como o próprio Robert Alexy e Aharon Barak²³¹. Ambas as esferas de justificação não concorrem, pelo contrário, complementam-se.

controle de constitucionalidade, de caráter difuso e concreto, que se inicia com o célebre caso *Marbury vs Madison*, em que se afirma pela primeira vez a possibilidade de ser realizado o controle do direito infraconstitucional por uma dissonância com seu parâmetro de comparação constitucional, por meio de uma construção jurisprudencial, baseada no argumento da rigidez constitucional. Logo, sua análise é bastante direcionada à legitimação da jurisdição constitucional para a aplicação dos princípios jurídicos. Sobre o tema do surgimento do modelo difuso e a análise do seu caso de origem, Cf. LOBO, Americo. *Decisões Constitucionais de Marshall, Presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América do Norte*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, caso *Marbury X Madison* (1803), p. 1-29.

²³⁰ PULIDO, Carlos Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa. *Revista Libertas*, v. 1, n. 2, p. 219-266, jul. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/286>. Acesso em: 21 dez. 2021.

²³¹ O autor referenciado foi ministro da Suprema Corte de Israel (1978-2006) e desenvolve sua própria noção do instituto da proporcionalidade em um livro de sua autoria, onde faz diversas alusões à obra de Alexy, embora se afaste de seus postulados em algumas questões essenciais. É, também, o responsável pela chamada Revolução Constitucional em Israel. Quanto ao tema específico da proporcionalidade e sua correlação com os direitos fundamentais, afasta-se de Alexy ao afirmar que a proporcionalidade não decorre da natureza principiológica das normas de direito fundamental, mas sim da necessidade de se garantir a máxima harmonia e a unidade da constituição, com base na obra de Konrad Hesse. Barak sustenta que a aplicação da máxima da proporcionalidade não produz efeitos no nível constitucional, mas, apenas, no nível infraconstitucional, motivo pelo qual não se pode falar em princípios prevaletentes sobre outros princípios, tal como faz Alexy. Logo, o que o autor chama de efeito operativo da proporcionalidade ocorre somente no nível infraconstitucional, seja nas leis, seja nos precedentes, a depender da tradição jurídica do sistema em análise, numa aproximação que é chamada de interpretativa. O autor batiza sua tese para justificação da utilização da proporcionalidade como interpretativa e separa a proporcionalidade constitucional, que trata das questões da validade das normas infraconstitucionais, da ponderação (ou balanceamento), que serve como artifício interpretativo capaz de dotar de sentido as normas constitucionais em colisão. Afirma, ainda, que, na sua visão, a proporcionalidade não é intrinsecamente ligada à ideia de princípios, embora seja um, dentre diversos critérios capazes de solucionar os problemas operativos das restrições aos direitos fundamentais. Uma exposição maior sobre os meandros da proporcionalidade, tal como

Pulido sustenta que a razão para o sucesso da transposição da proporcionalidade entre diferentes ordenamentos jurídicos possui também um caráter normativo. Isso significa que a proporcionalidade se apresenta como um instrumento melhor que os outros disponíveis para a resolução das colisões de normas de direitos fundamentais com caráter de princípio, porque resulta em decisões melhores do ponto de vista de sua racionalidade e legitimidade, enquanto uma prática normativa mais adequada. Para sustentar essa ideia, o autor apresenta um retrospecto do surgimento e da evolução da proporcionalidade ao afirmar a existência de seis migrações da máxima da proporcionalidade pela Europa, a seguir brevemente resumidas.

A primeira migração relata foi da filosofia política para o direito, uma vez que a ideia que dá sustentação à máxima da proporcionalidade “é que as limitações aos direitos fundamentais não podem ser excessivas. As limitações não podem ir além do que é estritamente necessário.”²³² Essa ideia é calcada no racionalismo iluminista e nas teorias contratualistas do liberalismo clássico, pelos quais os direitos naturais do homem precedem a associação política²³³. No âmbito das relações do Estado com seus cidadãos, duas ideias conflitantes dão ensejo a um paradoxo denominado de “paradoxo da liberdade”. “Primeiro, a liberdade pessoal deve ser protegida na sociedade civil como algo inerente a cada indivíduo. Segundo, o Estado tem a faculdade de restringir a liberdade para satisfazer direitos de outros e o interesse comum.”²³⁴ Essa ideia está em consonância com o duplo caráter dos direitos fundamentais, tal como concebida pela doutrina alemã contemporânea²³⁵. Portanto, a regra geral é o exercício da

concebida por Barak, foge ao propósito desse trabalho, contudo, pretende-se voltar ao tema em trabalhos futuros. Sobre essa argumentação, Cf. BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 234-241.

²³² PULIDO, Carlos Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa, 2015, p. 228.

²³³ Um exemplo de uma concepção de teoria contratualista onde os direitos do cidadão antecedem a fundação do Estado é o estado de natureza de John Locke, onde os homens já desfrutam de igualdade, propriedade e liberdade, ainda que de maneira incerta, uma vez que a proteção a tais direitos somente se concretizará em um estado posterior, o estado civil. Sobre o tema, Cf. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 381-394. Tradução: Julio Fischer. Um resumo didático das características principais do contratualismo de Locke é encontrado em Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso, *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 50-51.

²³⁴ PULIDO, Carlos Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa..., 2015, p. 228.

²³⁵ “O reconhecimento dessa dupla dimensionalidade” ou “duplo caráter” [...] dos direitos fundamentais resulta da percepção da tarefa básica a ser cumprida por uma comunidade política, que seria a harmonização dos interesses de seus membros, individualmente considerados, com aqueles de toda comunidade, ou de parte dela, donde se ter a possibilidade de individualizar três ordens distintas de desse interesses: interesses individuais, interesses coletivos (ou “supra-individuais, onde se incluem os chamados “interesses difusos”) e interesses gerais ou públicos. Note-se que apenas a harmonização das três ordens de interesses possibilita o melhor atendimento dos interesses situados em cada uma, já que o excessivo favorecimento dos interesses situados em alguma delas, em detrimento daqueles situados nas demais, termina, no fundo, sendo um desserviço para a consagração desses mesmos interesses, que se pretendia satisfazer mais que os outros. Para que se tenha a exata noção disso, basta ter

liberdade na maior intensidade possível e as restrições à liberdade devem ser reputadas exceções devidamente justificadas pelos interesses dos demais indivíduos ou pelo bem comum. Essa ideia filosófica é transposta para o âmbito do direito administrativo prussiano do século XVIII, onde surge a ideia da proporcionalidade enquanto método de restringir o uso do poder de polícia pelas autoridades públicas.

A segunda migração ocorre ainda no âmbito do direito administrativo. Primeiro, no contexto alemão, entre os séculos XIX e XX, onde a proporcionalidade já funcionava como um critério de decisão da licitude dos atos de autoridade restritivos a direitos. Essa tendência é expandida, após a Segunda Guerra, para outras jurisdições, tais como a Suíça²³⁶, a Espanha, a França e a Itália, onde a proporcionalidade é utilizada para o controle judicial dos atos administrativos, ainda que desvinculada de qualquer disposição de direito positivo acerca de sua institucionalização.

A terceira migração consiste na transposição da proporcionalidade do direito administrativo alemão para o direito constitucional alemão, o que coincide com a elaboração da Lei Fundamental alemã (1949) que constitucionaliza a proteção das liberdades, por meio de um catálogo de direitos fundamentais eficazes e autoaplicáveis. Tudo isso, num contexto do pós-guerra, onde a sociedade alemã exigiu um compromisso de afastamento dos horrores do regime nazista expresso na legitimação do Tribunal Constitucional alemão para o exercício do controle de constitucionalidade, abstrato e concreto, das leis e dos atos estatais, voltado para a defesa dos direitos fundamentais. Esse movimento acaba por constitucionalizar o chamado “paradoxo da liberdade” e atrai a proporcionalidade enquanto instrumento de resolução desse conflito, em sentido amplo, de normas²³⁷.

A quarta migração se dá no âmbito do direito comunitário europeu e no direito europeu dos direitos humanos, onde a proporcionalidade passa a ser utilizada como critério de aferição da

em mente a circunstância de que interesses coletivos, na verdade, são o somatório de interesses individuais, assim como interesses públicos são o somatório de interesses individuais e coletivos, não se podendo, realmente, satisfazer interesses públicos, sem que, *ipso facto*, interesses individuais e coletivos sejam contemplados.”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2007, p. 82.

²³⁶ A máxima da proporcionalidade é utilizada, ainda que sem ser nomeada dessa maneira, pelo Conselho Federal, no julgamento de recursos administrativos sobre a matéria da liberdade de exercício profissional. Cf. G GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2007, p. 103.

²³⁷ Sobre essa argumentação, Cf. PULIDO, Carlos Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa..., 2015, p. 230-235.

compatibilidade das medidas restritivas de direitos humanos adotadas pelos Estados membros da União Europeia com as disposições da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²³⁸.

Esse movimento dá ensejo à quinta migração, no contexto europeu, onde os Tribunais Constitucionais nacionais dos países membros passam a utilizar a proporcionalidade como mecanismo de controle da prevalência do direito comunitário sobre o direito interno, de acordo com o princípio da supremacia do direito comunitário. “Isso fez com que o princípio da proporcionalidade se convertesse em um critério para o controle de constitucionalidade na Espanha²³⁹, na França, Itália, Portugal²⁴⁰, Bélgica, Áustria²⁴¹ e, mais recentemente, nos países da Europa oriental [...]”²⁴²

A última migração descrita por Pulido dará ensejo à primeira diferenciação entre a proporcionalidade e um outro mecanismo de controle dos atos estatais, a razoabilidade. Trata-se da migração ocorrida entre o sistema de direito comunitário e dos direitos humanos europeu e o direito britânico – país este pertencente à tradição do *commom law*, onde as fontes do direito são marcadamente diversas daquelas observadas no direito continental europeu²⁴³. Essa

²³⁸ O art. 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que trata do âmbito dos direitos garantidos em seu inciso 1, assim dispõe: “1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.”

²³⁹ Sobre o tema da utilização das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade, com um rol extenso de casos exemplificativos de aplicação de ambas as máximas, Cf. TRÍAS, Encarnación Roca; RUIZ, Maria Angeles Ahumada. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. In: CONFERENCIA TRILATERAL, 15., 2013, Roma. *Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España*. Roma: Tribunal Constitucional da Espanha, 2013. p. 1-37. Disponível em: <https://bitly.com/sGirU>. Acesso em: 09 fev. 2022.

²⁴⁰ A Constituição portuguesa de 1976 dispõe, em seu art. 18.º, inciso II, o seguinte: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Cogita-se, nesse caso, quase que uma constitucionalização expressa da máxima da proporcionalidade, nesse sentido. Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2007, p. 78.

²⁴¹ A experiência austríaca é um pouco diversa da alemã, apesar de serem países próximos culturalmente, uma vez que, por influência do positivismo kelseniano, “passa a exigir o estabelecimento em lei, na forma mais exaustiva possível, da margem de discricionariedade dos poderes estatais, para limitá-la ao ponto de torná-la totalmente anódina, deixando no ordenamento jurídico puramente um [...] “vazio de discricionariedade”. GUERRA FILHO, GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2007, p. 104.

²⁴² PULIDO, Carlos Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa..., 2015, p. 238-239. As notas de rodapé inseridas no texto são acréscimos e não existem no original.

²⁴³ O problema das fontes do direito na lição de Castanheira Neves deve ser compreendido enquanto a investigação matriz constituinte do direito, ou seja, “como advém essa positiva e vigente juridicidade do direito”, por meio de uma perspectiva *fenomenológico-normativa do direito*, em uma determinada comunidade. Posto dessa forma, o problema das fontes excede o sistema jurídico positivo, o que torna insuficiente a análise hermenêutica ou dogmática interna desse(s) mesmo(s) sistema(s). Para além dos fatores históricos, sociológicos, e políticos condicionantes, da questão filosófica acerca do seu fundamento de validade, ou mesmo da autoridade

migração ocorreu quando o Reino Unido ainda fazia parte da União Europeia, logo, antes do chamado *brexite* (2020)²⁴⁴, após a promulgação da Lei de Direitos Humanos (1998). Esse diploma normativo estabelecia o controle de convencionalidade dos atos normativos das autoridades públicas não pertencentes ao Poder Legislativo, onde o parâmetro de comparação do objeto controlado era a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, exercido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cujas sentenças vinculam os tribunais britânicos²⁴⁵. Ainda assim, a entrada da proporcionalidade pela via comunitária não ocorreu sem resistência, uma vez que parte da comunidade jurídica britânica sustentou sua incompatibilidade com o direito britânico, onde era utilizado o critério da (ir)razoabilidade para o controle dos atos das autoridades públicas no intuito de preservação das liberdades.

Ainda que brevemente, devem ser expostas as aproximações e os distanciamentos entre ambos os institutos por duas razões: a primeira, é a resposta que se persegue à pergunta posta acerca da existência de uma justificação normativa para a migração da máxima da proporcionalidade entre os diferentes sistemas jurídicos, quando estivermos diante de um catálogo de direitos fundamentais que se pretendam aplicáveis e efetivos. A segunda razão, diz respeito à constante mistura entre ambos os critérios observada no âmbito da doutrina e da prática jurídica

politicamente constituída para prescrever as normas jurídicas, as fontes do direito se colocam enquanto uma questão de *teoria do direito*, de cunho *meta-sistemática*. Nesse sentido, Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. *Estudos em homenagem aos Prof. Doutores M. Paulo Merêa, G. Braga da Cruz*. 58, v. II., 1982, p. 179-180. De acordo com a premissa lançada, reside, então, na experiência jurídica, a matriz constituinte do direito, por isso, abordam-se a seguir os dos *tipos fundamentais da experiência constituinte do direito*, que podem ser separados entre os modelos de experiência jurídica *consuetudinária, legislativa, e jurisprudencial*, diferenciando-os pelo seu *ato fundamental de criação* do direito, até chegarmos em um modelo *constitucional* contemporâneo. O estudo das fontes do direito se correlaciona com a atividade decisória e facilita a compreensão da dogmática jurídica, em cada um dos períodos apontados, de acordo com a compreensão de fonte do direito que é reconhecida enquanto constitutiva do fenômeno jurídico. Nesse sentido, Cf. AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 88.

²⁴⁴ Ressalva-se que o Reino Unido continua a fazer parte da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mesmo após a sua saída da União Europeia, até porque essa foi uma das condicionantes do acordo firmado em sua saída para a continuidade dos procedimentos de cooperação judicial, de igual forma permanece a vinculação ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Sobre as razões que motivam o Reino Unido a permanecer vinculado ao Sistema Europeu dos Direitos Humanos, embora seu governo faça ameaças de sair do sistema em questão, dentre as quais se elencam a capacidade de adaptação Tribunal, os altos custos de saída e a fidelidade, no caso britânico, aos valores que tribunal pretende promover, Cf. SMEKAL, Hubert; TSERETELI, Nino. Reforming to Please: a comprehensive explanation for non-exit from the European Court of Human Rights. *European Constitutional Law Review*, [S.L.], v. 17, n. 4, p. 664-687, 29 nov. 2021. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/s1574019621000377>. Disponível em: shorturl.at/izBI1. Acesso em: 23 mar. 2022.

²⁴⁵ A ausência de uma forma de controle das leis com relação ao disposto na Convenção mencionada, levou ao ajuizamento de ações indenizatórias por pessoas prejudicadas por essa incompatibilidade em face do Reino Unido junto ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em um movimento conhecido como “lavar a roupa suja fora de casa” – em inglês, *to wash the dirty laundry abroad*. Sobre o tema, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 333-334.

brasileiras, o que prejudica sobremaneira a compreensão e o controle intersubjetivo do processo de tomada de decisões judiciais decorrentes da aplicação de ambas as máximas.

3.1 A PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E O TESTE DO BALANCEAMENTO.

A razoabilidade é um conceito polissêmico, em geral, vinculado ao conceito de racionalidade. Alexy aponta pelo menos três formas de compreender a relação entre racionalidade e razoabilidade: na primeira, (i) distingue-se a racionalidade da razoabilidade, ao se afirmar que a racionalidade se vincula com a eficiência, por meio dos elementos da lógica, do raciocínio meio-fim e da verdade empírica ou confiabilidade, já a razoabilidade se relaciona com o correto e o bom; numa segunda forma, (ii) também se separa racionalidade e razoabilidade e se afirma que o razoável é associado a elementos morais, expressos pela ideia de justiça, ao passo que o racional não, segundo os imperativos hipotético e categórico de Kant; (iii) a terceira abordagem, identifica racionalidade e razoabilidade sob o epíteto da racionalidade prática, que se refere aos critérios para determinar se o julgamento prático é correto. Para Alexy, a razoabilidade é identificada com a racionalidade prática, ao passo que aquilo que é meramente racional é identificado com a ideia de racionalidade técnica ou instrumental²⁴⁶.

Seguindo a exposição, Alexy afirma que a razoabilidade é um conceito normativo, posto que é utilizado para avaliar temas como ações, pessoas, decisões, regras, instituições, bem como argumentos e julgamentos. Por isso, situa-se em um metanível e serve para apreciar os julgamentos de valor ou de obrigação tomados no âmbito objetivo. Quanto ao conteúdo da razoabilidade, Alexy apresenta a ideia de que “todos os fatores relevantes para uma questão prática sejam considerados e, em segundo, que estejam organizados em uma relação correta entre si, a fim de justificar o julgamento que fornece a resposta.”²⁴⁷ Observa-se que o conteúdo da razoabilidade apresentado é bastante formal e abstrato e funciona como uma ideia regulativa.

²⁴⁶ ALEXY, Robert. A razoabilidade do direito. ALEXY, Robert. A razoabilidade do direito. In: ALEXY, Robert. *Sistema de Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2022. p. 75-90. Organização: Cláudia Toledo.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. A razoabilidade do direito..., 2022, p. 78.

Os critérios de aferição da razoabilidade, para Alexy, são aqueles já apontados para a racionalidade, a saber: (i) lógica ou consistência; (ii) verdade empírica ou confiabilidade; e (iii) racionalidade meio-e-fim. Acrescidas de outros três tipos de exigências: (iv) que digam respeito à coerência; (v) que digam respeito à interpretação e à crítica de interesses; e (vi) que expressem a ideia de generalizabilidade ou imparcialidade. O autor tedesco sustenta que a razoabilidade pode ser expressa por meio de regras do discurso prático racional, tal como realizado em Teoria da Argumentação Jurídica²⁴⁸ ou por meio de uma estrutura formal. Essa estrutura formal é a da ponderação, expressa e refinada pela fórmula do peso. Logo, para Alexy, a razoabilidade e a ponderação podem ser reputadas sinônimas e usadas de forma intercambiável²⁴⁹.

Em que pese a solidez do pensamento apresentado acima, essa posição não será a adotada nesse trabalho, uma vez que, a luz do direito brasileiro, a razoabilidade transcende sua concepção do direito continental europeu, até pela influência do direito constitucional norte-americano em nossa ordem constitucional²⁵⁰. Tendo em vista que a razoabilidade – como conceito polissêmico e vago – nos países da tradição da *common law* possui um significado diferente do lhe é atribuído por Alexy.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017a, p. 173-200.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. *A razoabilidade do direito...*, 2022, p. 75-90.

²⁵⁰ Sobre o processo de recepção do direito constitucional norte-americano no direito constitucional brasileiro, durante a Proclamação da República e a Constituição de 1891, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12-35.

Nesse sentido, a razoabilidade²⁵¹ e a proporcionalidade serão compreendidas como categorias conceituais técnico-jurídicas distintas²⁵², ainda que com finalidade semelhante, a saber, o controle e a limitação da atuação do Estado na efetivação e na restrição de direitos fundamentais²⁵³. Isso se justifica porque a razoabilidade e a proporcionalidade não partilham entre si uma origem comum e tampouco são utilizadas das mesmas maneiras pelos tribunais para o processo de tomadas de decisões judiciais, tal como se demonstrará.

Além disso, em muitas situações a máxima da razoabilidade funciona como *cláusula de bloqueio* da argumentação jurídica, porque não são perfeitamente esclarecidos os critérios que são adotados para que o objeto avaliado seja considerado razoável e como esses critérios são atendidos. Nessas situações, observa-se que a qualificação como razoável de uma decisão judicial funciona como óbice ao prosseguimento da argumentação jurídica, quando, ao contrário, deveriam ser um ponto de partida da análise da decisão através da aplicação dos critérios de aferição de razoabilidade²⁵⁴.

²⁵¹ No presente trabalho, a razoabilidade será analisada de acordo com os respectivos contextos de seu surgimento e desenvolvimento, na Inglaterra e nos Estados Unidos. Contudo, não se desconhece que existem outras acepções de razoabilidade, sobretudo aquelas vinculadas às teorias da argumentação jurídica, muitas vezes associada à equidade ou aos conceitos jurídicos indeterminados. Com base nos trabalhos de MacCormick e Aarnio, Atienza apresenta a razoabilidade como a busca de equilíbrio em exigências contrapostas, com base no primeiro; que angarie aceitação e consenso, com base no segundo. A avaliação de Atienza sobre a razoabilidade é focada no tema das decisões judiciais e entende que toda decisão razoável é racional, contudo, o contrário não é verdadeiro, uma vez que a racionalidade estrita se orienta pelo procedimento da lógica dedutiva, pelos princípios da racionalidade prática (consistência, coerência, generalização e sinceridade), adota alguma razão vinculante do direito positivo (onde se incluem os precedentes) e não são tomadas com base em critérios éticos. Por outro lado, a razoabilidade se orienta pelo resultado e está adscrita à ideia de casos difíceis, onde não há solução, há uma solução inaceitável ou duas soluções incompatíveis entre si; a solução encontrada não está prevista no direito positivo ou decorre de uma norma princípio de caráter muito geral, o que não implica na possibilidade de serem expressas por meio de expressões da lógica dedutiva. As decisões judiciais são razoáveis, em sentido estrito, quando: (i) não se pode ou não seria aceitável a prolação de uma decisão estritamente racional; (ii) quando se busca equilíbrio em exigências contrapostas; (iii) quando é aceita pela comunidade, mediante uma ideia de consenso ideal, sobre o tema Cf. ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de razonable. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 4., Alicante, 1987, p. 189-200. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4_13.pdf. Acesso em: 15 jan. 2022.

²⁵² Nesse sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável..., 2002, p. 27-28, que sustenta que ambos os institutos só podem ser tratados como sinônimos em sentido leigo, logo, fora do plano de linguagem jurídica, caracterizada por seu apuro semântico-conceitual. Essa sinonímia atribuída a ambos os conceitos é observada na jurisprudência do STF e em trabalhos acadêmicos e acaba criticada pelo autor citado, por motivos que serão expostos. Em sentido contrário, sem enxergar qualquer diferença relevante entre ambas as categorias conceituais Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2017, p. 343. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 461.

²⁵³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais...*, 2016, p. 216.

²⁵⁴ Nesse sentido, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Direito e Decisão Racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 305-336.

Afirma-se que a situação relatada também ocorre com a máxima da proporcionalidade, sempre que não são empregadas suas subetapas da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para avaliação do objeto analisado que, ainda assim, é qualificado como proporcional ou desproporcional – ou seja, como permitido ou proibido pela Constituição. Quando utilizadas dessa maneira, ambas as máximas não são passíveis de controle intersubjetivo pela comunidade jurídica, o que é bastante criticado pela doutrina.

Daí a importância do oferecimento de um mapa semântico da razoabilidade, enquanto critério de valoração das normas jurídicas, com vistas à obtenção da clareza de sentido necessária à linguagem jurídica, tal como empreendido com a proporcionalidade. Essa ideia é exposta por Jevaux e Zaneti Júnior quando sustentam que a noção de razoabilidade irá variar de acordo com a construção teórica adotada, se afiliada ao direito constitucional europeu (que pode ser identificada com o pensamento alexyano acerca da razoabilidade) ou ao direito norte-americano²⁵⁵.

A máxima da proporcionalidade não será novamente exposta, para se evitar a redundância. Além disso, a razoabilidade é compreendida, também, como uma máxima e não como um princípio, porque não postula exigências de otimização de seus comandos normativos – como sobredito, a razoabilidade atua como critério de avaliação de tomada julgamentos sobre valor ou sobre obrigações. Por fim, razoabilidade e irrazoabilidade formam dois resultados possíveis de um mesmo parâmetro do juízo de razoabilidade sobre os objetos mencionados, daí que a terminologia poderá variar entre máxima da razoabilidade e irrazoabilidade, sem que isso altere seu significado, seu conteúdo ou seus critérios de averiguação.

Ainda que brevemente, retoma-se a exposição acerca da migração da proporcionalidade nos sistemas jurídicos europeus, para que seja explicada a mencionada resistência dos tribunais do Reino Unido em admitir a utilização da máxima da proporcionalidade para a resolução de colisões de normas-princípio. Essa resistência é articulada por *Lord Ackner*, no julgamento do

²⁵⁵ JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle Difuso no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2019. Cap. 11. p. 215-243.

caso *Regina vs. Secretary of State for the Home Department ex part Brind*, no ano de 1991²⁵⁶, quando afirma que a proporcionalidade não deveria ser recepcionada pelo direito britânico, apesar de seu uso no direito comunitário e dos direitos humanos europeu, uma vez que aquela já disporia da máxima da irrazoabilidade de *Wednesbury* (1948)²⁵⁷. Por esta última, “os juízes só podem anular as decisões discricionárias dos poderes públicos quando ultrapassarem certo limite de irracionalidade, de que modo que torne incompreensíveis suas finalidades e seu sentido.”²⁵⁸ Logo, a máxima da razoabilidade é um critério menos preciso e diverso daquele relativo à máxima da proporcionalidade, já que exige que o ato controlado seja irracional, despótico ou absurdo para que pudesse ser anulado judicialmente pela via da razoabilidade.

Uma exigência desse tipo não é formulada no âmbito da proporcionalidade para o controle das medidas estabelecidas pelo Poder Público, bastando que afetem direitos fundamentais com

²⁵⁶ É possível ler a transcrição as razões de decidir no sítio eletrônico em Cf. REINO UNIDO. Câmara dos Lordes. caso *Regina vs. Secretary of State for the Home Department ex part Brind*. Julgamento em 07 fevereiro 1991. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1991/4.html>. Acesso em 06 fev. 2022. Em apertada síntese, os demandantes suscitaram uma objeção a uma medida editada pelo Secretário do Interior em que se determinada que as vozes de terroristas fossem dubladas por terceiros no momento de sua reprodução na televisão, posto que consideravam a medida desproporcional ao fim que a embasava, a saber, o combate ao terrorismo.

²⁵⁷ Trata-se do caso *Associated Provincial Pictures Houses Ltda. vs. Wednesbury Corporation*. Pulido aponta que as origens britânicas da razoabilidade datam do século XIX, mas se consolidam no julgamento em questão em 1948. PULIDO, Carlos Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa..., 2015, p. 239. Outros autores irão associar o surgimento da razoabilidade à Magna Carta (1215) e à doutrina do devido processo legal, tal como consta na *Petition of Rights* (1628). Nesse sentido, Cf. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais...*, 2016, p. 218-219, contudo, Cristóvam expressa reservas quanto a essa associação, uma vez que a Magna Carta foi um acordo entre o Rei João Sem Terra e os nobres britânicos que, além de ter sido logo descumprida, não se destinava a assegurar direitos individuais a todos os cidadãos. Sobre a incompatibilidade da projeção dos ideais liberais de Constituição, tal como concebida pelos modernos, para os documentos editados durante o Antigo Regime, Cf. SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 197-232, jan. 2006. Disponível em: <<https://antigo.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15101/13755>>. Acesso em: 10 out. 2020. DOI: <https://doi.org/10.5007/%x>.

²⁵⁸ PULIDO, Carlos Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa..., 2015, p. 239. Sobre as mudanças na máxima *Wednesbury*, continua o mesmo autor, na p. 241: “Contudo, no final dos anos noventa, o princípio da razoabilidade sofreu uma transformação e experimentou determinado grau de relativização. Nessa nova forma, chamada de ‘super-Wednesbury’, o princípio da irrazoabilidade exigia dos tribunais a realização de uma análise mais estrita dos atos administrativos. Impunha-lhes a realização de um “escrutínio escrupuloso”, um “nível reforçado de escrutínio” ou um “controle rigoroso” dos mesmos. Dessa forma, o princípio ‘super-Wednesbury’ já não exigia que o ato administrativo fosse absurdo ou despótico para que o juiz pudesse declarar injustificada a limitação aos direitos fundamentais em jogo”. Ainda assim, no caso *Smith & Grady v. United Kingdom* (1999), a Corte Europeia dos Direitos Humanos considerou a aplicação da máxima da razoabilidade nessa concepção revisitada insuficiente e reviu a decisão dos tribunais britânicos com base na proporcionalidade.

caráter de princípio negativamente e sejam inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito, segundo a dimensão do peso dos princípios colidentes.²⁵⁹

Não obstante suas origens no direito britânico, é no direito norte-americano que a doutrina da razoabilidade se consolida de forma vinculada ao devido processo legal²⁶⁰. Segundo Zaneti Júnior, a cláusula do devido processo legal, origina-se no direito constitucional norte-americano e se liga ao controle do poder e se expressa em duas facetas: (a) a primeira delas é a

²⁵⁹ Após a internalização da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ao direito britânico, por meio da Lei dos Direitos Humanos em 1998, cuja vigência ocorre apenas em 2000, esse cenário de resistência à aplicação da proporcionalidade para a solução de colisão de princípios de direitos fundamentais se suaviza, especial após o caso *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* (2001), onde um prisioneiro questionava uma política de governo estabelecia regras para a revista de celas de prisioneiros, dentre as quais se incluía a possibilidade de análise das correspondências recebidas pelos presos em sua ausência, o que infringiria a Convenção mencionada, além de ser uma medida desproporcional e desnecessária para a persecução dos fins pretendidos com a lei em questão. Esse regulamento pretendia, por recomendação dos especialistas, impedir que os presos conseguissem acumular materiais ilegais e, com isso, escapar da prisão, haja vista a documentação extensiva de casos em que isso havia ocorrido. A necessidade da ausência do preso no momento da revista se justificava pelo risco de intimidação aos agentes penitenciários responsáveis por sua condução. Por fim, a medida foi considerada desproporcional porque poderia ser substituída pela exclusão, apenas, dos presos que representem algum risco concreto de intimidação das equipes de segurança, já que a presunção de risco abstrato não se justificaria. REINO UNIDO. Câmara dos Lordes. *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly*. 2001. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010523/daly-1.htm>. Acesso em: 07 fev. 2022.

²⁶⁰ Importa salientar que, em sua origem, a cláusula do devido processo legal tinha caráter, apenas procedimental, focado em garantidas processuais, tal como o direito à citação em processo judicial e à ampla defesa. Somente num segundo momento adquire os contornos substanciais descritos acima. Nesse sentido, Cf. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais...*, 2016, p. 218. Ainda sobre as origens do devido processo legal, Barroso afirma que apenas durante a sua fase substancial é que a máxima da razoabilidade passa ser utilizada no âmbito da jurisdição constitucional de forma criativa, ainda que esteja ligada à *Bill of Rights* norte-americana, que é composta pelas 5ª a 14ª emendas à Constituição estadunidense. Ressalva, ainda, o autor que o desenvolvimento do aspecto substancial não exclui o procedimental da cláusula do devido processo, antes o complementa, até porque ambos os aspectos coexistem até hoje. Barroso separa, ainda, a evolução histórica do devido processual legal substancial em três etapas: (i) sua ascensão, entre o fim do século XIX e 1930, com índole marcadamente liberal, visando impedir a intervenção do poder público em negócios particulares; (ii) após a crise de 1929 e o *New Deal*, instalou-se uma crise entre o Poder Executivo e o Judiciário, na medida em que o segundo permanecia resistente às leis de intervenção do domínio econômico, declarando a inconstitucionalidade de uma delas, contudo, após uma tentativa de mudança de composição da Corte patrocinada por Franklin Delano Roosevelt, muda-se a orientação anterior e o devido processo substancial entra em declínio; e, finalmente, (iii) já na década de 1950, são consagradas as liberdades pessoais que não decorrem expressamente do texto constitucional, em especial no tocante à proteção das minorias, com o julgamento de casos tais como *Brown v. Board of Education* (1954), que afastou leis segregacionistas contra populações negras em estados do sul dos Estados Unidos da América. Ressalva, contudo, Barroso que: “Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o ativismo judicial - isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas -, que se manifestava destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal, vive um momento de refluxo”. Salienta-se que, também nesse artigo, o autor citado considera as máximas da proporcionalidade e razoabilidade como sinônimas. BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 23, p. 65-78, jun. 1998. Por sua vez, Guerra Filho sustenta a vinculação da máxima da proporcionalidade com o devido processo legal substancial norte-americano, o que, segundo o defendido aqui, constitui uma impropriedade teórica, ante suas origens no direito administrativo prussiano e seu desenvolvimento pelo Tribunal Constitucional alemão, em três etapas, tal como exposto. Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2007, p. 104.

procedimental, segundo as ideias de julgamento pela ‘lei da terra’ levado a cabo por seus pares ou por um juiz que o substitua e pelo direito de ser ouvido no tribunal, que possuem um caráter estritamente procedimental; e (b) a face substancial, que se expressa no julgamento da razoabilidade e da racionalidade das normas e dos atos do Poder Público²⁶¹. O devido processo legal em sua vertente substantiva é intimamente ligada à ideia de controle dos atos estatais, administrativos e legislativos, com vistas à proteção da liberdade, compreendida segundo a doutrina do direito natural.

*O substantive due process, juntamente com outros princípios constitucionais, como a igualdade e a ideia de justiça, tornou-se instrumento importantíssimo na defesa dos direitos individuais, ferramenta limitadora do exercício arbitrário do Poder Legislativo e da discricionariedade administrativa. O controle de razoabilidade das leis e dos atos administrativos discricionários permitiu ao Poder Judiciário examinar os atos legislativos e administrativos sob o prisma da justiça, não só formal, mas sobretudo material.*²⁶²

Barroso divide a razoabilidade em interna e externa: a primeira, diz respeito à relação entre motivos, meios e fins, bem como a razoabilidade técnica da medida; a externa, por outro lado, é relativa à “sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que fosse internamente.”²⁶³

Observam-se, na doutrina jurídica, posicionamentos que identificam a razoabilidade com a submáxima da proporcionalidade da adequação²⁶⁴, quando a razoabilidade é identificada como essa relação entre meio e fim, de índole não comparativa com medidas alternativas. Não obstante a existência de similaridades entre ambos os institutos, não é possível equipará-los, dado que a proporcionalidade é orientada à otimização dos comandos normativos de normas-princípios, em que suas máximas parciais possuem uma relação de subsidiariedade interna e correspondem ao que se pode conceber por otimização. Como sobredito, a ideia de otimização

²⁶¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...*, 2014, p. 14.

²⁶² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais...*, 2016, p. 211.

²⁶³ BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional..., 1998, p. 67.

²⁶⁴ Nesse sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável..., 2002, p. 33; JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 134-135, nota de rodapé 115; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais...* 2016, p. 217.

corresponde exatamente à aplicação de suas subetapas, dentre as quais a avaliação entre meios e fins é somente um dos passos a serem seguidos em sua aplicação²⁶⁵. Logo, tanto na origem, quanto na abrangência, a proporcionalidade e a razoabilidade divergem entre si e não podem ser tratadas como equivalentes.

Logo, o propósito do princípio da razoabilidade e da racionalidade no direito americano é o de fornecer um critério para o controle de constitucionalidade diferentemente da máxima da proporcionalidade para os europeus, que serve principalmente para solucionar colisões entre direitos fundamentais com caráter de princípio e secundariamente para revelar falsas colisões entre direitos fundamentais, quando o embate termina na primeira ou na segunda etapa, hipótese em que somente então o caso se revela como de controle de constitucionalidade ou legalidade.²⁶⁶

Os norte-americanos irão solucionar a colisão de direitos fundamentais por meio do *balancing test*, que, em apertada síntese, é uma construção doutrinária “utilizada no direito constitucional, na qual uma corte avalia interesses conflitantes – tais como direitos individuais e poderes governamentais, ou entre as competências estaduais e a supremacia do direito federal – e decide qual interesse deve prevalecer”²⁶⁷. Jevaux e Zaneti Júnior indicam que a maior dificuldade operatória com relação ao *balancing test* – que corresponde ao traço que o diferencia da máxima da proporcionalidade – é consistente na necessidade de uma certeza bastante significativa acerca dos interesses em conflito, ainda que a experiência demonstre que “um caso inicialmente tratado como uma colisão entre direitos fundamentais pode se revelar um controle de constitucionalidade ou de legalidade ou vice versa.”²⁶⁸

Com relação ao contexto, o *balancing test* surge num ordenamento jurídico que já possuía direitos fundamentais assegurados e que foram inicialmente interpretados como invioláveis por qualquer tipo de ingerência estatal, pela adoção, por parte da Suprema Corte norte-americana, da doutrina dos direitos naturais, cujo precedente inaugural foi o caso *Lochner v. New York* (1905), que acabou por batizar essa era com a alcunha de *Lochner Court* (1900-1937). Essa jurisprudência inicial foi substancialmente alterada durante a década de 1930, no contexto do *New Deal* e das inovações legislativas de cunho interventivo na ordem econômica, no qual o

²⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável..., 2002, p. 46.

²⁶⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle Difuso no novo CPC..., 2019, p. 222.

²⁶⁷ JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle Difuso no novo CPC..., 2019, p. 222.

²⁶⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle Difuso no novo CPC..., 2019, p. 223.

balancing test foi utilizado para que os direitos individuais não fossem excessivamente protegidos, uma vez que passaram a ser conflitados e nivelados com outros interesses de natureza coletiva ou estatal. Além disso, o *balancing test*, nesse momento intermediário, partilha com o progressismo característico da época e do lugar seu surgimento, a base filosófica do pragmatismo americano, pelo qual a única forma de comprovar a verdade de um conceito era a sua utilidade prática, enquanto reação ao formalismo e ao conceitualismo praticados pela Suprema Corte até então, o que demarca mais uma diferença com relação à proporcionalidade, que possui uma estrutura formal bem definida e sem pretensões de revolucionar o paradigma estabelecido de aplicação do direito²⁶⁹.

A proporcionalidade, por sua vez, adentra o direito constitucional alemão após o horror da Segunda Guerra Mundial, num contexto em que os direitos fundamentais deveriam ter a sua proteção reforçada, ainda que não de forma absoluta, quando conflitados com interesses supra-individuais, para que não fossem desnecessariamente limitados, de acordo com os postulados do liberalismo político. Esse movimento está consonância com sua origem no direito administrativo, destinado à limitação da utilização do poder de polícia por parte dos agentes estatais²⁷⁰. Dessa forma, não só o *balancing test* e a proporcionalidade não compartilham um ancestral comum, como divergem em seus fundamentos filosóficos e no próprio desiderato para os quais foram concebidos. Se for possível traçar um paralelo entre o *balancing test* e as escolas de jurisprudência alemãs, vincular-se-ia o teste americano à jurisprudência dos interesses²⁷¹,

²⁶⁹ Nesse sentido, Cf. COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, v. 8, n. 2, p. 263-286, abr. 2010 DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.1093/icon/moq004>. O autor aponta, ainda, as três maiores características do *balancing test* durante esse período: a ideia de que o balanceamento deveria ser deixado a cargo do legislativo; o antiformalismo, quanto à forma de aplicação dos direitos, e antiabsolutismo, no que concerne ao conteúdo dos direitos; e a hostilidade à ideia de que os direitos preferiam aos interesses.

²⁷⁰ Sobre a influência do pragmatismo no *balancing test* e a diferença de contexto de surgimento com a doutrina alemã da proporcionalidade, Cf. COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality..., 2010, em especial o trecho na p. 279: “*Bearing in mind the history of proportionality in Germany, one must note that the intellectual soil from which balancing in American law arose, even before it entered constitutional law, was quite different from which fostered German proportionality. Balancing was associated with antiformalism and pragmatism, while proportionality was much more modest intellectually and aspired only to be a mechanism to be applied within the general formalistic concept of law. As noted earlier, the German scholar that influenced American balancing – von Jhering and the others Freirecht scholars – were in no way associated with the principle of proportionality in Germany.*”.

²⁷¹ Sobre essa argumentação, Cf. COHEN-ELIYA, p. 279-286. Acerca das características gerais da escola da jurisprudência dos interesses, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e Ideologia*, 2018, p. 64-68, onde aduz que a escola em questão surge da oposição justamente do pragmatismo à lógica dedutiva que marcou a jurisprudência dos conceitos. Em síntese, “o direito não criado por conceitos abstratos, mas for fins orientados por interesses. A justiça expressa então o direito em movimento, sendo mais importante o direito subjetivo do que o direito objetivo. Isso implica necessariamente na adoção do método interpretativo teleológico.”

que era crítica à jurisprudência dos conceitos e se opunha à ideia de proporcionalidade, em sua origem.

Durante a era *MacCarthy* (década de 1950), o *balancing test* foi utilizado para a proteção de direitos – momento em que passa a ser associado com o ativismo judicial, em geral, vinculado à noção de justiça substantiva em temas como ações afirmativas e o discurso de ódio. Já a proporcionalidade foi empregada para a restrição de direitos fundamentais por parte do Tribunal Constitucional alemão ao longo dos anos. Ainda assim, esse simples movimento de aproximação não é suficiente para que ambos os institutos sejam considerados como equivalentes.

3.2 A RECEPÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO BRASIL.

Na lição de Zaneti Júnior, o processo de recepção constitucional faz parte de um processo maior de intercâmbio cultural, bem como da construção de um direito constitucionalismo garantista global. Nesse sentido:

Toda recepção é parte de um processo cultural geral. A teoria da constituição vista por esse ângulo abarca a noção de contexto, sendo a cultura um fator de configuração dessas recepções. No direito, podemos ressaltar com facilidade alguns exemplos notórios de recepções gerais, como: a recepção do direito romano na Europa, no começo da modernidade; a recepção do federalismo norte-americano; a recepção dos catálogos positivados de direitos fundamentais e humanos de 1776 (Declaração de Direitos da Virgínia – EUA), 1789 (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – França) e, posteriormente, com acento constitucionalista decorrente da segunda guerra mundial, a de 1948 (Declaração Universal dos Direitos do Homem – ONU); e, particularmente, a recepção do direito civil e processual civil francês (1804 e 1803 – Códigos de Napoleão).²⁷²

Ressalta, ainda, “a necessidade de reconhecer a influência que esses processos de recepção tiveram dentro do próprio Estado receptor, a maneira como se processou historicamente a recepção e como se desenvolveram os institutos recepcionados.”²⁷³ Além disso, os processos de recepção constituem uma reprodução criativa dos conceitos assimilados por parte da cultura

²⁷² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 50.

²⁷³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 51.

jurídica que, em busca soluções arquétipo para os desafios postos à jurisdição constitucional, inspira-se na prática de jurisdições constitucionais estrangeiras e os internaliza. Isso ocorre tanto para o atendimento de demandas existentes, como o iniciar novas demandas²⁷⁴.

Em uma abordagem diversa, Yazbek adota a terminologia de transferência, uma vez que afirma o vocábulo *recepção*, quando compreendido em sentido estrito, destina-se a descrever a ocorrência da recepção do direito romano, no contexto europeu continental, a partir do século XII²⁷⁵.

Genericamente, pode-se definir a transferência jurídica como a adoção, por uma dada população de regras, práticas ou concepções jurídicas próprias de outro povo. Esta transferência pode decorrer de imposição, de livre iniciativa da sociedade recipiente ou de outras formas de contato ou intercâmbio, como, por exemplo, a migração de contingentes populacionais. A rigor, as transferências jurídicas não são fruto de mero espírito de emulação, não implicando um congelamento dos institutos recebidos em seu novo ambiente, mas sim a sua assimilação pela sociedade que adota os modelos estrangeiros, em um processo dinâmico.²⁷⁶

No Brasil, a proporcionalidade, enquanto critério de solução de colisão de direitos fundamentais com caráter de princípio, é incorporada gradualmente, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁷⁷. Sobre o tema, Gilmar Mendes sustenta que a primeira menção existente à máxima da proporcionalidade ocorre no julgamento do Recurso Extraordinário 18.331, em 1951²⁷⁸⁻²⁷⁹, onde se discutiu a majoração do imposto sobre cabines de banho por parte da prefeitura do Município de Santos. Em seus contornos normativos, foi constatada a colisão entre o princípio da liberdade de exercício de qualquer profissão e a competência tributária da

²⁷⁴ Sobre essa argumentação, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 51-52.

²⁷⁵ YAZBEK, Otávio. Considerações sobre a circulação e a transferência dos modelos jurídicos. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis de Santiago (org.). *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 540-557.

²⁷⁶ YAZBEK, Otávio. Considerações sobre a circulação e a transferência dos modelos jurídicos..., 2001, p. 543.

²⁷⁷ Tendo em vista que, até aqui, diversos trabalhos acadêmicos de autores brasileiros já foram referenciados, não será abordada a recepção da máxima da proporcionalidade por parte da doutrina nacional. Para um apanhado dessa natureza, de forma sistematizada, Cf. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade...*, p. 117-122. A exposição se concentrará nos movimentos de recepção por parte da jurisprudência e do direito positivo.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 18.331 – São Paulo. Relator: Ministro Orozimbo Nonato. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 21 setembro 1951. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur68527/false>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁷⁹ MENDES, Gilmar. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 14, p. 372-362, jul. 2000.

referida municipalidade em fixar suas bases tributárias. Contudo, não é observada a aplicação das etapas da proporcionalidade e a colisão é resolvida pela afirmação que somente em casos extremos – com base na doutrina do desvio do poder – a instituição de tributos pode ser controlada pelo Judiciário por sua declaração de inconstitucionalidade, o que não ocorreu no caso, uma vez que o tributo só pôde ser reputado excessivo nas instâncias ordinárias, em virtude de contratos privados do contribuinte que propôs a ação.

Outro julgamento pioneiro, segundo Mendes, foi o *Habeas Corpus* 45.232, do estado da Guanabara, relatado pelo Ministro Themistocles Cavalcanti, onde se julgou a constitucionalidade da Lei de Segurança Nacional quando dispunha que nenhum acusado de um crime abrangido por suas disposições poderia exercer atividade profissional ou privada, por ser excessiva e ferir o direito à vida, a liberdade individual e à propriedade, além do direito não previsto, porém compatível com o regime constitucional de 1967, de vedação às penas cruéis. Na visão do autor, retrospectivamente, o STF teria aplicado a ideia de razoabilidade e proporcionalidade, tratadas indevidamente como sinônimas²⁸⁰.

Além do julgamento acima, Mendes aponta como componentes do histórico da utilização da proporcionalidade também procedem com a declaração de inconstitucionalidade por violação da razoabilidade, aplicando a relação de equivalência técnico-conceitual já refutada no item 2.3 deste trabalho, são eles: a Representação 930 e a Representação 1054. Já sob a égide da Constituição Federal de 1988, outros julgamentos mantêm a utilização da proporcionalidade e razoabilidade como expressões sinônimas, são eles: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2; e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 966-4 e 958-3.

O primeiro caso, trata da Representação de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República em face do Presidente do Senado Federal, onde se questionava a constitucionalidade da Lei 4116, de 27 de agosto de 1962, que regulamentava a profissão de corretores de imóveis. A lei foi considerada inconstitucional por atentar contra o comando

²⁸⁰ O julgamento, em qualidade muito ruim, pode ser conferido em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 45.232 – Guanabara. Relator: Ministro Themistocles Cavalcanti. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 21 fevereiro 1968. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur147338/false>. Acesso em: 10 jan. 2022.

normativo do princípio da liberdade do exercício de profissão, uma vez que a legislação ordinária não seria livre para estabelecer os critérios de “condições de capacidade” para o exercício da profissão mencionada. Esses critérios não devem ser arbitrários e desarrazoados, de forma a estabelecerem privilégios, em uma autêntica invocação da relação entre meios e fins, onde os filtros devem guardar relação com a finalidade de proteção da coletividade (faz-se menção ao “bem comum”) quanto ao mau exercício da profissão de corretor de imóveis. De fato, parece ter havido, no julgamento, a aplicação da máxima da razoabilidade, contudo, parece forçoso admitir que a proporcionalidade não foi aplicada, a menos em seu sentido técnico²⁸¹.

Já a Representação de Inconstitucionalidade nº 1054 foi, também, proposta pelo Procurador da República em face do Congresso Nacional e do Presidente da República, onde se questionava a constitucionalidade da exigência imposta pela Lei 4215, de 27 de março de 1963, com a redação dada pela Lei 5.681, de 20 de julho de 1971 de 20 de julho de 1971, de um hiato de dois anos para a prática da advocacia pelos membros do Ministério Público, magistrados e outros servidores, que se aposentassem ou se tornassem disponíveis. O voto do Ministro Moreira Alves menciona o voto do Ministro Rodrigues Alckmin na Representação 930, acima mencionada, e suas considerações acerca das condições da capacidade para o exercício profissional. Em seus questionamentos acerca da restrição prescrita, o Ministro Moreira Alves invoca a razoabilidade e o princípio da igualdade como fundamentos para emitir seu juízo acerca da inconstitucionalidade da disposição legal. Mais uma vez, o que se observa é uma avaliação de meios e fins onde as medidas restritivas foram consideradas irracionais e absurdas. Não existe qualquer menção direta à subetapas da proporcionalidade ou mesmo à colisão de normas constitucionais com caráter de princípio. Dessa forma, entende-se, aqui, que se aproxima mais da aplicação da razoabilidade do que da proporcionalidade, tal como cogitado por Mendes²⁸².

A Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio em face do

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 930 – Distrito Federal. Relator: Ministro Rodrigues Alckmin. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 05 maio 1976. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263707>. Acesso em: 15 jan. 2022.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 1054 – Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 04 abril 1984. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263829>. Acesso em: 15 jan. 2022.

Governador do estado do Paraná e da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, onde se questionou a constitucionalidade da Lei 10.248, de 14 de janeiro de 1993, do Estado do Paraná. A legislação dispunha acerca da obrigatoriedade da pesagem de botijões ou cilindros de gás liquefeito de petróleo que fossem vendidos a consumidores, na presença destes últimos, em seus pontos de comercialização, com a respectivo abatimento do preço de venda, quando constatada a diferença entre o conteúdo efetivo do recipiente e a quantidade discriminada pelo fabricante. Foi pedido, em caráter liminar, a suspensão da lei em questão. O pedido cautelar foi deferido pelo relator e confirmado, por maioria pelo Plenário, por ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade da medida imposta pelo estado do Paraná, sem qualquer alusão às etapas da primeira máxima e tampouco a avaliação com relação à racionalidade da medida adotada. Ao fim, parece que a tutela cautelar foi deferida como medida de evitar prejuízos ao setor de comercialização de derivados do petróleo, adotando-se, por transcrição literal, as razões do proponente da ação, tal como constavam na peça vestibular²⁸³.

Ao julgar o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855, a Relatoria foi do Ministro Octavio Galotti e o acórdão foi redigido pelo Ministro Gilmar Mendes. Foi confirmada a medida cautelar deferida e declarada a inconstitucionalidade formal da lei estadual acima descrita por violação à competência privativa da União para legislar sobre as questões relativas ao regime jurídico federal do abastecimento de gás liquefeito petróleo – em observância aos artigos 22, IV, e 238. Os “princípios” da proporcionalidade e da razoabilidade são reputados sinônimos e considerados genericamente no voto do Relator. No voto do Ministro Gilmar Mendes, analisa-se retrospectivamente, a medida cautelar e se aduz que a medida adotada pelo legislativo estadual paranaense foi considerada inadequada, além disso, foi posta em dúvida a sua necessidade, ainda que a decisão cautelar tenha feito, apenas, uma breve alusão ao tema, tal como descrito acima; de igual forma, sustenta que cabe ao Supremo Tribunal Federal a aplicação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, para resolução de colisões de princípios constitucionais, em resposta às reservas do Ministro Eros Grau quanto à aplicação da máxima da proporcionalidade para tomada de decisões judiciais. Contudo, não se observa o efetivo desenrolar argumentativo típico da aplicação das etapas

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 855 – Paraná. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Acórdãos, 01 julho 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346649>. Acesso em: 17 jan. 2022. Nesse sentido, Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável..., 2002, p. 23-50.

componentes da máxima da proporcionalidade em seu voto ou em suas manifestações. Em que pese o conhecido ceticismo do Ministro Eros Grau quanto à teoria dos princípios²⁸⁴, transcreve-se parte de suas observações proferidas no âmbito desse julgamento – em que não votou, por ter substituído o Ministro Maurício Corrêa, aposentado, que já havia proferido seu voto – posto que transparecem preocupações legítimas quanto aos rumos tomados pelo emprego proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁸⁵, ao menos nesse momento no tempo.

[...] Eu pediria ao Tribunal que dissesse: há uma ofensa a tal ou qual preceito constitucional. Singelamente, sem explicitar que há uma ofensa ao tal princípio da proporcionalidade, que nem é um princípio; é uma pauta, um método de avaliação da ofensa, ou não, à Constituição. Não por conta de não proporcionalidade, mas violação de um dos direitos fundamentais que se considere. Isso é muito importante pois o que é dito nesta Corte, amanhã ou depois, será ensinado. É fundamental explicitar-se isso que dito até agora, com muita clareza, pelo Ministro Gilmar Mendes.

[...]

É o que peço, para que amanhã ou depois, não se ensine errado. O volume de livros escritos sobre o princípio da proporcionalidade é uma barbaridade. Chega-se verdadeiramente à conclusão de que esta corte pode fazer o que bem entender a pretexto da proporcionalidade. Ora, isso não é verdadeiro. Se não houver preceito constitucional afrontado pelo texto normativo, efetivamente não nos incumbe afirmar que esteja em conflito com a Constituição²⁸⁶.

Evidentemente que a existência de direitos fundamentais implícitos pela ordem constitucional impede que seja cumprida integralmente a exigência do Ministro Eros Grau, bem como o conhecido embasamento de sua resistência junto ao positivismo kelseniano, o que não está

²⁸⁴ Em trabalhos acadêmicos recentes, Eros Grau continua a expressar seu ceticismo quanto à viabilidade da adoção de uma teoria dos princípios e da utilização da técnica da ponderação para o processo de tomada de decisões judiciais racionais, para tanto faz alusão ao positivismo normativista de Kelsen e suas críticas a Esser. Afirma, ainda, que os princípios são um tipo de regra, caracterizados, apenas, por sua generalidade e que sua proximidade com os valores que inspiram o direito positivo não os descaracteriza como regras que são. Adjetiva como “apavorante” que a distinção entre princípios e regras leve a ponderação de valores, porque, em sua visão, isso abre espaço para que os juízes imponham seus valores, em um exercício de discricionariedade, que levam a juízos irracionais. Sustenta que o conceito de equidade, rejeitado pelo direito moderno, por seu subjetivismo, que “em face da realidade, quando sua concepção é retomada, ela assume nomes, inicialmente o de *razoabilidade*, posteriormente o de *proporcionalidade*” e servem como instrumentos para “justificar a substituição da objetividade do direito positivo consubstanciado na Constituição e nas leis pelo subjetivismo dos juízes”. Sobre essa argumentação, Cf. GRAU, Eros. Os Princípios – Espécie do Gênero Regras Jurídicas – A Proporcionalidade e a Razoabilidade. In: MITIDIERO, Daniel; ADAMY, Pedro (org.). *Direito, Razão e Argumento: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito*. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 318-323.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 855 – Paraná. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Acórdãos, 06 março 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>. Acesso em: 17 jan. 2022.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 855 – Paraná. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Acórdãos, 06 março 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>. Acesso em: 17 jan. 2022.

consonância com o conceito de direito não-positivista que se conecta à proporcionalidade e se adota nesse trabalho. Contudo, não é menos verdadeiro, como já observado pelos julgados mencionados neste item, que a simples alusão à razoabilidade e à proporcionalidade e sua própria associação com a inconstitucionalidade dos temas julgados não constitui um bom uso de ambas as construções teóricas. Ato contínuo, o Ministro Menezes Direito responderá à indagação do Ministro Eros Grau, em duas falas separadas, com a indicação do princípio da liberdade do exercício profissional em conflito com a proteção ao consumidor como o preceito constitucionais colidentes, para afirmar que medida adotada atende ao fim proposto pelo segundo princípio, o que tornaria a medida proporcional, embora o atendimento a um dos princípios em colisão não corresponda ao juízo de proporcionalidade, no sentido concebido por Alexy, não sem o esforço argumentativo típico da aplicação estruturada, em ordem de subsidiariedade, da referida máxima. Em suma, a resposta somente confirma que é não é a desproporcionalidade ou a irrazoabilidade, enquanto pautas autônomas, desvinculadas de princípios constitucionais, pautados pela ideia de otimização, que motivam as revisões judiciais das medidas questionadas, ainda que, também, reafirme a dificuldade operatória da Corte ao aplicar a regra de resolução de colisão de normas constitucionais com caráter de princípio, quando se afirma a proporcionalidade da medida pelo atendimento a um dos fins normativamente exigidos pelos princípios em conflito. Por fim, o Ministro Gilmar Mendes afirmará que, no Brasil, a máxima da proporcionalidade está associada ao devido processo legal substancial²⁸⁷, o que é uma outra impropriedade teórica decorrente de sua equivocada equivalência com a razoabilidade.

Com relação às Ações Diretas de Inconstitucionalidade 966²⁸⁸ e 958²⁸⁹: a primeira dessas ações foi proposta pelo Partido Social Cristão, já a segunda foi ajuizada pelo Partido de Reedificação da Ordem Nacional, em ambos os casos os requeridos eram o Presidente da República e o Congresso Nacional e se questionava a inconstitucionalidade de artigos da Lei 8.713, de 01 de outubro de 1993. Essa lei impunha requisitos aos partidos políticos que pretendessem indicar

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 855 – Paraná. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Acórdãos, 06 março 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>. Acesso em: 17 jan. 2022.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 966 – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 11 maio 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266603>. Acesso em: 17 jan. 2022.

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 958 – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 11 maio 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266600>. Acesso em: 17 jan. 2022.

candidatos a Presidente e a Vice-presidente da República, nas eleições do ano seguinte, vinculados ao desempenho eleitoral no pleito anterior para Câmara dos Deputados, realizado em 1990, bem como para o acesso de novos partidos ao Parlamento, em especial os partidos com registros provisórios. O voto do relator, Ministro Marco Aurélio, limita-se a declarar a inconstitucionalidade das disposições legais, posto que realizadas ao alvedrio do texto constitucional, que consagra o pluripartidarismo, desvinculados de cláusulas de desempenho eleitoral para o pleno funcionamento das agremiações, o que se observada em ordens constitucionais anteriores, mas não na vigente à época da ação. O Ministro Francisco Rezek, abre divergência em seu voto e faz menção à razoabilidade, vinculando-a à noção de isonomia, contudo, entende que não existiu a violação cogitada, uma vez que não existiria ofensa à razão, à moral ou a valores jurídicos, no que concerne às condicionantes para a propositura de postulantes aos cargos majoritários, ressalvada a inconstitucionalidade das regras relativas às eleições parlamentares, que ofenderiam a razoabilidade, concebida como isonomia, e o interesse público. Em sua manifestação, o Ministro Ilmar Galvão enxerga uma colisão entre os princípios constitucionais da igualdade, do pluripartidarismo, da liberdade de criação dos partidos políticos e da liberdade de voto com a ausência de uma expressa previsão constitucional que vede a adoção das providências tomadas pelo legislador ordinário, da proteção do interesse público e do princípio da representatividade, que qualifica como valores. Em sua decisão, dá privilégio aos princípios constitucionais adjetivados como verdadeiros e acompanha o relator, ainda que por fundamentos diversos. O Ministro Carlos Veloso acompanha o voto divergente do Ministro Francisco Rezek, sem, contudo, fazer alusão à razoabilidade ou à proporcionalidade, sob o fundamento da ausência de proibição constitucional para a adoção das condições de desempenho e empreende um esforço argumentativo baseado no direito comparado pela citação de diversos exemplos com o fito de sustentar seu voto. O Ministro Sepúlveda Pertence amplia a divergência inaugurada por Francisco Rezek e rejeita integralmente o pedido dos partidos ao afirmar que a razoabilidade da medida e a não discriminação podem ser buscadas na própria legislação, que não cria condições absurdas e que, não obstante a garantia de criar partidos seja um princípio constitucional, isso não leva à conclusão que todos os partidos, ainda que com baixa expressividade, tenham que ter acesso a todos os direitos inerentes às agremiações políticas em todos os pleitos eleitorais, tal como se observa no direito comparado. Além disso, não entende necessária a existência de um fundamento de direito material constitucional direto para as restrições impostas, uma vez que a Constituição não pretende ser exauriente quanto à matéria eleitoral e a deixa o assunto à

margem de conformação do legislador infraconstitucional. Por sua vez, o Ministro Sidney Sanches considera que a lei não é razoável, mas por outro motivo: uma vez que leva em conta o desempenho eleitoral em eleições que já haviam ocorrido para condicionar a participação dos partidos nas eleições que ainda iriam ocorrer e, por isso, considera toda a lei inconstitucional. Isso porque, ao legislar, já se saberia quais seriam os partidos excluídos do certame, o que não pode ser admitido, dada sua vinculação a fatos passados. O Ministro Néri da Silveira não faz menção à razoabilidade ou à proporcionalidade em seu voto, em que considera constitucional, apenas, a representação mínima de um deputado na Câmara Federal para os partidos com registro provisório e rejeita o restante das normas questionadas por fundamentos semelhantes aos do Ministro Sanches. A menção à razoabilidade, vinculada ao devido processo legal substancial, retorna no voto do Ministro Moreira Alves, contudo, em sentido diverso daquele sustentado pelo Ministro Rezek, aduz que a legislação não é razoável ao fazer menção a fatos passados para regulamentar a participação na eleição vindoura e adere aos termos dos votos dos Ministros Néri da Silveira e Sidney Sanches, no que são seguidos pelo presidente da Corte, o Ministro Octávio Gallotti.

A Representação 1077, do Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Moreira Alves²⁹⁰ merece ser avaliada separadamente e fora da ordem cronológica adotada até aqui, uma vez que Mendes afirma que o julgamento contém “um dos mais inequívocos exemplos de utilização do *princípio da proporcionalidade* ou da *proibição do excesso* entre nós, uma vez que do texto constitucional não resultava nenhuma limitação expressa para o legislador.”²⁹¹ No julgamento se questionou uma lei estadual que estabelecia o valor da taxa judiciária no Rio de Janeiro. Por fim, o STF considerou que a taxa judiciária deve guardar uma relação razoável entre o seu valor estipulado, por um lado, e a capacidade contributiva do contribuinte e o custo real dos serviços, por outro. Portanto, deve-se averiguar se, de fato, existe essa equivalência proposta entre a proporcionalidade e a proibição do excesso.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 1077 – Guanabara. Relator: Themistocles Cavalcanti. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 21 fevereiro 1968. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur147338/false>. Acesso em: 22 jan. 2022.

²⁹¹ MENDES, Gilmar. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..., 2000, p. 372.

Essa questão conceitual e terminológica não é consensual. Virgílio Afonso da Silva²⁹² afirma que, no surgimento do instituto da proporcionalidade, essa vinculação era possível, dado que foi concebido como um instrumento para coibir excessos estatais no exercício do poder de polícia especialmente na jurisprudência inicial do Tribunal Constitucional alemão, mas que essa situação não mais se sustenta. Em sua visão, isso ocorre porque a proporcionalidade também passou a funcionar como instrumento de controle para a proteção deficiente de direitos fundamentais e já se fala em uma proibição da insuficiência. O autor afirma que “a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o *excesso* estatal já é razão suficiente para abandonar seu uso como sinônimo de *regra da proporcionalidade e proibição de excesso*”²⁹³. Sarlet, por outro lado, em exposição centrada nas repercussões da proporcionalidade na esfera penal, que pode ser generalizada, não rejeita a associação entre a proporcionalidade e a proibição do excesso, uma vez que a simples situação de se também prescrever um dever de proteção por parte do Estado, para além dos direitos de defesa já abrangidos pela vedação do excesso, não é suficiente para afastar a associação, até porque a proporcionalidade é um critério de solução de colisões de normas constitucionais de direitos fundamentais com o caráter de princípio. Se a colisão ocorre em virtude uma conduta excessiva ou omissa por parte do Estado, por meio da violação de deveres estatais de proteção e das posições jurídicas dela decorrente, entende-se que isso não é capaz de afirmar ou infirmar a utilização da proporcionalidade, que pode vir associada a ambos os princípios da vedação do excesso ou da insuficiência. O critério distintivo, então, para que se estabeleça um elo entre ambas as expressões da proporcionalidade é o da “necessidade (isto é, da exigibilidade) da restrição ou do imperativo de tutela que incumbe ao poder público.” Neste trabalho, adere-se ao entendimento de Sarlet²⁹⁴.

Há que se refletir, por um breve momento, acerca do rol de julgamentos apontados por Mendes²⁹⁵ como precursores da utilização da proporcionalidade do Brasil, uma vez que, em nenhum deles, existe o emprego da máxima da proporcionalidade, em seu sentido técnico, ou seja, em sua estrutura formal-procedimental bem definida, em três etapas parciais, da

²⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável..., p. 26-27

²⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável..., p. 27.

²⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 106-209, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 01 mar. 2022.

²⁹⁵ MENDES, Gilmar. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..., 2000.

adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Em um deles, apenas, existe a alusão a essa sólida construção dogmática, tal como concebida por Alexy, realizada pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, sem que isso signifique, contudo, o efetivo engajamento do julgador ao esforço argumentativo inerente ao emprego desse critério decisório²⁹⁶. As referências à razoabilidade são mais comuns, contudo, nota-se que são polissêmicas, ora se vinculando a princípios constitucionais, tais como a isonomia, interesse público e o devido processo legal substancial, enquanto critério de decisão; ora consistindo no próprio princípio constitucional violado. Além disso, essas menções não perpassam os votos de todos os ministros envolvidos nos casos julgados sob seu fundamento e que, de uma forma ou de outra, não se vislumbram critério objetivo para a aferição da razoabilidade ou da proporcionalidade da medida, o que prejudica sobremaneira seu entendimento e seu controle intersubjetivo, com vistas ao atendimento da chamada exigência de saturação²⁹⁷.

Existe notícia que esse cenário se modificou no início dos anos 2000, com a aplicação da máxima da proporcionalidade em sentido técnico, ainda que prejudicada pela forma qual os votos são proferidos na Corte, em geral escritos antes da sessão, o que não garante a adoção do teste da proporcionalidade maneira uniforme e tampouco sua incorporação às ementas dos julgados, o que só ocorre quando utilizada pelo relator do feito²⁹⁸.

3.3 A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

Além das repercussões jurisprudenciais e doutrinárias, a máxima da proporcionalidade também passou a ganhar expressão em previsões legislativas, o que demarca sua entrada no

²⁹⁶ Em sentido semelhante, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável..., 2002, p. 32-34.

²⁹⁷ Essa exigência é proposta por Jeveaux para as decisões tomadas pelo STF em virtude por seu caráter irrecurável, vinculante e insindicável, onde se propõe que sejam submetidas ao escrutínio acadêmico, com vistas ao cumprimento da “exigência de saturação”, seja para confirmar a racionalidade da decisão em comento, seja para criticar seus fundamentos, contribuindo-se, assim, para controle intersubjetivo de suas premissas e a também para sua aceitabilidade e legitimação. JEVEAUX, Geovany Cardoso. O julgamento das ADIN’s 3105 e 3128 pelo STF e a inconstitucionalidade do art. 4º da EMC 41. *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, n. 1, p. 67-126, 2006.

²⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*, 2021a, p. 123.

ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro²⁹⁹. Segundo Morais³⁰⁰, isso primeiro ocorre com a promulgação da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou a redação do art. 282 do Código de Processo Penal, que trata sobre a concessão de medidas cautelares na esfera processual penal e faz alusão à adequação e à necessidade da medida, aos seguintes elementos fáticos: a gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do acusado ou indiciado.

Na esfera processual civil, o Código de Processo Civil de 2015, promulgado em 16 de março de 2015, institucionalizou a proporcionalidade, primeiro, enquanto uma norma fundamental do processo civil e um critério de aplicação e interpretação das normas do ordenamento jurídico, em seu artigo 8º, conjuntamente com o atendimento aos fins sociais, e as exigência do bem comum, a dignidade humana, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Num segundo momento, o § 2º do art. 489, estabelece a ponderação como critério de solução de colisão de normas, em sentido amplo, sem fazer alusão específica aos princípios, e impõe um dever justificação da decisão ao julgador que resolver a colisão, que deverá fazer alusão as razões que autorizam a interferência na norma afastada e a as premissas fáticas que fundamentam a conclusão advinda da colisão e expressa na decisão³⁰¹. Nesse sentido, Código de Processo Civil de 2015, “parece ter perdido a oportunidade de utilizar o debate prévio amadurecido em torno dos pontos de contato com o direito constitucional”³⁰² isso porque

[...] 1) A separação nominal da proporcionalidade e da razoabilidade, no art. 8.º CPC/15, indicar que em linha de princípio do direito brasileiro seguiu a vertente americana, mas tal separação não pode ser tomada de forma absoluta, porque a experiência mostra que um caso inicialmente tratado como uma colisão de direitos fundamentais pode se revelar um controle de constitucionalidade ou legalidade e vice versa; de como que apenas quando há um alto grau de certeza sobre o tipo de embate que está em disputa é que se deve partir de uma ou de outra abordagem, esta opção cabe o intérprete e é controlada a partir do caso concreto e da

²⁹⁹ A exposição realizada nesse item tem objetivo meramente expositivo e não pretende estudar a fundo as implicações relativas à adoção da proporcionalidade no plano infraconstitucional, uma vez que esse não é o objeto do presente estudo, focado no âmbito da jurisdição constitucional. A busca pelo fundamento jurídico positivo, no plano constitucional, para a adoção da máxima da proporcionalidade enquanto critério de resolução de colisões de normas constitucionais com caráter de princípio será abordado no item seguinte.

³⁰⁰ Sobre a argumentação que se empreende nesse item, Cf. MORAIS, Fausto Santos de. Ponderação e Arbitrariedade..., 2018, p. 116-117.

³⁰¹ Sobre o tema específico da influência da doutrina de Alexy no novo CPC, Cf. CERQUEIRA, Máira Ramos. *Decisão Judicial e Fundamentação sob Análise da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy*. 2017. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/8823/1/tese_11223_MÁIRA.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

³⁰² JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle Difuso no novo CPC..., 2019, p. 216.

tradição jurídica; 2) constatando-se que um caso inicialmente tratado como de colisão entre direitos fundamentais reclama controle de constitucionalidade ou vice versa, a vertente inicial (proporcionalidade v. razoabilidade) deve ser convertida na outra para a solução coerente da questão discutida, assegurando-se previamente o contraditório entre as partes (art. 10 do CPC/2015), mediante conversão do julgamento em diligência; 3) sendo caso de incidência da proporcionalidade, deve-se aplicar a teoria de Alexy, já que o § 2º do art. 489 do CPC/15 citou expressamente os conceitos ligados às leis de colisão e de ponderação, respectivamente, seguindo-se a rotina da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.³⁰³

No ano de 2018, com a edição da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, foram incluídos novos enunciados normativos à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Dentre eles, o art. 20, *caput*, e parágrafo único, prevê que não serão tomadas decisões nas esferas controladoras, administrativa e judicial, com base em valores abstratos, sem a consideração das consequências práticas da decisão, onde a motivação deve demonstrar a adequação e a necessidade da medida imposta ou da invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, abordando-se potenciais alternativas. Em sentido semelhante, o parágrafo único do art. 21, que trata da decisão que declarar a invalidade de algum dos atos jurídicos listados acima, deverá indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos³⁰⁴.

3.4 A JUSTIFICAÇÃO NORMATIVA DA ADOÇÃO DA PROPORCIONALIDADE.

A busca pela justificação da utilização da proporcionalidade é alvo de diversos trabalhos acadêmicos, até mesmo por conta do sucesso da migração da máxima em apreço por diferentes sistemas jurídicos. Muitos deles se direcionam no sentido da busca de um fundamento no direito positivo para o seu emprego na resolução de colisões de normas de direitos fundamentais com caráter de princípio. No Brasil, as referências mais comuns são o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido

³⁰³ JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle Difuso no novo CPC..., 2019, p. 223-224.

³⁰⁴ Para uma análise crítica das inovações legislativas descritas, Cf. MASTRODI, Josué; LAURENTIIS, Lucas Catib de. Proporcionalidade e ponderação na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: volta às origens ou mais do mesmo? *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, [S.L.], v. 12, n. 2, p. 263-275, 14 jul. 2020. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2020.122.06>.

processo legal³⁰⁵, que em geral também é apontada como o fundamento jurídico-positivo da razoabilidade. Como bem assevera Cristóvam, essa relação vem da relação de sinonímia atribuída às máximas da razoabilidade e da proporcionalidade³⁰⁶, já refutada neste capítulo. Outra alusão comum é aquela relativa ao § 2º do art. 5.º da Constituição Federal, com alusão dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, mas que dela decorram ou que provenham de tratados internacionais, em geral associada a uma alusão ao Estado de Direito³⁰⁷. Existe, ainda, a posição de Bonavides que atrela a proporcionalidade ao princípio da igualdade e a uma miríade de normas constitucionais e sustenta que o “princípio” estaria previsto de forma esparsa por todo o texto constitucional³⁰⁸.

Contudo, Virgílio Afonso da Silva alerta que a busca por um fundamento jurídico-positivo para a proporcionalidade é infrutífera, uma vez que a norma constante do § 2º do art. 5.º da Constituição Federal se destina aos princípios, ou seja, às normas caracterizadas como mandamentos de otimização que eventualmente não decorram, de forma direta ou adscrita, de interpretações de enunciados textuais diretamente inscritos na Constituição. Logo, não deriva de uma prescrição do texto constitucional interpretado, mas é pressuposto pela estrutura das normas de direito fundamental³⁰⁹.

Outra forma de justificar a adoção da máxima da proporcionalidade, que também prescindir de justificação jurídico-positiva, é apresentada por Pulido, ainda que em análise circunscrita aos sistemas jurídicos europeus, quando aduz que a adoção da proporcionalidade, por um grande número de Cortes Constitucionais, pode ser justificada de forma concreta e normativa, com vistas à resolução do mencionado paradoxo da liberdade, por desempenhar melhor o papel de resolver esse tipo de conflito que outros critérios alternativos. Insta ressaltar que essa justificativa não entra em conflito com a justificativa abstrata já apresentada e com a tese da conexão necessária, mas a complementa. Dentre os critérios alternativos são enumerados: (i) a teoria estrutural dos direitos fundamentais de Müller, chamada pelo autor de teoria interna dos

³⁰⁵ MENDES, Gilmar. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..., 2000.

³⁰⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais...*, 2016, p. 228.

³⁰⁷ Nesse sentido, CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais...*, 2016, p. 229; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2007, 2007, p. 79.

³⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2019, p. 444-445.

³⁰⁹ Sobre essa argumentação, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável..., 2002, p. 42-44.

direitos fundamentais; (ii) a do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e; (iii) a própria razoabilidade.

Isso é sustentado, simultaneamente, pelos seguintes argumentos: (i) a proporcionalidade protege a prioridade dos direitos fundamentais em maior grau que a razoabilidade britânica, uma vez que é possível que uma decisão desproporcional seja razoável, dado que o grau de irracionalidade da medida exigido pela razoabilidade para que possa ser revista judicialmente é sobremaneira elevado; (ii) a proporcionalidade possui uma estrutura argumentativa racional e transparente; (iii) é um critério que possui uma estrutura aberta com relação às razões favoráveis e contrárias à constitucionalidade de uma limitação a um direito fundamental; (iv) por tudo isso, produz decisões mais abertas à crítica e ao controle intersubjetivo, servindo de obstáculo à tomada de decisões arbitrárias; (v) ao contrário das teorias internas e do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, não é unilateral ou reducionista na avaliação das limitações impostas aos direitos fundamentais; (vi) é mais compatível com a ideia de separação de poderes e a democracia representativa do que as concepções alternativas, além de aumentar a legitimidade do controle de constitucionalidade; (vii) permite uma análise da margem discricionária de atuação dos poderes políticos; (viii) estimula um diálogo entre os poderes judiciário, legislativo e executivo; e, por fim, (ix) sua natureza estrutural permite sua adaptação a diferentes contextos, o que permite sua harmonização com outros conceitos jurídicos locais que não lhe sejam repelentes³¹⁰.

Logo, as objeções eventualmente suscitadas para a migração da proporcionalidade enquanto critério de decisão são largamente superadas pelas vantagens apuradas em sua utilização, desde que efetivamente aplicada sua estrutura formal tal como concebida por Alexy, em especial quando em cotejo com outras formas de resolver colisões normativas de normas de direitos fundamentais com caráter de princípios.

Enquanto ponte com o tema do capítulo seguinte, a saber os precedentes enquanto fonte do direito, Pulido sustenta o seguinte:

³¹⁰ Sobre essa argumentação, Cf. PULIDO, Carlos Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa..., 2015, p. 255-256.

Por fim, o emprego contínuo do princípio da proporcionalidade dá lugar a resultados previsíveis. Com o tempo, as decisões judiciais que utilizam este critério constroem uma rede de precedentes que fornecem razões pelas quais certos tipos de medidas são inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Isso permite que os direitos fundamentais sejam aplicados de forma consistente e coerente.³¹¹

Isso porque se questionará a compatibilidade da regra da proporcionalidade com a forma pela qual se produzem precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro, onde nem sempre aqueles são formados pela acúmulo e sedimentação de decisões judiciais no tempo, tal como presumido no trecho acima, mas, sim, por meio de decisões judiciais pertencentes a um catálogo previamente estabelecido de acordo com o tipo de ação ou incidente processual do qual derivam, dotados de alta carta autoritativa.

³¹¹ PULIDO, Carlos Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa..., 2015, p. 257.

4 PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS, FONTES DO DIREITO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.

No presente capítulo se pretende analisar a relação da utilização da máxima da proporcionalidade, enquanto técnica de resolução das colisões de princípios de direitos fundamentais, no contexto das decisões que formem precedentes obrigatórios, de acordo com a teoria das fontes do direito e da teoria da argumentação jurídica.

Como exposto nos três capítulos anteriores, a máxima da proporcionalidade e a teoria dos princípios pretende produzir decisões judiciais que sejam justas ou corretas, com vistas à tutela dos direitos fundamentais, uma vez que as interferências ou restrições àqueles devem ser as menores possíveis e sempre argumentativamente justificadas.

Em outro sentido, nesse capítulo, a exposição se destina a sustentar que a existência de precedentes obrigatórios, em um determinado sistema jurídico, destina-se à tutela da confiança legítima dos cidadãos nas decisões judiciais, uma vez que estes são alçadas à condição de fonte primária do direito. Por isso, os casos-precedentes são veículos introdutórios de normas jurídicas que devem ser aplicadas aos casos-atuais, que lhes sejam análogos, *em regra*, independentemente de serem justas ou corretas.

Demonstrar-se-á, então, que os institutos expressam, em caráter geral, duas preocupações inerentes ao Direito e ao fenômeno jurídico, embora nem sempre compatíveis entre si, a saber: por um lado, a busca por justiça e correção, por meio da teoria dos princípios e da teoria da argumentação jurídica; e, por outro, a busca por estabilidade e segurança jurídica, expressa através da teoria dos precedentes obrigatórios³¹². Esses pontos se encontram e se equilibram em um sistema jurídico que, no contexto de um Estado Democrático Constitucional, só pode estabelecer primazias *prima facie* com relação as exigências de otimização de um ou outro ponto de vista.

³¹² Sobre essa argumentação, Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 3.ed. Salvador: 2019, p. 104.

Aponta-se, já nesses prolegômenos introdutórios ao capítulo que se inicia, que, no sistema jurídico alemão, as decisões do Tribunal Constitucional, em matéria constitucional, constituem precedentes obrigatórios, que produzem efeitos vinculantes, apenas, verticalmente, ou seja, sobre os órgãos pertencentes à estrutura do Poder Judiciário tedesco que estejam subordinados ao Tribunal Constitucional. Portanto, a própria Corte não está vinculada horizontalmente aos seus próprios precedentes obrigatórios pretéritos³¹³.

Apesar disso, o Tribunal Constitucional alemão tutela com o devido cuidado a confiança legítima dos cidadãos em suas decisões e a segurança jurídica, no momento da superação da norma contida num precedente ou numa cadeia de precedentes³¹⁴. Contudo, a existência do precedente obrigatório, por si só, não é tomada como razão autoritativa autônoma, atrelada ao princípio do *stare decisis*, a ser ponderada com razões substanciais, atreladas a um princípio de direito fundamental, capaz para impedir a nova apreciação de questão já anteriormente decidida pelo Tribunal Constitucional³¹⁵.

³¹³ Robert Alexy e Ralf Dreier indicam que as decisões do Tribunal Constitucional Alemão são estritamente vinculantes para todos os órgãos constitucionais da federação alemã e para todos os cidadãos, já que possuem “força de lei” e são registradas no *Federal Register of Statutes*, em especial aquelas que digam respeito à invalidade dos atos normativos. Ainda assim, o Parlamento e o próprio Tribunal Constitucional alemão estão excluídos dessa vinculação aos precedentes da Corte, o que na visão dos autores não retira a obrigatoriedade dos precedentes, mas, apenas, limita a quem os efeitos vinculantes se aplicam. Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedents in the Federal Republic of German*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). *Interpreting Precedents*. Nova Iorque: Routledge, 2016, p. 26-27. Por outro lado, a vinculação, ainda que somente *de fato*, ocorre no contexto do Corte Federal de Justiça (*Federal Court of Justice*), ainda que os seus precedentes não sejam obrigatórios e não produzam efeitos vinculantes, esse tribunal entende que a mudança de uma cadeia de precedentes deve ser motivada por mudanças sociais, políticas e econômicas de grande monta, como forma de tutelar a confiança do jurisdicionado, nesse sentido, Cf. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedents in the Federal Republic of German...*, 2016, p. 34-35.

³¹⁴ Ainda que o Tribunal Constitucional alemão expressamente preveja a tutela dos princípios da confiança e da proibição do retrocesso na adjudicação dos direitos fundamentais, enquanto limites para a atividade legislativa, ele se exclui do âmbito de incidência dos princípios acima e sustenta que os juízos de cognição pretéritos só exercem influência nos julgamentos atuais se são verdadeiros. Logo, o Tribunal Constitucional ao julgar os casos que lhe são submetidos está submetido, apenas, a lei e ao direito (o que demonstra uma dissociação entre ambos os conceitos, em que o segundo é maior que primeiro, ou seja, o direito supera o conjunto de leis escritas) e as decisões pretéritas exercem influência pelo “*power of conviction of their reasons*” e na “*authoriy and competence of the court*”, sendo que o primeiro diz respeito à correção da decisão que se indica como precedente, ao passo que o segundo diz respeito à autoridade substancial dos argumentos deduzidos. Ainda assim, a mudança na adjudicação de direitos poderá estar sujeita à modulação de efeitos. Nesse sentido, Cf. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedents in the Federal Republic of German...*, 2016, p. 28-29. Sobre a diferenciação entre lei e direito, por meio da ideia de direito supralegal, no contexto do direito alemão, Cf. BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2007, p. 18-48.

³¹⁵ Sobre o tema da superação dos precedentes com a utilização do arcabouço teórico da teoria dos princípios, Cf. JALES, Túlio de Medeiros. *Uma proposta normativa para regular a superação de precedentes em cortes constitucionais*. 2020. 212 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24032021-162203/publico/10130943_Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

Por consequência, a mudança da orientação normativa dada à colisão de direitos fundamentais em um caso-precedente é sempre possível, embora deva ser corretamente justificada com relação às possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto atual, segundo o princípio da justiça substancial associado à ideia de correção argumentativa³¹⁶. Em suma, parte-se da ideia de que a proporcionalidade e seu sistema jurídico de origem privilegiam o princípio da correção substancial das decisões judiciais, o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes, em detrimento, até certo ponto³¹⁷, dos princípios da segurança jurídica, do princípio da igualdade na aplicação lei e do princípio da proteção da confiança³¹⁸.

No Brasil, por outro lado, ambos os institutos, ou seja, os precedentes obrigatórios, com eficácia vinculante horizontal e vertical, e a proporcionalidade, coexistem no contexto de uma mesma codificação: o Código de Processo Civil de 2015, que, como código, pretende-se sistemático, unitário e coerente. Ao observar essa coexistência, Manoel Pedro Ribas de Lima chega a apontar a existência de uma contradição metodológica interna no processual civil de 2015³¹⁹, que o autor descreve da seguinte maneira:

³¹⁶ A rigor, não se exige sequer a existência de mudanças nas circunstâncias apreciadas no primeiro julgamento para que seja modificada a orientação do Tribunal Constitucional alemão, tomada em um caso-precedente. Nesse sentido, Cf. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedents in the Federal Republic of German...*, 2016, p. 29 e p. 31. Para a associação entre a inexistência de vinculação horizontal e o princípio da justiça substancial, p. 37.

³¹⁷ Essa asserção deve ser entendida com algumas limitações: por um lado, pela obrigatoriedade de universalização da norma-regra decorrente da colisão de princípios, que funciona como suporte fático de uma regra (norma-precedente), aplicável por subsunção, aos casos subsequentes de colisões direitos fundamentais que apresentem fatos semelhantes, tal como como exposto no item 1.4 do presente trabalho, garante uniformidade às decisões que resolvem colisões de direitos fundamentais (ver item 3.4 do presente trabalho), desde que ocorram sob as mesmas condições; por outro lado, existe uma genuína preocupação no sistema judiciário alemão com a uniformidade da aplicação e interpretação do direito, de forma que existe uma estrutura complexa de institutos processuais voltados a dirimir as divergências interpretativas do direito, que existam entre diferentes órgãos do judiciário federal alemão, em especial, em matéria constitucional. Por isso, afirmam Robert Alexy e Ralf Dreier: “These procedural regulations show that precedents – in spite of their missing formal bindingness – are taken rather seriously in Germany under the aspect of unity or coherence in the administration of justice. This is an argument for a certain degree of bindingness power below the level of strict formal bindingness. [...]”. Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedents in the Federal Republic of German...*, 2016, 31-32 e p. 32 para o trecho transcrito.

³¹⁸ Robert Alexy e Ralf Dreier caracterizam que discussão acerca da adoção ou não de um sistema de precedentes obrigatórios gira em torno da colisão desses princípios constitucionais. Milita, ainda, ao lado dos princípios que pugnam pela adoção do sistema de precedentes obrigatórios o argumento de suporte da contenção da litigiosidade. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedents in the Federal Republic of German...*, 2016, p. 47.

³¹⁹ O autor sustenta que a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios “suprimiriam lacunas legais e zonas cinzentas, dirigindo hermeneuticamente a construção da norma. Além disso, os precedentes forneceriam uma previsibilidade à resolução dos casos particulares, o que as normas legais, marcadas por sua abstração, não poderiam proporcionar. Haveria, então, tanto uma possibilidade concreta de uma totalidade ao ordenamento quanto segurança aos negócios e atos jurídicos”. Ao passo que, para a proporcionalidade, as circunstâncias específicas do caso concreto são determinantes para a ponderação de normas que, por si só, “não são capazes de atender o ineditismo e a singularidade de cada caso concreto. As normas sempre existem logicamente *a priori* ao litígio precárias em seu âmbito de incidência.” Em comum, para o autor, ambas as teorias têm a ideia de atuação integralizadora do julgador, que deve suprir a incompletude do fenômeno normativo ou a finitude do observador, por meio da “construção de uma racionalidade própria para o Direito”. Dessa forma, os dois vetores pressionam

Metodologicamente, a integralização dos precedentes atua subsidiariamente aos enunciados legais, integrando, perante o julgamento do caso concreto, o discurso normativo. A partir disto pode-se falar de um arcabouço positivo de respostas. De outro lado, a ponderação extrai do problema sua resposta. Pressupõem-se, então, uma incapacidade do discurso normativo (sendo o *stare decisis* parte deste). Pragmaticamente falando, sob a ótica da ponderação, os efeitos verticais dos precedentes representam respostas prontas, distorcendo do litígio em *petitio principii* às avessas (a própria litigiosidade seria uma ilegalidade, não mais um problema a ser resolvido); ao juízo restaria apenas selecionar dentre normas legais e precedentes o que melhor se adequa ao caso. Em sentido contrário, para os efeitos verticais dos precedentes, a ponderação exige um ceticismo, negando toda e qualquer resposta pronta (isto é, ponto em xeque toda norma e, ainda, precedente); o que resultaria na ad-rogação da segurança jurídica (jurisprudência lotérica) e uma indagação da aplicação normativa.³²⁰

Nesse sentido, Ribas de Lima propõe uma relação intrínseca entre os precedentes obrigatórios e os enquadramentos típicos – com base no direito positivo³²¹ e na experiência jurídica

em direções divergentes, a saber: os efeitos vinculantes verticais “dirigem-se ao encerramento do ordenamento; o exame da ponderação está condicionado à abertura normativa. Ordenamento vs. caso concreto. Não se resume a colocar de um lado a causa de pedir e do outro o *stare decisis*.” Sobre essa argumentação, Cf. LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação: contradição interna do Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 7-10.

³²⁰ LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação...*, 2018, p. 11.

³²¹ Para Ribas de Lima, o direito positivo brasileiro impõe que os precedentes sejam expressos por meio de enquadramentos típicos. Deve-se, contudo, tentar resumir a construção teórica do autor, uma vez que suas categorias de classificação são divergentes com relação àquelas usualmente observadas na doutrina e aqui adotadas. Com base no art. 927, III, do CPC-15, o autor afirma que “toda atividade jurisdicional deve *observar* os acórdãos proferidos pelos tribunais superiores em julgamento de recursos repetitivos”. Ainda que o artigo em questão não prescreva, ao menos diretamente, a vinculação, isso é depreendido da análise sistemática do CPC-15 apresenta as exigências que se traduzem eficácia dos precedentes judiciais: “[...] (i) nenhuma ação deverá prosperar se contrariar súmulas e acórdãos repetitivos dos tribunais superiores (CPC, art. 332, II); de que (ii) serão prestadas tutelas de evidência em hipóteses aceitas em súmulas e acórdãos repetitivos (CPC, art. 311, II); e de que (iii) recursos não serão conhecidos quando sustentam teses opostas à súmulas e acórdãos repetitivos (CPC, art. 932, IV).” Dessa forma, o autor divide essa eficácia dos precedentes, no momento de sua aplicação nos casos seguintes (que chama de alteridade) em dois aspectos: (i) o aspecto formal, onde o precedente influencia a fundamentação da decisão judicial subsequente sem determinar o resultado, nos termos do art. 489, § 1º, V, do CPC-15 que é associado à “necessária remissão legal para fundamentação”; (ii) o aspecto material, pelo expressa-se na vinculação aos juízes e tribunais de justiça, diretamente e de modo *ex nunc*, sob pena de cassação da decisão por reclamação, nos termos do art. 985, § 1º, do CPC-15. O autor sustenta que a convivência entre ambos os aspectos não é harmônica, uma vez que “[n]a sua manifestação material, os precedentes sobrepõem-se à manifestação formal, enquanto a formal não elimina a material – não seria a ausência de vinculação material que impediria o julgador de reprisar o precedente em sua decisão. A solução para a determinação da extensão da extensão de cada aspecto é dada pelo Código pela similaridade do precedente ao litígio julgado.” Portanto, para Ribas de Lima, o aspecto formal seria apenas subsidiário ao aspecto material, para os casos de sua insuficiência deste último, para afastar sua incidência pelo que chama de “desconstrução”. Pois bem, as condicionantes eficácia dos precedentes se relacionam com a forma que serão percebidos nos litígios atuais, o que se dá por meio da *tese jurídica* que atua “modulando como seu conteúdo será apreendido dentro da decisão a ser proferida”. O autor define a tese jurídica por meio da interpretação do CPC-15, no art. 985, I e II, c/c o art. 926. “[...] Os primeiros ditam as fronteiras da tese jurídica por meio da equivalência das questões de direito entre as questões de Direito entre precedente e litígio atual; equivalência esta que recebe a eficácia materialmente vertical como descrita acima. O segundo dispositivo atribui aos tribunais aplicação da jurisprudência na medida das circunstâncias fáticas do precedente inaugural”. A par desses apontamentos, o autor rejeita que o Brasil recepcione a experiência do *commom law* e afirma que a soma dos aspectos fáticos e jurídicos das teses impõem que a sua aplicação se dê mediante a existência de casos idênticos (CPC-15, art. 489, § 1º, VI, c/c art. 966, § 5º, e art. 1.037, § 9º), porque o direito brasileiro não

brasileira progressiva³²² –, no momento de sua aplicação para a resolução dos casos-atuais. Estes últimos, implicam na desconexão da norma do precedente de seus aspectos contextuais, o que é um problema real, em especial quando conjugada com a aplicação dos princípios jurídicos. Essa questão será alvo de análise ao final do presente capítulo.

De fato, caso entendidos dessa forma, os precedentes obrigatórios seriam incompatíveis com a ideia de precedência condicionada aos fatos e às normas que é inerente à colisão de princípios, à aplicação da máxima da proporcionalidade e à ponderação, por expressar uma noção contrafática de norma³²³ – entretanto, essa não é a única forma de compreender os precedentes obrigatórios. Ainda sobre a premissa assumida pelo problema de pesquisa deste trabalho, é necessário registrar que Ribas de Lima nega o caráter normativo da ponderação de princípios³²⁴,

admite a existência de teses amplas o bastante para serem aplicadas por analogia. Sobre essa argumentação, Cf. LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação...*, 2018, p. 13-22. Em outro momento, o autor sintetiza seu pensamento, no seguinte trecho: “[...] A tese jurídica, como trazida pelo Código de Processo Civil vigente, equivale-se à noção contrafática de norma: projeta-se dela um conteúdo específico, do qual se busca o fato correspondente”. LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação...*, 2018, p. 28.

³²² O autor sustenta que a adoção do pensamento tipificante para a composição das teses jurídicas ocorre no contexto da prática judiciária brasileira e cita como exemplo a inibição observada na realização do controle difuso de constitucionalidade, por parte dos demais tribunais e juízes de primeiro e segundo grau, sempre o STF estivesse em vias de julgar uma questão similar, ainda que sem ordem de sobrestamento para os recursos em tramitação em outras instâncias e ainda que a decisão do STF fosse ocorrer em controle difuso de constitucionalidade. Isso porque os juízes sempre estariam à espera da existência de “precedentes maiores” que possam ser aplicados pelo método do silogismo aos casos atuais. Sobre essa argumentação, Cf. LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação...*, 2018, p. 32-42. Desse ponto, Ribas de Lima sustenta que os precedentes, tal como concebidos no ordenamento jurídico brasileiro, não promovem a unidade do direito, mas, sim, a sistematização cerrada do ordenamento, por meio de uma “taxinomia dos conteúdos normativos, tal qual na biologia, classificando e conectando meticulosamente inúmeros tipos sem jamais negar a possibilidade de um novo tipo ou mesmo de uma outra linha de gêneros”. O que se comprova pela inércia dos julgadores, mais afeitos à aplicação do método analítico do que à alteridade da aplicação dos precedentes. Sobre essa argumentação, Cf. LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação...*, 2018, p. 43-44. Pode-se cogitar, aqui, que a crítica realizada por Ribas de Lima acaba por desconsiderar que as normas jurídicas novas podem ser a razão para uma mudança de cultura dos operadores do direito. Nesse sentido, Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 177.

³²³ Nesse sentido, cabe a transcrição da lição de Ribas de Lima: “Colocou-se como pressupostos, a identidade de casos para a eficácia dos precedentes, tal qual delineada pelo Código de Processo Civil vigente e esboçada pela história institucional recente do Poder Judiciário brasileiro. Por ser tido como idêntico ao caso que originou o precedente, deste o litígio atual poderia emprestar a decisão. Com a definição de enquadramentos típicos torna-se possível uma taxinomia normativa provisoriamente fechada. Em sentido oposto, para o exercício da ponderação parte-se do pressuposto que todo litígio é singular, e que tal singularidade seria o principal fator em jogo, pois não existe nenhum caso igual a ele.” LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação...*, 2018, p. 55.

³²⁴ O autor prossegue afirmando que, para a ponderação, o litígio inaugura o problema a ser solucionado em uma estrutura dialética, formada pelas partes e pelo juiz, em uma relação continuada que visa unicamente a solução do litígio posto, com vedação da decisão surpresa, uma vez que todos os argumentos devem ser expostos e apreciados, mediante o contraditório pleno. Segundo o autor, refuta-se, com isso, a noção de suporte fático como conduta e não se indaga mais o dever-ser enquanto tipo. Portanto, a fundamentação da decisão judicial não se daria mais pela explicação da incidência da norma ao fato. “Necessariamente, sob a perspectiva do ordenamento, o exame da ponderação gera uma cisão. A decisão, embora se faça norma às partes do processo não é norma em medida alguma. Ela é produto da relação entre o litígio e o julgador aberto a *compreender* o litígio”. Sobre essa argumentação, Cf. LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação...*, 2018, p. 58-60. Contudo, a rejeição da noção do suporte fático para as normas de direitos fundamentais, contraria o exposto no item 2.3 deste

e se afasta dos postulados de Robert Alexy, posição esta que contraria expressamente o referencial teórico adotado no presente trabalho e, dados os limites inerentes a esta exposição, deve ser rejeitada, ainda que de forma sumária³²⁵.

Dessa forma, pretende-se apontar os pontos de contato e afastamento entre a máxima da proporcionalidade e a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, com vistas a problematização de sua compatibilidade metodológica, em um diálogo com os problemas levantados por Ribas de Lima, tal como se segue. Antes, contudo, é necessário compreender os elementos fundamentais da teoria dos precedentes obrigatórios.

O capítulo será organizado em três partes: (a) na primeira, serão expostos os conceitos fundamentais da teoria dos precedentes e será proposta uma tipologia de decisões judiciais que, formalmente, no direito brasileiro formam precedentes obrigatórios³²⁶; (b) na segunda, será abordado o papel dos precedentes na teoria da argumentação jurídica, mais uma vez com referencial teórico na obra de Robert Alexy; o arremate do capítulo se dará com a exposição da (c) relação entre a teoria dos princípios alexyana e a teoria dos precedentes obrigatórios aplicada

presente trabalho, que trabalha a noção de suporte fático e âmbito de proteção amplos para incidência das normas de direitos fundamentais.

³²⁵ A rejeição da ideia de princípios como mandamentos de otimização, por Ribas de Lima, dá-se pelo apontamento do que considera um erro na teoria dos princípios de Alexy: a tentativa de encontrar os princípios na própria lei, que teria modificado o que chama de noção tradicional sobre os princípios, compreendidos enquanto princípios norteadores. O autor adota, então, a noção de princípios que atribui a Ronald Dworkin, enquanto virtudes e excelências, baseadas em problemas políticos concretos, em especial aqueles ocorridos durante o movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos da América. Nesse sentido, entende que os princípios são questões éticas, buscas de porquês, desconectados de valores, que não são possíveis de serem delimitados de forma semântica, uma vez que o conceito de justiça e injustiça somente é delimitado no contexto do litígio e de forma situacional. Sobre essa argumentação, Cf. LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação...*, 2018, p. 72-76. Tais escolhas teóricas e metodológicas do autor acabam por tornar sua conclusão, no sentido da contradição interna do CPC-15 ao prever a existência de precedentes obrigatórios e o empregado da máxima da proporcionalidade para a resolução de colisões de princípios, no contexto de uma mesma codificação, incompatíveis com as premissas desenvolvidas nesta dissertação, nos Capítulos 1, 2 e 3. Até porque, quando trata da forma pela qual as colisões devem ser resolvidas, no sentido da fundamentação das decisões judiciais, o CPC-15, em seu art. 489, § 2º, expressamente referência à colisão entre normas. Por isso, aqui, adota-se o posicionamento defendido por Jeveaux e Zaneti Júnior que sustentam expressamente que o CPC-15 internalizou a teoria dos princípios em sua vertente continental, segundo os pressupostos teóricos de Robert Alexy, para os casos de colisão de direitos fundamentais, ainda que não o tenha feito para os casos de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Controle Difuso no novo CPC...*, 2019, p. 215-243.

³²⁶ Embora se possa falar de uma teoria dos precedentes brasileira, é necessário que se fundamente os conceitos jurídicos, intrinsecamente dinâmicos porque miram o futuro, de acordo com a tradição jurídica nas quais os conceitos têm origem. Nesse sentido, JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Precedentes na Justiça do Trabalho*. In: NEMER NETO, Alberto (org.). *Coleção Direito material e processual do trabalho constitucionalizados: direito processual*, v. 2. Porto Alegre: Lexmagister, 2020b. p. 565-600.

do direito processual brasileiro e a reorganização argumentativa das fontes do direito, com base na teoria do discurso.

4.1 AS TRADIÇÕES JURÍDICAS E A TEORIA DAS FONTES DO DIREITO.

O primeiro conceito fundamental a ser exposto, para a compreensão da teoria dos precedentes, é o de tradição ou família jurídica, aqui, reputados sinônimos. Essa conceito deve ser apartado do conceito de sistema jurídico.

Lucio Pergoraro e Angelo Rinella definem família jurídica como “uma classe homogênea na qual se agrupam, para finalidades heurísticas, ordenamentos jurídicos que apresentam traços comuns relevantes”³²⁷. Os autores mencionados afirmam que sistema jurídico, por sua vez, pode ter duas acepções: (a) em sentido estrito, significa o ordenamento jurídico de um Estado; e (b) em sentido amplo, indica os fatos que fazem sistema com a estrutura normativa, por meio da interação e da interferência com aquela, tais como fatores políticos, históricos, religiosos etc.³²⁸ Nesse trabalho, adota-se a acepção de sistema jurídico em sentido estrito, por sua maior utilidade para a compreensão do tema.

O conceito de tradição jurídica é exposto por Zaneti Júnior, na seguinte passagem:

Tradição é entendida aqui justamente como uma comunhão peculiar que permite falar de sistemas jurídicos muito diversos entre si (como o da França e da Alemanha) como pertencentes a um mesmo grupo. Tradição, portanto, não se refere a um conjunto de regras de direito (sobre contratos delitos etc.), servindo mais para identificar um conjunto um conjunto de atitudes fundamentais, profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, sobre a natureza do direito, sobre seu papel na sociedade e no corpo político, sobre as operações adequadas de um sistema legal, sobre a forma que se faz ou se deveria fazer, aplicar realizar e ensinar o direito. Dessa forma, o estudo das tradições jurídicas “coloca o sistema dentro da perspectiva cultural”. Seus efeitos são determinantes da maneira de pensar do jurista e devem ser encarados como sua matriz cultural, sua formação cultural.³²⁹

A atividade de classificação de um determinado sistema jurídico como pertencente a uma família ou tradição possui relevância quando vinculada à finalidade cognoscitiva de conhecimento do objeto estudado, ou seja, a comparação entre sistemas jurídicos diversos

³²⁷ PERGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*: volume 1. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 73.

³²⁸ Sobre essa argumentação, Cf, PERGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*, 2021, p. 73.

³²⁹ ZANETI JÚNIOR, *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 45.

agrupados sob uma ou outra categoria classificatória. Por isso, dentre as possíveis classificações existentes, adotar-se-á aquela que distingue os países como pertencentes à tradição da *civil* ou *common law*, já que é útil para a compreensão do tema das fontes do direito, embora possa ser criticada para outras finalidades³³⁰.

Segundo John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, existem duas tradições jurídicas que, embora não sejam as únicas, exercem uma considerável influência no mundo contemporâneo: a tradição da *civil law* e da tradição da *common law*. Ambas possuem origem europeia, embora exerçam sua ascendência em diversos países situados em outros continente, em virtude do imperialismo europeu dos séculos passados. O *civil law* é a tradição jurídica aos quais os países da Europa continental e América Latina pertencem, dentre os quais se pode apontar, em rol exemplificativo: o Brasil, a Alemanha, a França, a Itália, a Suíça e o Chile. Já como representantes da *common law*, indica-se a Inglaterra e suas antigas colônias, tais como os Estados Unidos, a Austrália, a Nova Zelândia e o Canadá (com exceção da província do Quebec). Entre essas duas tradições, a de *civil law* é a mais antiga e a que é praticada em um maior número de países, além de exercer influência em organizações como a União Europeia e no direito internacional. Dito isso, não se pode falar em uma maior evolução ou superioridade cultural ou intelectual de uma tradição sobre a outra, mas, apenas, em características diferenciadas sobre a forma de manifestação do direito. Tampouco, que ambas as tradições sejam completamente estanques em seus desenvolvimentos respectivos, já que existem – e sempre existiram – pontos de contato e influências recíprocas, em seus processos de formação³³¹.

³³⁰ Nesse sentido, Cf. PERGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*, p. 80-81. A crítica dos autores à classificação entre as famílias jurídicas da *civil law* e da *common law* é a sua pouca utilidade no âmbito dos estudos comparatistas de direito de público, já que possui um enfoque nas questões de direito privado. Os ilustres comparatistas entendem que é mais útil no estudo de sistemas constitucionais comparados a classificação dos ordenamentos jurídicos com base na forma de Estado, segundo os critérios da: (a) relação entre governantes e governados; (b) relação entre autoridade e liberdade; (c) os processos de circulação e recepção de modelos constitucionais; (d) as dinâmicas de marginalização ou revitalização de características tradicionais, tais como a religião e a filosofia. Ainda assim, entende que a classificação entre *civil law* e da *common law* possui relevância para o entendimento do tema das fontes do direito. Pergoraro e Rinella expõem, ainda, que as classificações das famílias jurídicas se dividem com relação aos elementos utilizados para agrupar os ordenamentos jurídicos, nesse sentido, as classificações assumir: (a) um parâmetro absoluto; (b) um parâmetro de relatividade, com a conservação de um atributo de exclusividade; (c) um parâmetro de relatividade, por meio de um critério de prevalência. Esse último tipo de classificação é a adotada nesse trabalho, por motivos expostos mais a frente, quando for abordada a convergência entre as famílias de *common law* e *civil law*.

³³¹ Sobre essa argumentação, Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 4.ed. Stanford: Stanford University Press, 2018, p. 1-5.

Por sua vez, o problema das fontes do direito, conforme a lição de Castanheira Neves, deve ser compreendido enquanto a investigação matriz constituinte do direito, ou seja, é direcionada a responder à questão: como advém a positiva e vigente juridicidade do direito? A resposta se dá pela adoção uma perspectiva de investigação *fenomenológico-normativa* do direito, em uma determinada comunidade. Posto dessa forma, o problema das fontes *excede o sistema jurídico positivo*, o que torna insuficiente a análise hermenêutica ou dogmática interna desse mesmo sistema. Para além dos fatores históricos, sociológicos e políticos condicionantes, da questão filosófica acerca do seu fundamento de validade, ou mesmo da autoridade politicamente constituída para prescrever as normas jurídicas, as fontes do direito se colocam enquanto uma *questão de teoria do direito*, de cunho *meta-sistemática*³³². Segundo Aarnio, o estudo das fontes do direito se justifica, uma vez que está intimamente relacionado ao tema das decisões judiciais e facilita a compreensão da dogmática jurídica³³³.

De acordo com a premissa lançada, a matriz constituinte do direito reside na experiência jurídica, por isso, apontam-se como os tipos fundamentais de *experiências constituintes do direito*, os seguintes modelos: o consuetudinário, o legislativo e o jurisprudencial. O critério de diferenciação entre eles é o seu *ato fundamental de criação* do direito: o costume, a lei e a jurisprudência, respectivamente. Para se evitar uma digressão sobremaneira complexa, não se fará alusão direta ao direito no mundo antigo, logo, adota-se um recorte temporal a partir do movimento de recepção do direito romano pelo direito europeu, que ocorre a partir do século XII, quando se forma o direito comum pré-moderno³³⁴.

Uma das características utilizada para diferenciar entre os países pertencentes à cada uma das tradições a serem estudadas é justamente a sua compreensão acerca do sistema de fontes do direito, no que concerne aos seus aspectos teóricos e estruturais. As outras são: sua formação histórica; a metodologia prevalecente no raciocínio jurídico; e os princípios estruturais das tradições jurídicas, que podem ser propriamente jurídicos e, também, econômicos, filosóficos e políticos³³⁵.

³³² CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. *Estudos em homenagem aos Prof. Doutores M. Paulo Merêa, G. Braga da Cruz*. 58, v. II., 1982, p. 179-180.

³³³ AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable...*, 1987, p. 88.

³³⁴ Nesse sentido, Cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 141-147.

³³⁵ Nesse sentido, Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 36.

4.1.1 O Direito Pré-Moderno: o Direito Comum nos países da *Civil Law*.

O *direito pré-moderno*³³⁶ era dado pelo costume, compreendido enquanto comportamento socialmente estabilizado. Observa-se uma unidade entre conduta e juridicidade, sem intermediações institucionais, na medida em que normatividade e cumprimento social do direito se fundem, em uma manifestação simultânea e incindível. Não existia um sistema formal e único de fontes do direito, uma vez que as instituições encarregadas da vida social e de sua ordenação eram múltiplas – tais como o império, a igreja, o príncipe, os feudos, o município e as corporações de ofício etc.³³⁷ Era o conteúdo do direito comum que garantia a sua unidade, posto que “tinha sua validade fundada na intrínseca racionalidade ou na justiça do seu conteúdo. *Veritas, non auctoritas facit legem* é a fórmula que expressa o fundamento *jusnaturalista* de validade do Direito pré-moderno.”³³⁸

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, o direito comum pretendia harmonizar as diversas fontes do direito à época existentes, segundo uma ideia de unidade, são essas as fontes mencionadas pelo autor: o direito canônico, o direito romano tardio (consubstanciado no *Corpus Iuris Civilis*³³⁹) e os direitos locais. Esse era o objeto único de uma ciência do direito continental

³³⁶ Ressalva-se que olhar lançado ao direito pré-moderno em busca de suas fontes é assumidamente retrospectivo, uma vez que foi com a Idade Moderna que o tema das fontes adquiriu relevância. Isso ocorre quando o direito passa a ser percebido como um produto cultural complexo e não mais como uma expressão da ordem natural das coisas. Essa mudança de perspectiva, que pode ter uma matriz transcendental (Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino) ou racionalista (Kant), é que aumentou a preocupação com a investigação da normatividade, do processo de criação e do fundamento de validade do direito. Nesse sentido, Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. especial [2]. Belo Horizonte, Universidade de Minas Gerais, 2013a, p. 299–325.

³³⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do direito..., 1982, p. 183-184.

³³⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 285.

³³⁹ Segundo Hespanha, o *Corpus Iuris Civilis* é o nome dado, já no século XVI, ao trabalho empreendido pelo Imperador romano Justiniano, no século VI d.C., de recolhimento e organização dos textos jurídicos advindos da tradição literária romana, que resultou no Digesto (que significa resumo ou seleção) ou Pandectas (isto é, obra enciclopédica), em 533 d.C., que também compreendia o Código (que compilava a legislação imperial dos seus antecessores), em 529 d.C., as Instituições (uma espécie de manual de introdução), em 530 d.C., e as Novelas (que eram “constituições novas” exaradas pelo próprio Justiniano, após a publicação do Código), em 565 d.C., já de forma póstuma. Cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia...*, 2012, p. 126-127. Por sua vez, Zaneti Júnior aponta o *Corpus Iuris Civilis* como o antecedente histórico das codificações de direito civil modernas, uma vez que seus livros se dividem em: das pessoas, das coisas, das obrigações etc. Afirma, também, que Justiniano (taxado de reacionário, que considerava o Império Romano decadente) pretendia realizar um trabalho conservador, com vistas ao restabelecimento do Império Romano aos tempos áureos de pureza e grandeza, por meio da concentração das fontes e da estabilização do direito. Por último, observa que Justiniano proibiu a referência aos juriconsultos romanos e a elaboração de comentários, para conservar o sentido unívoco da sua codificação e conseguir abolir toda a legislação anterior. Cf. ZANETI JÚNIOR, *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 94-95. Em sentido semelhante, Merryman e Pérez-Perdomo afirmam que o código de

européia, estudada por métodos compartilhados, no contexto das universidades, com a utilização de uma língua comum: o latim. Nesse período, era premente a atividade dos juristas, de formação romano-canônica, que se dedicavam ao estudo do direito romano³⁴⁰, por meio das glosas (mais antigas no tempo e estritas na interpretação das disposições) e comentários (mais recentes no tempo e mais abrangentes na interpretação das disposições) ao *Corpus Iuris Civilis*, com vistas à solução de questões práticas. Existiam, ainda, duas jurisdições, uma religiosa e uma laica, cujas competências eram determinadas em razão do assunto: às cortes laicas, competiam a resolução de questões relativas às matérias temporais, que não incorressem em pecado, por meio da aplicação do direito romano; ao passo que às matérias espirituais eram resolvidas pela jurisdição canônica, por meio da aplicação do direito canônico, que também era aplicado às questões leigas quando pairasse dúvida à solução do caso concreto que pudesse incorrer em pecado³⁴¹.

Os glosadores e comentadores do direito romano tardio reconheciam a normatividade das decisões judiciais reiteradas (usualmente, condicionada à existência duas decisões no mesmo sentido, exaradas pelo mesmo órgão julgante), que afirmavam ser capazes de formar costume, denominado de *consuetudo curie* – i.e. precedente judicial – que era distinto do *consuetudo loci* – i.e. costume da comunidade, a menos que as decisões contivessem algum erro ou que posicionamento do tribunal fosse variável durante o período considerado necessário para o

Justiniano acabou por diminuir o interesse da preservação e a reprodução do direito romano pré-existente e classificam seu trabalho como um fracasso em seus objetivos imediatos, uma vez que ficou esquecido por muito tempo e não foi capaz de modificar a forma pela qual os juristas romanos solucionavam casos concretos, com recursos à experiência para solução de conflitos de interesses. Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition...*, 2018, p. 7-8.

³⁴⁰ O direito romano é resgatado, durante esse período de recepção, após ter caído em desuso com o ocaso do Império Romano do Ocidente, sendo substituído pelos costumes locais. Após esse resgate, o direito romano passa a ser identificado com a ideia de razão escrita e com uma ideia de direito natural, que poderia ser aplicado à resolução de qualquer caso, por meio da aplicação de técnicas hermenêuticas, tais como analogia, por serem fundadas na razão e na natureza. Esse uso do direito comum, baseado no direito romano, persistirá por um período variável até ser substituído de forma plena pelo direito próprio dos países europeus. Nesse sentido, Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 30-31. Esse resgate do direito romano tardio coincide com a retomada do controle do mar Mediterrâneo pelos Europeus e o consequente incremento dos intercâmbios culturais e comerciais, que exige a existência de uma normatização comum para os países da região. Nesse sentido, Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition...*, 2018, p. 9-10.

³⁴¹ Sobre essa argumentação, Cf. TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 63-68. Também vinculando a ideia do direito comum à ideia de unidade entre o direito canônico, romano e local, segundo um mesmo método de estudo, realizado no contexto das universidades, por meio da uma mesma língua, Cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*, 2012, p. 121. Em sentido semelhante, Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition...*, 2018, p. 10.

reconhecimento do costume pretoriano – usualmente dez anos³⁴². Também no âmbito da jurisdição canônica, as decisões do Papa constituíam precedentes a serem aplicados a todos os casos análogos posteriores, em toda a estrutura jurisdicional que lhe era subordinada. Caso não fosse aplicado o entendimento papal, a sentença posterior era considerada injusta e estaria sujeita à cassação. Outros órgãos da estrutura jurisdicional eclesiástica também formavam precedentes *intra muros*, denominados de *stylus* (esse vocábulo também significava o procedimento seguido em determinada Cúria)³⁴³.

Com isso, demonstra-se que, mesmo no âmbito da tradição do *civil law*, não existiu, desde sempre, uma rejeição aos precedentes enquanto fontes do direito, que eram considerados compatíveis com o direito comum e serviram para dar unidade ao direito e para consolidar o Estado nacional³⁴⁴. Registra-se, ainda, que o papel da doutrina jurídica, nessa época, era primordial, já que o direito comum era interpretado no contexto das universidades, por isso, Macêdo aduz que “pode-se dizer que tradição romano-germânica foi fundada sobre uma comunidade de cultura”³⁴⁵. Por último, Zaneti Júnior classifica o sistema normativo decorrente dessa experiência como nomoestático³⁴⁶, uma vez que as normas “vinham mais deduzidas da interna completude e coerência do direito do que produzidas”³⁴⁷.

³⁴² TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 68-70.

³⁴³ TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 71-73.

³⁴⁴ Nesse sentido, Cf. ZANETI JÚNIOR, *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 96.

³⁴⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 46.

³⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 5.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 165-167. O autor define nomoestática e nomodinâmica quando trata das ordens jurídicas e as distingue em duas categorias, de acordo com o seu fundamento de validade (Kelsen compreende a validade como o motivo pelo qual as pessoas devem seguir os comandos constantes nas prescrições normativas. Os estáticos são aqueles em que esse dever deriva de uma norma fundamental específica de conteúdo definido, cuja obrigatoriedade é auto evidente, num processo de derivação das normas que lhe são subordinadas em que o conteúdo destas corresponde a uma expressão derivada da norma que lhe concede o fundamento de validade, “tal como o particular é deduzido do geral” (dá-se o exemplo de normas tais como: “não debes mentir”, “não debes enganar e “deves ser fiel a tua promessa), tal como um sistema baseado na moralidade. Já os sistemas dinâmicos, no intuito evitar o “regresso infinito” na busca de um fundamento de validade último para o sistema normativo, apoiam-se na norma jurídica fundamental de caráter pressuposto lógico-transcendental, que não é auto-evidente e se limita fornecer o fundamento de validade do ordenamento jurídico, orientado pelo princípio dinâmico, sem interferir em seu conteúdo, apoiada na autoridade legisladora que será competente para produzir normas válidas, seja por meio da lei, seja por meio do costume, desde que sejam produzidas por meio de um “ato de vontade”. A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva nada mais é que a regra básica de acordo com a qual as várias normas da ordem jurídica devem ser criadas.

³⁴⁷ ZANETI JÚNIOR, *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 104.

A influência do direito pré-moderno, com maior ou menor ênfase, permanecerá relevante até a edição das codificações³⁴⁸, que serão determinantes para a consolidação da experiência legislativa e para a rejeição das decisões judiciais enquanto fonte do direito.

4.1.2 O Direito Moderno: a experiência legislativa e a tradição do *Civil Law*.

Com a consolidação do Estado Moderno³⁴⁹, o direito continental europeu assume um viés revolucionário de ruptura com a experiência jurídica anterior, que provinha da antiguidade e desenvolveu durante o medievo, em especial com a concentração dos poderes para produção legislativa e do uso coerção legítima nas mãos do Estado³⁵⁰. Esse processo de reconstrução da ordem social ocorre para o favorecimento da burguesia, enquanto seguimento social ascendente, em especial no contexto da Revolução Francesa; na Alemanha, por outro lado, o direito legislado foi utilizado como instrumento de conciliação entre os interesses entre o governo central e os nobres proprietários de terras³⁵¹. Dados os limites do presente trabalho, a exposição se concentrará na exposição das características relativas ao contexto francês, uma vez que é o que ostenta o maior número de características consideradas como típicas da tradição de *civil law* e pela influência exercida nos demais ordenamentos jurídicos da Europa continental.

³⁴⁸ Na Alemanha, o *Corpus Iuris Civilis* foi transformado em lei obrigatória a todos. Nesse sentido, Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition...*, 2018, p. 11. Isso se deve a uma ideia de continuidade entre os Impérios Romano e Alemão, por conta do Sacro Império Romano-Germânico, inaugurado por Carlos Magno, um rei franco, coroado Imperador pelo Papa Leão III. Na Alemanha, então, surge o *usus modernus Pandectarum*, por meio de comentadores do Código de Justiniano, que atualizavam o direito romano de acordo com os costumes alemães. Nesse sentido, Cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*, 2012, p. 250.

³⁴⁹ Segundo Jeveaux, o Estado Moderno surge de um processo de ruptura com as experiências anteriores, tal como segue, *in verbis*: “Com o colapso do feudalismo e a passagem histórica do medievo para o período moderno, entre os sécs. XV e XVI, o termo Estado adquire conteúdo próprio e passa a designar uma experiência diversa daquela vivida até então: o surgimento de amplos espaços territoriais com uma grande concentração de poder de comando, que incluiu o monopólio da produção legislativa e a do aparato coativo. Essa nova realidade produziu um marco conceitual: a descontinuidade entre a experiência dos antigos até o medievo e a nova realidade do Estado moderno. Tanto assim que Max Weber defendeu a existência conceitual de Estado apenas a partir daquele momento histórico, com duas características até então desconhecidas: um amplo aparato administrativo, tendente a prover a prestação de serviços públicos, somado ao monopólio do uso da força legítima.”. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 4.

³⁵⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do direito...*, 1982, p. 192-193.

³⁵¹ ZANETI JÚNIOR, *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 99.

Na França revolucionária, com base nos ideais do racionalismo e do liberalismo, é concebida uma rígida estrutura repartição de poderes ou funções do Estado: (a) ao legislativo, incumbe a criação das leis, enquanto expressão da vontade popular; (b) ao executivo, incumbe aplicar as leis de modo coletivo, por meio da criação de políticas públicas; e (c) ao judiciário, incumbe, também aplicar as leis, contudo, de forma concreta com vistas à resolução de casos concretos. Apresenta-se, então, uma separação estanque entre as funções legislativa e judiciária, na qual aos juízes é vedado o desempenho de qualquer atividade interpretativa do direito³⁵². Isso ocorreu porque o legislador representava a ascensão do povo e a queda do Antigo Regime³⁵³, marcado pelos abusos de poder perpetrados pelos monarcas absolutos³⁵⁴. No contexto da revolução, os juízes eram associados ao monarca deposto e às arbitrariedades no exercício da autoridade estatal, logo, estavam dissociados dos valores de igualdade, liberdade e fraternidade que embasavam o movimento revolucionário, por isso, a atividade interpretativa dos magistrados deveria ser a menor possível, restringindo-se à investigação dos fatos e aplicando o direito na forma de um silogismo lógico simples e desvincilhado de considerações pragmáticas³⁵⁵.

³⁵² A teoria da tripartição dos poderes é concebida por Montesquieu no contexto revolucionário e pode ser compreendida de duas formas: (a) enquanto teoria descritiva, presta-se a descrever como qualquer Estado se organiza, sob ótica dos seus poderes; ou (b) enquanto teoria prescritiva, pretende determinar como deve ocorrer a distribuição dos poderes e como deve ser o seu funcionamento no âmbito do Estado. Na segunda acepção, a teoria da tripartição dos poderes constitui um programa político. Aduz, então, Mitidiero: “[...] Desse modo, imaginando-se que os juízes poderiam ser entendidos como seres inanimados, que seriam simples bocas da lei e que por essa razão, exerceriam um poder inexistente, Montesquieu faz uma *ligação direta* entre *segurança jurídica, liberdade e igualdade: a lei é clara, estável e irretroativa e, portanto, segura. Por essa razão, por si só é capaz de assegurar liberdade e igualdade para todas as pessoas, tendo em conta que as decisões judiciais são simples declarações da lei aplicadas de maneira silogística ao caso concreto.*” MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 48-51. Também sobre o tema da separação de poderes, Cf. ZANETI JÚNIOR, *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 213.

³⁵³ O Antigo Regime era caracterizado por uma sociedade rígida, baseada na desigualdade entre os homens, separados de acordo com seu estamento social, que poderia ser a aristocracia, o clero ou o campesinato e trabalhadores urbanos. De outra maneira, a Revolução Francesa, baseada nas ideias de direito natural, proclamava que todos os homens nasciam iguais e tinham direitos à propriedade, à própria vida e à liberdade. Nesse sentido, Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition...*, 2018, p. 16.

³⁵⁴ Sobre essa argumentação, Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 43-44.

³⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 43-44, com destaque para o seguinte trecho: “Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais. Os Juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária dos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o status quo. Não havia qualquer isenção para julgar.”

A pretensão racionalista quanto à natureza do direito legislado é expressa no Código Civil de Napoleão (1804)³⁵⁶ que pretendeu trazer completude, clareza e simplicidade ao direito, de forma a tornar sua aplicação uma operação simples (mais vez, repita-se, silogística)³⁵⁷. Aos juízes caberia, apenas, a aplicação das leis por meio do processo de subsunção, ou seja, seriam apenas a “boca da lei” e exerceriam um poder nulo³⁵⁸.

De forma simultânea ao Código, surge na França a Escola da Exegese, a primeira das escolas de jurisprudência, para promover o estudo da codificação, qualificada como *paleojuspositivista*³⁵⁹, enquanto expressão ideológica da Revolução. Essa escola de jurisprudência apresentava as seguintes características: (a) primazia do direito positivo sobre o direito natural; (b) estatalismo, o que significa que somente o Estado tem a prerrogativa de produzir o direito, por meio do poder legislativo, considerado onipotente e negação do direito natural, do direito consuetudinário e do direito científico; (c) o subjetivismo interpretativo, porque o juiz deve perquirir a vontade – real ou presumida – do legislador para a aplicação da lei; (d) o culto da lei, em especial do Código Napoleônico; e (e) o princípio da autoridade, identificado com o recurso a um personagem (o legislador) responsável pela interpretação autêntica da lei³⁶⁰. Não obstante a experiência pregressa do *Corpus Iuris Civilis*, “[s]omente

³⁵⁶ Subsequentemente ao Código Civil, foram publicados o Código de processo civil (1806), o Código comercial (1807) e o Código Penal (1810). HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia...*, 2012, p. 377.

³⁵⁷ Bobbio obtempera que o direito natural permanece enquanto fonte subsidiária do direito escrito até a edição do Código, como instrumento para colmatar lacunas do direito, por todo o século XVII e XVIII. Até porque a doutrina do direito natural influencia as Constituições da Revolução Francesa – e, também, a Constituição americana – baseadas no contratualismo. Como se sabe, a ideia que perpassa a teoria do contrato social é de que o homem possui direitos inatos anteriores à criação do Estado, que só será justificada para a preservação desses mesmos direitos naturais fundamentais. O direito natural era aplicado: (a) nas relações entre os Estados; (b) nas relações entre o príncipe e os súditos; e (c) como instrumento de preenchimento das lacunas do direito positivo. Essa realidade só mudará com a edição do Código de Napoleão, já no século XIX, não por vontade específica dos redatores do código, mas por conta da interpretação lhe foi dada por seus primeiros intérpretes. Sobre essa argumentação, Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, 1995, p. 42-44 e p. 73-77.

³⁵⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 43.

³⁵⁹ ZANETI JÚNIOR, *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 81-83, sobre o tema, destaca-se a seguinte transcrição: “*Fetico da lei e desconfiança da magistratura* resultaram no exacerbamento do princípio da legalidade e na vedação da interpretação pelos juízes e seu corolário: a impossibilidade de aplicação dos precedentes judiciais como fontes formais e gerais do direito, em uma palavra, a redução da função do juiz ao “juiz boca-da-lei”. Não obstante o exposto, é importante salientar que o movimento de codificação representou um ponto culminante do movimento racionalista que embasou a revolução francesa, ainda que tenha sido utilizado como uma forma de afastamento da doutrina do direito natural. Nesse sentido, Bobbio aduz que: “[...] Os iluministas consideraram possível e necessário substituir o acúmulo de normas consuetudinárias por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas da razão e feitas valer através da lei. O movimento pela codificação representa, assim, o desenvolvimento extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento jusnaturalista, já que à ideia de um sistema de normas descobertas pela razão ele une a exigência de consagrar tal sistema num código posto pelo Estado.” BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, 1995, p. 54-55.

³⁶⁰ Sobre essa argumentação, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*, 2018, p. 56-58.

com a legislação napoleônica temos um código propriamente dito, tal como entendemos hoje, isto é, um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas.”³⁶¹

Com efeito, percebe-se que a partir da Revolução francesa buscou-se atribuir, mediante uma retórica estratégica, um *autor único e indiscutível* para o sistema jurídico, “o povo”, que exercia sua vontade por meio da produção das leis, por isso, vinculantes. Mais ainda: afirma-se que *todas as normas aplicadas* são advindas exclusivamente desta fonte, e que para sua aplicação e interpretação bastaria um processo simples para averiguar uma vontade realmente existente, mediante uma lógica infalível; consequentemente, aplicação das normas respeitaria uma mecânica. É notável que opção pela descrição do funcionamento do direito dessa forma tem por escopo a limitação dos poderes judiciais, exaltando o valor segurança jurídica.³⁶²

Não é possível, aqui, expor com detalhes profundos o funcionamento do Código de Napoleão para os casos em que a lei fosse obscura, insuficiente ou lacunosa. Basta afirmar que se previu, por um lado, a obrigação do juiz em decidir a causa; e, por outro, proibiu-se o julgamento das causas por criação de direito novo, bem como se determinou a obrigação de consulta ao legislativo – que foi subseqüentemente flexibilizada pela instalação da Corte de Cassação³⁶³.

Ainda assim, o que foi apresentado é suficiente para afirmar que a única fonte *formal*³⁶⁴ do direito era a lei escrita, de origem estatal e hierarquicamente organizada, na forma de um sistema onde a constituição ocupava o ápice apenas *retórico* do sistema jurídico, enquanto

³⁶¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, 1995, p. 64. Insta salientar que a experiência da codificação francesa influencia a promulgação de códigos civis por toda Europa, tais como a Bélgica e a Itália. Alguns anos antes, haviam sido publicado o código prussiano, contudo, esse não apresentava o mesmo caráter inovador do Código Napoleônico. Bobbio expressa seu entendimento de que o Código de Justiniano não constituiria um código propriamente dito, mas, sim uma antologia, em virtude de sua constituição por fragmentos do trabalho de juriconsultos do passado.

³⁶² MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 45.

³⁶³ Sobre o tema da interpretação das normas constantes nos artigos 4º e 5º e a possibilidade de recurso aos costumes, à equidade e às decisões judiciais que constituíssem costume (*consuetudo iudicandi*), Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, 1995, p. 73-77; e, também, Cf. TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 126.

³⁶⁴ Enquanto herança desse positivismo legalista do Século XIX, aponta-se a classificação das fontes do direito em entre fontes formais e fontes materiais. Esse tipo de divisão é frequentemente reproduzida nos manuais de direito, tanto quanto é criticada pela doutrina jurídica. Enquanto fontes formais do direito se enquadram os atos ou fatos que sejam legalmente autorizados para a produção de normas; já as fontes materiais são aqueles fatos sociais, políticos ou econômicos que exercem influência para a produção do direito, bem como as razões para a legislação, tais como a equidade, a segurança e a justiça. Nesse sentido, Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *O direito e a incerteza de suas fontes...*, 2013a, p. 299-303; CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do direito...*, 1982, p. 212.

documento de fundação do Estado³⁶⁵. O costume, a doutrina jurídica e a jurisprudência tinham importância secundária ou quase inexistente³⁶⁶.

Outra característica relevante da tradição da *civil law* para a compreensão do tema estudado é a separação entre as jurisdições administrativa e civil, o que conseqüentemente implica na rejeição da possibilidade de revisão dos atos legislativos e administrativos pela jurisdição ordinária. Essa repartição da jurisdição está interligada com a divisão máxima entre direito público e direito privado, por sua vez, justificada a partir da “ideia de que os interesses gerais representados pelo Estado, e dos particulares não teriam a mesma importância, e, portanto, merecem estruturas, regimes e até jurisdições diferentes”³⁶⁷. Do cúmulo dessas duas características, revela-se que aos juízes não era dado o poder de revisão dos atos dos demais poderes³⁶⁸, que culmina na rejeição do *judicial review*³⁶⁹ e do próprio controle de constitucionalidade das leis³⁷⁰.

³⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do direito...*, 1982, p. 214. Em sentido semelhante, afirma Zaneti Júnior: “[...] Nos países de tradição de *civil law*, a jurisprudência é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligada aos costumes, não tendo a força vinculante de uma fonte formal ou primária. Portanto, não é considerada do ponto de vista dogmático, norma válida e obrigatória. Esta força vinculante, comumente, é atribuída apenas às normas legais (constituição, leis, decretos etc.), as quais, pela sua *origem (pedigree)* a partir de órgãos com atribuição de produção normativa, são reconhecidas como vigentes, válidas e vinculantes”. ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 328. Ainda assim, deve-se frisar que, no modelo de Estado Liberal, vigente à época, as constituições tinham uma função muito mais retórica e nominativa com relação às declarações de direitos, funcionando mais como um documento de fundação do Estado e de repartição do Poder. Nesse sentido, Cf. ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 213; JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 74.

³⁶⁶ Nesse sentido, Cf. TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 127; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 45; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...* 2017, p. 100-101; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 41-46; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes...*, 2018, p. 51-52; MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition...*, 2018, p. 23-24; HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia...*, 2012, p. 37-379.

³⁶⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 45.

³⁶⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 45.

³⁶⁹ O *judicial review* corresponde “a garantia de adequação dos atos de poder e dos atos particulares ao que está preceituado no texto constitucional”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...*, 2014, p. 13.

³⁷⁰ Jeveaux diferencia controle de constitucionalidade e inconstitucionalidade, nos seguintes termos: “Inconstitucionalidade e controle de constitucionalidade, por conseguinte, são coisas diversas, porque, enquanto a primeira se traduz na simples falta de correlação do ato infra-constitucional com o texto constitucional, a segunda diz respeito ao modo pela qual pelo qual essa inconstitucionalidade pode ser extirpada do ordenamento. A inconstitucionalidade pode ocorrer de forma deliberada ou acidental, mas o controle só pode ocorrer de forma deliberada, por provocação de legitimados, podendo a primeira continuar existindo se não houver qualquer manifestação em contrário. Na inconstitucionalidade, viola-se o princípio da supremacia da constituição, que o controle visa restabelecer.” JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 211.

Muito mais poderia ser exposto acerca de outras características marcantes para formação da tradição dos países de *civil law*, em especial, com relação à experiência alemã que é marcada por: (a) por um processo de codificação tardio, com quase um século de atraso com relação a outros países europeus; (b) pela crítica da escola histórica de jurisprudência à doutrina do direito natural e ao racionalismo, uma vez que a essa escolha postulava a valorização dos costumes germânicos, identificados com o espírito do povo, do passado e da tradição, e era marcada pelo pessimismo antropológico; (c) pela concepção de direito vinculada a um sentimento de justiça e não à razão, de caráter não-universal e historicamente situado; (d) a célebre desavença entre Savigny e Thibaut acerca da necessidade de um Código Civil alemão; e (e) pela admissão do costume como fonte do direito³⁷¹. Outro tema de interesse é a evolução do positivismo jurídico, em suas diversas facetas e o domínio que exerceu sobre o estudo e a aplicação do direito durante o século XIX o início do século XX³⁷². Contudo, dados os limites do presente trabalho, isso não é possível.

Em síntese, Zaneti Júnior afirma que, na experiência legislativa, o Estado detém o monopólio da atividade normativa, que se consolida nos Códigos e tem o princípio da legalidade como sua norma de reconhecimento. Nesse sentido, o sistema é classificado como *nomodinâmico*, uma vez que são qualificadas como jurídicas por serem produzidas por um Poder Soberano e não por sua racionalidade ou justiça. Além disso, a validade jurídica é identificada com o ato de

³⁷¹ Sobre o tema, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e Ideologia*, 2018, p. 59-64; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 101; TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 127-134; HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia...*, 2012, p. 383-387; MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition...*, 2018, p. 31-33; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, 1995, p. 47-62.

³⁷² Alexy afirma que a investigação do conceito de direito passa por três elementos: (a) legalidade conforme o ordenamento; (b) eficácia social; e (c) correção material. Os conceitos de direito puramente positivistas segregam completamente o último elemento; ao passo que os conceitos de direito jusracionalis ou jusnaturais puros apenas levam em conta a correção material, despreocupando-se com os dois primeiros. Os conceitos jurídicos positivistas são inúmeros e variáveis, de acordo com a importância que é dada ao elemento da legalidade ou da eficácia social. Por isso, Alexy separa os conceitos jurídicos positivistas em: (a) primariamente orientados para eficácia social, seja no aspecto da possibilidade de coação externa decorrente do descumprimento da norma jurídica (Weber), seja pelo reconhecimento interno do direito como expectativa de comportamento (Luhmann); (b) primariamente orientados para a normatização, em geral, influenciados pela teoria analítica do direito, que se preocupam com a análise lógica ou conceitual da prática jurídica (Austin, Kelsen e Hart). Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *O conceito e validade do direito*, 2009, p. 17-23. Ainda sobre o tema, impende destacar que Kelsen já previa que a atividade judicial era um ato criativo do direito, com o pleno abandono da teoria declaratória da decisão judicial, no âmbito da “moldura”, que correspondia ao espaço discricionário conferido ao julgador. Nesse sentido, Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2009, p. 388-391. Uma crítica usualmente direcionada forma pela qual Kelsen compreende a decisão judicial é a ausência de um método específico para a tomada de decisões, o que prejudica a controlabilidade dos atos decisórios e abre margem para o decisionismo. Nesse sentido, Cf. MACÉDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 145-146.

autoridade, que se dê da forma previamente prescrita e é desvinculada de exigências substanciais³⁷³.

4.1.3 A experiência jurisdicional: a tradição jurídica da *common law*.

Retomando-se a lição de Castanheira Neves, a experiência jurisprudencial “*vai-nos, por sua vez, aparecer como o resultado de uma particular mediação normativa, [...] na experiência jurídica jurisdicional [o direito] constitui-se e manifesta-se enquanto se realiza*”³⁷⁴. Essa mediação se dá no plano de um problema jurídico concreto, por meio da atuação do juiz, enquanto terceiro imparcial incumbido de garantir a participação das partes, por meio de um *quadro institucional de contraditório*, tanto para transformar a sua *normatividade intencionada em normatividade concreta geral* (em seu aspecto objetivo, o que depois de chamará de *discurso do precedente*), quanto para as partes da controvérsia (normatividade subjetiva, o que depois se chamará de *discurso do caso*)³⁷⁵.

A tradição jurídica do *common law* floresce no contexto do direito inglês e é marcada pela ideia de continuidade, desde suas origens com a invasão da Inglaterra pelos normandos, sob o comando de William da Normandia (um nobre cruel e violento, respeitado por ser temido), no ano 1.066. Os invasores trouxeram do continente europeu o direito costumeiro feudal, que passou a ser praticado ao lado direito costumeiro inglês. Ainda assim, diversas instituições políticas inglesas pré-existentes à invasão foram preservadas, inclusive, os tribunais ingleses para o julgamento de causas relativas aos ingleses, que funcionaram ao lado de tribunais feudais e tinham competência para julgar causas relativas aos normandos e de tribunais eclesiásticos (estes últimos também não existiam antes da invasão, já que os ingleses resolviam todas as suas questões em tribunais comuns a todos)³⁷⁶. O intercruzamento inevitável entre costumes

³⁷³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 104.

³⁷⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do direito...*, 1982, p. 198.

³⁷⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do direito...*, 1982, p. 198.

³⁷⁶ CAENAGEM, Raoul Charles. *The birth of English common law*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 5-12, sobre o tema específico dos tribunais ingleses no período da invasão normanda, escreve Caneagam: “Rather than pursuing this controversial line, let us examine the state of the law courts, which did not, of course, escape the impact of Norman rule; and as the Common Law was and to a large, if diminishing, extent still is ‘judge-made law’, the importance of the history of judicial organization for our subject will be easily understood. The Norman impact opened a period of uncertainty. Customary law ruled supreme, since the remarkable and unique tradition of Anglo-Saxon dooms came to an abrupt end under the Normans, who knew no

normandos e ingleses gerou uma crise no sistema judiciário, até porque a existência do costume, enquanto fonte do direito, é um objeto de difícil aferição, em especial no contexto de experiências jurídicas paralelas, o que motivou a constante intervenção do Rei por meio da edição dos *royal writs*, para resolver disputas e pacificar conflitos³⁷⁷.

Essa crise é resolvida por meio de um processo de centralização e a especialização dos tribunais reais, que, apesar de complexo e rico, não será, aqui, descrito de forma minuciosa. Ressalva-se, contudo, que essa centralização não se deve a um interesse de repartir o exercício do poder, mas, sim, para garantir a evolução de práticas administrativas preordenadas³⁷⁸. Ainda assim, é relevante para a compreensão do processo histórico de formação da *commom law* o seguinte trecho:

[...] The form of centralization adopted in England was the outcome of many experiments and contradictions. The central justices did not have the local roots of the sheriffs and local justices of Henry I's time, but they were not permanently shut up in a remote hall in Westminster. They were officials not regional magnates commanding a network of feudal courts. Their law concerned all free men of the kingdom of England, whether English or Norman, and all free tenures, whether feudal *stricto sensu*, such as knight's fees, or not, such as tenure in socage or burgage. Centralization – and concomitant specialization – created its own problems. By putting litigation into the hands of a professional body the king created an institution, which – according to one of the laws of the species – developed its own ways and traditions and tended to scape royal supervision: it was the guardian of 'custom and justice' against 'will and violence', even the king's. [...]³⁷⁹

O processo de centralização do aparato judiciário resultou na criação de um direito aplicável a todos, denominado de *commom law*, enquanto expressão de uma sucessão de opções históricas de pequeno impacto e não um de um processo consciente e voluntário no sentido da criação de

legislation at home, and practiced it very little in England. Unwritten custom can be very uncertain and the coexistence of old and new social and ethnic groups with their respective customs was a setback for the legal unification that was in full force in the old-English state. William the Conqueror promised the English that they could keep their laws – but so could his continental followers. Old-English land law continued side by side with the newly introduced feudal law. The old communal courts, of hundreds and shires the new feudal courts, where met beside the new feudal courts where lords and vassals sat to judge and be judge. In the boroughs the old-English court met for the 'English' beside a quite separate borough court for the Frenchman, who arrived with the conquerors, lived according to their own customs and enjoyed their own privileges, notably some fiscal ones.”

³⁷⁷ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 49; CANEAGEM, 1998, p. 12-17; TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 96.

³⁷⁸ Sobre o tema Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 49-50; CAENAGEM, Raoul Charles. *The birth of English commom law*, 1988, 12-17.

³⁷⁹ CAENAGEM, Raoul Charles. *The birth of English commom law*, 1988, p. 25.

um direito novo. Tampouco, registra-se, na Inglaterra, o movimento de recepção do direito romano tardio, uma vez que a pretensão unificadora que exerceu no continente, não era necessária no direito insular, que já havia se unificado nos séculos anteriores³⁸⁰.

Com o tempo, o *commom law* inglês se tornou mais rígido e orientado por normas processuais, de forma que se exigia a existência de um *writ* processual previamente estabelecido para que uma determinada pretensão de direito material pudesse ser deduzida aos tribunais. Essa tendência de enrijecimento do *commom law* resultou no fortalecimento e priorização da *equity*, a justiça exercida pelo Chanceler, que ficou encarregado de julgar as apelações direcionadas ao Rei, com base em normas mais morais que jurídicas. A divisão entre *commom law* e *equity* permanece, até hoje, relevante nos países dessa tradição, embora não constituam mais duas jurisdições separadas desde o século XIX³⁸¹.

Em grande parte, essa tradição foi construída partir da atividade jurisprudencial, onde a legislação, em sua origem, possui uma importância marginal. “As decisões judiciais, do rei e dos juizes, que continham o comando a seguir em um caso determinado, iam sendo catalogadas, ao longo dos anos, nos *statute books*. Assim, tais coletâneas encerram os costumes da corte”³⁸². Existiu, desde sempre, uma acentuada preocupação com a existência de decisões contraditórias e a valorização das sequências de julgamentos conformes e a respectiva compilação dos

³⁸⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 51-53. Sobre a ausência do processo de recepção do direito romano, na Inglaterra, explica Cruz e Tucci: “Enfim, a unidade jurídica, a configuração geográfica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense justificam a “recepção falhada” das fontes do direito romano-canônico na Inglaterra. Enquanto, por exemplo, na Itália e na Alemanha a divisão territorial em comunas e pequenos reinos, tornava indispensável recorrer ao direito romano como fonte jurídica mais aperfeiçoada, a Grã-Bretanha já tinha seu próprio direito comum” TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 96.

³⁸¹ O Chanceler era, simultaneamente, o capelão e o secretário do Rei. No sistema da *equity* não se observava a mesma restrição relativa à existência de *writs* processuais, por isso, durante algum tempo a *equity* se tornou preferível ao *commom law*, o que inaugurou a principal divisão do direito nos países pertencentes à tradição estudada. No século XVII, em virtude de decisões conflitantes, *commom law* e *equity* se decidiu que a segunda prevaleceria sobre o primeiro; ao mesmo tempo, a excessiva flexibilidade procedimental da *equity*, bem como os critérios de decisão baseadas na moral do Chanceler, atraíram diversas críticas. Por conta desses apontamentos, o procedimento da *equity* foi enrijecido, até ficar bastante similar com o da *commom law* e os tribunais de *equity* e *commom law* foram unificados, no século XIX, por meio do *Judicature Act* (1873). Contudo, até hoje os litigantes podem optar por um ou outro procedimento no momento da propositura da ação, com a grande diferença entre ambos sendo o julgamento pelo júri, existente no *commom law* e não aplicado na *equity*. Sobre o tema Cf. LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 330-332.

³⁸² TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 97.

julgamentos, nos anuários, devidamente identificados por assunto, de forma a facilitar o ensino jurídico³⁸³.

A atividade dos juízes, em virtude de sua importância, foi alvo de grande contenda nos países de *common law*. As questões debatidas foram as seguintes: (a) a natureza da atividade jurisdicional, se meramente declaratória do direito pré-existente, ou se constitutiva ou criativa do direito³⁸⁴; e (b) se decisão judicial progressiva, chamada de precedente, possui uma função ilustrativa, persuasiva ou vinculativa, na decisão de casos atuais, o que implica na adoção de um conceito de precedente pelo *common law* inglês. Dados os limites e finalidades do presente trabalho, será dada prioridade à resposta da segunda questão.

Em suas origens, o precedente do *common law* inglês tinha função ilustrativa e era invocado pelos juízes, nas resoluções de casos atuais, para explicar o significado do direito e não existia, por parte dos julgadores. “O direito inglês se forma a partir do caso e os precedentes o ilustram, servindo para explicar o Direito nas decisões judiciais, assumindo logo em seguida o papel de fonte auxiliar para o ensino jurídico.”³⁸⁵ Como o direito se forma a partir de casos, o *common law* se enquadra na categoria dos sistemas jurídicos baseados em *case law*, no qual o direito era aplicado, pelos juízes (*judge made law*) segundo o método indutivo, partindo das circunstâncias

³⁸³ TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 98.

³⁸⁴ Com efeito, para a afirmação e compreensão da existência de precedentes vinculantes, não é intrinsecamente necessária a opção pela teoria declaratória ou constitutiva da decisão judicial. Nesse sentido, Marinoni que tanto a teoria declaratória, quanto a teoria constitutiva se conformaram à obrigatoriedade dos precedentes, ainda que justificassem de forma diversa entre si a natureza da atividade judicante, do precedente e, em especial, da revogação do precedente obrigatório. Nesse sentido, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 25-27. De forma complementar à ideia exposta, Zaneti Júnior traça um interessante paralelo entre a qualificação de uma tradição jurídica como positivista ou jusnaturalista e as teorias declaratória ou criativa da decisão judicial: “[...] Observa-se assim que a declaratividade e criatividade não servem para qualificar uma tradição jurídica como positivista ou jusnaturalista, pois, na tradição de *civil law*, as pré-compreensões se invertem e são os positivistas aqueles que defendem a atividade meramente declaratória da vontade do legislador e os jusnaturalistas aqueles que defendem a função criativa do juiz”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 321. Ainda assim, com o passar do tempo, a teoria constitutiva, que admitia que os juízes exerciam uma atividade criadora do direito, prevalecerá. Sobre essa argumentação, Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 54 e, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 36. Por último, Macêdo alerta que a diferença entre as teorias declaratória e constitutiva da decisão judicial importam mais nos países de *civil law*, quando se está diante da justificação da adoção de um sistema de *stare decisis*, porque a teoria declaratória, nesse contexto, implica na diminuição da importância das decisões judiciais, que seriam meros atos de reprodução lógica das determinações já contidas nos atos legislativos. Logo, para a sustentação de um sistema de *stare decisis* nos países de *civil law* é necessária a admissão da atividade criativa dos juízes. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 167, nota de rodapé 116.

³⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes...*, 2018, p. 31.

do caso para se chegar na solução jurídica. Nesse período, todas as decisões judiciais se qualificavam como precedentes judiciais³⁸⁶.

Entendia-se, ainda, que as decisões judiciais possuíam natureza declaratória, baseada na “suposição de que o *Commom Law* deve ser *descoberto e declarado* pelos juízes caso a caso a partir dos *costumes imemoriais* do homem inglês”³⁸⁷. Dessa forma, a atividade do juiz estava limitada à declaração do direito advindo dos costumes gerais e, também, em alguns casos, regionais do reino³⁸⁸.

A partir dos séculos XVI e XVII, os precedentes passam a exercer um papel de persuasão do julgador, servindo como critério de decisão, desde que não contrariassem o *commom law*. Isso significa que os juízes deveriam aplicar o precedente, desde que não o considerassem evidentemente absurdo ou injusto, porque os precedentes eram uma manifestação do *commom law*. Logo, o precedente deveria convencer o juiz por suas razões e a sua adequação ao caso concreto. Caso não o fizesse, não era direito (*was not law*) e os juízes que declararam o precedente anterior incorreram um erro de direito (*mistake the law*). O principal defensor da teoria declaratória foi William Blackstone, que foi duramente criticado por Jeremy Bentham e John Austin, enquanto representantes do positivismo jurídico na tradição de *commom law*³⁸⁹.

Bentham afirmou que o *commom law* britânico era inadequado para atender os interesses do povo inglês, por ser desenvolvido de forma artificialmente complexa para sustentar a elite jurídica de seu tempo, às expensas da segurança jurídica, em virtude da ausência de leis escritas previamente estabelecidas. Dessa forma, o direito inglês não servia à maximização da felicidade³⁹⁰ de todos por meio do princípio da utilidade e precisaria ser desmistificado. Bentham sustentou a necessidade de codificação do direito inglês, dando início ao movimento positivista na Inglaterra, enquanto reação ao jusnaturalismo disseminado. As suas críticas

³⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes...*, 2018, p. 32.

³⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes...*, 2018, p. 32.

³⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 22.

³⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes...*, 2018, p. 33-36; TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 99-100; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 22-23.

³⁹⁰ Sobre princípio da utilidade em Bentham, Cf. SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa?* 27.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 48-66.

levam o precedente a ser reconhecido como norma jurídica com força vinculativa ao longo do século XIX. Além disso, o positivismo inglês pugnava pelo abandono da teoria declaratória da decisão judicial, por entender que os precedentes eram um direito inerentemente retroativo, qualificando-o como *dog law* (Bentham) ou ficção infantil (Austin), com a adoção da teoria constitutiva da decisão judicial, em seu lugar³⁹¹. Seguiu-se às críticas de Bentham (e posteriormente a de John Austin), algumas modificações do sistema jurídico inglês, com a catalogação dos precedentes (pela reforma dos *Law Reports*, em 1865), de forma precisa e

³⁹¹ Bobbio examina as críticas de Bentham e Austin ao direito judiciário inglês de seu tempo, que não se equivalem complementemente. A crítica de Bentham antecede cronologicamente a crítica de Austin e a influencia. Bentham se inspirou no racionalismo iluminista, ainda que rejeitasse o direito natural, por não ser passível de comprovação empírica. Afirmou sua crença num legislador universal que seria capaz de criar normas racionais e válidas para todos de acordo com uma ética objetiva, baseada no princípio da utilidade (*a maior felicidade do maior número*) e criticava o *commom law* inglês por: (a) não ser seguro o suficiente para que o cidadão consiga planejar o seu comportamento futuro; (b) ser retroativo, uma vez que o contexto de criação do direito (rejeição à teoria declaratória) se dá em momento posterior aos acontecimentos do caso que está sendo julgado; (c) não ser fundado no princípio da utilidade, que deve ser a base do direito codificado, segundo a sua proposição; (d) a ausência de competência para os juízes para a resolução de todos os casos, o que não ocorre com o legislador que prescrever para todas as condutas; (e) não ser político, ou seja, não possibilitar a revisão democrática das decisões dos juízes pelo povo, logo, o direito judiciário não era uma *expressão do povo*. O *commo law* deveria ser substituído por uma outra ordem jurídica que deveria ser clara, objetiva e universal para os povos civilizados, perfeitamente cognoscível pelo homem comum (sem formação jurídica), inovadora do direito pregresso e expressa por meio de um código. A incumbência de escrever código não deveria recair sobre uma comissão, mas ser o trabalho de um só homem (o próprio Bentham), para que pudesse ser coerente e corretamente baseado em princípios comuns – em especial o princípio da utilidade. Por sua vez, Austin tenta conciliar a influência da escola histórica de jurisprudência alemã e o utilitarismo inglês que influenciaram seu pensamento em diferentes momentos de sua formação. Essas influências estão unidas em crítica comum em direção ao jusnaturalismo, contudo, possuem diferenças que foram negligenciadas por Austin, em especial, a divergência quanto à necessidade de uma codificação – que era rejeitada pela escola histórica (ao menos no que concerne a Savigny) e propagada pelo utilitarismo de Bentham. Austin separa o direito positivo de outros tipos de leis (por exemplo: a lei divina ou a moralidade positiva) e elabora um conceito de direito positivo que comporta todos os três elementos compartilhados pelas abordagens positivistas do direito posteriores. São estes os elementos: (a) a concepção positivista do direito, pela afirmação de um objeto para a ciência do direito (isso é, o direito positivo, como ele é e não como deve ser); (b) a concepção imperativista do direito, que entende que a norma jurídica tem a estrutura de um comando; e (c) a concepção estatal do direito, que entende que o direito provém de um poder soberano. Austin não nega juridicidade ao direito produzido pelos juízes, no âmbito do *commom law*, apenas afirma que eles o fazem por meio de uma *autoridade delegada* pelo Estado. Ainda assim, entende que o direito legislativo é preferível ao direito judiciário, porque é geral e abstrato, ao passo que o direito judiciário se presta à resolução de uma única controvérsia. Aduz, ainda, que o direito judiciário é: (a) menos acessível ao conhecimento; (b) produzido com uma menor ponderação dos interesses, já que o direito legislativo é emanado após uma deliberação mais madura pelo parlamento, ao passo que o direito judiciário é produzido com as condições limitantes do tempo inerentes ao processo judicial; (c) retroativo, tal como apontado por Bentham; (d) vago e incoerente, pois é separado em muitos documentos e é difícil saber qual *regula decidendi* geral que pode ser extraída dos casos decididos; (e) difícil de ter sua validade certificada, em especial no caso de existirem decisões conflitantes sobre o mesmo assunto proferida por juízes diferentes; (f) de baixa compreensibilidade, dadas as dificuldades inerentes ao manejo do método indutivo; e (g) é insuficiente, porque precisa sempre ser complementado por normas de origem legislativa. Austin apresenta sua própria proposta de codificação, de espírito muito mais conservador e liberal que a de Bentham, contudo, uma exposição dessa natureza foge aos propósitos desse trabalho. Sobre essa argumentação e sobre a proposta de codificação de John Austin, Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, 1995, p. 91-118.

científica e a própria reestruturação do sistema judicial (por meio dos *Judicature Acts* de 1873) de modo a atender os anseios pela segurança jurídica³⁹².

Com a melhora dos repositórios dos precedentes, abriu-se espaço para que aqueles se tornassem vinculantes, posto que se tornaram mais acessíveis, confiáveis e cognoscíveis³⁹³. Ao mesmo tempo, firmou-se uma estrutura hierarquizada entre os órgãos jurisdicionais do país, em que o ápice do sistema era ocupado pela *House of Lords* (o que só foi modificado em 2005, com a criação da *Supreme Court of United Kingdom*, por meio do *Constitutional Reform Act*). O cúmulo de ambas as condicionantes permitiu o surgimento e a consolidação da doutrina do *stare decisis* e dos precedentes vinculantes, a partir do julgamento do caso *London Tramways Co. v. London County Council* (1898)³⁹⁴ – que foi o ponto culminante uma série de julgamentos de casos em que se discutiu a *vinculação* do julgador às decisões anteriores em casos análogos, uma vez que trata da expressamente *autovinculação* da Câmara dos Lordes aos seus próprios precedentes³⁹⁵. A decisão acima consolida a doutrina do *stare decisis*, que corresponde à vinculação obrigatória aos precedentes por partes dos juízes que fossem decidir casos análogos

³⁹² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes...*, 2018, p. 38-40.

³⁹³ Losano assinala que a importância dos repositórios de jurisprudência para os juristas da *common law* é a mesma que as codificações possuem para juristas da *civil law*, enquanto instrumento de trabalho. LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos...*, p. 339.

³⁹⁴ Nesse caso, o *Earl* (conde) de Halsbury afirmou que a Casa dos Lordes não deve conhecer e julgar uma apelação que pretendia obter a reforma de um julgamento que estava em consonância com um precedente o órgão julgante sobre o mesmo assunto, a saber, o do julgamento *London Street Tramways Lt. v. London County Council* (1894), em que se tratou da indenização do patrimônio imobilizado e lucros cessantes pela desapropriação levada a cabo pelo governo da cidade de Londres, que pretendia pagar apenas o primeiro. Nessa decisão, trata-se da vinculação horizontal e vertical dos Tribunais aos precedentes da Casa dos Lordes, que só devem ser revistos por atos do Parlamento. Sobre essa argumentação, Cf. TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 102-103; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes...*, 2018, p. 42; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 60; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 335-336, nota de rodapé 55.

³⁹⁵ “A presença de um modelo de *stare decisis* exige dois fatores: a) sistema institucionalizado, ou seja, organização de juízes e tribunais em forma hierarquizada; b) existência de sistema de divulgação e publicação com autoridade e oficialidade das decisões, de forma a garantir o conteúdo das decisões para consulta e vinculação no julgamento dos casos-futuros. Assim será possível afirmar que o *stare decisis* será sempre uma regra em evolução, na exata proporção do desenvolvimento das estruturas institucionais e dos instrumentos de garantia de divulgação, publicidade e acervo de decisões”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 336-337.

posteriores³⁹⁶. Essa vinculação ocorre “independentemente da adesão do julgador à bondade das razões formuladas para a solução do caso anterior”³⁹⁷.

Sobre a diferença que existe entre precedentes obrigatórios e *stare decisis*, transcreve-se a transcrição da lição de Zaneti Júnior, posto que é muito esclarecedora e sintética, tal como segue:

Stare decisis e precedentes são costumeiramente utilizados como sinônimos em razão de seu sentido muito próximo, contudo, não se equivalem, da mesma forma que *stare decisis* não se equivale à *commom law*. O princípio do *stare decisis* assegura um predicado – a estabilidade – para as decisões do tribunal, sendo *especialmente voltado para as cortes que estabelecem o precedente*, forçando o cotejo racional das decisões dos casos-precedentes com os casos-atuais.

Os precedentes judiciais, por sua vez, identificam mais com o processo seguido pelos tribunais como resultado do *stare decisis*, atingindo igualmente os tribunais e juízes de hierarquia inferior, os quais devem aplicar o conteúdo dos precedentes independentemente de suas razões.

A doutrina fala aqui em uma distinção entre *hierarquia institucional vertical* e *hierarquia institucional horizontal*. A primeira consolida-se na aplicação dos precedentes das Cortes Supremas, não significando que um juiz de um tribunal é mais importante que um juiz de piso, mas que as funções exercidas são distintas. A segunda, por outro lado, representa a vinculação da própria corte entre os juízes do passado (caso-precedente) e os juízes do presente (caso-atual), que devem seguir o princípio do *stare decisis*.

Muito embora a regra do *stare decisis* não se confunda com a teoria dos precedentes, uma teoria dos precedentes somente é possível quando existir uma vinculação normativa entre o que foi decidido no momento passado – caso-precedente – e o que está sendo decidido no momento presente – caso-atual, vinculação esta que deve ultrapassar a hierarquia vertical e atingir também a hierarquia horizontal com um *ônus argumentativo* forte em prol dos precedentes, isto é, com uma “presunção em favor dos precedentes”.³⁹⁸

³⁹⁶ *Stare decisis* é a redução do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, que, sua concepção mais rígida, “indica a obrigação do juiz, ao solucionar casos, de não se desviar da solução empregada em precedente ensejado por decisão de um caso análogo, ainda que o próprio juiz do caso presente considere a solução inadequada ou injusta”. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 58-59. Cruz e Tucci, por vez, traduz a expressão latina mencionada como “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”. TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 102. Marinoni, por sua vez, associa, como feito acima, o *stare decisis* com o respeito obrigatório aos precedentes. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 23. Ainda sobre o *stare decisis*, transcreve-se a lição de Zaneti Júnior: “*Stare decisis* é uma expressão latina que significa, literalmente, “concordar com ou aderir a casos já decididos”, em direito esta expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes. Quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares.”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 335-336.

³⁹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes...*, 2018, p. 42.

³⁹⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 337-338. Ainda, sobre a distinção entre *commom law* e *stare decisis* afirma Marinoni: “Portanto, não há que se confundir *commom law* com *stare decisis*. Ora, o *commom law* compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos

Em sua origem, o *stare decisis* foi interpretado como uma verdadeira impossibilidade de revisão das suas próprias decisões pregressas, por parte da Câmara dos Lordes, o que foi muito criticado por ser um fator de petrificação do direito, que se tornaria incapaz de se adaptar às mudanças sociais. Essa postura com relação aos precedentes e seus efeitos reflete as preocupações do tempo de seu surgimento: (a) limitação da atividade dos juízes, segundo a doutrina da supremacia do Parlamento; e (b) a segurança jurídica e a garantia da liberdade individual³⁹⁹. Posteriormente, esse cenário foi modificado, por meio da edição do *Practice Statement* (1966), que permitiu à Câmara dos Lordes a superação (*overruling*) dos seus precedentes, uma vez constatada a presença de circunstâncias específicas – injustiça da decisão precedente ou evolução das circunstâncias sociais que deram origem ao precedente – que os tonassem inadequados, embora isso tenha ocorrido em poucas ocasiões⁴⁰⁰.

Existem outros temas que se relacionam com a tradição de *commom law* e as fontes do direito que são aceitas no âmbito dessa família, tais como: (a) a ausência de uma efetiva contraposição entre judiciário e legislativo, uma vez que ambos agiram em conjunto para controlar o poder absoluto dos reis, no Antigo Regime⁴⁰¹; e (b) as experiências de outros países, tais como o Estados Unidos e o Canadá (com exceção da província do Quebec)⁴⁰². Contudo, devido à sua relevância para a resposta procurada com relação às fontes do direito na tradição de *commom*

Englishmen, existiu por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedent*.” Também, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 27. Cruz e Tucci fala em eficácia interna, quando o precedente vincula a própria Corte, e eficácia externa, quando vincula órgãos que lhe estejam subordinados dentro de uma mesma estrutura judiciária, nesse sentido, Cf. TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 107.

³⁹⁹ Macêdo aduz que a doutrina do precedente vinculante é concebida a partir de uma concepção hierárquica, positivista e burocrática do direito. MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 62. O autor continua na página seguinte traçando um interessante comparativo entre o movimento da codificação e o surgimento da doutrina dos precedentes vinculantes: “Como se percebe, nesse particular, a tradição ocidental – tanto o *commom law* como o *civil law* – preocupava-se em ampliar a objetividade, sistematicidade e coerência, em busca por segurança jurídica, e foram utilizados nas duas grandes tradições instrumentos completamente distintos, porém ambos teorizados a partir do racionalismo: de um lado os precedentes obrigatórios e de outro a codificação. Tem-se nestes instrumentos a pretensão de estatizar a produção do direito e, por mais paradoxal que possa parecer, tanto a adoção do *stare decisis* como da codificação, buscou-se afirmar que o Direito era criado pelo legislador: os precedentes eram tidos como vinculativos pois declaravam uma norma jurídica que devia ser seguida, sendo a única forma de extingui-la ou modificá-la a atuação do legislador, seja ela boa ou ruim, justa ou injusta. Trata-se de dado cultural muito relevante para a adoção do *stare decisis*.” MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 63.

⁴⁰⁰ TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 101; MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 64.

⁴⁰¹ Nesse sentido, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 29-30 e p. 37.

⁴⁰² Sobre tema, Cf. TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 104-107.

law em seu país de origem, a exposição se limitará a discutir o papel da lei escrita nesse contexto e a sua interação com os precedentes.

A lei escrita é admitida como fonte do direito na tradição de *commom law*, ao lado dos costumes e dos precedentes judiciais⁴⁰³. Inclusive, concebe-se pacificamente que a lei ocupa uma posição hierarquicamente superior ao precedente no rol de fontes primárias de direito, uma vez que é conferido poder ao parlamento para rever as decisões judiciais. Tampouco, a existência de codificações é algo estranho à tradição *commom law*, de forma que esse traço não é determinante para a separação entre as duas tradições⁴⁰⁴. Contudo, a lei codificada não é compreendida como expressão ideológica da utopia de um direito completo, novo, sistêmico e simples, tal como ocorreu no contexto francês, mas, sim, uma externalização da compreensão de direito já existente da sociedade, que não se destinava a controlar a atividade dos juízes, mas, sim, servir como instrumento de controle do poder real⁴⁰⁵. Inclusive, na Inglaterra, os atos legislativos se submetem ao controle jurisdicional desde o célebre caso *Boham* (1610), com o parâmetro de comparação o próprio *commom law* – esse caso é apontado como um antecedente histórico do controle de constitucionalidade e do *judicial review*⁴⁰⁶.

4.2 A CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.

⁴⁰³ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 29; LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos...*, 2007, p. 333-339.

⁴⁰⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition...*, 2018, p. 27-28. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 41.

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 38-40.

⁴⁰⁶ O caso em questão foi julgado por *sir* Edward Coke, enquanto Chefe de Justiça do Tribunal de Apelação Britânico. No julgamento, discutiu-se um ato do parlamento que autorizou o Colégio de Médicos de Londres a regulamentar o exercício da profissão, inclusive, com a emissão de multas e a declaração de prisão para aqueles que exercitassem a medicina de forma irregular. Thomas Boham se formou em medicina por Cambridge, em 1595, e passou a exercer a medicina em Londres, em 1606. Chamado para ser avaliado pelo Colégio Médico de Londres, Boham não foi qualificado, motivo pelo qual foi expedida uma ordem inibitória contra Boham, que se recusou a cumpri-la. De igual forma, recusou-se a pagar a multa que lhe foi imposta pela entidade de classe. Por esse motivo, foi determinada a sua prisão por ato do Colégio de Médicos de Londres, o que foi cumprido. Boham impugnou a ordem de prisão. No julgamento da causa, Coke entendeu que o ato do Parlamento que deferiu os poderes acima mencionados ofendia a *commom law* e merecia ser anulado. Essa decisão desagradou ao Rei James I e ao seu Chanceler, motivo pelo qual Coke foi dispensado de suas funções e, na prática, acabou por não ser invocada como precedentes em casos posteriores. Para uma melhor compreensão dos detalhes do caso e da decisão, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 213-214.

Os comentários, aqui, serão breves, uma vez que muito já se falou no capítulo anterior sobre a circulação e a recepção de institutos jurídicos concebidos por sistemas jurídicos estrangeiros. Em tempo, não será discutido se juiz, ao decidir o caso concreto, cria direito novo ou declara o direito pré-existente. Sobre essa questão, basta que afirmar que o juiz interpreta o direito em alguma extensão, realizando escolhas de sentido para os enunciados jurídicos, que devem ser argumentativamente fundamentadas – essa extensão é variável de acordo com a abertura da norma-regra ou princípio aplicável ao caso concreto, contudo, está sempre presente⁴⁰⁷. Por isso, a questão da criação do direito pelos juízes, e suas implicações, não será objeto de uma exposição aprofundada e é tomada como ponto de partida.

⁴⁰⁷ Essa decisão está em consonância com o defendido por Zaneti Júnior, seguinte trecho: “[...] No espaço que temos para discutir, importa afirmar que este debate tornou-se, para a teoria da argumentação jurídica contemporânea e para a teoria dos precedentes, uma questão *absolutamente irrelevante*, sendo possível a seguinte solução de compromisso entre as teses antagônicas: *criando ou declarando normas implícitas, essa função é atribuída somente o juiz, sua função pode ser muito melhor definida como uma função lógico-argumentativa que sempre significa a (re) construção do direito a partir do próprio direito e dos dados externos relevantes à causa.*” ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 176. Uma outra solução de consenso para querela relativa à natureza declaratória ou constitutiva do direito da atividade exercida pelos juízes pode ser vista em Cf. CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, 73-81. O autor sustenta, que ambos, legislador e juiz, criam o direito, contudo, diferem no modo de fazê-lo, uma vez que a atividade jurisdicional é sempre menos livre que a atividade legislativa, na medida em que a primeira se vincula primeiramente à lei. O posicionamento de Capelletti apresenta a vantagem de não se perfilar nos extremos da compreensão da atividade jurisdicional como criadora ou declaratória do direito, partindo da análise empírica do comportamento de diversos ordenamentos jurídicos. Em vez de tentar negar esse papel, Capelletti o condiciona ao atendimento de requisitos de natureza de justiça procedimental, o que livra a sua concepção da crítica relativa à adoção de um critério substanciais do direito. São essas as limitações apontadas por Capelletti à atividade jurisdicional: a conexão da atividade do juiz com resolução de casos e controvérsias; a atitude da imparcialidade do juiz; o respeito ao contraditório efetivo; a resistência por parte do juiz às pressões políticas externas; a imparcialidade do juiz com relação aos interesses das partes e às próprias partes; e a inércia da jurisdição. Já no plano legislativo, não existe vedação à defesa pelos participantes dos interesses que representa, tampouco a necessidade da efetivação do contraditório, a iniciativa é livre (não depende de provocação de um agente externo) e os conflitos são resolvidos com base nas regras de representação (maioria) e negociação políticas.

O contexto da aproximação entre as tradições é o do neoconstitucionalismo⁴⁰⁸, da adoção de um conceito não-positivista do direito⁴⁰⁹ e do modelo de Estado do tipo democrático

⁴⁰⁸ Aqui, compreende-se o neoconstitucionalismo segundo a lição de Miguel Carbonell, em que o fenômeno que se pretende designar surge a partir da segunda metade do século XX e é constituído de três níveis de análise: (a) o primeiro é o dos textos constitucionais, que passam a prever normas substantivas, ao lado das normas de repartição de competências e separação de poderes, que orientam a atuação do Estado a partir de fins e objetivos, além de um amplo leque de direitos fundamentais; (b) o segundo é o das práticas jurisprudenciais, uma vez que os juízes constitucionais passam a aplicar as normas substantivas mencionadas e, por isso, necessitam de um novo arcabouço de parâmetros interpretativos, com objetivo de fundamentar as decisões judiciais tomadas para a concretização dos direitos fundamentais, tais como a proporcionalidade, a razoabilidade, o efeito horizontal dos direitos fundamentais etc. Essa nova postura do Judiciário gera uma série de questões, tais como o aumento da importância do papel desempenhado pelos juízes e o ativismo judicial; (c) o terceiro é o dos desenvolvimentos teóricos, expressos nas obras de juristas provenientes de diversos contextos culturais, tais como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, entre outros. Para Carbonell, a novidade do neoconstitucionalismo está no conjunto decorrente dos três fatores acima e resultam num processo de constitucionalização do ordenamento jurídico. São essas as condições apontadas, por Carbonell, com base na obra de Guastini, para que o ordenamento jurídico possa ser considerado constitucionalizado: (i) constituição rígida; (ii) a garantia jurisdicional da constituição; (iii) a força vinculante da constituição; (iv) a interpretação extensiva da constituição; (v) a influência do direito constitucional sobre os demais ramos do direito, inclusive, do direito privado; (vi) a aplicabilidade direta das normas constitucionais; (vii) a interpretação das leis conforme a constituição; e (ix) a influência da constituição sobre a política. Sobre essa argumentação, Cf. CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (ed.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 159-171.

⁴⁰⁹ Em apertada síntese, Alexy adota um conceito não-positivista de direito, tendo como base interconexão entre Direito e Moral, composto por duas dimensões: uma real ou empírica e outra ideal ou crítica. A dimensão real é verificável empiricamente e é composta por dois elementos: emissão autoritativa e eficácia social. A esses dois elementos, soma-se um terceiro pertencente ao âmbito ideal, a pretensão de correção, que demonstra a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. Os dois primeiros elementos são formais e pretendem aferir sua validade do direito; ao passo que o segundo elemento é material e se vincula o conteúdo previsto pelo direito. Os elementos formais se vinculam ao princípio da segurança jurídica; ao passo que o segundo se vincula do princípio da justiça. Essa interconexão entre direito e moral é sustentada por três argumentos: o argumento da injustiça, o argumento dos princípios e o argumento da correção. Esses argumentos são desenvolvidos a partir da perspectiva do participante, ou seja, daquele que, em um sistema jurídico participa da argumentação sobre o que nele é ordenado, proibido, permitido e autorizado. A figura central dessa perspectiva é o Juiz, que deve pretender decidir corretamente, baseado em uma fundamentação racional e adequada, segundo procedimentos. À perspectiva do participante, contrapõe-se a perspectiva do observador, que não pretende saber qual é decisão correta, mas, tão somente, como se decide em um determinado sistema jurídico. O argumento da correção é a base dos outros dois argumentos e, em apertada síntese, afirma que os sistemas jurídicos formulam uma pretensão de correção e é isso que os classifica como sistemas jurídicos – o que também vale para as normas individuais. Contrariamente, os sistemas jurídicos que não postulem a pretensão de correção não são podem ser classificados como sistemas jurídicos. Por isso, o argumento da correção possui uma natureza classificatória. Contudo, é possível que um sistema jurídico formule a pretensão de correção, sem a cumprir. Nesse caso, ele permanece um sistema jurídico, contudo, trata-se de um sistema jurídico defeituoso. Nessa dimensão, a correção possui relevância qualificadora. A pretensão de correção equivale a uma pretensão de justiça que é destinada tanto ao legislador, quanto ao juiz. O argumento da injustiça vem complementar o argumento da correção e responder à objeção positivista, segundo a qual o descumprimento da pretensão à correção não constitui uma classificadora, mas, apenas, uma condição qualificadora, uma vez que norma jurídica perde a sua validade jurídica no limiar da injustiça extrema – antes desse ponto, a norma injusta constitui direito defeituoso, uma vez que a segurança jurídica militará a favor de sua validade. Esse argumento se vincula ao primeiro, uma vez que é necessária uma fundamentação por meio da apresentação de razões que demonstrem a existência da injustiça extrema (tal como mencionado quando se falou da adoção da escala triádica geométrica para a expressão dos graus de importância, de intervenção e de certeza empírica e da lei de substituição marginal). Quando esta estiver presente, seja para as normas individuais, seja para os sistemas jurídicos, a consequência é a mesma, tal como apontado acima. Por último, e mais importante para nossa exposição, é apresentado o argumento dos princípios. Esse argumento sustenta que o juiz continua vinculado ao direito, mesmo nos casos limite de abertura do direito positivo (estabelecido pela autoridade competente e eficaz), o que cria uma conexão necessária entre direito e moral, uma vez que primeiro não corresponde apenas ao conjunto das leis escritas, tal como decidido na jurisprudência do

constitucional⁴¹⁰ em substituição ao Estado legalista, o que inverte os polos de validade entre a lei, os direitos fundamentais e a constituição, nesse sentido: “Antes valia: direitos fundamentais somente no âmbito da lei; hoje se diz: leis somente no âmbito dos direitos fundamentais”⁴¹¹.

No Estado Democrático Constitucional, os direitos fundamentais: (a) ocupam a posição hierárquica mais importante nos ordenamentos jurídicos internos; (b) tratam dos objetos mais relevantes e fundamentais para a sociedade; e (c) são dotados da maior força executória. Não obstante a sua importância, as normas de direito fundamentais exibem uma grande abertura, motivo pelo qual Robert Alexy afirma que “tudo no âmbito dos direitos fundamentais é interpretação”⁴¹² e, também, que “[o] que os direitos fundamentais são hoje não se deixa extrair do texto seco da Lei Fundamental, mas somente dos cerca de 94 volumes da jurisdição do Tribunal Constitucional Federal, que assumiu sua abençoada função em 1951.”⁴¹³ Como se sabe, a Alemanha, tal como o Brasil, é um país usualmente associado à tradição de *civil law*. Ainda assim, os precedentes judiciais advindos do Tribunal Constitucional alemão possuem

Tribunal Constitucional alemão. O argumento dos princípios possui caráter qualificador e não classificador, como os outros dois. Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *O conceito e validade do direito*, 2009, p. 42-95. Em sentido contrário, Zaneti Júnior defende a existência de um (pós) positivismo constitucional, por meio de uma separação necessária entre direito e moral, ainda que atenuada que não é incompatível com a formulação da tese da conexão necessária considerada como *fraca* pelo autor, tal como desenvolvido por Alexy, segundo Zaneti Júnior; mas, apenas, é incompatível a com tese da conexão necessária *forte* entre direito e moral, identificada no modelo jusnaturalista, por entender que a prática pode se degenerar em subjetivismo moral do juiz e, conseqüentemente, na tomada de decisões arbitrárias. Sobre essa argumentação, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 130-137. Aqui, prefere-se a construção de Robert Alexy, primeiramente, por coerência teórica com o referencial adotado para o desenvolvimento do trabalho; em segundo lugar, porque a moral a qual Alexy se refere não é uma moral substancial, baseada em uma doutrina abrangente (na terminologia de Rawls), mas procedimental, em que o resultado é considerado moral quando for o resultado de uma fundamentação por meio das regras do discurso racional. Dessa forma, compreende-se que a tese da interconexão necessária entre direito e moral procedimental, nos limites dos argumentos da correção e da injustiça, é compatível com a ideia de um Estado Democrático Constitucional pluralista, porque não implica na existência de uma única resposta moralmente correta que possa ser intersubjetivamente aceita. Embora, aponte-se a existência de resultados discursivamente necessários e resultados discursivamente impossíveis, sempre existirá um amplo leque de resultados que sejam discursivamente possíveis. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, 2017b, p. 548-551.

⁴¹⁰ Segundo Zaneti Júnior, o direito não evoluiu em apenas dois planos: do jusnaturalismo e do juspositivismo, mas em três, que explicam sua configuração atual: jusnaturalismo, juspositivismo e jusconstitucionalismo; que resultam em três modelos de Estado: Absolutista, Legalista, e Constitucional; que por, sua vez, resultam em três racionalidades jurídicas: racionalidade substancial, racionalidade formal e racionalidade instrumental; sucessivamente, observam-se três critérios de validade jurídica: justiça, legislação e constituição. “Cada uma destas passagens é ligada entre si e a cada uma das filosofias da justiça e seus momentos histórico”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 84.

⁴¹¹ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Democrático Constitucional. In: ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 113-129, para o trecho transcrito, p. 116.

⁴¹² ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*, 2019, p. 118.

⁴¹³ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*, 2019, p. 117.

eficácia vinculante e devem ser respeitados por todos na sociedade, embora a existência de precedentes vinculantes seja uma exceção no ordenamento jurídico tedesco⁴¹⁴.

A par das experiências anteriores descritas acima, tendo como pressuposto a artificialidade do direito⁴¹⁵, exsurge o modelo constitucional, na segunda metade do século XX, como reação aos horrores decorrentes do totalitarismo. Na lição de Zaneti Júnior:

O terceiro modelo, *modelo constitucional*, é caracterizado pela subordinação do direito à legislação constitucional através das técnicas da constituição rígida e através da jurisdição de controle de constitucionalidade. O ordenamento jurídico transforma-se radicalmente, assume um caráter nomodinâmico em relação à artificialidade e à produção de normas pelo Poder Legislativo. Assegura, assim, uma margem de discricionariedade à atividade legislativa decorrente de sua legitimação representativa

⁴¹⁴ O sistema jurídico alemão é baseado na ideia da codificação, por isso, o juiz deverá decidir o caso, segundo os materiais autoritativos disponíveis, com referência à lei escrita e eventualmente aos precedentes, caso existam. O papel usualmente desempenhado pelos precedentes nesse sistema é na existência de lacunas nas previsões legais ou nos casos destas últimas necessitarem de complemento interpretativo. Embora não exista a previsão de vinculação vertical aos precedentes de outros Tribunais que não seja o Tribunal Constitucional alemão (que não se submete à vinculação horizontal, segundo sua própria jurisprudência), a existência de uma decisão judicial que contrarie um precedente advindo dos órgãos superiores dos judiciários estaduais (Supremas Cortes Federais), do painel comum desses órgãos (Painel Comum das Supremas Cortes Federais) ou do Tribunal Constitucional alemão é hipótese de cabimento de apelação. Outra hipótese de cabimento da apelação ocorre quando o recurso trata de matéria de “fundamental importância em princípio”, que corresponde à possibilidade de formulação de um entendimento jurídico geral que contribua para o desenvolvimento da unidade de jurisdição e da lei para o futuro. Isso corresponde à faculdade concedida ao Tribunal de selecionar casos que possam formar precedentes que, embora não sejam vinculantes, servirão como óbice para tramitação de recursos, em decisões que lhe sejam conformes. Ressalva-se, ainda, que, embora os precedentes formados nas outras cortes responsáveis pela uniformização da interpretação dos estatutos não sejam vinculantes, eles são recorrentemente utilizados na argumentação jurídica dos advogados, juízes hierarquicamente subordinados e membros da própria Corte que preferiu a decisão, o que se justifica por três razões que não são mutuamente excludentes: (a) a aderência efetiva às razões de decidir do precedente; (b) a certeza, ou alta probabilidade, de cassação da decisão na instância superior; e (c) a proteção de confiança dos jurisdicionados. Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedents in the Federal Republic of German...*, 2016, p. 19-24.

⁴¹⁵ Sobre a artificialidade do direito, transcreve-se: “O direito não é natural, é artificial, e como tal deve ser tratado por obrigação de coerência lógica e científica como um dado já adquirido e não refutável da nossa experiência jurídica. Os juízos de direito não são uma verdade externa e natural que determinam o justo e o injusto, mediante uma determinada filosofia da justiça ou uma determinada moral. A tarefa de estabelecer o direito, como limites e vínculos ao poder, é uma tarefa artificial, do homem e da razão humana: *Autoritas non Verictas Facit Legem*. Trata-se, ao contrário, de uma espiral evolutiva. Pode-se, conseqüentemente, afirmar que a passagem do modelo identificado com a *justiça*, no qual valores como igualdade, a segurança jurídica e a liberdade eram sacrificados a determinadas concepções de *justiça*, para um modelo identificado com a *legislação*, no qual a *positividade artificial* do direito apresentava-se como resultado da afirmação da lei pelo parlamento e seu único filtro, com objetivo justamente da garantia dos valores da igualdade (perante a lei) e da segurança jurídica, na essência formalista, formalista e conceitualista, mas dissociado totalmente das noções de justiça substancial, não resolveu o problema da autoridade. Isto porque, em pouco tempo, o modelo legalista apresentou sua degeneração pelo totalitarismo de Estado, com sacrifício das liberdades, o que nos levou a um terceiro modelo, mais aperfeiçoado, no qual também a lei está submetida a princípios e regras, tanto na forma, quanto na substância. Esse terceiro modelo, baseado no constitucionalismo, traduz-se em limites e vínculos constitucionais decorrentes do caráter rígido e do controle judicial dos conteúdos expressos na constituição.” ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 103.

da sociedade e, ao mesmo tempo, subordina-se a um caráter nomoestático dos princípios e direitos fundamentais estabelecidos nas constituições, o qual representa um “nunca mais” aos horrores dos regimes totalitaristas. Como norma de reconhecimento, a referência formal é a constituição; como razão social, os direitos fundamentais, sendo os de direitos de liberdade exercidos como limites e os direitos sociais exercidos como vínculos. A validade da norma infraconstitucional e das emendas à constituição, em conformidade com cada ordenamento jurídico dado, está submetida a parâmetros formais e substanciais. A norma constitucional estabelece, assim, também o caminho a ser seguido pelo legislador, determinando a “*esfera do não decidível*”.⁴¹⁶

Os traços marcantes do modelo constitucional são: (a) a rigidez constitucional; (b) o controle de constitucionalidade e a possibilidade de revisão judicial dos atos estatais; e (c) o reconhecimento do caráter normativo dos direitos fundamentais, compreendidos como princípios, que devem ser dotados de máxima eficácia⁴¹⁷. Corolário do modelo constitucional é a aproximação entre as tradições jurídicas de *civil* e *commom law*, uma vez que foi reservado aos juízes e à jurisdição o papel de controlar a extrapolação dos limites formais e materiais

⁴¹⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 106.

⁴¹⁷ Deve-se reconhecer que a tríade acima mencionada cria uma tensão entre a proteção dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, em geral, e o princípio da maioria e da autodeterminação que servem de guia para as questões de representação democrática, também consagrado pela ordem constitucional brasileira. Essa tensão é decorrente da internalização das influências rousseauiana (soberania popular) e lockeana (direitos individuais) no âmbito de uma mesma constituição. Nesse sentido, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, 71-72. Robert Alexy trata do problema da legitimidade democrática de se conceber a rigidez constitucional, colocando à margem da deliberação política, por maioria parlamentar simples, a reforma da constituição ou a revisão de decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, que declarem a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional ou determine, de alguma forma, seu sentido interpretativo. Para resolução dessa tensão, Alexy propõe a adoção de uma visão realista sobre os direitos fundamentais, que reconheça seu duplo caráter de serem, simultaneamente: (a) extremamente democráticos, uma vez que protegem as pessoas, e mantém vivo o processo democrático; e (b) extremamente antidemocráticos, porque desconfiam do processo democrático, ao retirarem competências do legislador ordinário. A resposta para essa questão é a defesa da existência de uma representação argumentativa por parte das Cortes Constitucionais, advinda das ideias do fato do pluralismo, do consenso sobreposto e da razão pública, com base nas categorias desenvolvidas por John Rawls em *O liberalismo político*. O fato do pluralismo corresponde à constatação empírica da existência de uma pluralidade de concepções morais individuais, no contexto das sociedades modernas, muitas vezes incompatíveis entre si. Logo, os direitos fundamentais não podem estar atrelados às concepções morais dos cidadãos, mas, sim, em uma concepção de moral pública, capaz de expressar uma representação comum sobre as condições justas de cooperação social. Do apontamento dessas condições, surge a ideia de um consenso sobreposto, que deve embasar a atividade das Cortes Constitucionais ao decidirem sobre aquilo que não deve estar ao alcance do legislador ordinário. “[...] Deve-se perguntar o que cidadãos racionais com diferentes concepções pessoais de bem consideram condições tão importantes da cooperação social justa sobre as quais o legislador ordinário não pode decidir. Nessa pergunta encontra-se a chave para uma possível reconciliação entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais. Um tribunal constitucional que procura respondê-la de forma séria não quer colocar sua concepção contra a concepção do legislador; ele aspira antes a uma representação *argumentativa* dos cidadãos, que se opõe à representação política desses cidadãos no parlamento. Se a representação argumentativa obtém êxito, obtém êxito a reconciliação.” ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do direito*, 2019, p. 120-123, para o trecho transcrito p. 122. Sobre o fato do pluralismo, Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. XVII a XXXIII e p. 41-48. Sobre a ideia de consenso sobreposto, Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*, 2011, p. 156-203. Acerca da ideia de razão pública, Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*, 2011, p. 250-302 e p. 519-583. Para uma crítica às teorias da justiça procedimentais puras enquanto fundamento da atividade jurisdicional, baseada nas funções da prova no processo judicial, com referência à obra de Michele Taruffo, segundo o modelo garantista, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 169-177.

estabelecidos pela constituição, bem como a efetividade de suas normas, o que resultou no aumento da sua importância e na mudança da divisão de poderes e competências entre aqueles e o legislador ordinário e constituinte⁴¹⁸.

Atualmente, então, é impróprio falar em sistemas jurídicos que sejam totalmente aderentes às características atribuídas aos arquétipos de cada uma das tradições jurídicas ocidentais⁴¹⁹. Muitos países de *civil law* adotam, em alguma intensidade, o *judicial review* e um modelo de precedentes obrigatórios, em especial no controle de constitucionalidade e nas decisões que aplicam os princípios constitucionais aos casos concretos (jurisdição das liberdades e igualdades), inclusive, na ocorrência de omissão legislativa que impeça a efetivação de direitos fundamentais⁴²⁰. Concomitantemente, nos países de *commom law*, observa-se um aumento da produção legislativa, muitas vezes com o objetivo de consolidar e sistematizar normas jurídicas produzidas no contexto dos precedentes judiciais, mas, em alguns casos, com a finalidade de criar direito “novo”. Destaca-se que, atualmente, a legislação possui precedência sobre os precedentes obrigatórios mesmo nos países de *commom law*⁴²¹. Por isso, o sistema de precedentes obrigatórios vem em complemento ao regime de fontes do direito e não como substituição à legalidade. A prevalência de um precedente obrigatório sobre a lei pode ser determinada por questões de hierarquia, uma vez que as normas-precedentes que tratem de questões constitucionais prevalecerão sobre a legislação ordinária, o que também se aplica às decisões interpretativas do direito ordinário e assim sucessivamente.

Zaneti Júnior aponta como razões para essa aproximação: “a) as novas teorias da argumentação jurídica; b) uma teoria dos direitos fundamentais fundada em princípios”⁴²².

Consequentemente, os modelos de *commom law* que vinculavam a legitimidade do precedente judicial apenas à autoridade do juiz ou do tribunal enfraqueceram-se. Os modelos que vinculavam a autoridade do legislador a sua representatividade majoritária idem, pois a atividade judicial e atividade legislativa passaram a ser

⁴¹⁸ Sobre essa argumentação, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 112-113

⁴¹⁹ Nesse sentido, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, p. 112; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 68;

⁴²⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 68-69 e p. 71; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 52-56.

⁴²¹ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 70-71.

⁴²² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 107.

igualmente vinculadas aos direitos fundamentais, sendo que, na atividade judicial, o controle dar-se-á pela verificação da fundamentação adequada do ponto de vista dos direitos fundamentais.⁴²³

Ressalva-se, contudo, que a atividade de interpretar, em si considerada, não é um ato unívoco em seu significado⁴²⁴. Isso será abordado em momento oportuno.

4.3 A DECISÃO JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO BRASILEIRO.

Internalizando-se a discussão, o ordenamento jurídico brasileiro se qualifica como um sistema híbrido, com a apresentação de características de ambas as tradições. Primeiramente, porque a influência do direito português implicou numa maior valorização da decisão judicial como fonte do direito, por conta da figura dos assentos, previstos nas Ordenações⁴²⁵, incorporados ao

⁴²³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 107.

⁴²⁴ Thomas Bustamante sustenta que no âmbito jurídico a interpretação pode ser compreendida “tanto para se referir a uma *atividade* mental dos aplicadores do direito – designada pelo verbo “interpretar” – quanto ao *produto* ou *resultado* dessa atividade”. Sustenta, então, que Alexy a utiliza no primeiro sentido, de interpretação-atividade. Ainda assim, no contexto da “interpretação-atividade”, observam-se três acepções possíveis: “a) em um sentido *muito amplo*, que corresponde às concepções *hermenêuticas* sobre o processo interpretativo, interpretação significa “a compreensão de qualquer “objeto cultural”, indo muito além da mera adscrição de sentido a objetos linguísticos; nesse sentido, pode-se falar, por exemplo, em interpretação de obras artísticas, como a música e a pintura; b) em um segundo sentido, ainda relativamente amplo, a palavra interpretação é usada “com referência a qualquer língua falada ou qualquer texto linguístico”, significando “entendimento de linguagem”; trata-se da concepção *semântica* de interpretação, que, no contexto jurídico, “designa principalmente a atribuição de significado a documentos normativos (leis, decretos, regulamentos, atos administrativos, sentenças, contratos, etc.)”, sendo considerado um processo construtivo; c) por último, um sentido restrito ou *especificamente jurídico*, interpretação é o procedimento que se refere apenas às situações de dúvida sobre o “correto entendimento de um texto em seu “significado direto” (*direct meaning*), sendo um procedimento dispensável nas denominadas situações de isomorfia”. O autor sustenta, a nosso ver com razão, que Alexy adota o sentido semântico de interpretação. Sobre essa argumentação, Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas da Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 76-79.

⁴²⁵ Nesse sentido: “Tem variado bastante entre nós, ao longo dos anos, o peso da jurisprudência sobre o sentido em que deve julgar o juiz. O velho direito lusitano conheceu a figura dos “assentos”: um colegiado de Desembargadores (a “Mesa grande”) fixava o entendimento que se devia dar a determinada ordenação, e que se inscrevia no “livro da Relação”, “para depois não vir em dúvida”. Daí em diante, o magistrado que deixasse de observar aquele entendimento sujeitava-se até a ser suspenso. O instituto sobreviveu por muito tempo: consoante o art. 2º do Código Civil português, “nos casos declarados na lei”, poderiam os tribunais “fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”. Esse dispositivo, contudo, foi revogado pelo Decreto-lei nº 329-A, de 12-12-1995.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299-313. Sobre o histórico dos assentos no direito português e sobre a sua finalidade de unificação do direito nacional, como instrumento de prevenção de utilização do direito comum, que não encontrasse previsão no direito nacional, em terras portuguesas, bem como sobre a competência exclusiva da Casa de Suplicação para prolação de assentos, entre os anos de 1518 e 1808, reforçada pela Lei da Boa Razão (1769) que, depois, foi estendida ao Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1808), enquanto sede do Império Português, após a fuga da família real Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 88-93. Sobre as fases de constituição do direito português, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 98-99, onde se aponta que o direito português assimilava com naturalidade que o Rei tivesse autoridade central e a última palavra no direito,

direito brasileiro por meio do Decreto 2.684, de 23 de outubro de 1875⁴²⁶, que vigoraram no Brasil até praticamente o ano de 1890⁴²⁷. Após a Proclamação da República (1889), sobreveio a influência do direito norte-americano, um país de *commom law*, sobre o direito constitucional brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1981 que consagrou: “a forma federal do Estado, a forma republicana de governo, o sistema presidencial, o controle difuso de constitucionalidade e a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, criado neste momento, com inspiração na *Supreme Court of United States*”⁴²⁸. Além disso, o Decreto 848 de 1890, que regulamentava a organização da Justiça Federal, previu que o direito norte-americano, de *commom law* e *equity*, fosse utilizado como fonte subsidiária do direito brasileiro⁴²⁹.

Durante parte do século XX, o prejulgado trabalhista funcionou como uma experiência brasileira de estabelecimento de precedentes obrigatórios, que eram elaborados pelo Conselho Pleno do Tribunal Superior do Trabalho e exerciam sua eficácia obrigatória em toda a estrutura judiciária que lhe era subordinada⁴³⁰. Já o Decreto n.º 23.055, de 9 de agosto de 1933, ainda

denominada de *Suprema Magistratura*, em uma expressão de direito judiciário. A fim e a cabo, os assentos foram considerados inconstitucionais no ano de 1993 pelo Tribunal Constitucional português. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Precedentes na Justiça do Trabalho...*, 2020b.

⁴²⁶ BRASIL. Decreto nº 2684, de 23 de outubro de 1875. Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1875*. Rio de Janeiro, v. 1, p. 183-183. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy_of_colecao7.html. Acesso em: 21 jul. 2022

⁴²⁷ Sobre a influência portuguesa na formação dos institutos judiciais brasileiros, transcreve-se: “Nossa história nacional passa, assim, pelo entendimento do direito português. Foram as fontes lusitanas que influenciaram o direito brasileiro na sua formação inicial, só apresentando uma ruptura mais radical no final do século XIX e início do XX. Destarte, o processo civil brasileiro é o processo que tem “suas fontes mais remotas: no direito romano e visigótico, e as fontes intermediárias no direito das Ordenações portuguesas. Como exemplo dessa influência e da influência do direito comum na formação de nossos institutos jurídicos, temos a vigência das Ordenações (Afonsinas de 1446, Manuelinas de 1.521 e Filipinas de 1603) durante largo período, até praticamente 1890, quando no direito processual civil, passou a ser aplicado o Regulamento n. 737/1850, por força do Decreto n. 763/1890.” ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 99-100.

⁴²⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 67.

⁴²⁹ Ressalva-se, contudo, que não existe registro da utilização prática desse dispositivo. Ainda assim, entende-se que se presta a demonstrar a compatibilidade e afinidade histórica entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano. Nesse sentido, Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 67.

⁴³⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Precedentes na Justiça do Trabalho...*, 2020b, p. 567-570. Sobre a questão dos pré-julgados cabe sumarizar o seguinte: (a) o início de sua vigência se dá em 1946, por meio da edição do Decreto-Lei 8.737/1946, que alterou a redação do art. 702, I, “f”, que tratou da competência para a edição de prejulgados, e do art. 902, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, que tratou dos seus efeitos obrigatórios verticais, regulamentado pelo Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho; (b) em virtude das disposições do Regimento Interno, discutiu-se se os prejulgados trabalhistas tinham natureza idêntica a da lei, por prever a edição de teses gerais e abstratas; (c) em 1977, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade 946, declarou-se que o artigo 902 da CLT havia sido revogado pela constituição de 1946, que não permitia a delegação de atribuições pelos Poderes; (d) ainda assim, o TST editou pré-julgados entre o período de 1946 e 1977, que tiveram

que com nítido viés autoritário, impôs que as decisões do Supremo Tribunal Federal fossem obrigatoriamente seguidas pelos Judiciários Estaduais, do Distrito Federal e do Território do Acre⁴³¹.

Também como exemplo da importância das decisões judiciais enquanto fonte do direito brasileiro, aponta-se que, em 1963, o Supremo Tribunal Federal alterou o seu regimento interno e passou a editar enunciados de Súmula da Jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal. Os primeiros 370 enunciados de súmulas foram publicados em 1963 e a súmula como método de trabalho foi adotada por outros tribunais, tais como o Superior Tribunal do Trabalho e o extinto Tribunal Federal de Recursos. As Súmulas se destinavam a expressar, em enunciados, o entendimento consolidado dos tribunais sobre matérias controvertidas e repetitivas. Ainda assim, as súmulas não tinham uma eficácia vinculante, apesar disso, influíam consideravelmente no trâmite de processos junto ao STF, que poderia trancar a tramitação de recursos que visassem impugnar decisões judiciais que estivessem em consonância com a jurisprudência dominante do tribunal ou garantir sua tramitação, na situação inversa⁴³².

efeitos normativos, que não era dotados de eficácia *erga omnes*, mas apenas de eficácia interna; (e) cabe ressaltar, contudo, que o descumprimento da obrigação de seguir os prejudgados, por parte dos tribunais inferiores, não era dotada de sanção; (f) dessa forma, a eficácia obrigatória dos prejudgados era limitada, apresentando caráter interno e parcial, e não genérica ou externa.

⁴³¹ Art. 1º As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º Sempre que os julgamentos das mesmas justiças se fundarem em disposição ou princípio constitucional, ou decidirem contrariamente a leis federais, ou a decretos ou atos do Governo da União, o presidente do Tribunal ou da Câmara respectiva, a quem couber, recorrerá «ex-officio» para o Supremo Tribunal federal, com efeito suspensivo, dentro do prazo de três dias contados da publicação do respectivo acórdão.

§ 2º As decisões do Supremo Tribunal Federal sobre os recursos acima referidos serão proferidas com a presença de dois terço, pelo menos, de seus ministros, com exclusão do procurador geral da República. BRASIL. Decreto nº 23055, de 09 de agosto de 1933. Institue recurso "ex-officio" de decisões das justiças locais, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 12 ago. 1933. v. 1, p. 15972-15972. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23055-9-agosto-1933-502941-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 jul. 2022.

⁴³² Sobre essa argumentação, Cf. LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 145, p. 1–20, 1981. DOI: 10.12660/rda.v145.1981.43387. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>. Acesso em: 21 ago. 2021. O autor descreve a formação de aprovação e revisão das súmulas, sua comparação com relação aos prejudgados e assentos que existiram de forma progressiva, sua regulamentação nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, além de outras iniciativas legislativas relacionadas ao tema. Algo que chama atenção do regime das súmulas é a pretensão do STF em criar enunciados que fossem claros, unívocos e minuciosos, que não precisassem ser interpretados. Isso porque as súmulas seriam o resultado da interpretação dos dispositivos legais, segundo o entendimento dominante do STF. Nesse sentido: “A Súmula deve, pois, ser redigida tanto quanto possível com a maior clareza, sem qualquer dubiedade, para que não falhe no seu papel de expressar a inteligência dada pelo Tribunal. Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da Súmula, deve ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na Súmula com outro número.” Esse apontamento acaba por confirmar a crítica direcionada ao instituto da súmula, que o qualifica como uma tentativa de padronização mecanicista das decisões judiciais.

Ressalva-se que as súmulas foram alvo de inúmeras críticas, principalmente porque foram aplicadas de forma para a resolução de casos posteriores de forma abstrata, ou seja, sem a exigência de identidade entre fatos relevantes com relação aos precedentes judiciais que motivaram a sua edição⁴³³.

Por sua vez, o controle concentrado de constitucionalidade, que corresponde ao controle abstrato – desvinculado de um caso concreto – das normas infraconstitucionais em confronto com seu parâmetro constitucional, foi instituído por meio da Emenda Constitucional nº 16 à Constituição de 1946, publicada em 26 de novembro de 1965, ainda que desprovido de eficácia *erga omnes*⁴³⁴, que passou a coexistir com o controle difuso de constitucionalidade, o que se repetiu nas duas ordens constitucionais posteriores (1967 e 1988).

Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, uma codificação marcada pela ideologia das codificações modernas⁴³⁵, foram aprovadas reformas para o julgamento com base

⁴³³ Zaneti Júnior, que associa as súmulas a uma tentativa de controle do discurso jurídico, enquanto expressão de uma violência simbólica, “geradora do esvaziamento das possíveis de sentido da norma jurídica, constituindo uma “normatividade usurpadora” do poder político. Um “Leviatã Hermenêutico”. Sobre essa argumentação, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 196-198. Importa ressaltar, entretanto, que quem cunhou a expressão leviatã hermenêutico foi Luiz Lênio Streck, em um artigo que trata da utilização dos princípios em julgamentos realizados pela Corte Suprema. O autor contrapõe duas teses equivocadas acerca da utilização dos princípios jurídicos: 1) a do *pamprinciolismo*, que postula uma expansão do uso dos princípios, por meio da utilização frequente de *standards argumentativos* que visam contornar a formulação democrática do direito e são desprovidos de força deontológica, uma vez que incapazes de resolver conflitos; e 2) a do uso restritivo dos princípios, contraposta à primeira, contudo, igualmente viciosa, posto que nega normatividade a um princípio real, enunciando-o como um regra. Como exemplo paradigmático da segunda tese, o autor aponta o julgamento que tratou da adequação da Lei Complementar 115/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, à Constituição Federal. Nesse julgamento, o voto do Ministro Luiz Fux negou a presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) o caráter de princípio, interpretando-a como uma *regra*, com base na obra de Humberto Ávila, que compreende a proporcionalidade e a razoabilidade como postulados desvinculados do controle das regras da argumentação jurídica da teoria de Alexy. Streck chama atenção para a impossibilidade de se negar o caráter de princípio à presunção de inocência, seja com base Dworkin (abordagem de natureza fenomenológica) ou Alexy (abordagem estrutural e semântica). Em resumo, o Leviatã Hermenêutico ocorre quando, em uma mesma decisão judicial, concorrem correntes diversas para a aplicação e interpretação do direito, ainda que incompatível entre si. Sobre essa argumentação, Cf. STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciolismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Brasília*, a. 49, v. 194, p. 1–20, 2012. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/194/ril_v49_n194_p7.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.

⁴³⁴ BRASIL. Constituição (1946). Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. *Diário Oficial da União*. Brasília, 6 dez. 1965. p. 12375-12375. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso em: 21 jul. 2022.

⁴³⁵ O CPC-73 possui uma clara influência da concepção de codificação do século XIX, o que consolida o chamando “paradoxo metodológico” existente no direito brasileiro, advindo das recepções cruzadas do modelo constitucional estadunidense, inclusive, com relação ao controle de constitucionalidade difuso, de tradição de *commom law* e do modelo de direito infraconstitucional, público e privado, inclusive com relação do direito processual predominante da Europa continental, de tradição de *civil law*. Existe, então, uma contraposição lógica entre os dois modelos, já

na “jurisprudência dominante”⁴³⁶. Era no incidente de uniformização de jurisprudência (CPC-73, art. 476 a art. 479) que eram editadas as Súmulas dos Tribunais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se que todas as condicionantes para concretização do paradigma do Estado Democrático Constitucional se aperfeiçoam, uma vez a Constituição exibe um extenso catálogo de direitos fundamentais (CF, artigos 5º a 17, conforme explicitado no capítulo 2 deste trabalho), que possuem aplicabilidade imediata – ou seja, não necessitam de regulamentação infraconstitucional – com eficácia perante o Estado e, também, nas relações entre particulares e devem ser aplicados pelo Poder Judiciário, como um todo – e, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da CF. Por isso, o sentido do princípio da legalidade é modificado, de sua concepção positivista, para corresponder ao princípio da legalidade substancial⁴³⁷. Logo, o Brasil atual se caracteriza como um Estado Democrático Constitucional, ainda que em fase de consolidação das garantias de

que o primeiro se base o estudo de casos concretos, o pleito cível lato sensu, a possibilidade do *judicial review* e o sistema de freios e contrapesos. Ao passo que o segundo, é centrado no desenvolvimento do direito público, segundo as ideias do contratualismo e a separação tripartite e estanque de poderes. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...*, 2014, p. 16-20.

⁴³⁶ CPC-73, art. 557, § 1º, art. 475, § 3º, art. 543-B e art. 543-C.

⁴³⁷ Luigi Ferrajoli indica que o princípio da legalidade, em sua vertente substancial, está associado ao surgimento das constituições rígidas e ao Estado Constitucional. Nesse paradigma, o princípio da legalidade está condicionado a exigências substanciais e formais. As exigências formais dizem respeito à produção das normas por meio do procedimento estabelecido por ato da autoridade competente. Por outro lado, as exigências substanciais são expressas pelas condições limitativas impostas pela Constituição por meio dos princípios de direitos fundamentais. Essas limitações devem ser controladas por meio de uma jurisdição especificamente legitimada para tanto e encarregada de aferir a validade das normas. Essa alteração de paradigma tem consequências, tais como: (a) dissociam-se os planos normativos da validade e da existência, uma vez que é possível que uma norma formalmente válida e vigente, seja substancialmente inválida quando em cotejo com as normas constitucionais; (b) o estatuto epistemológico da ciência jurídica se altera, uma vez que seu papel ultrapassa a mera explicação de seu objeto, expressando-se também em sua crítica e proteção, por meio da constatação de lacunas decorrentes da violação dos direitos fundamentais, para que estas sejam corrigidas e eliminadas; (c) altera-se, também, o papel da jurisdição, que deve aplicar a lei somente quando esta é constitucionalmente válida, logo, a interpretação e a aplicação da lei sempre é também um juízo sobre sua constitucionalidade. Isso se traduz em uma obrigação conferida ao juiz de denunciar a inconstitucionalidade da lei a ser aplicada, sempre que não for possível que lhe conceder uma interpretação compatível com a constituição e implica em uma mudança da racionalidade jurídica, em comparação com o paradigma positivista, que passa a ter uma dimensão pragmática e uma responsabilidade cívica de sanar antinomias e lacunas – o que ocorre por meio de sua superação por meio das garantias existentes ou pela proteção das garantias que faltem. Por último, a subordinação da lei e do Poder Legislativo à constituição rígida representa um limite substancial também à democracia, uma vez que os direitos fundamentais correspondem a obrigações e proibições aos poderes da maioria que, de outra forma, seriam absolutos. Ferrajoli indica que o Estado de Direito passa por uma crise, tanto em sua concepção Legalista (sentido fraco) como em sua concepção Constitucional (sentido forte) que se manifesta pela regressão a um direito jurisprudencial pré-moderno: por um lado, existe o colapso da capacidade regulamentadora da lei e o retorno ao papel criativo da jurisdição; e por outro lado, a ausência de unidade e coerência das fontes e a convivência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes. Sobre essa argumentação, Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 31-45.

liberdade e igualdade, de maneira que também se observa um crescimento da valorização da decisão judicial como fonte do direito.

A atual ordem constitucional mantém a estrutura híbrida do controle de constitucionalidade, dos atos normativos, com a previsão de existência do controle difuso de constitucionalidade, de caráter concreto, exercidos por todos os juízes, enquanto incidente (de natureza declaratória e retroativa, em virtude do direito material postulado) da solução do litígio⁴³⁸; e do controle concentrado de constitucionalidade, de caráter abstrato, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, exceto para os casos de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da constituição dos estados, que são julgadas pelos Tribunais de Justiça, mediante a provocação de entes legitimados. O provimento decorrente das ações de controle concentrado de constitucionalidade possui natureza constitutiva e, em regra, não deve retroagir⁴³⁹.

O controle de constitucionalidade apresentava uma lacuna em seu desenvolvimento pelo, uma vez que produziam efeitos somente para relação processual onde ocorreu a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo infraconstitucional. Isso permitia a reiteração de demandas com o mesmo objeto e a prolação de decisões contraditórias em questões constitucionais, até que a solução jurídica fosse unificada em repetição de julgamentos. O problema era aprofundado porque a atribuição de efeitos vinculantes (negativos, apenas) para as decisões de controle de constitucionalidade tomadas em controle difuso, que dependiam do expediente da suspensão pelo Senado Federal (introduzido pela CF-34 e presente da ordem constitucional atual no art. 52, X) que, por razões de ordem teórica e de ordem prática, revelou-se ineficiente.⁴⁴⁰

⁴³⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 254-255.

⁴³⁹ Os tipos de ação pertencentes ao controle concentrado de constitucionalidade são: a Ação Direta de Inconstitucionalidade, comissiva ou omissiva, em face de atos normativos estaduais ou federais; a Ação Direta de Constitucionalidade de atos normativos federais; a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, Federal ou Estadual, em face de decreto de intervenção da União em face dos Estados ou deste em face dos Municípios; a Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual, contra atos normativos estaduais ou municipais, tendo como parâmetro a Constituição Estadual; e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, contra atos normativos, federais, estaduais ou municipais que descumprirem preceito fundamental da CF. Sobre o controle concentrado de constitucionalidade, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 241-254.

⁴⁴⁰ As razões teóricas são: (a) a suspensão, pelo Senado, possui apenas efeitos negativos, ou seja, fica restrita a extirpar da ordem jurídica o dispositivo constitucional controlado, ou seja, não produz efeitos positivos de proibir interpretações em sentido contrário por parte das instâncias inferiores, tal como se observa as decisões procedência de inconstitucionalidade ou de improcedência de constitucionalidade (efeito “espelho” adstrito aos atos normativos

O poder constituinte reformador, ao editar a Emenda Constitucional nº 3, incluiu o § 2º no art. 102 da CF⁴⁴¹, que foi o primeiro a prever a eficácia vinculante em nossa ordem constitucional atual. A previsão do efetivo vinculante se deve à adição da Ação Declaratória de Constitucionalidade, de ato normativo federal, ao inciso I, alínea “a” do mesmo artigo, regulamentada pela Lei 9.868/99. A inexistência da menção anterior se deve ao fato da única ação de controle abstrato originalmente prevista no texto constitucional ter sido a Ação Direta de Inconstitucionalidade Federal, de ato normativo federal ou estadual, que, caso procedente, limitava-se a extirpar do ordenamento jurídico o ato normativo objeto do exame de constitucionalidade. Contudo, a procedência da Ação Direta de Constitucionalidade confere uma certeza de constitucionalidade ao ato normativo controlado, possuindo, pois, efeitos constitutivos e eficácia *ex nunc* (em contraposição aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que são, em regra, retroativos, com base na teoria da revogação)⁴⁴². Além do efeito vinculante (interna/voltada ao Poder Judiciário), as decisões em controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes* (externa/voltada para a toda sociedade, com a exclusão, parcial, do Poder Legislativo).

federais), dessa forma, “nada impede que se renovem as mesmas demandas difusamente, discutindo-se, por exemplo, as consequências materiais da inconstitucionalidade até o momento da suspensão ou inclusive negando-se a inconstitucionalidade até o momento da suspensão”; (b) as razões de ordem prática: são de duas naturezas, uma quantitativa e outra qualitativa. A razão de ordem prática quantitativa é vincula ao fato de ser diminuto o número de casos em que a resposta do ofício do pedido de suspensão é positiva, na maioria das vezes, ela fica sem resposta ou são arquivados por prejudicialidade, quando repetidos. Já a razão de ordem prática qualitativa, diz respeito ao não exercício de um juízo de mérito, por parte do Senado, para a apreciação do pedido de suspensão, que é usualmente deferido, quando apreciado. Isso, evidentemente, antes da alegada “mutação constitucional” do art. 52, X, da Constituição Federal, que se reduziu o papel do Senado, nos pedidos de suspensão, a um aspecto meramente formal. Sobre essa argumentação, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Comentários às súmulas vinculantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 15-20, para o trecho transcrito, p. 20.

⁴⁴¹ Essa é a redação do dispositivo, tal como concebida pela EC 93: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.” Esse dispositivo foi, novamente, alterado pelo poder constituinte reformador por meio da edição da EC 45 e passou a ter a redação atual, que se transcreve: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”. No direito infraconstitucional, esse dispositivo é regulamentado pelas Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99.

⁴⁴² Sobre essa argumentação, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 280-282. Para uma crítica arguta da teoria da revogação, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 173-179.

Já a Emenda Constitucional n. 45 inseriu no texto constitucional atual o art. 103-A⁴⁴³ que prevê criação das Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁴⁴. Esse instituto jurídico, que não deve ser classificado como precedente, por razões a serem expostas, pretende a correção das ineficiências relativas ao controle difuso de constitucionalidade, realizado pelo STF, uma vez que dota as sucessivas decisões da Corte em matéria constitucional do efeito positivo que a suspensão nunca teve. Dessa forma, as decisões reiteradas do STF podem ser dotadas dos mesmos efeitos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade concentrado (efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, sendo inaplicáveis, apenas, ao Poder Legislativo), com duas ressalvas: (a) não existe um número pré-determinado de decisões anteriores que seja necessário para a edição da SV; e (b) isso não ocorre de maneira automática, existindo para a aprovação de uma SV um procedimento específico⁴⁴⁵.

A Súmula Vinculante é regulamentada, no nível infraconstitucional, por meio da Lei 11.417/2006 que complementa seus requisitos de admissibilidade. Importa salientar que a criação das Súmulas Vinculantes foi o primeiro passo para a implementação de um *stare decisis* brasileiro⁴⁴⁶, ainda que não correspondam à noção de precedente judicial⁴⁴⁷. Com o Código de

⁴⁴³ CF-88: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁴⁴⁴ A origem remota das súmulas vinculantes é disputada, existindo quem defenda sua inspiração nos assentos portugueses e outros que as associam ao *stare decisis* dos países de *commom law*. Não é necessário entrar, aqui, num debate dessa natureza. Para tanto, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Comentários às súmulas vinculantes*, 2017, p. 20-26; e, também, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 194-198.

⁴⁴⁵ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Comentários às súmulas vinculantes*, 2017, p. 22.

⁴⁴⁶ Nesse sentido, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 198.

⁴⁴⁷ O procedimento das súmulas vinculantes é composto de requisitos de admissibilidade formais e materiais, sistematizados por Jeveaux, da seguinte forma: “1) formais: a) *quorum* mínimo de 2/3 do total de membros do STF; b) iniciativa: b.1) *ex officio*, por qualquer Ministro do STF; b.2) provocada: mesmos legitimados para a ADI (art. 103 da CF), além do defensor público-geral da União, dos tribunais superiores, Tribunais de Justiça dos Estados, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Militares (art. 3º da Lei 11.417/2006); 2) materiais: a) controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública; b) grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica decorrentes daquela controvérsia; c) reiteradas decisões anteriores sobre matéria constitucional

Processo Civil de 2015, em seus art. 926 e 927, consolida-se a recepção da teoria dos precedentes obrigatórios no Brasil, que passa a ser o alvo de atenção do presente trabalho⁴⁴⁸.

Sob o tema tratado nesse subitem, sumariza-se: (i) que historicamente o sistema jurídico brasileiro é caracterizado pelo hibridismo e apresenta características de ambas as tradições jurídicas, tal como apresentado⁴⁴⁹; e (ii) a instituição e o processo de consolidação, ainda em curso, do Estado Democrático Constitucional, veio acompanhado de uma reorganização da teoria das fontes do direito, que deve passar a ser compreendida de forma argumentativa⁴⁵⁰. Isso significa que lei ainda ocupa a posição de principal fonte do direito, por ser produto da atividade legislativa, em respeito ao princípio democrático e de separação de poderes. Contudo, não se pode mais falar em *supremacia da lei*, que poderá, inclusive, ser superada por outros elementos do discurso jurídico e do discurso prático geral, mediante fundamentação discursiva. A forma com que essa reorganização acontece será estudada com base na Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, com recorte específico para os precedentes produzidos no contexto das colisões de direitos fundamentais.

envolvida, em sede de controle difuso de constitucionalidade.” JEVEAUX, Geovany. *Comentários às súmulas vinculantes*, 2017, p. 28.

⁴⁴⁸ Nesse sentido, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 369 e p. 372. Bem como, MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, *Precedentes judiciais e o direito processual civil...*, 2019, p. 209-210. Na jurisprudência, o STF já considerou recepcionada no Brasil a teoria dos precedentes obrigatórios. Nesse sentido, Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 655.265. Relator: Edson Facchin. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em: 12 maio 2022. Em sentido contrário, STRECK, Lênio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 21-32; também, com fundamento na inconstitucionalidade do sistema de precedentes obrigatórios do CPC-15, Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 167. O tema é interessante e existem diversos outros posicionamentos críticos à sistemática do CPC-15, tal como a questão da mistura entre precedentes e súmulas, contudo, aqui, não isso pode ser problematizado, dados os limites deste trabalho.

⁴⁴⁹ Fred Didier Jr. indica que o ordenamento jurídico é caracterizado pelo hibridismo pelos seguintes motivos: (a) o direito constitucional possui inspiração estadunidense, com a consagração do devido processo legal, ao passo que o direito infraconstitucional (em especial o direito privado) é pautado pela influência continental europeia); (b) o controle de constitucionalidade é misto, difuso (com inspiração nos EUA) e concentrado (modelo austríaco); (c) a coexistência entre as codificações e a valorização dos precedentes judiciais, em especial, após o CPC-15; (d) a existência de um modelo de tutela de direitos coletivos avançado, que é marca dos países de *commom law*; (e) no que concerne ao ensino jurídico, a inspiração é precipuamente continental europeia, ainda que exista um aumento na importância de estudos de caso. Sobre essa argumentação, Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 65-68.

⁴⁵⁰ Nesse sentido, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea..., 2013a, p. 299-325; AARNIO, Aulio. *The rational as reasonable...*, 1987, p. 78-79.

4.4 O CONCEITO DE PRECEDENTE E A EFICÁCIA VINCULANTE.

Os precedentes não são um fenômeno restrito ao direito⁴⁵¹, contudo, aqui, a análise se restringirá a esse âmbito. Robert Alexy e Ralf Dreier conceituam o precedente judicial da seguinte forma:

‘Precedent’ (Präjudiz) is usually taken to mean any prior decision possibly relevant to case to be decided. The notion presupposes some kind of bindingness, but its use in legal discourse does not imply anything definitive about the nature or the strength of that bindingness. Also it is not necessary that the deciding court expressly adopt or formulate a decision to guide future decision making in order to talk about it as a precedent. Being relevant for any future decision is sufficient.⁴⁵²

Observa-se, então, que o precedente é uma decisão judicial anterior que serve “como ponto de partida ou modelo para decisões subsequentes”⁴⁵³. Entende-se, então, que o precedente judicial

⁴⁵¹ Nesse sentido, transcreve-se a exposição de Frederick Schauer: “What makes understanding and studying reasoning from precedent even more important is that its use is not restricted to the legal system. This is well understood by parents of more than one child, for when a younger child claims the right to be given permission to do at a given age what his or her older sibling was permitted to do at the same age, the child is arguing from precedent and demanding that previous decisions be followed regardless of the current views of the decision maker about the wisdom of the earlier decision”. SCHAUER, Frederick. Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy. *SSRN Electronic Journal*, [S.L.], p. 1-21, 2007. [Http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.10070](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.10070). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007001. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁴⁵² ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedents in the Federal Republic of German...*, 2016, p. 23.

⁴⁵³ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 78. Em sentido semelhante, Neil MacCormick e Robert Summers conceituam o precedente judicial como: “Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. Applying lessons of the past to solve problems of the present is a basic part of the human practical reason. Accordingly, there are no better way for a lawyer to get at the heart of a legal system than to ask how it handles precedent. Precedents represents the law observing itself, in two senses. First, when a lawyer – judge, practitioner or legal scholar – contemplates a legal problem and inquires whether there is any precedent about this problem, what will be produced for scrutiny, should the inquiry succeed, is a record of a prior decision or decisions from the same legal system that solved, well or ill, the same or at least a similar problem. Thus one member of the system observes another member’s activity in one of the central tasks of a legal system, the problem-solving, case-deciding task. Second, there may be observance in the stronger sense of compliance; the later decision maker does not merely take note of an earlier solution of the present problem, and may do so on the ground that present observance of past rulings in like cases is the right or even the obligatory course do follow”. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). *Interpreting Precedents*. Nova Iorque: Routledge, 1997, p. 1. Por outro lado, Zaneti Júnior associa a existência do precedente judicial à existência da regra do *stare decisis*, ou seja, com a obrigatoriedade das Cortes Superiores em seguir suas próprias decisões passadas, bem como à vinculação vertical que é imposta aos órgãos judiciais hierarquicamente subordinados, no âmbito de uma mesma estrutura judiciária. Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 332 e p. 338-339. Mitidiero sustenta, de igual forma, que só podem existir precedentes, no contexto das Cortes Supremas e dotados de eficácia vinculante, nesse sentido, Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes...*, 2018, p. 92-93. Nesse trabalho, realizou-se a opção de classificar o precedente de forma separada da eficácia que lhe é atribuída, por ser um dado comum a todos os sistemas jurídicos, ainda que sem eficácia vinculante. Nesse sentido, Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 86-87; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 1-6; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 86-92.

é a decisão judicial passada, considerada em sua integralidade, ou seja, composta por relatório, fundamentos e dispositivo que seja de alguma forma relevante para a resolução de um caso análogo atual⁴⁵⁴. Ressalta-se que nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente, porque este último se orienta por um aspecto relacional, ou seja, dá-se no contexto da aplicação do caso-precedente (passado) analisado no caso-atual (presente)⁴⁵⁵. Logo, como nem toda decisão judicial será utilizada no contexto indicado, afirma-se que nem toda decisão judicial será precedente⁴⁵⁶. Como sobredito, não é necessário que o órgão prolator da decisão tenha intenção de que essa última venha a constituir precedente, bastando que sua utilização no contexto indicado.

De forma imprópria, também se pode usar o conceito de precedente como sinônimo de *ratio decidendi*, ou seja, como norma que decorre do precedente. Nesse segundo sentido, o conceito de precedente não corresponde à integralidade da decisão judicial, uma vez que o dispositivo e a resolução do caso concreto não o integram, mas serve para o seu esclarecimento.

[...] O precedente judicial pode ser tido como a própria norma aplicada pela corte, compreendida especialmente a partir da fundamentação, que se afigura indispensável para resolver o caso. É importante perceber que há diferenças entre a decisão, e até mesmo sua fundamentação, e o precedente em sentido estrito, que constitui uma norma compreendida a partir de toda a decisão, por um processo construtivo próprio, e a ela não se limita. Esse seria o conceito estrito de precedente, que se confunde com o de *ratio decidendi* ou norma da decisão. É nesse sentido que se fala, por exemplo,

⁴⁵⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 78-79. Schauer aponta o pensamento analógico é separado em três fases: (a) o processo de recuperação ou restabelecimento (*retrieval process*), em que o sujeito que pretende decidir uma questão ou defender um ponto para outros seleciona um situação-fonte de analogia para comparar com situação-alvo; (b) o processo de mapeamento (*mapeamento*): em que as semelhanças relevantes entre a situação-fonte e a situação-alvo são identificadas; (c) transferência, onde os elementos estruturais da fonte são usadas para alcançar a conclusão ou sustentar o argumento a respeito da situação-alvo. Schauer chama a atenção para o fato de a analogia ser uma escolha intencional para aquele que desenvolve a argumentação que pode ou não selecionar uma fonte. Quando isso ocorre, é porque a analogia foi considerada útil para persuadir alguém ou para o processo decisório. Sobre essa argumentação, Cf. SCHAUER, Frederick. Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy..., 2007, p. 6-7.

⁴⁵⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 79.

⁴⁵⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 79. Em sentido semelhante, embora não idêntico, Zaneti Júnior afirma que precedentes se diferenciam de decisões judiciais, pelas seguintes razões: “[...] a) não será precedente a decisão que aplicar lei não-objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma decisão determinativa, e não depende da força do precedente para ser vinculativa; b) a decisão pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso, e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da decisão no caso-atual.” ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 333.

em “aplicação do precedente: o que se está a aplicar, a rigor, é a norma que se constrói a partir do precedente.”⁴⁵⁷

Em suma, precedente em sentido próprio, continente ou formal, é fonte do direito (ou seja, fato jurídico instrumento de criação normativa) e expressa a relação entre duas decisões. Ao passo que em sentido impróprio ou substancial, é norma e se confunde com o conceito de *ratio decidendi*⁴⁵⁸. Já com relação à natureza jurídica do precedente, entende-se que: (a) em sentido próprio, o precedente é ato jurídico e corresponde à decisão judicial (significante); (b) em sentido impróprio, o precedente (*ratio decidendi*) é norma (significado) e, portanto, é princípio ou regra⁴⁵⁹.

4.4.1 A eficácia dos precedentes e a sua classificação.

A partir da eficácia atribuída por cada sistema jurídico aos precedentes, tomados, aqui, sem sentido impróprio, ou seja, como sinônimos da norma que deles se desprende, é possível distingui-los entre: (a) precedentes persuasivos; e (b) precedentes obrigatórios⁴⁶⁰. O que os separa é o dever (ou seja, a obrigação) de serem ou não considerados pelos julgadores dos casos

⁴⁵⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 80.

⁴⁵⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 81. Sob outro enfoque, Zaneti Júnior compreende que os precedentes “[...] consistem no resultado da densificação das normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação desse caso-precedente, analisado o caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como *core* do precedente. Trata-se, portanto, a solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts somados* a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual. [...]”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 332. O autor sustenta, ainda, a diferença entre precedentes e jurisprudência, com base em dois argumentos, um qualitativo e outro quantitativo. O argumento qualitativo associa os precedentes à vinculação, ao passo que a jurisprudência seria, apenas, persuasiva. Já a diferença quantitativa, diz respeito ao fato que não se exige a existência de uma pluralidade de decisões para que seja admitida a existência de um precedente; o que não ocorre com a jurisprudência que corresponde, justamente, às decisões reiteradas dos tribunais sobre uma determinada questão. O autor afirma, com razão, que apenas um *leading case* é capaz de constituir precedente e modificar uma cadeia de precedentes anteriores (*overruling*). Sobre essa argumentação, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 332-333. Como sobredito, aqui, não se associa o conceito de precedente a um dos seus possíveis efeitos, a vinculação, ainda assim, embora se possa falar em cadeia de precedentes, entende-se que o critério quantitativo é útil para distinguir entre precedentes e jurisprudência.

⁴⁵⁹ Sobre essa argumentação, Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 83-86.

⁴⁶⁰ A classificação adotada é a mesma que se observa em Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 86-87. Sobre a relação entre precedentes obrigatórios e coisa julgada, leciona Marinoni: “A qualidade que reflete a imutabilidade da decisão judicial em relação às partes – denominada de coisa julgada – não se confunde com o *stare decisis*. A coisa julgada garante às partes a imutabilidade da decisão. O respeito aos precedentes confere aos jurisdicionados a estabilidade de dada interpretação jurídica.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 86.

seguintes – sejam membros do próprio tribunal prolator do precedente, seja por quem lhe for subordinado dentre de uma mesma estrutura judiciária.

Os precedentes persuasivos não precisam ser seguidos pelos julgadores seguintes, ou seja, não existe uma obrigação de se decidir da maneira como foi decidido no caso-precedente. Dito de outra forma, “o julgamento pode dissentir de uma decisão anterior sem constituir erro.”⁴⁶¹ Por isso, os casos-precedentes persuasivos servem como argumento – ainda que facultativo⁴⁶² – para a decisão do caso-atual, sem, contudo, determinar a tomada de decisão⁴⁶³.

Já os precedentes obrigatórios, compreendidos, aqui, novamente, enquanto norma, geram um dever jurídico relativo à sua observância, por parte dos julgadores subseqüentes, no momento

⁴⁶¹ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 87.

⁴⁶² Em sentido contrário, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 90-91. O autor admite a existência de precedentes persuasivos, contudo, entende que “[p]ara que se tenha eficácia persuasiva é que preciso que exista algum constrangimento sobre aquele que vai decidir. É necessário que o juiz tenha alguma obrigação diante da decisão já tomada. O reflexo desse constrangimento é ou desta obrigação apenas pode estar na fundamentação. A Corte obrigada não pode ignorar o precedente, devendo apresentar convincente fundamentação para não o adota”. Por sua vez, MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 87, nota de rodapé 56, entende que essa obrigação é associada à eficácia do contraditório e ao dever de fundamentação das decisões judiciais e não à eficácia dos precedentes judiciais, o que embasa a afirmação quanto à não obrigatoriedade de se tomar em conta a norma precedente no momento da tomada de decisão.

⁴⁶³ Sobre essa argumentação, MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 2019. Como sobredito, Zaneti Júnior não identifica que a existência de precedentes persuasivos, mas, apenas, de jurisprudência persuasiva. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 348. Contudo, o conceito de precedente adotado no presente trabalho é relacional e desvinculado dos efeitos que os precedentes podem apresentar para os julgamentos de casos futuros, de forma que é possível cogitar a existência de precedentes persuasivos, desde que utilizados como argumento para a decisão de casos-atuais. Nesse sentido, também, leciona Cruz e Tucci, com referência às famílias de *commom law* e *civil law*: “Seja como for, é certo que em ambas as experiências jurídicas os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar os cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim o núcleo de cada um desses pronunciamentos constitui, em princípio, um precedente judicial. O alcance deste somente pode ser apreendido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente nasce como regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 2. Sobre o conceito de jurisprudência, por sua vez, faz-se necessária uma desambiguação, uma vez que é empregado em contextos diferentes com significados distintos. Segundo Giuseppe Lumia, jurisprudência é um vocábulo usado: (a) em sua acepção teórica, como sinônimo de ciência jurídica, que compreende: (a.1) a teoria geral do direito, que, por sua vez, pode significar, a depender do que se entende por geral, o estudo dos princípios comuns aos ordenamentos jurídicos (jurisprudência analítica, para Austin) ou os princípios comuns dos diversos ramos de um sistema jurídico determinado e (a.2) a dogmática jurídica, que estuda as normas nos seus conteúdos, por meio da execução das tarefas exegética (reconhecimento do significado de cada norma) e sistemática (agrupamento das normas jurídicas com base no objeto e elucidação pelas normas de princípios gerais); e (b) em sua acepção operacional, como conjunto de decisões judiciais, reputado sinônimo de repertório de jurisprudência ou jurisprudência de cassação. Sobre essa argumentação, Cf. LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5-6. Tradução: Denise Agostinetti. No presente trabalho, jurisprudência é utilizada em sua acepção operacional.

da resolução dos casos-atuais. Caso não sejam observados, existirá erro na aplicação do direito, que poderá ser *error in iudicando* ou *in procedendo*, a depender do caso⁴⁶⁴.

[...] Assim precedentes vinculantes são os que servem como modelos determinantes para decisões posteriores. A obrigação de seguir o precedente é, destarte, espécie da obrigação de julgar conforme o Direito, e, nesse ponto, em nada difere da obrigação de aplicar a lei. Assim sendo, julgar conforme o direito, em um sistema de precedentes obrigatórios, é considerar como normas jurídicas as *rationes decidendi* dos precedentes judiciais vinculantes que relacionam com o caso em questão. Realmente, o juiz deverá reconhecer a incidência da norma definida ou gerada em precedente judicial, ou ainda, deverá tomar em consideração a norma do precedente, para adequá-la ou eliminá-la do sistema.⁴⁶⁵

Os precedentes obrigatórios podem ser classificados de acordo com o sentido da vinculação em uma determinada estrutura judiciária hierarquicamente organizada, entre: (a) verticalmente vinculantes; e (b) horizontalmente vinculantes. Os primeiros vinculam o próprio órgão prolator da decisão do à norma formada no caso-precedente no momento do julgamento do caso-atual. Já os precedentes verticalmente vinculantes são aqueles que atingem os órgãos hierarquicamente subordinados ao que prolatou o precedente com a obrigação de seguir aquilo que foi decidido anteriormente, enquanto “decorrência da lógica da organização judiciária, por conta da própria competência recursal.”⁴⁶⁶ Por último, compreende-se que a vinculação depende sempre da perspectiva subjetiva do órgão julgador que prolatou o precedente e daquele que irá julgar o caso atual.

⁴⁶⁴ Sobre essa argumentação, Cf. MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 88. E, também, Zaneti Júnior quando afirma: “Vinculação formal significa que um julgamento que não respeita um precedente vinculante com relevância institucional, ou seja, com relevância constituída e regulada por normas jurídicas, não pode ser considerado juridicamente correto.” ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 348

⁴⁶⁵ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 88. Em sentido semelhante, Alexy e Dreier ao tratarem dos precedentes advindos do Tribunal Constitucional Alemão, assim discorrem: “[...] To sum up: the decisions of the Federal Constitutional Court of Germany are formally binding in the sense that, if lower courts do not follow them, their decisions will be unlawful and reversed on appeal. [...] The legislature and the court itself being exempted from this bindingness forms no exception in the sense of the question, but only a limitation of those to which bindingness applies. The decisions of the Federal Constitutional Court are therefore formally binding without exception and without being subject to overruling or modification except by the Federal Constitutional Court itself.” ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedents in the Federal Republic of German...*, 2016, p. 27.

⁴⁶⁶ Sobre essa argumentação, Cf. MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 89. Importa frisar que não existem mais precedentes absolutamente vinculantes em nenhum ordenamento jurídico contemporâneo, seja de *civil law* ou de *commom law*, sendo que foi o *stare decisis* inglês que mais se aproximou desse estado de coisa, conforme já exposto acima.

Deve-se considerar que a existência de vinculação, horizontal ou vertical, não impede que a norma decorrente do caso-precedente seja superada (*overruling*) ou que se demonstre não existência coincidência entre os fatos materiais (*material facts*) do caso-atual com relação ao caso-precedente, afastando-se, assim, a aplicação da norma advinda do caso-precedente por meio da distinção (*distinguish*). Contudo, primeiramente, é necessário afirmar que a norma decorrente do caso-precedente deve ser corretamente identificada, para que possa produzir os efeitos de vinculação, horizontal ou vertical, aos julgadores posteriores⁴⁶⁷.

Deve-se distinguir entre efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*. A eficácia *erga omnes* é mais abrangente do que o efeito vinculante, porque obriga as autoridades judiciárias, os demais Poderes (com suaves distinções com relação ao Legislativo⁴⁶⁸) e a toda sociedade (que não pode firmar relações jurídicas materiais que desconsiderem a declaração de inconstitucionalidade da regra matriz infraconstitucional ou as decisões interpretativas, que são aquelas que produzem uma norma e reclamam sua observância, acerca do significado de uma norma infraconstitucional, de acordo com a interpretação que lhes é dada pelo Tribunal Constitucional)⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Ressalva-se que não são vinculantes os precedentes que sejam provenientes de órgão subordinados com relação àqueles que lhe são superiores, ainda que pertencentes a uma mesma estrutura judiciária (por exemplo: a decisão do Tribunal de Justiça de um estado com relação ao Superior Tribunal de Justiça). Tampouco são vinculantes os precedentes provenientes de tribunais ou juízes pertencentes a outros tribunais de mesma hierarquia, ainda que pertencentes a uma mesma estrutura Judiciária (por exemplo, uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo). Por último, não são vinculantes decisões de Cortes Superiores de outros países (tal como uma decisão do Tribunal Constitucional alemão com relação ao Supremo Tribunal Federal). Sobre essa argumentação, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 349.

⁴⁶⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 280-282 e p. 292, nota de rodapé 178.

⁴⁶⁹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. Precedentes na Justiça do Trabalho, 2020b. p. 583. Sobre o tema das decisões interpretativas na jurisdição constitucional, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 315-363. E, também, BRUST, Léo. Uma tipologia das sentenças constitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 102, p. 223-250, jun. 2006. Em resumo, a questão das decisões interpretativas: (i) tem início nos Estados Unidos, com a doutrina da *living constitution*, que transformou o *judicial review* em *prosional review*; (ii) esse movimento se expande para os Tribunais Constitucionais europeus, em um movimento duplo, marcado pela judicilização da Constituição e a constitucionalização do direito ordinário; (iii) no Brasil, essa discricionariedade interpretativa é utilizada nas ADI's, ADC's e ADPF's, com potencial para constitucionalização do direito ordinário; (iv) para as ADI's são utilizadas as sentenças de interpretação conforme e as decisões de inconstitucionalidade parcial qualitativa sem redução de texto; (v) em ambas, os preceitos infraconstitucionais tem seu significado normativo alterado, de forma não textual e devem passar a ser aplicados conforme a interpretação expressamente escolhida ou com a exclusão de uma das opções interpretativas consideradas inconstitucionais, respectivamente. Para as ADPF's, o efeito depende do objeto que nela está previsto. Se se tratar de ADI interpretativa, os efeitos serão os mesmos, com as seguintes distinções: a interpretação vinculante não depende da inconstitucionalidade da lei, mas do fato dela regulamentar preceito fundamental e a sua interpretação ser alvo de controvérsia judicial; o efeito vinculante é mais abrangente, por incluir o Legislativo (interpretação de cláusula pétreia); o que se constitucionaliza é mais a interpretação dada ao preceito fundamental do que a lei que o

4.4.2 A classificação dos precedentes judiciais, segundo seu caráter normativo ou declaratório.

Os precedentes judiciais obrigatórios são fonte do direito, uma vez que impõem um dever de aplicação da norma que é constituída por sua prolação dos casos atuais. Ainda assim, deve-se reconhecer que uma decisão judicial capaz de produzir precedente nem sempre constituirá uma nova norma jurídica ou acrescentará algum elemento relevante o para a compreensão das normas jurídicas pré-existentes no sistema jurídico (por exemplo, o apontamento de casos que se enquadram na hipótese fática ou os que se enquadram como cláusula de exceção da norma)⁴⁷⁰.

Por isso, Macêdo propõe a existência de uma classificação em três níveis para os precedentes judiciais, no âmbito do sistema do *stare decisis* brasileiro, de acordo com o critério da *contribuição criativa* do precedente enquanto *ato jurídico produtor de normas*, levando em consideração a peculiaridade da *pré-existência* de uma grande quantidade de *normas postas pelo legislador*, tal como apresenta: (a) precedentes declaratórios, que não constituem fonte do direito, pois não existe contribuição criativa para determinação do sistema jurídico e ocorrem quando: (a.1) a norma legal for densa o bastante para fundamentar a decisão ou (a.2) o precedente se limitar a aplicar uma norma produzida no âmbito de um precedente anterior, chamado de precedente-paradigma (*leading case*), sem qualquer contribuição aditiva; (b) determinantes ou especificadores, que são considerados fonte do direito, embora limitados a (b.1) definir algum elemento da norma legal (hipótese fática ou consequente), que é a referência normativa mais forte e originária ou (b.2) especificar algum elemento da *ratio decidendi* (norma jurídica) produzida no caso-precedente paradigma (*leading case*), situação na qual o referencial normativo mais forte está naquela; (c) precedentes originários ou criativos, “sendo estes os precedentes que criam normas jurídicas que não pertenciam ao ordenamento jurídico, institucionalizando-as a partir dos princípios”⁴⁷¹.

regulamenta. Por isso, nesses casos, a força vinculante recai sobre a norma interpretada (exceto nos casos da ADC que recai sobre o próprio texto). Com isso criam-se duas categorias de atos normativos: (1) os que se mantêm submissos à Constituição, com mera presunção de constitucionalidade; e (2) os que se igualam à Constituição, com certeza e Constitucionalidade. Isso subverte a teoria das fontes e o monopólio do legislativo de criação constitucional.

⁴⁷⁰ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 238.

⁴⁷¹ Sobre essa argumentação, MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 238-243, para o trecho transcrito, p. 243. Outra classificação relevante é a proposta por Zaneti Júnior, que parte da ideia de que os precedentes devem ser obrigatórios, tanto horizontal, quanto verticalmente, e normativos, por isso, nega o caráter a qualificação de precedente aos precedentes declaratórios e persuasivos, qualificando-os como

No presente trabalho, a análise está concentrada nos precedentes obrigatórios originários ou criativos, por surgirem no contexto das decisões judiciais que resolvem as colisões de direitos fundamentais, ao estabelecer uma relação de precedência condicionada às circunstâncias fáticas de jurídicas do caso concreto⁴⁷².

jurisprudência persuasiva, o que não se aplica aos precedentes acima qualificados como determinantes ou especificadores, tampouco aos precedente originários ou criativos que são admitidos como precedentes, como se depreende do seguinte trecho: “[...] Neste sentido, duas razões podem ser indicadas para que nem toda decisão judicial seja um precedente: a) não será precedente a decisão judicial que aplicar lei não-objeto de controvérsia, ou seja, decisão que *apenas* refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa e não depende da força do precedente para ser vinculativa; b) a decisão pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso, e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da decisão presente no caso-atual. Dito de outra forma, apenas será precedente a decisão que resultar efeitos jurídicos normativos para os casos futuros. Não será precedente, a decisão que simplesmente aplicar um caso-precedente já existente, ou a decisão que não tiver conteúdo de enunciação de uma regra jurídica ou de um princípio universalizável. Assim como, não será precedente, a decisão que apenas se limitar a indicar a subsunção dos fatos ao texto legal, sem apresentar conteúdo interpretativo”. Existe ainda, a separação entre vinculação formal e vinculação de fato: a primeira, significa que a decisão que contrarie o precedente vinculante incide em erro e deverá ser revertido pelos meios de impugnação disponíveis no sistema jurídico; ao passo que a segunda, consiste na força empírica do precedente, baseado em suas boas razões, o que no léxico do autor corresponde à eficácia atribuída à jurisprudência persuasiva. Realizadas, essas considerações, o autor classifica os precedentes em: (a) precedentes normativos vinculantes, em que a vinculação se depreende da argumentação racional existente no processo de aplicação e interpretação do direito, que considera existir uma presunção em favor dos casos-precedentes exarados pelas Cortes Superiores, que devem ser levados em conta no momento da decisão do caso-atual, embora sem a expressa previsão legal dessa vinculação. Nesse caso, a decisão que contrariar o precedente normativo vinculante poderá ser impugnada por meio de recurso, em regra, e de forma autônoma somente nos ordenamentos que atingiram uma elevada maturidade institucional. Também, admite-se a distinção ou o afastamento do precedente pelo próprio tribunal que o prolatou, sem a exigência quórum qualificado para tanto; (b) precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*): nesse caso, a vinculatividade é compreendida a partir do ônus argumentativo previsto em lei, que aprofunda a presunção em favor do precedente por meio do estabelecimento da vinculação horizontal para o tribunal que o produz, ao lado da vinculação vertical no âmbito de uma mesma estrutura judiciária. Esses precedentes também admitem a impugnação pela via recursal e podem ser alterados pela Corte de Vértice prolatora sem quórum qualificado; (c) precedentes normativos vinculantes fortes (*de iure*): apresentam as mesmas características dos anteriores, contudo, seu descumprimento pode ser impugnado pela via recursal normal e por meio de uma via autônoma diretamente nos tribunais superiores e sua alteração, pelo órgão prolator, exige quórum qualificado. As categorias de precedentes descritas em “b” e “c” não admitem superação por órgãos subordinados. Para Zaneti Júnior, a previsão legal expressa a formalização da força normativa do precedente normativo, contudo, não é imprescindível para que ocorra a vinculação. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 333-334 (para o trecho transcrito) e p. 348-353 (para a classificação dos precedentes normativos).

⁴⁷² Vlad Perju propõe a análise da compatibilidade da máxima da proporcionalidade, em especial, da subetapa da ponderação com a doutrina de adjudicação de direitos constitucionais norte-americana, que é baseada na relevância social e do *status* do direito constitucional analisado. Para tanto, percorre um caminho familiar a este trabalho: (a) expõe os aspectos principais da máxima da proporcionalidade, tal como concebida por Alexy (principalmente, porque também faz alusão à doutrina de Barak); (b) propõe um estudo da migração da proporcionalidade por diferentes sistemas jurídicos e aponta que, embora ainda falte um estudo conclusivo sobre o tema, entende-se que cada sistema jurídico nacional se comporta de maneira diferente quando internaliza a máxima da proporcionalidade para a resolução de colisões de direitos fundamentais; (c) traça um comparativo entre a doutrina da relevância social do direito constitucional e a ponderação de princípios e conclui que são fundamentalmente diferentes, já que a primeira tem como preocupação primordial a preservação da estabilidade na interpretação de direitos constitucionais, segundo casos progressos decididos pela própria Suprema Corte; ao passo que a segunda, pauta-se pela ideia de correção argumentativa e da racionalidade das decisões judiciais e não exhibe uma preocupação tão acentuada com a repetição da mesma solução jurídica para diferentes situações concretas de colisão entre dois direitos fundamentais. Como exemplo da divergência entre os métodos de adjudicação de

4.4.3 A tipologia de decisões judiciais que formam precedentes obrigatórios no direito brasileiro atual.

O CPC-15 estabelece um sistema de precedentes obrigatórios cujo núcleo dogmático é tratado em conjunto pelos seguintes dispositivos: o art. 927 (que estabelece um rol formal de decisões que formam precedentes obrigatórios); o art. 926, *caput*, que trata da racionalidade do sistema; e o art. 489, § 1º, V e VI, em conjunto com art. 926, que tratam dos aspectos normativos dos precedentes obrigatórios⁴⁷³. Aqui, o enfoque será destinado, apenas, ao aspecto formal, pela exposição de uma tipologia de precedentes obrigatórios, com base nos incisos do art. 927. Ressalva-se que: (1) o dispositivo legal é uma hipótese de início de pesquisa e não uma declaração que todas os tipos nele previstos sejam precedentes obrigatórios; (2) não será problematizada a constitucionalidade da lei processual, porque isso foge aos limites do presente trabalho. Toma-se como ponto de partida a sua presunção de constitucionalidade do dispositivo e se entende que existem bons motivos para tanto, que não cabem aqui, mas que podem ser resumidos no aumento de racionalidade do sistema jurídico, em virtude a promoção da justiça

direitos constitucionais, o autor aponta o caso *Snyder v. Phelps*, em que um pai de um soldado homossexual morto na guerra do Iraque demandou uma indenização por danos emocionais (*great emotional distress*) em face dos membros da *Westboro Baptist Church*. Os membros dessa igreja organizaram um protesto público, durante o funeral do soldado falecido, em que exibiram cartazes com conteúdo ofensivo às tropas norte-americanas, aos soldados homossexuais, aos homossexuais em geral e à sociedade norte-americana por ser, em seu ponto de vista, demasiadamente leniente com comportamentos que consideravam reprováveis. Pois bem, o Júri, em primeira instância, deu razão ao postulante da ação, concedendo-lhe alguns milhões de dólares em indenizações; a Corte de Apelação reverteu a decisão em favor os membros da igreja, porque seu comportamento estaria protegido pela primeira emenda à constituição norte-americana, de acordo com a doutrina da relevância social do direito à liberdade de expressão, que foi confirmada posteriormente pela Suprema Corte. Perju sustenta, então, que esse resultado, provavelmente, não seria alcançado pelo emprego da máxima da proporcionalidade, em especial porque não existe uma relação de precedência abstrata ou incondicionada aos fatos entre direitos fundamentais em colisão, além de promover uma análise mais abrangente as circunstâncias em que a colisão ocorreu. Visando a compatibilização da proporcionalidade com o *stare decisis* norte-americano, o autor propõe a adição de uma subetapa à máxima da proporcionalidade, que batiza de análise da disrupção, quando os julgadores devem levar em consideração a autoridade constitucional do precedente e o anseio por estabilidade jurídica, caso a aplicação das subetapas anteriores da proporcionalidade resultem na ruptura de uma doutrina constitucional estável acerca de determinado direito fundamental, que deve ser analisada em sua dimensão temporal (tempo de existência do precedente), sistêmica (expectativa de estabilidade na interpretação de direitos), além do caráter normativo do precedente que se pretende derrotar, se regra ou princípio. Sobre essa argumentação, Cf. PERJU, Vlad. Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure. *Boston College Law School Legal Studies Research Paper.*, n. 439, mar. 2017, p. 1-32. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2922297. Acesso em: 28 de outubro de 2019. A proposta é bastante interessante, contudo, aqui, serve, apenas, para salientar que a compatibilização entre o uso da máxima da proporcionalidade e a existência de precedentes obrigatórios, inclusive, horizontalmente, não ocorre sem cuidado e adaptações metodológicas, até porque é nitidamente voltada para adjudicação de direitos fundamentais no sistema jurídico norte-americano.

⁴⁷³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 372-373.

forma e da isonomia, e na duvidosa constitucionalidade do estado de coisas anterior, marcado pela jurisprudência “lotérica”⁴⁷⁴ ou “*banana boat*”⁴⁷⁵.

Sem mais delongas, pertencem ao rol de precedentes formalmente obrigatórios do CPC-15: (I) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade; (II) enunciados de súmula vinculante; (III) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos; (IV) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. A rigor, o efeito vinculante (e a eficácia *erga omnes*) dos tipos aludidos em (I) e (II) decorrem do texto constitucional original ou emendado.

Esses tipos de precedentes obrigatórios são uma *forma* de cumprimento dos deveres de estabilidade, uniformidade, coerência, segurança e integridade dos provimentos jurisdicionais prescritos no art. 926⁴⁷⁶. Cabe, aqui, afirmar que as súmulas ordinárias, não se amoldam ao conceito de precedente judicial proposto neste trabalho, porque: 1) as súmulas decorrem de um procedimento específico para a sua criação e não de um processo judicial – no caso o precedente é elemento da hipótese fática da norma que autoriza a edição da súmula, nos termos do art. 926, § 1º⁴⁷⁷; 2) os enunciados das súmulas nem sempre coincidem com a *ratio decidendi* dos precedentes invocados para a sua edição; 3) “algumas criam direitos e obrigações, contra o direito fundamental do inc. II do art. 5º da CF.”⁴⁷⁸

Especificamente sobre o item (II), o CPC-15 reconheceu e procurou corrigir essa vicissitude histórica da edição dos enunciados de súmula e os vinculou a edição de súmulas aos aspectos contextuais das decisões (*material facts*) que embasaram as decisões que motivaram a sua edição (art. 926, § 2º). Com base nisso, Zaneti Júnior defende que as súmulas, enquanto método de trabalho, prestam-se à explicitação da *ratio decidendi*. Resta inquirir o que ocorre no caso

⁴⁷⁴ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, nº 786, p. 108-128, abr. 2001.

⁴⁷⁵ Nesse sentido, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, p. 399-404; e MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 202-210.

⁴⁷⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 363.

⁴⁷⁷ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 357; JEVEAUX, Geovany Cardoso. Precedentes na justiça do trabalho..., 2020b, p. 586. Após o CPC-15, a edição de súmulas de jurisprudência dominante deve ser regulamentada pelos regimentos internos dos tribunais.

⁴⁷⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso. Precedentes na justiça do trabalho..., 2020b, p. 586.

de se aferir que não existe a coincidência entre o enunciado de súmula ordinária e a norma-precendente (composta pela hipótese fática e pelo consequente normativo).

Dessa forma, a questão das súmulas que violem a necessária vinculação aos fatos materiais dos precedentes que a embasaram pode ser resolvida de três formas: 1) as súmulas ordinárias devem ser reputadas como precedentes obrigatórios e produzir os efeitos vinculantes internos, ainda que condicionadas aos requisitos da lei processual para sua edição e ao teste material de enquadramento relativo à identificação da *ratio decidendi* e a sua incidência ao caso concreto⁴⁷⁹; 2) o não reconhecimento de efeitos vinculantes internos às súmulas ordinárias, que devem ser apenas servir como parâmetro de fundamentação das decisões judiciais (nos termos do art. 489, § 1º, VI do CPC-15)⁴⁸⁰; ou 3) os enunciados de súmula que desrespeitem a exigência do art. 926, § 2º, devem ser reputados inválidos, hipótese em que é cabível o procedimento de seu cancelamento e o juiz está livre para *negar eficácia* ao enunciado de súmula, devendo fundamentar analiticamente a incongruência da súmula ordinária com os precedentes que motivaram a sua edição⁴⁸¹.

A escolha de uma alternativa entre as que foram postas acima não é compatível com os limites desse trabalho. Chamou-se atenção para essa questão, dentre várias outras possíveis, em relação ao rol de precedentes formalmente obrigatórios do CPC-15, por conta de sua vinculação o tema da abstrativização excessiva da norma-precendente, que será retomado ao fim do capítulo.

4.4.4 *Ratio decidendi* no contexto das colisões de direitos fundamentais que formem precedentes obrigatórios originários.

O conceito de *ratio decidendi* (segundo a terminologia do direito inglês; no direito norte-americano, adota-se o termo *holding*; ao passo que na prática decisória brasileira, utilizam-se os termos *razões de decidir* e *motivos determinantes*, pelo STF e pelo STJ respectivamente⁴⁸²), é exposto por Marinoni como “a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão.”⁴⁸³ De maneira semelhante, Macêdo identifica a concepção *ratio decidendi* como as

⁴⁷⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 405-406.

⁴⁸⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Precedentes na justiça do trabalho...*, 2020b, p. 586.

⁴⁸¹ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 361-362.

⁴⁸² MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 248.

⁴⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 2019, p. 158.

“razões de decidir ou razões para decisão, e configura sinônimo de norma jurídica.”⁴⁸⁴ Por sua vez, Zaneti Júnior expõe o conceito de *ratio decidendi* como a “solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts somados* a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual.”⁴⁸⁵

Por outro lado, o conceito de *obiter dictum* é obtido por exclusão, explica-se: tudo aquilo que não é *ratio decidendi* da decisão judicial do caso-precedente é *obiter dictum*. Dessa forma, *obiter dictum* “é a parte das razões que não possuem importância para a solução do caso e, por isso, pode-se afirmar que é parte do precedente obrigatório imprestável para a construção de sua norma. Um *obiter dictum*, conforme o significado da expressão, um argumento incidental”⁴⁸⁶.

Para além dos conceitos expostos, a identificação da *ratio decidendi* é relevante, porque é a parte da decisão judicial (precedente em sentido próprio/significante) que será aplicada, enquanto norma jurídica (precedente em sentido impróprio/significado) na resolução dos casos atuais e corresponde à parte obrigatória dos precedentes judiciais⁴⁸⁷. Como adverte Robert Alexy, “[o] uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente”⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 248.

⁴⁸⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 576.

⁴⁸⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 274.

⁴⁸⁷ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 248.

⁴⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 262. Em sentido semelhante, aduz Zaneti Júnior que “[...] os precedentes devem ser tratados como norma [...]”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 335. Em sentido contrário, Juraci Mourão Lopes Filho, ao examinar o modelo deontico de entendimento dos precedentes judiciais, formula uma crítica à conceituação da *ratio decidendi* enquanto norma, por compreender que o precedente não aplicado segundo a estrutura silogística de uma regra. Para Lopes Filho, os precedentes não se prestam a promover a previsibilidade e a objetividade do direito, mas, sim, a fornecer um “ganho hermenêutico”, através da integridade e coerência sistêmicas. Nessa construção, o ganho hermenêutico não é expresso na identificação da norma (regra ou princípio) contida no precedente, mas por meio de sua aplicação nos casos posteriores, onde se expressam suas outras características, além da normativa. O autor embasa sua crítica em uma associação entre abstrativização em grau e a universalização da norma do precedente, tal como se observa no seguinte trecho: “Em verdade, é para ter ficado claro que a oposição feita aqui é à redução de precedente a uma regra com características estritas de uma regra, ou seja, com aplicação por subsunção, alocação de poder na autoridade que a emite, enraizamento das justificativas que lhe deram origem e posterior inclusão e subinclusão de situações autorizadas pela abstrativização em grau máximo da hipótese de incidência” Sobre essa argumentação, Cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais: no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 199-206, para o trecho transcrito, p. 205. Não se discorda do autor quando afirma que a abstrativização excessiva da norma-precedente gere problemas sérios com relação à sua aplicação em casos posteriores, contudo, a compreensão da *ratio decidendi* como norma não implica a negação que seu procedimento de aplicação e interpretação nos casos posteriores será essencial para a determinação de seu conteúdo. Nesse sentido, leciona Macêdo: “Ora, se o direito funciona através de normas jurídicas, se essas normas são expressas em textos, e se a riqueza da aplicação, com todo o contexto específico, precisa dialogar com os textos nas aplicações subsequentes, os precedentes garantem

Vê-se que se aplica, também, aos precedentes a separação entre texto e norma, logo, não é conferido ao julgador que proferiu a decisão judicial, que será aplicada como caso-precedente aos casos-atuais, o *poder* isolado de definir o seu sentido interpretativo, que só poderá ser completamente definido por meio de sua aplicação da resolução de controvérsias posteriores. Por isso, compreende-se que não é possível afirmar que os precedentes devem ser interpretados de forma literal no momento de sua aplicação. “Em outras palavras, embora a *ratio* tenha o precedente como referencial *ad eternum*, seu significado não está adstrito ao que o juiz lhe deu ou quis lhe dar.”⁴⁸⁹

Consequentemente, a *ratio decidendi* não corresponde diretamente ao dispositivo da decisão judicial, à sua fundamentação, ao relatório ou a qualquer outro elemento textual que componha a decisão judiciais. “A norma do precedente é moldada e esclarecida nos casos posteriores, que delimitam melhor sua abrangência e seu conseqüente através de distinções, enquanto a fundamentação do precedente permanece intacta.”⁴⁹⁰ A *ratio decidendi* é construída, então, pela atividade dos juízes posteriores em um diálogo com o órgão prolator da decisão, no momento da aplicação do caso-precedente ao caso-atual, a partir da fundamentação de uma decisão judicial, estável e publicada. Logo, apesar de não poder se confundir fundamentação do caso-precedente com a sua *ratio decidendi*, a construção desta última depende da clareza e uniformidade da primeira⁴⁹¹.

Em geral, aponta-se que a dificuldade operativa da *ratio decidendi* não se encontra em sua conceituação, mas, sim, em sua identificação no contexto da decisão judicial, motivo pelo qual

“ganho hermenêutico” na medida em que esclarecem as normas. Aportam dados para determiná-las: seja indicando um suporte fático sobre o qual incide ou não incide (determinativos), uma forma adequada de aplicar suas conseqüências (determinativos), ou mesmo a criação de uma regra para um caso a partir de um princípio ou conjunto de princípios (criativos).” MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 271-272.

⁴⁸⁹ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 249.

⁴⁹⁰ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 249. Em sentido semelhante, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 223; e, também, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 111, que aponta que, analiticamente falando, a *ratio decidendi* é composta pelos seguintes elementos: (a) a indicação dos fatos relevantes; (b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão; e (c) o juízo decisório. Contudo, a norma decorrente a interpretação dos precedentes é determinada pelo juiz do caso-atual, no momento de da decisão pela incidência ou não da *ratio decidendi*.

⁴⁹¹ No caso das colisões de direitos fundamentais, que possuem como resultado uma norma de direito fundamental atribuída, no contexto de uma decisão judicial, no capítulo 1, a fundamentação desempenha o papel de conferir *status* constitucional à norma-regra produzida, em virtude da correção de seus argumentos com referência às normas direitos fundamentais diretamente previstas na Constituição.

se desenvolveram métodos para sua identificação nos sistemas de *case law*. Neste trabalho, contudo, não se fará uma digressão quanto aos métodos de identificação da *ratio decidendi* e a sua separação de seu conceito contraposto, o *obiter dictum*⁴⁹². Isso porque, apesar de

⁴⁹² Esse tipo de abordagem quanto ao tema da *ratio decidendi* pode ser conferido em BENEVIDES, Nauani Schades. *Técnicas de Identificação da “ratio decidendi” dos precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo: uma análise sobre sua insuficiência*. 2019. 245 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/11325/1/tese_13462_dissertacao_-_versao_final_-_nauani.pdf. Acesso em: 18 jun. 2022. A autora dessa dissertação analisa dez teorias relativas à identificação da *ratio decidendi* de um precedente judicial, desenvolvidas no contexto dos países de *commom law*, com destaque para: as teorias de Eugene Wambaugh e Goodhart, posteriormente combinadas por Rupert Cross (atualizado por James W. Harris). Frisa-se que os métodos apontados não garantem um resultado certo e são alvo de críticas. Ressalva-se, também, que a autora do trabalho mencionado rejeita expressamente a noção de precedente enquanto norma, com base na obra de Juraci Mourão Lopes Filho, acima citada, motivo pelo qual diversos de seus apontamentos não são compatíveis com noção de precedente desenvolvida no presente trabalho. Ainda assim, cabe, aqui, uma descrição, resumida de cada uma dessas teorias acima, pelo que se recorrerá à lição de Jeveaux, tal como segue: “Wambaugh propôs a definição de *ratio decidendi* a partir de quatro princípios: 1) o tribunal tem o dever de julgar apenas o caso sob sua competência, cuja decisão estabelecerá uma regra que deve ser aplicada apenas a casos fáticos idênticos; 2) o tribunal tem o dever de seguir a regra geral por ele estabelecida em um caso em todos os outros posteriores cujas circunstâncias materiais não sejam distintas; 3) apenas a regra da hipótese concreta decidida tem força vinculante, e não o *obiter dictum*, não podendo o tribunal decidir por hipótese um caso futuro que ainda não lhe foi apresentado; 4) a *ratio decidendi* é uma imposição de direito sobre uma questão específica analisada pelo tribunal”. JEVEAUX, Geovany Cardoso. Precedentes na justiça do trabalho..., 2020b, p. 572. Segundo o Jeveaux, Wambaugh insere no segundo princípio acima, o conhecido teste da inversão, pela qual a identificação da *ratio decidendi* se dá pela troca das proposições de direito. “Referida técnica serve para divisar as circunstâncias ou fatos materiais que matizam a regra geral componente da *ratio decidendi*, daqueles imateriais, que não a definem”. JEVEAUX, Geovany Cardoso. Precedentes na justiça do trabalho..., 2020b, p. 572. Contudo, a técnica da inversão, quanto teste lógico do resultado, apesar da simplicidade teórica, apresenta uma dificuldade que é a identificação dos fatos materiais que devem ser submetidas ao teste proposto, uma vez que outros fatos acessórios poderiam ter surgido no caso e alterado seu resultado. Sobre essa argumentação, JEVEAUX, 2020b, p. 573. Por sua vez, Goodhart propõe cinco regras gerais para a *ratio decidendi* e sete diretrizes para identificação de fatos materiais. Jeveaux expõe as regras da seguinte forma: “1) *ratio decidendi* não deve ser buscada nas razões que levaram o tribunal a decidir o caso concreto, mas no princípio/regra/proposição de direito estabelecido na decisão; 2) a *ratio decidendi* não reside necessariamente na regra de direito expressamente enunciada pelo tribunal, porque outra regra decisória pode ter sido estabelecida na decisão ou a regra expressamente adotada pode ter sido demasiadamente genérica ou restritiva, capaz de gerar *distinguish*. [...] 3) os fatos materiais são assim determinados pelos julgadores, e não pelo intérprete ou aplicador da *ratio decidendi* em casos posteriores, embora seja possível restabelecer a relação causal entre eles e a regra de direito; 4) a *ratio decidendi* é encontrada na relação causal entre a regra de direito expressamente enunciada e seus fatos determinantes, ainda que se conclua que outros fatos a condicionaram; 5) a *ratio decidendi* inclui os fatos considerados imateriais pelo tribunal como não determinantes do resultado.” JEVEAUX, Geovany Cardoso. Precedentes na justiça do trabalho..., 2020b, p. 574. Prosseguindo na lição de Goodhart, Jeveaux expõe as diretrizes relativas à identificação dos fatos materiais: “1) pessoa, tempo, local, tipo e quantidade são fatos imateriais, a menos que tenham recebido ênfase específica na decisão; 2) fatos declarados, expressamente como imateriais pelo tribunal devem ser assim presumidos. [...]; 3) na multiplicidade dos fatos, aqueles não declarados como materiais pelo tribunal devem ser presumidos imateriais [...]; 4) fatos declarados expressamente como materiais são assim presumidos, sendo que, quanto aos omitidos, eles podem ser assim considerados: a) o fato foi considerado imaterial (diretriz 2); b) o fato não foi examinado ou passou despercebido, ficando assim excluído da *ratio decidendi* e sujeito a decisão posterior; 5) se a decisão não distingue expressamente fatos materiais de imateriais, todos devem ser considerados materiais, salvo aqueles que evidentemente não foram determinantes para o resultado (“presunção contra as regras de direito muito amplas), porque quando maior o número de fatos materiais, menor é a abrangência da regra de direito); 6) havendo multiplicidade de fatos materiais determinantes do mesmo resultado, a *ratio decidendi* será determinada pela soma de todos eles, de modo que a presença de um ou de alguns em casos posteriores justifica a aplicação do precedente; 7) fatos hipotéticos são *obiter dicta*.” JEVEAUX, Geovany Cardoso. Precedentes na justiça do trabalho..., 2020b, p. 575. Por último, Cross tece quatro observações sobre conceito de *ratio decidendi* antes de sintetizar as teorias de Wambaugh e Goodhart: “1) apenas

compreender a importância da compreensão dos métodos de identificação da *ratio decidendi*, essa questão é altamente contenciosa, até mesmo nos países de *commom law*, com grande variação e inconsistência⁴⁹³. Os limites inerentes a esse trabalho previnem que se inicie esse tipo de empreitada, até porque a análise aprofundada dos métodos de identificação da *ratio decidendi* não são imprescindíveis para compreensão do tema estudado⁴⁹⁴.

Aqui, adotar-se-á um conceito de *ratio decidendi* e seu correspondente *residual* e, a partir desse ponto, analisar-se-á a formação argumentativa da norma do precedente judicial⁴⁹⁵. Por isso,

[...] a *ratio decidendi* é a regra de direito com base na qual o tribunal decidiu a causa, por sua vez determinada por certos fatos sem os quais ela seria negada ou refutada, em relação causal de inferência, devendo ser encontrada no diálogo interpretativo entre as autoridades que estabeleceram o precedente e aquelas que em outro caso futuro igual ou semelhante.⁴⁹⁶

Em contrapartida, tudo aquilo que, apesar de fazer parte da decisão judicial (caso-precedente em sentido próprio) e não constituir, após o processo de interpretação, a norma regra ou princípio passível de ser construída a partir do texto da decisão é *obiter dictum*.

No que diz respeito aos precedentes obrigatórios originários ou criativos⁴⁹⁷, é necessário, ainda, distinguir a qual categoria de normas – regra ou princípio – pertence a *ratio decidendi*

pronunciamentos em torno da matéria de direito integram a *ratio decidendi*, sendo que (i) somente as asserções de fato correspondentes à proposição de direito são materiais e (ii) em caso de multiplicidade de proposições de direito, apenas aquela determinante para o resultado constitui razão de decidir; 2) a *ratio* é construída pelo diálogo interpretativo entre os juízes do precedente e os juízes que o aplicarão nos casos futuros, não sendo portanto determinado ou negado por apenas um desses sujeitos decisórios; 3) em complemento a 1.i, supra, as asserções de fato que amparam a proposição jurídica devem ser identificadas por relação causal de imputação; 4) precedentes que tratam da mesma matéria e que se complementam [...] devem ser interpretados em conjunto, a fim de se evitar a aplicação parcial da *ratio*.” JEVEAUX, Geovany Cardoso. Precedentes na justiça do trabalho..., 2020b, p. 575-576.

⁴⁹³ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2019, p. 159; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 250.

⁴⁹⁴ A rigor, os métodos de identificação da *ratio decidendi* de um precedente judicial parecem apontar para uma convergência ou complemento entre si, do que uma contraposição entre as diferentes formas de aproximação do objeto perquirido. Logo, parece mais adequado o conhecimento dos métodos disponíveis, para que sejam aplicados de forma a controlar a fundamentação racional das decisões judiciais, segundo as circunstâncias do caso concreto. Isso porque não é possível estabelecer um método como superior ao outro ou mais correto, *a priori*. Sobre essa argumentação, Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 256-258.

⁴⁹⁵ “Ao construir o *stare decisis* brasileiro é importante que dê a devida tratativa ao *método da determinação da norma do precedente*, evitando uma exacerbada preocupação na construção de formas *a priori* para definir a *ratio decidendi* e admitindo a sua dimensão argumentativa, sujeita às questões de princípio e às circunstâncias que alicerçam as razões do precedente”. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 257.

⁴⁹⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso. Precedentes na Justiça do Trabalho..., 2020b, p. 576.

⁴⁹⁷ Nos casos dos precedentes declaratórios, é impróprio falar em caráter normativo da *ratio decidendi*, uma vez que o fundamento da decisão é a norma legal ou norma decorrente de um *leading case* progressivo. Logo, não existe

construída a partir do caso-precedente. Tendo em vista que os precedentes originários são formados no contexto decisório da resolução de colisões de normas-princípio, a *ratio decidendi* conterá sempre, obrigatoriamente, ao menos uma norma-regra. Essa norma-regra é destinada à resolução do caso concreto que se apresenta, primariamente (discurso do caso); ao passo que deve, depois, passar por um processo de universalização (discurso do precedente)⁴⁹⁸. Contudo, podem existir, em um mesmo caso-precedente, outras *rationes decidendi* que sejam normas-princípio⁴⁹⁹.

Sendo assim, a resposta quanto à natureza jurídica da *ratio decidendi* dos precedentes brasileiros não é precisa, no sentido de determinável *a priori*, e carece de avaliação caso a caso, em conformidade com o conteúdo do precedente judicial. Primeiramente, é necessário que se determine ser o precedente em questão criativo ou não. Ainda quando o precedente for criativo, não há uma única resposta: haverá uma *ratio* que constitui regra, mas pode existir, adicionalmente, um princípio jurídico.⁵⁰⁰

Compreendida dessa forma, a *ratio decidendi* (pelo menos uma das *rationes decidendi*, nos termos acima), nos precedentes originários ou criativos, quando se tratar da colisão de direitos fundamentais, deve ser identificada com a norma de direito fundamental atribuída, que possui natureza de norma-regra. Ocorre que, de acordo com os termos da lei de colisão, essa norma-regra, que constitui a *ratio decidendi* do caso-precedente é determinada de acordo com uma relação de precedência condicionada, de um princípio sobre o outro ou sobre o princípio que dê sustentação a uma regra, aos fatos e ao direito.

A fim de sustentar a asserção acima, reprisa-se, aqui, a lei de colisão, que versa sobre as relações de precedência condicionada entre princípios, segundo a qual: “[...] As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que

a criação de uma *norma* nova, mas, apenas, uma declaração de uma norma pré-existente no sistema jurídico. Já nos precedentes especificadores ou determinadores, ocorre a determinação ou a especificação de algum aspecto da norma anterior, proveniente da lei ou da constituição. Dessa forma, justifica-se o recorte realizado para tratar, apenas, dos precedentes originários com relação ao enquadramento da *ratio decidendi* constituída a partir da interpretação dos princípios. Sobre essa argumentação, Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 259.

⁴⁹⁸ MITIEDRO, Daniel. Fundamentação e Precedente: Dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, v. 206, abr. 2012, p. 61-78.

⁴⁹⁹ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 259. Diz que a *ratio decidendi* dos precedentes originários devem conter, ao menos, uma norma-regra, uma vez que se reconhece a possibilidade de um mesmo caso-precedente possuir mais de uma *ratio decidendi*. Exige-se que, na pluralidade de *rationes decidendi*, obrigatoriamente, ao menos uma delas seja uma norma-regra, tendo em vista a necessidade de resolução do caso concreto. Para as demais *rationes decidendi* eventualmente existentes, pode ser que sejam normas-princípio. Sobre essa argumentação, Cf. MACÊDO, 2019, p. 261.

⁵⁰⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 261.

expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”⁵⁰¹ Essa regra deve ser universalizável, contudo, o sentido de universalização deve ser bem compreendido, de acordo com os postulados da teoria do discurso jurídico e da argumentação jurídica.

4.5 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E PRECEDENTES JUDICIAIS.

Os juízes atuam na concretização das normas-princípio de direitos fundamentais, no âmbito de um processo judicial, cujo resultado é a decisão judicial, enquanto “a última manifestação estatal em um processo específico de determinação de uma norma jurídica”⁵⁰².

A partir do momento que se assume a dissociação entre texto e norma e a incessante construção e reconstrução do Direito nos processos aplicativos, a preocupação com problemas relativos à interpretação dos textos normativos e às formas argumentativas do discurso jurídico, buscando dar racionalidade e controlabilidade a esse processo criativo, torna-se imprescindível para o bom funcionamento do sistema jurídico.⁵⁰³

Dessa forma, para se compreender como a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais obrigatórios criativos ou originários, decorrentes da colisão de princípios de direitos fundamentais pode ser construída argumentativamente e como funciona o processo de universalização da norma-regra em questão.

4.5.1 Visão geral da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy.

A Teoria da Argumentação Jurídica⁵⁰⁴ é concebida a partir do problema da incoerência e da debilidade da fundamentação das decisões judiciais, enquanto enunciado normativo singular.

⁵⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...*, 2017b, p. 99.

⁵⁰² MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 147.

⁵⁰³ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2019, p. 146.

⁵⁰⁴ A teoria da argumentação jurídica se situa, contextualmente, na Filosofia do século XX, pós reviravolta linguístico-pragmática, em trabalhos desenvolvidos por autores, tanto da Europa continental, quanto de países de *common law*, acerca filosofia da linguagem, dentre eles enumeram-se: Wittgenstein, Frege, Austin, Hare, Toulmin, Viehweg, Perelman, Apel e Habermas. Nesse sentido, TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 47-65, jun. 2005. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/116>. Acesso em: 12 jun. 2020. A história da filosofia é, usualmente, dividida em três etapas, por meio da aplicação do conceito de paradigma: (a) a filosofia do ser é precipuamente orientada à investigação dos objetos, portanto, o conhecimento é identificado com uma questão ontológica voltada a identificar, com métodos variáveis (lógica, anamnese etc.) aquilo que é pura e simplesmente geral, imutável e necessário; o ceticismo relativo ao ser sobre o pensamento e as reflexões sobre o método, levam à passagem para (b) a filosofia da consciência, que marca a transição do pensamento ontológico para o mentalismo, voltada ao sujeito, enquanto questão gnosiológica, ou seja, orienta-se pela contraposição entre sujeito e objeto, por meio do questionamento da capacidade cognitiva que o sujeito dispõe para conhecer os objetos ao seu alcance, dessa forma, a linguagem é instrumental e serve para representações para a objetividade de juízos gerais, sintéticos e *a priori*; posteriormente, ocorre a passagem da filosofia da consciência para a (c) filosofia da

Para Alexy, os problemas relativos à fundamentação das decisões judiciais podem ocorrer, ao menos, por quatro motivos: (a) imprecisão da linguagem jurídica; (b) o conflito, em sentido amplo, entre normas; (c) a ausência de uma norma válida subsumível ao caso e a necessidade de sua regulamentação; e (d) a possibilidade da existência da decisão *contra legem*, ainda que em casos especiais⁵⁰⁵. Portanto, a argumentação jurídica se volta para a formulação de regras e formas de argumentos que tornem possível a legitimação da criação judicial do direito e a o caráter científico da Ciência do Direito, por meio da racionalidade do discurso jurídico⁵⁰⁶.

Essa teoria, tal como concebida por Alexy, não intenta, apenas, discernir os bons dos maus argumentos, ou seja, não é uma teoria, apenas, normativa. É, também, uma teoria analítica e descritiva, porque se volta para a estrutura dos argumentos e porque incorpora elementos empíricos, respectivamente⁵⁰⁷.

Deve-se, aqui, reafirmar que a racionalidade da ciência do direito e da prática jurídica dependem da possibilidade da demonstração racional de suas proposições. Essa racionalidade é investigada por dois ângulos (que não se contrapõem, mas, sim, complementam-se): o (i) formal: sob o qual, afere-se a racionalidade procedimental discursiva em virtude do cumprimento das regras da lógica do discurso (que são pragmáticas e argumentativamente orientadas com direção à correção); e o (ii) material: direcionado conteúdo das normas direcionadoras do agir social, por meio da análise crítica do *ethos*. Aqui, a análise é direcionada ao primeiro aspecto, ou seja, à racionalidade prática procedimental.⁵⁰⁸⁻⁵⁰⁹

linguagem que é marcada pelo (c.1) giro linguístico, onde a principal preocupação filosófica é com os enunciados linguisticamente formulados, em especial, com as suas condições intersubjetivas de validade, adotando-se o pressuposto que o sujeito só tem acesso aos objetos do mundo por meio da linguagem e não diretamente. Em um primeiro momento, a linguagem descreve a estrutura da realidade que lhe é correspondente por meio de proposições dotadas de sentido, segundo as dimensões sintática (formulação de regras lógicas na construção das proposições) e semântica (aptidão para representar fatos e coisas do mundo); ao passo que, num segundo momento, a linguagem ultrapassa as barreiras de suas dimensões sintática e semântica, para ser compreendida como resultado de seu uso no contexto de um determinado jogo de linguagem, adquirindo uma função pragmática. Sobre o tema, Cf. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 21-30.

⁵⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 19-20.

⁵⁰⁶ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 29-31.

⁵⁰⁷ Nesse sentido, Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 186.

⁵⁰⁸ Justifica-se o recorte, uma vez que o aspecto material foi tratado no primeiro, segundo e terceiro capítulos, quando se tratou da Teoria dos Direitos Fundamentais e a primazia *prima facie* (não absoluta) dos princípios de direitos fundamentais de liberdade e igualdade. TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a, p. 3 e nota de rodapé 3.

⁵⁰⁹ Por sua vez, Zaneti Júnior, define a racionalidade prática procedimental como: “[...] a observância de um procedimento orientado por regras convencionadas ou institucionalizadas que leva à justificação, legitimação e

Essas regras e formas de argumentos não visam a determinação do “resultado da argumentação em todos os casos, mas excluem da classe dos enunciados normativos possíveis alguns (como discursivamente impossíveis) e, por isso, impõem os opostos a esses (como discursivamente necessários).”⁵¹⁰ Dessa forma, as regras da argumentação jurídica, ao atuarem no âmbito daquilo que é discursivamente possível, prestam-se a explicar a pretensão de correção, servem de instrumento para censura de fundamentações não racionais e também para precisar um ideal ao qual se ambiciona, uma vez que uma norma geral ou singular que satisfaça os parâmetros das regras da teoria do discurso podem ser qualificados como justos⁵¹¹.

Para cumprimento da tarefa acima, Robert Alexy parte da análise crítica das teorias do discurso prático racional geral⁵¹² para formular as formas e regras do discurso jurídico.

4.5.2 Aspectos relevantes da teoria do discurso.

Alexy parte da teoria do discurso prático racional geral e formula sua teoria do discurso jurídico. Segundo Atienza, a teoria do discurso racional geral de Alexy “significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro, uma extensão dessa tese para o campo específico do direito.”⁵¹³

Os elementos básicos da teoria do discurso de Habermas são os seguintes: (a) a adoção de um conceito amplo de razão que permite afirmar que questões práticas são passíveis de fundamentação racional; (b) que não existem diferenças profundas entre a lógica da argumentação teórica e a lógica da argumentação prática capazes de expelir os segundos das fronteiras da racionalidade; (c) que as questões práticas e morais podem ser decididas através da razão, de acordo com a força do melhor argumento; (d) que o produto do discurso prático é um consenso justificado, garantido ou fundado, fruto de uma vontade racional e racionalmente

validade da atitude prática racional.” ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...*, 2014, p. 65.

⁵¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 32.

⁵¹¹ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 33.

⁵¹² São analisadas no livro, as seguintes teorias: (a) a ética analítica de Stevenson; (b) as regras do discurso elaboradas por Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin e Baier; (c) a teoria da verdade consensual de Habermas; (d) a teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen; e (e) a teoria da argumentação de Perelman. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a.

⁵¹³ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 187.

motivado; a (e) a teoria consensual da verdade⁵¹⁴. Para Atienza, a teoria do discurso habermasiana corresponde a uma pragmática universal que pretende a reconstrução dos pressupostos racionais (implícitos) do uso da linguagem⁵¹⁵.

Parte-se, então, da noção que todos os atos de fala, realizados pelo falante (afirmação, explicações, promessas, previsões etc.), que intentem ser compreendidos mutuamente, ou seja, que sejam consensuais formulam uma pretensão de validade e devem ser ininteligíveis, de maneira geral. Ocorre que os atos de fala são divididos em categorias e formulam pretensões de validade diferentes. Ao realizar os atos de fala denominados de constatadores (narrar, afirmar, prever, explicar etc.), o falante objetiva que sejam verdadeiros. Já com relação aos atos de fala reguladores (por exemplo: as ordens, os conselhos, as demandas etc.), o falante pretende que sejam corretos. Por sua vez, nos atos de fala representativos (descobrir, admitir, enganar etc.), o falante aspira que aqueles sejam sinceros⁵¹⁶.

Quando se problematizam as pretensões de validade de correção ou de verdade, passa-se da ação comunicativa para o discurso. “Isso quer dizer que o falante tem que dar razões para fundamentar que suas asserções sejam verdadeiras (discurso teórico) ou que uma determinada ação ou norma de ação seja correta (discurso prático)”⁵¹⁷.

Por fim, cabe, aqui, afirmar que o discurso (enquanto uma série de atos de fala), para Habermas, remete a uma situação ideal de fala, em que: os falantes estejam livre de coações internas ou externas ao discurso; que se submetam apenas à força do melhor argumento, com a finalidade

⁵¹⁴ Segundo Toledo, a teoria consensual da verdade se baseia na superação da teoria da verdade por correspondência aristotélica. Na segunda, a verdade se dá por uma asserção à realidade; ao passo que, na primeira, é algo construído discursivamente, “o que significa ser científico o resultado do consenso fundado, alcançado com relação ao objeto estudado”. Logo, a verdade é uma produção cultural humana e não um dado pré-existente no mundo. Além disso, a verdade é refutável, logo, não constitui dogma; é, também provisória e pode ser negada ou superada pela elaboração de uma nova verdade. O que implica mas seguintes asserções: “1) A verdade é historicamente construída, ou seja, é produção cultural contextualizada temporalmente; 2) E, o mais importante, nem mesmo nas ciências *da natureza* há *verdade inequívoca e incontestável*, geradora de *segurança* a partir de uma *única* resposta, que garanta a *verdade* que dotaria de *cientificidade* o resultado. Também elas não são formadas segundo uma correspondência com a realidade, mas são resultado de um *consenso fundado* mediante o cumprimento *regras e critérios*, que possibilitam a *justificação e comprovação* da premissa de que se parte. É isso que lhe confere *racionalidade, objetividade* e, portanto, *universalidade*, predicando-lhe o status de *verdade* e cercando-a de grande margem de *segurança*.” TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica... 2005, p. 50-51.

⁵¹⁵ Sobre essa argumentação, Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 188.

⁵¹⁶ Sobre essa argumentação, Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 189.

⁵¹⁷ ATIENZA, 2016, p. 190. Ressalva-se, aqui, que a pretensão de inteligibilidade é condição da comunicação e não seu objeto; ao passo que a pretensão de veracidade não é resolúvel por meio do discurso e sinceridade do falante e só pode ser aferida por meio de suas ações.

de atingirem um consenso racional; este consenso deve ser válido objetivamente, ou seja, deve se aplicar a todos os sujeitos racionais; que, por sua vez, devem estar sem situação de total liberdade e simetria⁵¹⁸. Alexy irá aceitar, somente, uma versão fraca da situação ideal de fala habermasiana⁵¹⁹.

Cabe, ainda, sumarizar o seguinte: a teoria do discurso de Habermas dá origem a uma ética cognitivista do discurso, baseada nos postulados da filosofia da linguagem. Trata-se de teoria “em que há substituição da noção de que a conduta correta é a do “eu” universalizável, para a noção de Discurso, de alteridade, onde são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos podem dar seu assentimento na qualidade de participantes de discursos racionais.”⁵²⁰

4.5.3 A teoria do discurso racional geral de Robert Alexy.

Alexy sustenta sua teoria do discurso prático racional geral na pretensão de fundamentabilidade quanto aos juízos de valor e de dever, que significa que aquele que exprime uma proposição dessa natureza deve estar disposto a fundamentá-la, quando solicitado ou, ao menos, dizer por que não o faz.⁵²¹ Essas razões de fundamentação não estão nos sentimentos ou na intuição dos participantes do discurso⁵²²; tampouco são os juízos de valor capazes de serem expressos por meio de expressões descritivas, sem que isso implique em renúncia de características essenciais da linguagem normativa, que não se limita a descrever o mundo⁵²³.

⁵¹⁸ Sobre essa argumentação, Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 190-191.

⁵¹⁹ Para a situação de fala, segundo a visão que Alexy apresenta do trabalho de Habermas, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 121-125 [para a exposição das ideias de Habermas, sob a ótica pragmático-universal, isso é, expressando-se como condição de possibilidade da comunicação linguística, estando pressuposta na relação comunicativa, ainda que faticamente se desvie dela; ao passo que não lidam somente com a semântica e a sintática do discurso, indo além, para regular a relação dos participantes com suas próprias manifestações] e p. 128-130 [para a regra geral de fundamentação, que afirma que “todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”; essa formulação visa exonerar o participante do discurso de ter a obrigação de fundamentar todo e qualquer juízo de valor ou de dever].

⁵²⁰ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 151.

⁵²¹ ALEXY, Robert. Uma teoria do discurso prático. In: ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 34-68.

⁵²² Sobre o emotivismo e sua insubsistência enquanto caráter de fundamentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 50-58. Por sua vez, sobre o intuicionismo, ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, 49-50.

⁵²³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 46-49.

Ainda assim, a pretensão de fundamentabilidade não pode gerar a necessidade ou a tentativa de fundamentação de todas as proposições do discurso prático com outras proposições, em um regresso infinito de fundamentações sobrepostas, que só poderia ser interrompido mediante: (a) a admissão da circularidade viciosa; ou (b) a estipulação de um fim dogmático ou abrupto para o discurso mediante uma decisão psicológica ou sociológica, não mais justificável⁵²⁴.

Essa situação é evitada quando se substitui a demanda de continuidade de novas fundamentação por “uma linha exigências sobre a atividade de fundamentação. Essas exigências podem ser formuladas como regras e formas do discurso racional.”⁵²⁵ Essas regras se direcionam aos enunciados, às regras da lógica e ao comportamento do falante (regras pragmáticas). Alexy afirma, então, que a tarefa precípua de sua teoria do discurso prático é a elaboração desse sistema de regras, dos seus fundamentos e a verificação de sua consistência e eficiência⁵²⁶.

Enquanto última questão prévia à exposição das regras do discurso prático geral (ou seja, abordagem adotada prescinde de um aprofundamento no discurso teórico), deve-se ser a questão sobre como é possível fundamentar as regras do discurso. Isso ocorre que quatro formas: (a) pela fundamentação técnica, indicam-se fins que se quer ver alcançados, como a solução racional dos conflitos, que são utilizados como justificativa para as regras do discurso; (b) a fundamentação empírica, consiste em justificar as regras do discurso por meio das convicções normativas que valem de fato; (c) a fundamentação definitiva, em que o sistema de regras é apresentado e explicitado como definidor de uma prática existente ou potencial e permita construção de sistemas de regras completamente novos; e (d) a fundamentação

⁵²⁴ Essas alternativas correspondem ao “trilema de Münchhausen” concebido por Hans Albert. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 175.

⁵²⁵ ALEXY, Robert. Uma teoria do discurso prático. In: ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 33-68.

⁵²⁶ Alexy enquadra a teoria do discurso racional como uma teoria da discussão, ou seja, suas regras têm como objetivo a regulamentação do procedimento do discurso. Contrapostas a uma teoria da discussão estão: (a) a teoria da decisão, em que as regras são formuladas em um sentido forte, tal como o procedimento de deliberação da escolha dos princípios da justiça de John Rawls, em uma Uma Teoria da Justiça, que serão sempre os mesmos, em virtude tanto das condicionantes postas pela ‘posição original’, quanto pelas pressuposições subjacentes à fundamentação dos princípios da justiça, em especial a definição dos bens básicos, dos menos favorecidos e o princípio minimização dos riscos; (b) a tópica jurídica de Viehweg, em se renuncia à estipulação de regras e formas para a argumentação prática e a própria discussão passa a ser a instância de controle da discussão. ALEXY. Uma teoria do discurso prático, 2019, p. 37. O procedimentalismo de John Rawls é criticado por Neiva Afonso Oliveira justamente por tentar proceder com um mascaramento de uma proposição ética para solução de problemas sociais. Os elementos da teoria de John Rawls que dão sustentação à crítica da autora são, parcialmente, identificados com os que Alexy aponta para enquadrar a teoria em questão como uma teoria da decisão. Sobre essa argumentação, com a ressalva que a crítica é mais ampla do que o aspecto destacado, Cf. OLIVEIRA, Neiva Afonso. *Rousseau e Rawls: contrato em duas vias*. Porto Alegre: EDI-PUCRS, 2000, p. 111-188.

pragmática transcendental, aceita em sua vertente fraca significa que “a validade de determinadas normas é constitutiva da possibilidade de determinados atos de fala” e que não se pode “abdicar desses atos de fala sem renunciar a formas de comportamento que nós consideramos especificamente humanas”. Todos esses critérios apresentam potencialidades e debilidades e devem ser, de certa forma, combinados, posto que não são definitivos, o que implica na existência de um discurso sobre as regras do discurso, denominado de teórico-discursivo, contudo, uma exposição dessa natureza foge aos limites do presente trabalho⁵²⁷.

4.5.4 As regras e formas do discurso prático.

Do exposto até aqui, depreende-se que é do cumprimento e da elaboração das regras que advém a racionalidade do discurso prático, que, por sua vez, é “o que confere *universalidade* às conclusões obtidas *consensualmente*”⁵²⁸.

Transcrevem-se, abaixo, um primeiro conjunto de regras do discurso racional geral: (1) as regras fundamentais do discurso racional, que são “condição de possibilidade de qualquer comunicação linguística em que se trate de verdade ou correção”⁵²⁹, tal como é o caso do discurso jurídico, a saber:

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.⁵³⁰

Sobre as regras acima cabe tecer, brevemente, os seguintes comentários. A regra prevista em (1.1), diz respeito às regras da lógica, tanto a lógica clássica, quanto a lógica deôntica⁵³¹. Já

⁵²⁷ Sobre essa argumentação, Cf. Uma teoria do discurso prático..., 2019, p. 39-45, para o trecho transcrito, p. 44.

⁵²⁸ TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica..., 2005, p. 50.

⁵²⁹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica..., 2017a, p. 183.

⁵³⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica..., 2017a, p. 183.

⁵³¹ O uso da lógica clássica, enquanto ciência das leis da verdade é problemático e depende de compatibilizações, quando se considera que os enunciados normativos não são passíveis de verdade. Essa compatibilização dá de três formas: (a) pela substituição dos valores de “verdadeiro/falso”, por valores como “válido/inválido” ou “lícito/ilícito”; (b) “outra maneira consiste em mostrar que a existência de expressões como “e”, “se... então”, “todos” e “alguns” em enunciados normativos é uma razão para pensar que há relações lógicas de tais enunciados”; ou (c) pela elaboração de teorias de modelos nas quais os enunciados normativos sejam passíveis de avaliação como “verdadeiros/falsos”. Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica..., 2017a, p. 183-184. Uma dessas teorias de modelos é a da verdade por consenso, tal como expressa por TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica..., 2005.

(1.2) anuncia a sinceridade no discurso, sem a qual não é possível sequer a mentira ou o engano, uma vez que não é possível existir o engano sem uma regra que prescreva a sinceridade; além disso, as conjecturas não são excluídas, mas devem ser expressamente externalizadas como tais⁵³².

Por sua vez, (1.3) é muito relevante para o estudo dos precedentes judiciais, uma vez que corresponde à ideia de universalização, esse tema será tratado com maior atenção na sequência. Ainda assim, sobre (1.3), cabem os seguintes apontamentos: (a) diz respeito ao uso de expressões por *um* falante, em contraste a (1.4) que se refere a uma comunidade de uso da linguagem; (b) exige que o falante esteja disposto a atuar coerentemente; (c) alude à coerência do falante e incide sobre as expressões valorativas, da seguinte maneira: “[t]odo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa maneira em todas as situações em que se afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes”⁵³³.

Já (1.4), vincula-se a uma comunidade de uso da linguagem, que deve partir da linguagem ordinária e prosseguir com o estabelecimento de determinações sobre o uso das palavras, sempre surgirem incompreensões e obscuridades. Dessa forma, indica-se a obrigação de manter a fala com clareza e sentido⁵³⁴.

Além das regras fundamentais (1), deve-se apresentar um segundo conjunto de regras relativas ao discurso racional, denominadas de (2) regras da razão. Esse conjunto de regras se volta à pretensão fundamentabilidade com relação aos atos de fala e são as seguintes:

- (2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.
[...]
- (2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.
[...]
- (2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.
(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.
(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.
[...]

⁵³² Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 186.

⁵³³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 185. Essa formulação do princípio da universalidade é realizada com base na obra de R. M. Hare, que trabalha a argumentação moral por meio de regras para aferir a sua racionalidade, que é um cúmulo de dois princípios: o princípio da universalidade (PU) e o princípio da prescritividade (PP). Sobre o tema, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p.73-84.

⁵³⁴ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 185.

(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso.⁵³⁵

As regras (2 a 2.3) acima são as mesmas da situação ideal de fala, tal como concebidas por Habermas, em sua versão fraca. A pretensão de fundamentabilidade não corresponde à exigência que o falante seja capaz ofertar uma fundamentação, mas, que, ao menos, indique a capacidade de fundamentação de outras pessoas determinadas ou determináveis. Ressalva-se que (i) a capacidade de fundamentação dos outros é um argumento e por isso pode ser discutida; e (ii) é necessária a consideração sobre a correção interna da asserção. Essas regras funcionam, em conjunto com as demais regras do discurso jurídico, como um critério hipotético-normativo para a correção das asserções normativas; ligada a essa função, essas regras funcionam como instrumento de crítica das restrições impostas aos participantes do discurso que não possuam justificação. Aponta-se que esses critérios, no que concerne às questões práticas, só são passíveis de cumprimento de forma aproximada, uma vez que definem um ideal, que ser buscado por meio da pragmática e de medidas organizacionais⁵³⁶.

No contexto da teoria do discurso prático racional geral, são as regras da razão (2) que permitem a explicação da pretensão de correção⁵³⁷.

Cabe, aqui, ainda, uma remissão ao princípio da inércia; e às regras da argumentação. O princípio da inércia postula que a proposição racional afirmada pelo participante do discurso já for aceita pelos demais não necessita de justificação⁵³⁸.

Já as (3) regras de argumentação são seguintes:

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está disposto a fundamentá-lo.

[...]

(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso.

[...]

(3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

[...]

⁵³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 186-187.

⁵³⁶ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 185-188.

⁵³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 188.

⁵³⁸ Nesse sentido, TOLEDO, Cláudia. *Teoria da Argumentação Jurídica...* 2005, p. 53. E, também, ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 169-170.

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação.⁵³⁹

Essas regras acima visam a distribuição e a extensão da carga da argumentação ou da fundamentação para evitar que se configure uma necessidade de fundamentação *ad infinitum*, o que é capaz de tornar o discurso inviável. Logo, o participante do discurso somente está obrigado a fornecer argumentos para sustentar sua proposição, caso existam contra-argumentos. Dessa forma, reconhece-se a possibilidade da existência de conhecimento já consolidado e de proposições que já foram *consensualmente* determinadas como corretas ou verdadeiras⁵⁴⁰.

Por outro lado, não se exclui a inclusão de novos argumentos, a qualquer momento no discurso prático, ainda que não correlatos aos argumentos anteriormente expressos, desde que isso seja fundamentado. É da fundamentação que advém a relevância dos novos argumentos, que é decidida pelos participantes do discurso e não por suas regras e formas. As regras acima decorrem diretamente do princípio da universalidade (1.3) e da regra da razão (2), por isso, expressam uma presunção em favor da igualdade, tal como visto em (3.1)⁵⁴¹.

Antes de prosseguir na exposição das regras do discurso prático, deve-se fazer uma breve alusão às formas de argumentos. A (4) forma mais geral de argumentação prescreve que “um enunciado normativo qualquer é fundamentado apresentando-se uma regra de qualquer nível e uma razão.”⁵⁴² Dessa forma mais geral, são deduzidas duas subformas relativas apenas às maneiras de se fundamentar um enunciado normativo singular (*N*): (4.1) a referência a uma regra (*R*) cumulada com um enunciado pressuposto de fato (*T*) *de* que descreve as suas condições de aplicação; ou (4.2) pela indicação das suas consequências (*F*), quando se deve fazer referência a uma regra (*R*) que diga que a produção das consequências referidas é ao bom ou devido. É possível problematizar os fatos (*T* ou *F*) ou as regras: no primeiro caso, a discussão pertence à moldura do discurso teórico; no segundo caso, ao discurso prático⁵⁴³.

⁵³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 189-190.

⁵⁴⁰ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 186-188; TOLEDO, Cláudia. *Teoria da Argumentação jurídica...* 2005, p. 53.

⁵⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 189.

⁵⁴² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 198.

⁵⁴³ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 190-192; ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 2019, p. 54-56; ATIEZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 197-198.

A problematização das regras do discurso prático implica nas formas de argumento de segundo nível (4.3 e 4.4), que consiste na justificação de R por meio da referência às consequências de R , denominada de F_R , mais uma regra de segundo nível (R'), que demande R sobre uma outra condição T' ⁵⁴⁴. Diferentes fundamentações, no contexto de uma mesma forma, ou nas fundamentações de formas diversas podem levar resultados incompatíveis. Nesses casos, é necessária a aplicação de regras de precedência condicionadas e incondicionadas, já expostas quando se tratou da lei de colisão e não serão, aqui, repetidas para se evitar a redundância⁵⁴⁵.

A descrição deve prosseguir para as regras de fundamentação (5). Essas regras visam reduzir o campo de indeterminação consideravelmente amplo deixado pelas regras e formas anteriores e decidir de forma imediata o conteúdo das regras a serem fundamentadas. Aqui, as regras se voltam às características do discurso prático e ajustam *como* proceder com a fundamentação por meio das formas já expostas⁵⁴⁶. Sem mais delongas, são estas as regras formuladas:

(5.1.1) Toda pessoa deve poder aceitar as consequências de uma regra pressuposta em um enunciado normativo por ela afirmado para a satisfação dos interesses de toda e qualquer pessoa, também no caso hipotético de ela se encontrar na situação dessa pessoa.

[...]

(5.1.2) As consequências de toda regra para a satisfação dos interesses de toda e qualquer pessoas devem ser aceitas por todos.

[...]

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinável aberta e geralmente.

[...]

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem poder resistir à revisão, e uma gênese histórica crítica. Uma regra moral não resiste a uma tal revisão:

a) quanto originalmente se podia racionalmente justificá-la, porém ela perdeu então sua legitimidade, ou

b) quando originalmente não se podia racionalmente justificá-la e não se pode produzir razões suficientes a seu favor.

[...]

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem poder resistir à revisão de sua história individual de produção. Uma regra moral não resiste a uma tal revisão quando ela foi assumida somente com base em condições sociais que não são justificáveis.

[...]

(5.3) Devem-se observar os limites fáticos da realizabilidade.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 19.

⁵⁴⁵ A estrutura da fundamentação decorre das conexões entre as formas de argumentos que são classificadas como regressivas ou aditivas: são regressivas quando um argumento serve de sustentação ao outro; ao passo que são aditivas quando um enunciado ou regra são justificados por argumentos independentes entre si. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 57-58, nota de rodapé 79.

⁵⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, 2019, p. 58; e ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 199.

⁵⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 58-61.

A regra expressa a junção entre o princípio da universalidade (1.3) com o princípio da prescritividade⁵⁴⁸ e se resume da ideia de que “toda pessoa deve poder concordar com as consequências para todos da regra por ela pressuposta ou afirmada.”⁵⁴⁹ Essa regra, contudo, refere-se ao falante isolado; com relação às concepções comuns ou compartilhadas a serem produzidas no discurso se relaciona com (5.1.2), pela qual todos devem poder assentir com as regras da razão (2.1-2.3), com quem compartilha seu caráter ideal, de acordo com o princípio da generazabilidade de Habermas⁵⁵⁰. Por último, (5.1.3) corresponde a uma concretização da sinceridade no discurso prático e funciona como critério de exclusão de regras não-fundamentáveis⁵⁵¹.

Já o conjunto de regras (5.2.1 e 5.2.2) se direciona à possibilidade da crítica das regras do discurso racional pelo participante do discurso. A primeira diz respeito à busca da racionalidade das normas em sua gênese histórico-social; ao passo que a segunda é direcionada à crítica da produção de normas individuais⁵⁵². A última das regras (5.3) visa assegurar a exequibilidade da tarefa do discurso prático, que é justamente a resolução de questões práticas⁵⁵³.

Existe, ainda, um sexto conjunto de regras, denominado de regras de transição (6), que assegura aos participantes do discurso prático que, a qualquer momento do discurso, passe-se do discurso prático para (6.1) o discurso teórico, para (6.2) o discurso linguístico-analítico e para o (6.3) o discurso teórico-discursivo⁵⁵⁴. Sobre a passagem do discurso normativo para o discurso empírico, adverte-se que vem usualmente marcada pelo dissenso quanto ao conhecimento empírico, pelo que são necessárias regras de presunção racionais⁵⁵⁵.

4.5.5 A passagem do discurso prático geral para o discurso jurídico.

⁵⁴⁸ O princípio da prescritividade corresponde à exigência posta ao “indivíduo que está fazendo o juízo se hipoteticamente na posição da pessoa que está sendo julgada e pergunte *a si mesmo* se, também nessa posição, poderia aceitar as consequências da regra moral em questão”. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 78, destaques nossos.

⁵⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, 2019, p. 59.

⁵⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 196.

⁵⁵¹ As regras excluídas são aquelas que não atendem Cf. ALEXY, 2017a, p. 99-103.

⁵⁵² ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, 2019, p. 60-61.

⁵⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, 2019, p. 61.

⁵⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, 2019, p. 61-62.

⁵⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, 2019, p. 62.

O discurso prático geral possui limitações e não garante a formação de um consenso para cada questão prática, não obstante a formulação das regras acima⁵⁵⁶. Essas limitações são expressas em dois problemas: o problema do conhecimento e o problema do cumprimento. O primeiro se deve: (a) ao cumprimento apenas aproximado das regras da razão (2.1-2.3), em virtude de seu caráter ideal; (b) a indeterminação de todos os passos da argumentação; e (c) ao ponto de início do discurso, que são as convicções normativas de seus participantes, sempre variáveis e historicamente condicionadas. O problema do cumprimento é baseado na possível dissociação entre saber o que é correto e o agir de forma contrária a esse conhecimento (formação do juízo/formação da vontade)⁵⁵⁷. É possível, contudo, a delimitação, como já afirmado, de regras que sejam discursivamente impossíveis (tais como as que suprimam a liberdade e a igualdade dos participantes do discurso⁵⁵⁸) e de regras que sejam discursivamente necessárias⁵⁵⁹.

No âmbito das possibilidades discursivas, contudo, persiste a possibilidade fundamentação de proposições normativas ou regras que não sejam compatíveis entre si. Nesse caso, deve-se conceber regras que possibilitem a solução da contradição⁵⁶⁰. Um tipo dessas regras são justamente as regras que pertencem ao discurso jurídico, voltada ao preenchimento dessa lacuna de racionalidade⁵⁶¹. Logo, o direito é discursivamente justificado enquanto conjunto de normas (dimensão normativa) que, situado no âmbito do discursivamente possível, promove um aumento na possibilidade de resolução de questões práticas, ao passo que impõe suas normas àqueles que não queiram segui-las voluntariamente (dimensão coativa)⁵⁶². Indica-se que é realizada uma troca: limita-se as possibilidades discursivas, pela introdução de um sistema jurídico; ao passo que se aumenta a possibilidade de realização do princípio do discurso.

⁵⁵⁶ Não será problematizada, aqui, a questão da utilidade da teoria do discurso, em virtude da impossibilidade de atingimento de um consenso em todos os casos e da garantia de uma resposta correta para cada questão prática posta. Basta afirmar que o conceito de correção deve ser recebido como ideia regulativa, em um aspecto ideal, e relativizada quanto à possibilidade de obtenção de resultados práticos corretos em discursos concretos. Essa relativização ocorre por diversos fatores, tais como as pessoas envolvidas no discurso, a variabilidade de convicções normativas entre os participantes, a variação de conhecimento no tempo, a clareza linguístico-conceitual e o caráter não-monológico do discurso.

⁵⁵⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 201-202.

⁵⁵⁸ Liberdade e igualdade, ainda que não sejam princípios lógicos, são *condições de possibilidade* da teoria consensual da verdade e da teoria do discurso prático isso quer dizer que: “[...] no discurso se fundamentam argumentos, mas o próprio discurso deve ter sua possibilidade fundamentada por argumentos que pretende validar, isto é, recorre-se às proposições não demonstradas, para permitir a utilização dessas mesmas proposições afirmadas como fundamentação, tendo a teoria consensual da verdade, na liberdade e na igualdade sua condição de *possibilidade* quanto de *validade*. Daí poder ser aplicada apenas no *Estados Democráticos de Direito*.” TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica...*, 2005, 53.

⁵⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 199.

⁵⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 199.

⁵⁶¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, 2016, p. 202.

⁵⁶² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, 2016, p. 202.

Dessa forma, concebe-se um modelo procedimental de quatro níveis: (a) o procedimento do discurso prático; (b) o procedimento da produção estatal do direito; (c) o procedimento do discurso jurídico; e (d) o procedimento do processo judicial. Os procedimentos (b) e (d) são qualificados como procedimentos institucionalizados, isto é, são procedimentos regulamentados por normas jurídicas; ao passo que (a) e (c) não são, portanto, são não-institucionalizados⁵⁶³.

O procedimento da produção estatal do direito e o discurso prático se conectam em três pontos: (i) o procedimento da produção estatal do direito deve ser concebido de forma a maximizar as possibilidades do princípio do discurso, o que se realiza por meio do voto; (ii) os direitos fundamentais servem como fatores de limitação do discursivamente possível para o legislador (o que é compatível com as ideias das margens de discricionariedade epistêmica e estrutural); (iii) no processo legislativo pode ocorrer uma discussão racional ou não, caso não ocorra o princípio do discurso atua como instrumento de crítica, “[a] possibilidade dessa crítica é garantida, em uma constituição discursivamente capaz de justificação através dos direitos fundamentais”⁵⁶⁴.

O discurso jurídico é justificado a partir das deficiências históricas e sistemáticas do processo legislativo, que não consegue regulamentar todas as questões práticas ou ter acesso a todos os dados empíricos; além disso, a linguagem empregada nos textos legislativos por vezes é vaga. Da exigência que sejam oferecidas respostas racionalmente fundamentadas a todos os casos e da necessidade do desenvolvimento de regras de metodologia jurídica para o seu cumprimento, justifica-se o discurso jurídico⁵⁶⁵. Este último é prático e normativo, isto é, direciona-se ao *agir humano* e busca a sua *orientação*, respectivamente. É, ainda, *especial*, porque, ao contrário do discurso prático geral, é limitado pela lei, pelos precedentes e pela dogmática jurídica (majoritária)⁵⁶⁶. Além disso, o discurso jurídico formula uma pretensão de correção, que corresponde à ideia de que os participantes do discurso jurídico aduzem proposições racionais

⁵⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, 2019, p. 69-82.

⁵⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, 2019, p. 80.

⁵⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, 2019, p. 81.

⁵⁶⁶ Sobre a tese do caso especial, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 204-214 e nota de rodapé 3 deste trabalho, no capítulo 1.

que são fundamentadas com a pretensão que sejam corretas, de acordo com o ordenamento jurídico vigente⁵⁶⁷.

Ainda assim, a tese do caso especial abre espaço para uma pluralidade de resultados, até porque se permite o recurso ao discurso prático geral, sempre o discurso jurídico não for capaz de responder as questões relativas a proibições, permissões e obrigações. Logo, por mais que existam as vinculações mencionadas, não é possível atingir um ponto de segurança geral de resultados. Dessa constatação, indica-se que o quarto procedimento que é o processo judicial, regulamentado por regras e procedimentos que assegurem que seu produto será a decisão judicial. Logo, no processo judicial não só se argumenta, como também se decide⁵⁶⁸.

Antes que se possa prosseguir com a análise das regras da argumentação jurídica, no contexto do processo, são necessárias algumas definições e contextualizações. A teoria do discurso prático e jurídico de Alexy – tal como visto em Habermas – é cognitivista, por isso, pressupõe-se a existência de respostas corretas; dessa forma, existe a rejeição do realismo jurídico⁵⁶⁹, que repele a noção de racionalidade nos juízos de dever e de valor⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 206. Sobre a pretensão de correção, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo...*, 2014, 99-102; e, também, ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, 2009, *passim*.

⁵⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, 2019, p. 81.

⁵⁶⁹ A rejeição do realismo jurídico está associada à premissa associada à argumentação jurídica de que as decisões jurídicas podem e devem ser justificadas e não correspondem a puros atos de vontade, nomedo de decisionismo metodológico. Na perspectiva do realismo jurídico, em sua vertente norte-americana, as sentenças judiciais se dão de modo retrospectivo, isto é, são elaboradas com início em conclusões formuladas com caráter provisório, de acordo com os impulsos do juiz e fruto de preconceitos. Obtempera-se, contudo, que, ainda que se admita que a decisão possa ser tomada em um processo mental do juiz, isso não anula a necessidade de justificação da decisão e nem impossibilita o desempenho dessa tarefa. Isso é necessário, porque nas sociedades modernas e pluralistas, a aceitação das decisões judiciais advém de sua “motivação”, já que não mais possuem como fonte de sua legitimidade a tradição e a autoridade. Além disso, a justificação é necessária para que o direito sirva como *guia para a conduta humana*. Sobre essa argumentação, Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 7-9. Existe uma vertente do realismo denominada por Zaneti Júnior como moderada, que é por ele adotada e que se diferencia da vertente acima, denominada pelo autor como cética radical ou desiludida. O autor parte da rejeição do cognitivismo por associá-lo à busca da intenção do legislador, a partir do texto ou do legislador histórico, por meio da busca “de uma legislação unívoca e completa anterior a sua aplicação judicial”. Além disso, sustenta que a interpretação é essencial para dotar o texto de sentido, o que é inexistente fora e antes da interpretação. Contudo, nega-se a ausência de limites para o processo interpretativo que é condicionado à “revisão de toda legislação”, aos precedentes aplicáveis ao caso e à dogmática jurídica, pelo que se qualifica o realismo como moderado. Por último, a interpretação “é comprometida com a racionalidade e a universalização”. Sobre essa argumentação Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 148-156. A questão da compatibilidade entre o realismo moderado e o cognitivismo diferenciado sustentado por Alexy foge aos limites desse trabalho.

⁵⁷⁰ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação*, 2013, p. 164.

As respostas corretas devem ser buscadas em contexto de uma teoria completa do Estado e do Direito, tal como se depreende dos procedimentos sucessivos acima descritos de passagem do discurso prático geral para o discurso jurídico, até o contexto da relação processual⁵⁷¹. Essa forma de Estado é o Estado Democrático Constitucional (ou Estado Democrático de Direito, aqui, reputados sinônimos)⁵⁷², que tem na capacidade intelectual dos cidadãos sua condição de possibilidade⁵⁷³.

Entretanto, ressalva-se não é necessário que as regras do discurso sejam completamente seguidas, pelos participantes do discurso (até porque isso é em alguns casos inviável), para que se possa obter um consenso racional. Isso deve ocorrer na maior intensidade que seja compatível com cada um dos níveis do modelo procedimental acima, que é progressivamente limitante quanto à abrangência de resultados que sejam discursivamente possíveis. Essa limitação atende a um anseio por segurança que, apesar de não ser completamente atendido em nenhum dos níveis (o que corresponderia à existência de uma só resposta correta, o que é rejeitado para sistemas discursivos não-monológicos⁵⁷⁴), não deve ser desprezado, por ser, também, uma exigência da racionalidade⁵⁷⁵.

Por último, antes de se adentrar às regras da argumentação jurídica, afirma-se que todas as regras e formas do discurso prático se aplicam também ao discurso jurídico, em virtude de sua *integração*, até porque o primeiro constitui o fundamento do segundo e ambos compartilham a

⁵⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 288.

⁵⁷² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 297-298.

⁵⁷³ “[...] A relação entre *capacidade intelectual* dos cidadãos e sua participação no *discurso público* não é exigida por normas constitucionais, mas é necessariamente *existente* por ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, Estado que eles mesmos construíram mediante a elaboração de sua *Constituição* e cujo aperfeiçoamento a eles cabe, através do *discurso*, que, com a busca de um *controle racional*, aproxima-o da *correção*.” TOLEDO, Cláudia. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2005, p. 53. Entretanto, Estados Democráticos Constitucionais podem estar em diferentes estágios de consolidação, em especial na implementação da liberdade e da igualdade aos cidadãos. “Isto é, não é porque a liberdade e a igualdade são condições de possibilidade e validade do discurso que, se o Estado Democrático de Direito não estiver plenamente consolidado – como, por exemplo, nas chamadas “democracias recentes” da América Latina pós-ditadura ou nos países do leste europeu –, tal Estado não exista ou que não existam naquelas condições. O que há é um *processo*, de implementação crescente da *democracia*, através do *Direito*, e, portanto, da liberdade e da igualdade [...]”. TOLEDO, Cláudia. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2005, p. 53.

⁵⁷⁴ Isso que dizer que não se impõe à pessoa, no seu sistema de normas pessoal, a existência de juízos de valor ou de dever contraditórios. Por isso, a teoria do discurso possui caráter não-monológico, ou seja, presume-se a existência de sistemas normativos de diferentes pessoas que, uma vez submetidas ao procedimento do discurso racional, encontrem respostas contraditória, ainda no âmbito do discurso ideal. A adoção da tese da única resposta correta para cada uma das questões práticas depende da assimilação de um conceito absoluto de correção (tese ontológica). Como já reiterado algumas vezes, a correção é uma ideia regulativa e a única resposta correta é uma aspiração a um ideal a ser formulada pelos participantes do discurso. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 295-296.

⁵⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 288.

mesma estrutura⁵⁷⁶. As regras e formas da argumentação jurídica exprimem a sujeição do discurso jurídico à lei, aos precedentes e à dogmática jurídica⁵⁷⁷ e constituem um critério de avaliação da correção das decisões jurídicas e não, apenas, para o preenchimento de lacunas jurídicas⁵⁷⁸.

No contexto do Estado Democrático Constitucional, as decisões judiciais (e, também, decisões administrativas e legislativas) “expressam o *acordo* que *melhor* satisfaz os *interesses* dos participantes do discurso, com a *formação comum* do juízo mediante a *ponderação* daqueles interesses expressos em *argumentos*, respeitando-se a *autonomia* do Outro.”⁵⁷⁹ Por isso, a tese do caso especial se situa no contexto de justificação (ou fundamentação, que são conceitos intercambiáveis)⁵⁸⁰ das decisões jurídicas.

O dever de fundamentação das decisões jurídicas incide também nos processos judiciais, uma vez que o direito positivo prevê que os juízes devem justificar as suas decisões tomadas nesse âmbito. Contudo, deve-se reconhecer que a pretensão de correção do discurso jurídico, no contexto da relação processual, ocorre sob condições ainda mais limitativas, tais como: (a) a distribuição assimétrica dos papéis das partes no processo penal; (b) as limitações do tempo; (c) as restrições efetuadas pelo Direito processual; (d) a própria motivação das partes, autor e réu, que estão mais interessadas em um resultado que lhes concedesse uma situação jurídica mais proveitosa do que em um resultado correto e justo. Contudo, essas condições não são capazes de afastar completamente a formulação da pretensão correção da argumentação jurídica das partes no nível do processo judicial: a uma, porque não é permitido que as partes deduzam

⁵⁷⁶ TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica..., 2005, p. 55.

⁵⁷⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 204.

⁵⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 307-308

⁵⁷⁹ TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira..., 2017a, p. 1-17, para o trecho transcrito p. 3.

⁵⁸⁰ Segundo Atienza, na filosofia da ciência costuma distinguir o contexto de descoberta e o contexto de justificação: “Assim, de um lado está a atividade que consiste em descobrir ou enunciar uma teoria e que, segundo a opinião geral, não é suscetível de uma análise do tipo lógico; nesse plano, cabe unicamente mostrar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico, o que constitui tarefa para o sociólogo e o historiador da ciência. Mas do outro lado está o procedimento que consiste em justificar ou validar a teoria, isto é, em confrontá-la com os fatos a fim de mostrar a sua validade; esta última exige uma tarefa do tipo lógico (embora não apenas lógico) e se rege pelo método científico (que não são aplicáveis no contexto da descoberta).” ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 5. Transpondo-se essa discussão para o cenário da teoria da argumentação: o contexto da decisão trata-se da diferença entre o procedimento de estabelecimento da premissa ou conclusão, que pode ser motivada por causas psicológicas, sociais, ideológicas etc.; e o contexto da justificação do procedimento de justificativa da premissa ou conclusão. Dessa bipartição, diferenciam-se as razões explicativas, associadas ao primeiro contexto, das razões justificadoras atinentes ao segundo. O autor afirma que os órgãos jurisdicionais não precisam, em geral, explicar decisões que tomam, apenas justificá-las. Ambos os contextos podem se utilizar do discurso prescritivo ou descritivo, de forma que não é correta uma associação desse gênero. Sobre essa argumentação, Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...* 2016, p. 5-7.

apenas suas pretensões postulando vantagens, sem fundamentar suas pretensões como válidas e corretas diante do direito positivo; a duas, porque o juiz não deve decidir de acordo com as suas tendências de favorecimento a uma das partes; e, a três, porque o juiz não pode sequer deixar que as parte formulem as suas pretensões da maneira mencionada, ainda que decida ao final com base no Direito válido como correto. Nesse último caso, o juiz “trata as partes como pessoas que não compreenderam o que é um debate judicial e que, por isso, não podem realmente participar nele. Isso mostra que a argumentação diante do juiz não pode, mas deve ser interpretada no sentido da teoria do discurso.”⁵⁸¹

4.5.6 A justificação interna das decisões jurídicas.

A justificação das decisões jurídicas se distingue em dois aspectos: (i) a justificação interna; e (b) a justificação externa⁵⁸².

Em apertada síntese, o aspecto da justificação interna concebe regras e formas que

verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertivas expostas na *fundamentação*, exigindo que se desenvolva o máximo de *etapas* possíveis na argumentação jurídica de modo a se formularem, no curso da justificação *expressões* cuja aplicação ao caso concreto obtenha o maior *consenso fundado*.⁵⁸³

Decisão, no contexto acima, refere-se a decisão jurídica em sentido *lato*, ou seja, compreende tanto a decisão no contexto do processo judicial, quanto a decisão que é resultado do desenvolvimento teórico do direito⁵⁸⁴. Entretanto, a partir daqui, só de fará referência às decisões judiciais.

A justificação interna das decisões judiciais se refere à questão manutenção da coerência da lógica entre as premissas da decisão e a sua conclusão, sob a forma de um silogismo jurídico, que irá variar de acordo com a simplicidade ou dificuldade de um caso⁵⁸⁵. A variação consiste

⁵⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 309-310.

⁵⁸² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 212. Também, Cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*. n. 14. Bruxelles: Centre National de Recherches de Logique, p. 412, 1971. Disponível em: <<http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/551>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁵⁸³ TOLEDO, Cláudia. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2005, p. 55.

⁵⁸⁴ TOLEDO, Cláudia. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, p. 55.

⁵⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 214. Com razão, Zaneti Júnior assevera que a decisão entre o caso ser fácil ou difícil já é uma escolha interpretativa, que deve ser alvo de argumentação para

no número de etapas a serem desenvolvidas entre a premissa e conclusão de acordo com: (i) o número de propriedades alternativas de fatos hipotéticos contidos na norma; (ii) a necessidade de um complemento através de normas jurídicas explicativas, limitativas ou extensivas⁵⁸⁶, para a aplicação de uma norma ao caso concreto; (iii) a possibilidade da existência de várias consequências jurídicas; e (d) a variabilidade semântica da formulação de uma norma, que deve ser resolvida por meio da interpretação⁵⁸⁷.

O silogismo jurídico satisfaz a justificação das decisões por meio de regras universais, segundo o princípio da universalidade (1.3), que serve de base para o princípio da justiça formal. Por isso, no contexto da justificação interna das decisões jurídicas deve ser apresentada ao menos uma norma universal; e a decisão deve seguir-se logicamente da norma universal apresentada, em conjunto com outras proposições. Quanto maior for o número de normas apresentadas, maior será o número de proposições, ainda que em quantidade variável. Quanto o maior o número de normas e de proposições necessárias para sua justificação, maior será a dificuldade do caso. O importante é que sejam adotadas o maior número possível etapas de desenvolvimento da justificação interna da decisão para a concreção progressiva das normas, ou seja, cujas etapas “permitam formular expressões cuja aplicação ao caso não seja discutível”⁵⁸⁸.

É na justificação interna que se encontram as premissas que não são encontradas no direito positivo e que devem ser fundamentadas para que se chegue à decisão jurídica. Isto é, “[n]a justificação interna é necessário ficar claro quais premissas devem ser justificadas externamente. Pressupostos que de outra maneira ficariam escondidos devem ser formulados explicitamente.”⁵⁸⁹

Ainda que não se garanta a racionalidade das decisões judiciais, apenas, com referência à justificação interna, abre-se a possibilidade do controle lógico-formal daquelas, o que, por sua

que se torne explícito e intersubjetivamente controlável. Nesse sentido, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 134, nota de rodapé 199.

⁵⁸⁶ Sobre o tema das normas jurídicas incompletas e a definição de normas explicativas, limitativas ou extensivas, Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 1997, p. 359-370.

⁵⁸⁷ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 214-216.

⁵⁸⁸ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 215-221.

⁵⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 221.

vez, facilita a consistência da decisão, a identificação e crítica de erros e, por isso, fomenta a segurança jurídica e a justiça⁵⁹⁰.

4.5.7 A justificação externa das decisões jurídicas.

Como exposto, a justificação externa diz respeito à justificação das premissas, que são divididas em três tipos: (i) regras de Direito positivo; (ii) enunciados empíricos; (iii) enunciados que não são de Direito positivo ou enunciados empíricos, mas que para que sejam fundamentados é necessário o recurso à fundamentação jurídica (em concreto, às formas e regras da justificação externa). Alexy propõe, então, seis regras e formas da justificação externa de acordo com sua referência: (a) à interpretação; (b) à dogmática; (c) ao uso de precedentes; (d) à argumentação prática geral; (e) à argumentação empírica; ou (f) às formas especiais de argumentos jurídicos.

Com relação à argumentação empírica, cabe a menção às regras de transição do discurso prático geral (item 4.4.4 deste trabalho). De igual forma, as regras e formas do discurso prático geral, também, já foram abordadas. A questão da interpretação será tratada na próxima subdivisão desse capítulo, porque merece um enfoque específico. De igual forma, a argumentação por meio do uso de precedentes será tratada separadamente, com atenção especificamente direcionada ao processo de universalização da norma-precedente.

Para início da exposição acerca das regras e formas da justificação externa relativas à dogmática, transcreve-se a definição desta última tal como concebida por Alexy:

“(1) é uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do direito, mas que não podem se identificar com a sua descrição; (3) estão entre si numa relação de coerência mútua; (4) forma-se e discutem-se dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.”⁵⁹¹

As regras da justificação externa relativas à dogmática possuem “como tarefa assinalar, sob o ângulo pragmático, tanto a *legitimidade* quanto os *limites* da argumentação *sistemático-conceitual da Ciência do Direito*”⁵⁹². Para efetuar essa tarefa, aliam-se as dimensões empírico-descritiva, analítico-lógica e prático-normativa da dogmática jurídica, que correspondem,

⁵⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 222; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 163.

⁵⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 244.

⁵⁹² TOLEDO, Teoria da Argumentação Jurídica..., 2005, p. 57.

respectivamente: “a descrição da práxis dos tribunais e a averiguação da vontade fática do legislador”⁵⁹³; a análise sistemática e conceitual dos conceitos jurídicos e das relações entre as normas (regras e princípios); e a fundamentação ou interpretação de “uma norma, uma nova instituição, ou quem critica uma decisão judicial quanto a seus defeitos práticos e elabora uma contraproposta.”⁵⁹⁴

Na medida em que se executa a tarefa acima, mediante o recurso a cada uma das dimensões citadas, a dogmática jurídica executa algumas funções, a saber:

“de estabilização (a uma vez que fixa durante longos períodos de tempo determinadas formas de decisão), de progresso (amplia a margem de discussão jurídica em sua dimensão temporal, de objeto e pessoal), de descarga (não é preciso voltar a discutir tudo toda vez), técnica (a apresentação unificada e sistemática da matéria serve como informação e promove o ensino e a capacidade de transmissão), de controle (ao permitir decidir casos, referindo-os aos já decididos e aos por decidir, acrescenta eficácia ao princípio da universalidade e da justiça) e heurística (as dogmáticas contêm modelos de solução e sugerem novas perguntas e respostas).”⁵⁹⁵

Compreendendo-se a dogmática jurídica como conjunto de enunciados⁵⁹⁶ (e não de atividades), impõe-se que exista a possibilidade de fundamentação daqueles (relação de derivação de um enunciado dogmático de outro enunciado) e a comprovação de enunciados dogmáticos (que consiste na refutação da relação de derivação de um enunciado dogmático de outro enunciado), que possuem conteúdo normativo. Essa possibilidade depende da utilização de outros enunciados dogmáticos e, também, de enunciados práticos gerais, que são utilizados de base para a comprovação e a fundamentação dos enunciados dogmáticos⁵⁹⁷.

⁵⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 240.

⁵⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 241.

⁵⁹⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 210.

⁵⁹⁶ Os enunciados da dogmática jurídica são passíveis da seguinte classificação: (1) a definição dos conceitos jurídicos genuínos, por exemplo, o conceito de contrato, de legítima defesa ou de ato administrativo, correspondem, então, não aos fatos brutos, mas aos fatos institucionais, contudo, não possuem apenas conteúdo descritivo, mas, também, normativo, na medida em que podem conter propostas de mudança; (2) um enunciado é um enunciado da dogmática jurídica se é estabelecido, discutido e aceito no contexto de uma ciência do Direito institucionalizada; (3) ainda assim, para que um enunciado seja considerado dogmático não é necessário que ele seja considerado correto, mas, apenas, discutido no contexto dogmático; (4) a descrição e caracterização de estados de coisas e “cuja produção, eliminação ou conservação deve servir a normas individuais ou grupos de normas, assim como para determinação de relações de prioridade entre tais estados de coisas”; (5) a formulações de princípios. Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 244-248.

⁵⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 249.

Essa comprovação é sistemática e ocorre em dois sentidos: um estrito, “tenta-se ver se o enunciado se ajusta aos enunciados dogmáticos já aceitos e às normas jurídicas vigentes”⁵⁹⁸; e outro amplo, “nesse caso, se tentaria ver se as decisões a fundamentar, com ajuda de enunciados dogmáticos e normas jurídicas, são compatíveis entre si, segundo pontos de vista práticos de tipo geral”⁵⁹⁹. Por último, contempla-se a necessidade da utilização de enunciados dogmáticos como uma exigência da teoria do discurso, sempre que isso for possível⁶⁰⁰.

Acerca da justificação externa dos enunciados da dogmática jurídica, são elaboradas as seguintes regras:

J.10) Caso seja posto em dúvida, todo enunciado dogmático deve ser fundamentado mediante o emprego de, pelo menos, um argumento prático geral de tipo geral.

J.11) Todo argumento dogmático deve poder ser bem-sucedido numa comprovação sistemática, tanto no sentido estrito quanto no sentido amplo.

[...]

J.12) Se são possíveis todos os argumentos dogmáticos, eles devem ser usados.⁶⁰¹

Com relação à justificação externa das formas especiais de argumentos jurídicos, faz-se referência: (a) à analogia (relação de inferência normativa da lei em que dois fatos hipotéticos semelhantes, do ponto de vista jurídico, mediante uma valoração baseada em qualquer tipo de argumento possível no discurso jurídico, devem ter a mesma consequência); (b) ao *argumentum a contrario*; (c) ao *argumento a fortiori*; e (d) *argumentum ad absurdum*. Esses argumentos são utilizados na metodologia jurídica, ainda que sem exclusividade, e são “argumentos de inferência logicamente válida, estritamente dependentes da fundamentação da interpretação das premissas, segundo a regra da saturação”⁶⁰².

4.6 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: ENTRE A ANALÍTICA E A HERMENÊUTICA?

⁵⁹⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 211.

⁵⁹⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 211.

⁶⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 258-259.

⁶⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 256-259.

⁶⁰² TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*, 2005, p. 57.

No contexto da teoria da argumentação jurídica, interpretação deve ser entendida em sentido estrito, isso é, enquanto atividade voltada ao entendimento das manifestações idiomáticas, quando estas admitem mais de uma interpretação e se possui dúvida quanto a qual é correta.⁶⁰³ Corresponde, então, à explicação: “[e]la inicia com uma pergunta e termina com uma escolha entre várias interpretações possíveis.”⁶⁰⁴

A interpretação jurídica distingue-se de outros tipos de interpretação por seu caráter prático e institucional. A interpretação jurídica tem um *prático*, porque sempre nela se trata mediada ou imediatamente disto, o que, em um sistema jurídico é ordenado, proibido e permitido e para o que ele autoriza. Em vez de um caráter prático, pode, também, ser falado de um “normativo”.⁶⁰⁵

O caráter institucional da interpretação jurídica deriva tanto do seu objeto, quanto do seu sujeito. Quanto ao seu objeto, é institucional porque se dedica, nos ordenamentos jurídicos codificados, primariamente, a interpretação da *lei* (decisões do parlamento), inclusive as disposições constitucionais e outros atos normativos decorrentes da *lei*, tais como regulamentos e estatutos. Além da lei, a interpretação jurídica se volta aos *precedentes*, aos contratos, ao direito internacional público e ao direito costumeiro (ainda que com papel reduzido nos ordenamentos jurídicos modernos)⁶⁰⁶.

Com relação ao sujeito, a interpretação pode ser autêntica, doutrinal, leiga e usual. Apenas a primeira é, a rigor, institucional, por ser aquela realizada por órgão autorizados pelo ordenamento jurídico a proferirem determinações vinculativas, o que, em geral, é atribuído ao legislador e à jurisdição, em medidas variadas. Portanto, a interpretação autêntica, tanto por seu sujeito, quando por seu objeto, é institucional. A interpretação doutrinal é a realizada pela dogmática do direito, que não possui força vinculativa, contudo, pode se aproximar disso, no caso da formação de consensos majoritários. A interpretação leiga é a realizada pelos cidadãos que estão subordinados ao direito, ao passo que a usual é um subtipo desta e se concentra na

⁶⁰³ Intepretação é um vocábulo de sentido ambíguo, por isso, precisa ser interpretado. Dessa forma, intepretação em sentido mais amplo (*lagissimo sensu*) “designa o entendimento de todos os objetos, que forma produzidos por sujeitos no quadro da sua capacidade, para unir com esses objetos um sentido”. Já interpretação em sentido amplo (*sensu largo*), é um subtipo do primeiro tipo de interpretação, e se volta ao entendimento de manifestações idiomáticas, tanto em sentido imediato, quando não aparecem dúvidas ou questionamentos, quanto em sentido mediato, quando se considera a existência de várias interpretações possíveis. Por último, existe a interpretação em sentido estrito (*sensu stricto*), tal como exposta acima. Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. Interpretação Jurídica. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a, p. 61-86. Para o trecho transcrito, p. 61.

⁶⁰⁴ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 62.

⁶⁰⁵ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 62.

⁶⁰⁶ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 63.

explicação do direito costumeiro. Essas três espécies de interpretação não possuem caráter institucional, mas podem motivar, em caso de celeuma considerável, a realização da interpretação autêntica, o que demonstra a importância da interpretação judicial nos sistemas jurídicos contemporâneos⁶⁰⁷.

A teoria da interpretação é chamada de hermenêutica. Por isso, Carlos Maximiliano afirma que hermenêutica e interpretação jurídica não se embaralham, uma vez que “esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda.”⁶⁰⁸ No contexto da hermenêutica após a Idade Moderna, deve-se distinguir entre: (a) uma metodologia: que possui como objeto as regras da explicação e a arte da explicação; e (b) uma teoria estrutural: que possui como objeto as condições da possibilidade do entender⁶⁰⁹.

No segundo sentido, a hermenêutica era concebida como filosofia, dotada de método singular voltado a todas as áreas do conhecimento, com base nas obras de Friedrich Schleiermacher e William Dithley⁶¹⁰. Nessa acepção, a hermenêutica foi rigorosamente criticada pela filosofia analítica, de modo que se pode afirmar que ambas as tradições são historicamente conflitantes⁶¹¹. Aqui, a abordagem do debate entre analíticos e hermeneutas será realizado em

⁶⁰⁷ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 63.

⁶⁰⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1. Em sentido semelhante, PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais...*, 2019, 55. E, também, SILVA, Willy Potrich da; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Analítica e hermenêutica: duas faces de uma mesma solução para a garantia da racionalidade na aplicação do direito. *Revista do Direito*, [S.L.], v. 1, n. 57, p. 43-62, 8 jan. 2019. APESC - Associação Pro-Ensino em Santa Cruz do Sul. <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v1i57.12881>. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12881>. Acesso em: 01 ago. 2022.

⁶⁰⁹ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64.

⁶¹⁰ SILVA, Willy Potrich da; FREIRE JÚNIOR., Américo Bedê. Analítica e hermenêutica..., 2019, p. 51. ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais...*, 2019, p. 58.

⁶¹¹ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64. Também, SILVA, Willy Potrich da; FREIRE JÚNIOR., Américo Bedê. Analítica e hermenêutica..., 2019, p. 51; ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo*, [S.L.], v. 259/2016, p. 21-53, set. 2016. Esse conflito histórico permanece em setores da dogmática jurídica, tal como se percebe no debate travado entre Manuel Atienza e Lênio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira. O primeiro, um analítico, deu a seguinte declaração, em uma entrevista disponível no sítio eletrônico Conjur: “Parece muito estranho que se possa pensar que Heidegger nos dará a chave para a compreensão ou a crítica das súmulas vinculantes. Enfim, correndo o risco de parecer provocador, eu diria que a filosofia do Direito brasileira necessita de menos hermenêutica e mais filosofia analítica. E que conste que, em muitos aspectos, eu sou muito crítico em relação ao que, em países como Argentina e Espanha, fazem os filósofos analíticos.” VALE, André Rufino do. “Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos”. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>. Acesso em: 15 out. 2020. No que foi respondido pelo segundo, no mesmo sítio eletrônico: “Ora, é ontologicamente impossível pretender mais analítica e menos hermenêutica. [...] Pretender mais analítica e menos hermenêutica é recair num positivismo ingênuo e carente de historicidade, que acredita que as palavras sejam mais importantes que os conceitos. E que seria possível criar uma linguagem supostamente rigorosa, fundada tão

termos sumários, dando-se destaque maior à possibilidade e aos limites de sua compatibilização.

Hermes Zaneti Júnior e Carlos Frederico Bastos Pereira aduzem que tanto a analítica, quanto a hermenêutica, estão baseadas no giro linguístico, “responsável por introduzir a visão de que os problemas filosóficos dependem da linguagem”. Superam-se, dessa forma, os paradigmas da filosofia da consciência (centrado no sujeito, que poderia atribuir livremente sentido aos objetos do mundo) e da visão metafísica (centrado na ontologia dos objetos do mundo, que possuiriam um sentido em si) e a linguagem ocupa o papel central da investigação filosófica (é considerada constitutiva dos sentidos e da própria realidade)⁶¹². Como sobredito, a teoria do discurso jurídico alexyana também se baseia na virada linguística.

A filosofia analítica, a seu turno, está preocupada com *análise* dos conceitos básicos, que corresponde à sua decomposição e definição, segundo sua *lógica* ou seu *uso*⁶¹³. No âmbito do

somente no arbítrio do cientista, a partir de um grau zero de compreensão.” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. *É ontologicamente impossível querer mais analítica e menos hermenêutica*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-19/diario-classe-ontologicamente-impossivel-querer-analitica-hermeneutica>. Acesso em: 15 out. 2020. Neste trabalho, afastam-se os posicionamentos extremados, isso porque não existe uma contraposição intransponível entre ambas as filosofias ou formas de ver o direito, em especial quanto ao fechamento proposto por Streck e Oliveira, nos termos lição de Freire Júnior e Silva: “Para os fins deste estudo, abre-se mão, desde logo, do fechamento materializado no enunciado apresentado por Streck, que, se tomado em sua literalidade, encerra uma afirmação quase que ininteligível, preso em uma conjuntura de preciosismos filosóficos e carente de melhores explicações, postura que se mostra especialmente delicada por duas razões. Primeiro, diante do indiscutível avanço das teorias da argumentação jurídica que, em suas mais variadas formatações, abandonam progressivamente a ideia mecanicista de subsunção e valorizam a construção discursiva do direito, no que aproximam, cada vez mais, os argumentos jurídicos dos argumentos atinentes à moral, e contribuem para tornar inquietante o terreno teórico acerca da justificação das decisões judiciais. Ainda, em razão da força do precedente no cotidiano da prática jurisdicional – quando uma norma antecedente criada pelo Poder Judiciário em um caso concreto possui, até mesmo, o poder de obstar o processamento de instrumentos recursais, tornando quase automática a aplicação do precedente, numa espécie de operação de simples subsunção – o que torna especialmente relevante uma investigação a respeito de teorias que possam servir de aporte à sua formação.” SILVA, Willy Potrich da; FREIRE JÚNIOR., Américo Bedê. *Analítica e hermenêutica...*, 2019, p. 44.

⁶¹² ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil...*, 2019, p. 23-24, para o trecho transcrito, p. 24.

⁶¹³ “Analisar, por sua vez, equivale a decompor, separar certos conceitos básicos, para então defini-los. Esses conceitos básicos servirão de base para a definição e compreensão dos demais. Definir consiste em estabelecer o significado de certos conceitos básicos e, na tradição analítica contemporânea, conceitos são entendidos como entidades linguísticas, daí o apelo à linguagem na análise filosófica, e daí a filosofia analítica ser confundida com frequência com a filosofia da linguagem. [...]” MARCONDES, Danilo. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 10. No entanto, deve-se reconhecer a frase, tal como formulada no texto acima, é uma simplificação, uma vez que o próprio conceito de análise é variável, no contexto da filosofia analítica. Dessa forma, com base nas duas fases da filosofia da linguagem de Wittgenstein, aduz o mesmo autor sobre o conceito de análise na primeira fase: “O conceito de análise envolve, assim, nos primórdios da filosofia analítica um procedimento de decomposição de um complexo, a proposição, visando estabelecer seus elementos constituintes e explicitar sua forma lógica, e assim esclarecer dificuldades envolvidas na maneira de se considerar sua relação com a realidade. Na medida em que a proposição pode ser formulada de maneira mais explícita e rigorosa em uma linguagem lógica, a análise constitui-se também como tradução”. MARCONDES. *Filosofia analítica*, 2004, p. 46. Já na

direito, a filosofia analítica afirma, tal como faz a teoria do discurso jurídico alexyana⁶¹⁴, que: “a interpretação/aplicação do direito é racional quando devidamente *justificada*.”⁶¹⁵

A filosofia analítica, aplicada ao Direito, redonda na concepção – genericamente considerada – da ciência jurídica como argumentação, ou, dito de outra forma, nas diversas teorias da argumentação jurídica que visam a compreender o direito – sua produção e sua aplicação. Contudo, embora seja mais óbvia a ligação com a segunda visão da análise, as teorias da argumentação jurídica não se limitam a identificar e esclarecer o fenômeno do direito unicamente a partir de seu uso, mas também visam à decomposição das proposições jurídicas – ou fáticas correlatas – em elementos mais simples, que podem ser então sistematizados e estruturados, em um exercício de abstração próprio da lógica.⁶¹⁶

Quando aplicada ao direito, a filosofia analítica se preocupa com a precisão da linguagem jurídica, com a controlabilidade intersubjetiva das decisões jurídicas e a concessão da tratativa científica ao Direito, por meio da racionalidade do discurso jurídico, da pretensão de correção e a verdade por consenso racional.

Por sua vez, a hermenêutica geral, como uma teoria estrutural, parte da *diferença ontológica* e do *círculo hermenêutico*, concebidas *teoremas da finitude* e “busca impedir a contaminação do processo interpretativo pelas pré-compreensões inautênticas do intérprete. Em assim sendo, a hermenêutica jurídica atribui à *compreensão* um papel fundamental para legitimar a racionalidade da interpretação do direito”⁶¹⁷.

segunda fase: “Uma segunda concepção de análise é encontrada na filosofia da linguagem ordinária, mas explicitamente em Austin e na Escola de Oxford. Trata-se, contudo, de “análise” em um sentido bastante diferente do primeiro, sob vários aspectos. Na visão dos filósofos de Oxford a análise não é entendida como decomposição de uma proposição nem como procedimento de tradução de modo da estabelecer a sua forma lógica. Ao valorizar a linguagem comum, ou ordinária, como horizonte de significado de nessa experiência, a filosofia de Oxford recusa a reconstrução dessa linguagem em um sentido lógico como solução para os problemas filosóficos ou como caminho para a elucidação. A análise é vista, assim, como *procedimento de elucidação*, de esclarecimento, de clarificação, mas do *uso* da linguagem, das condições que tornam determinados usos possíveis, das regras que os constituem e validam. [...]” MARCONDES. *Filosofia analítica*, 2004, p. 46-47. Sumarizando a questão: “Vemos, assim, que há na tradição analítica pelo menos duas grandes linhas de caracterização da análise. A primeira como decomposição da proposição, reconstruindo-a em termos de uma concepção lógica de linguagem, produzindo-se desse modo a elucidação.” MARCONDES. *Filosofia analítica*, 2004, p. 48. Luigi Ferrajoli escreve um importante ensaio acerca da evolução da filosofia analítica, no contexto italiano, Cf. FERRAJOLI, Luigi. *A cultura jurídica e a filosofia analítica do século XX*. São Paulo: Saraiva, 2015. Tradução: Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior.

⁶¹⁴ “Antes de mais nada, deve-se perceber que toda a exposição da teoria da argumentação jurídica pauta-se na demonstração da viabilidade de um *discurso racional* na *fundamentação jurídica*, ou seja, é fundada na *procedimentalidade* com a *formulação lógica* das *regras discursivas* [...]”. TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*, 2005, p. 59.

⁶¹⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil...*, 2019, p. 24.

⁶¹⁶ SILVA, Willy Potrich da; FREIRE JÚNIOR., Américo Bedê. *Analítica e hermenêutica...*, 2019, p. 46.

⁶¹⁷ “[...] *compreender* tem uma dupla significação. A uma, pode se referir à *intelecção* de um enunciado, frase ou conteúdo. Essa *compreensão* é externalizada pela interpretação, gerando uma comunicação produzida pela

Com base na teoria hermenêutica geral vista como teoria estrutural, Alexy sustenta a possibilidade da existência de uma hermenêutica analítica, com base nas *estruturas do entender*, unidas no *círculo hermenêutico*, de três tipos⁶¹⁸.

O primeiro tipo do círculo hermenêutico se volta para a relação entre a denominada pré-compreensão e o texto. Aqui, pré-compreensão corresponde a “uma hipótese com a qual o intérprete se aproxima do texto”⁶¹⁹. Por sua vez, essa hipótese “expressa uma presunção ou esperança do intérprete sobre a solução correta do problema jurídico pendente da decisão.”⁶²⁰ O conteúdo dessa hipótese é determinado pelas experiências pregressas do intérprete⁶²¹. Já a atribuição da figura do círculo ocorre porque “entre o texto da norma e a hipótese de interpretação tem lugar um efeito mútuo”⁶²². Depreende-se, então, que para a compreensão da norma não se pode prescindir de uma hipótese de interpretação, porque, nesse caso, o texto da norma não pode ser sentido como problemático ou não. Sob outra perspectiva, “a hipótese de interpretação deve ser revisada sobre a base do texto da norma com auxílio das regras da metodologia jurídica”⁶²³. Do primeiro tipo do círculo hermenêutico, depreende-se o seguinte: (a) por um lado, proporciona visibilidade ao problema da contribuição produtiva do intérprete para a interpretação; (b) o que abre a possibilidade e estimula a adoção de uma postura crítica; (c) por outro lado, acerca dos critérios para certificação ou rejeição da hipótese inicial, a teoria círculo hermenêutico silencia. “Pode, por isso, dizer-se que ao círculo da pré-compreensão corresponde ao *postulado da reflexão*”⁶²⁴.

linguagem (*logos* apofântico ou analítico). A duas, pode se referir ao fato de já saber o contexto no qual o enunciado, frase ou conteúdo é pronunciado. Essa pré-compreensão não é produzida pela linguagem, mas é fruto da experiência histórica na qual o intérprete está inserido (*logos* hermenêutico). O importante é notar que esta pré-compreensão, ocorrida no *logos* hermenêutico, é abraçada e absorvida na compreensão do *logos* analítico e devidamente externalizada linguisticamente na interpretação.⁶¹⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil..., 2019, p. 25.

⁶¹⁸ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64.

⁶¹⁹ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64.

⁶²⁰ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64.

⁶²¹ Nesse sentido, cabe transcrever: “[...] Os juristas e aplicadores do direito são, antes de tudo, seres humanos cujo desenvolvimento pessoal é moldado por experiências sociais, ideológicas, familiares, religiosas e outras mais. Eliminá-las é tarefa impossível. A interpretação pressupõe uma atribuição de significado a um texto, este significado vem impregnado de valores do intérprete. O direito se mostra, aqui, essencialmente valorativo, exigindo uma responsabilidade do jurista ao interpretar os textos normativos dentro do contexto no qual está inserido.” ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil..., 2019, p. 26.

⁶²² ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64.

⁶²³ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64.

⁶²⁴ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64.

O segundo tipo de círculo hermenêutico, volta-se à sistematicidade em um sistema de normas, entre a parte e o todo. “Por um lado, o entender de uma norma pressupõe o entender do sistema de normas, ao qual pertence ela pertence. Por outro, o entender de um sistema de normas não é possível sem que as normas particulares, que pertencem a ele, sejam entendidas.”⁶²⁵ Mais problemática é a produção de unidade e coerência, que é obtida por meio da interpretação sistemática. Aqui, situa-se o *postulado da coerência*, sem, contudo, determinar critérios para a sua produção⁶²⁶.

O terceiro tipo de círculo hermenêutico diz respeito à relação entre fato e norma.

[...] Normas são universal-abstratas. Os fatos, aos quais elas devem ser aplicadas, são individual-concretos. Normas têm poucas características, fatos potencialmente infinitamente muitas. Fatos são, por um lado, descritos com auxílio das características nos tipos das normas, por outro, características do fato para isto, não aplicar a norma, inicialmente considerada, mas uma outra, precisar ou rejeitar uma característica do tipo ou acrescentar ao tipo uma característica. [...] Também esse círculo ilustra somente o problema, sem oferecer um critério para solução. Pelo menos, está claro que o problema somente então pode ser resolvido, quanto todas as características do fato e todas as características nas normas possivelmente correspondentes são consideradas. O postulado que se situa atrás do terceiro círculo pode, por conseguinte, ser denominado o “*postulado da completude*”.⁶²⁷

Os três postulados acima: da reflexão, da coerência e da completude, possuem o *status* de postulados da racionalidade. A hermenêutica, então, não apresenta os critérios para a resolução dos problemas que apresenta, contudo, não parece ser essa a finalidade da teoria em questão⁶²⁸. Seu mérito está uma contribuição para a legitimidade da interpretação do direito, que não é incompatível com a utilização posterior de instrumentos analíticos para sua explicação.⁶²⁹

⁶²⁵ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64-65.

⁶²⁶ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64-65. Não é possível, aqui, da ideia de coerência do âmbito do pensamento alexyano. Para tanto, Cf. ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. O conceito de coerência e a sua importância para a racionalidade discursiva. In: ALEXY, Robert. *Sistema de filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2022, p. 133-157. Tradução: Rafael Glatzl.

⁶²⁷ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 65.

⁶²⁸ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 65.

⁶²⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil..., 2019, p. 26. Os autores falam, ainda, em limitações recíprocas postas pela analítica e a hermenêutica, tal como se transcreve: “Para a analítica, é arbitrário tudo aquilo que não pode ser expresso em linguagem jurídica e devidamente justificado como tal em um discurso que apresente conteúdo lógico-formal interno e premissas externas intersubjetivamente controláveis. Este é um limite analítico da hermenêutica. Para a hermenêutica, é arbitrário tudo aquilo que, uma vez expresso em linguagem, por melhor que esteja lógica e formalmente justificado, não corresponda à tradição jurídica e ao conhecimento do direito, que se apresentam como critérios substanciais de validade. O que não pode ser justificado do ponto de vista da compreensão do direito não é jurídico. Este é um limite hermenêutico da analítica.” ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil..., 2019, p. 28.

A relação entre analítica e hermenêutica pode ser mais bem compreendida com auxílio de uma desambiguação do vocábulo interpretação, que pode significar (i) uma atividade ou (ii) o resultado dessa atividade. Enquanto resultado, a interpretação formula uma afirmação da interpretação; sendo uma afirmação, vincula-se a uma pretensão de correção. A correção da afirmação do resultado da interpretação é dependente dos fundamentos ao seu favor e da refutação dos fundamentos contrários. Dessa forma, escolhe-se entre diversas alternativas de interpretação por conta de argumentos⁶³⁰.

Contudo, a justificação da interpretação por argumentos se distingue do processo psíquico real de obtenção do resultado da interpretação. Essa distinção dá origem a dois processos: (a) o processo da justificação (*process of justification*) e (b) o processo da descoberta (*process of discovery*). O primeiro é uma atividade argumentativa, ao passo que o segundo é uma atividade psíquica, contudo, entre ambos existem correlações próximas⁶³¹.

Nesse sentido Freire Júnior e Silva sustentam que o ponto fraco das teorias da argumentação jurídica se encontra na impossibilidade de se delinear com precisão as verdadeiras razões psíquicas do julgador no momento da tomada da decisão (processo da descoberta) acerca da alternativa interpretativa adotada, uma vez que estas sempre podem ser falseadas no momento da justificação (processo da justificação). Dessa forma, a interpretação, enquanto resultado, estaria contaminada pelas pré-compreensões de índole negativa com relação às escolhas interpretativas relativas à questão prática investigada, ainda que potencialmente acobertadas por razões grandiloquentes, em desrespeito à alteridade do texto interpretado⁶³². Ao passo que a fraqueza da hermenêutica está na ausência de critérios para resolução dos postulados propostos nos três círculos hermenêuticos acima descritos.

O ideal de racionalidade na justificação das decisões judiciais cai por terra quando se assume que o exercício de justificação se desenvolve livremente com base em razões diversas daquelas que levaram à tomada da decisão. Não há qualquer utilidade em um cuidadoso trabalho de justificação, preocupado com a estrutura formal dos argumentos e com seu conteúdo, se a atividade argumentativa não se desenvolve com base nas razões que verdadeiramente levaram à tomada da decisão. A argumentação não pode assumir um jogo de escolha e exposição dos melhores argumentos, mas deve funcionar verdadeiramente como justificação, ainda que se possa questionar sobre a

⁶³⁰ Sobre essa argumentação, ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64.

⁶³¹ Sobre essa argumentação, ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 64-65.

⁶³² Sobre essa argumentação, SILVA, Willy Potrich da; FREIRE JÚNIOR., Américo Bedê. *Analítica e hermenêutica...*, 2019, p. 55-56.

capacidade desse tipo de abordagem realmente captar todos os fatores que levaram à tomada da decisão.⁶³³

Ainda assim, compreende-se que o diálogo entre a hermenêutica e a teoria da argumentação jurídica é necessário para o desvelamento máximo das verdadeiras razões de decidir do julgador, no entanto, deve prioridade o procedimento argumentativo. Justifica-se essa afirmação com base na possibilidade de acesso intersubjetivo e revisão objetiva das razões de decidir, que somente ocorre na interpretação enquanto resultado⁶³⁴. “Se com interpretações é promovida uma pretensão de correção e se o cumprimento dessa pretensão deve ser revisável publicamente, então vale a proposição: interpretação é argumentação.”⁶³⁵ Nos sistemas jurídicos modernos, isso corresponde ao dever de fundamentação jurídica; ao passo que na dogmática jurídica, faz-se presente pela consideração de argumentos contrários e favoráveis para a resolução de problemas⁶³⁶.

A interpretação jurídica é uma tarefa prática da ciência do direito que, em uma última instância, culmina na produção de sentença sobre casos concretos que digam o que é permitido, proibido e ordenado juridicamente. Essa afirmativa se aplica à fundamentação das decisões judiciais, de forma imediata, e aos enunciados dogmáticos, de forma mediata.

Dessa forma, fomenta-se a discussão da estrutura da fundamentação jurídica, no contexto do método dedutivo. A aproximação entre hermenêutica e a teoria da argumentação se dá no contexto da formação do núcleo dedutivo da decisão jurídica, que deve ser diferenciado da justificação argumentativa. Esse núcleo dedutivo diz respeito ao silogismo jurídico que,

⁶³³ SILVA, Willy Potrich da; FREIRE JÚNIOR., Américo Bedê. Analítica e hermenêutica..., 2019, p. 56.

⁶³⁴ Nesse sentido, transcreve a lição de Toledo: “Outra crítica é a de que o *agir estratégico* invalida a teoria da argumentação, que é fundada no argumento *pragmático-transcendental*. Ocorre que, no *campo da fala*, há distinção entre validade subjetiva da ação (motivação) e a validade *objetiva* (conduta externa). Esta objeção refere-se apenas à *força motivacional* do argumento pragmático-transcendental, e o simples fato de o indivíduo poder agir *como se* aceitasse as regras do discurso evidencia que o argumento pragmático-transcendental está em condição de fundamentar a validade *objetiva* ou *institucional* das regras do discurso, o que é uma conquista no sentido da *democracia*, do *Direito* e da *controlabilidade* das decisões. Isso torna as regras do discurso *factualis*, *efetivas* e não meras divagações acadêmicas sem qualquer possibilidade de realização ou relevância além do reduzido círculo dos debates filosóficos, afastados dos problemas presentes e prementes da concretude da vida social. A *ciência* dessas regras gera a *cobrança* pelo seu cumprimento, tornando possível a *legitimidade* do *Direito* e a *retidão* do *poder público* em suas três esferas.” TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica, 2005, p. 61.

⁶³⁵ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 66.

⁶³⁶ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 66-67.

conforme já sustentado acima, é permeado por considerações pragmáticas, em virtude da lógica deôntica⁶³⁷.

Para a defesa do modelo dedutivo pode ser feito valer que nele somente deve ser apresentado o núcleo da fundamentação dedutiva. A verdadeira fundamentação deve ter lugar na justificação externa. Também não deve ser reconstruída a marcha da reflexão real do juiz (*context of discovery*), mas somente a estrutura, na qual sua fundamentação (*context of justification*) deve ser transformável, se ela deve ser racional. O postulado, contido no modelo dedutivo, da completude das premissas assegura que é claro o que deve ser fundamentado e o que pode ser criticado. Ele impede a introdução como contrabando de premissas escondidas. De outra forma como teorias sustentadas no século 19 sobre o papel da dedução na ciência do direito, o modelo dedutivo não cobre com véu a parte criativa do intérprete. Ele alça como nenhum outro modelo à luz. O postulado da explicitude das premissas serve, além disso, à certeza jurídica. A exigência pelo caráter universal das premissas corresponde ao mandamento da igualdade de tratamento e serve, assim, à justiça. Finalmente, o postulado do preenchimento do abismo entre norma e fato, por uma cadeia de premissas completa contribui para vinculação à lei.⁶³⁸

Por um lado, conclui-se, na esteira dos trabalhos referenciados, que a hermenêutica e a teoria da argumentação não são contrapostas, mas, sim, duas faces de uma busca pela racionalidade das decisões jurídicas, como contraposição ao subjetivismo, ao decisionismo e à arbitrariedade, o que é uma exigência do Estado Democrático Constitucional. Por outro lado, dá-se premência à argumentação jurídica por ser intersubjetivamente acessível e racionalmente controlável, por meio das regras e formas do discurso jurídico e do discurso prático geral. Os postulados da racionalidade, advindos dos círculos hermenêuticos, da reflexão, da coerência e da completude, desempenham um papel relevante no contexto da descoberta das decisões judiciais e servem de fundamento para a formação do núcleo dedutivo das decisões judiciais, no contexto da sua justificação interna.

4.6.1 Objetivos da Intepretação.

Afirmou-se, acima, que a teoria do discurso jurídico é a uma teoria cognitivista, mas não se explicou por qual motivo e em que medida. O plano de fundo são as teorias objetiva e subjetiva do objetivo da interpretação. Elas disputam o critério para que uma determinada interpretação escolhida seja considerada correta ou falsa. A teoria subjetiva pretende que esse critério seja a

⁶³⁷ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 67. Também, TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*, 2005, p. 65-66.

⁶³⁸ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 67.

averiguação da vontade do legislador. Ao passo que a teoria objetiva, propõe que cabe o intérprete avaliar o sentido razoável, justo ou correto da lei⁶³⁹.

[...] O litígio complica-se pelo fato de a dicotomia objetiva ser coberta por uma temporal, e precisamente, aquela entre a data do estabelecimento da norma e da explicação da norma. Disso resultam quatro objetivos de explicação possíveis: (1) um quanto ao tempo da origem-subjetivo (a vontade fática do dador de leis histórico), (2) um quanto ao tempo da origem-objetivo (o sentido razoável da lei na data de seu nascimento), (3) um quanto tempo da explicação subjetivo (a vontade hipotética do dador de leis atual) e (4) quanto ao tempo da explicação objetivo (o sentido razoável da lei na data da sua explicação). Praticamente, significativas são, sobretudo, (1) e (4). Elas são, em geral, consideradas quando, simplificada, é falado do litígio entre as teorias do objetivo da explicação subjetivos e objetivas.⁶⁴⁰

Não existe uma solução óbvia para tensão entre as posições situadas em (1) e (4). São apontadas como razões favoráveis à teoria subjetiva: (a) o princípio da democracia; (b) o princípio da divisão de poderes; e (c) o princípio da autoridade do legislador. Em sentido contrário, indicam-se as seguintes razões: (a) a dificuldade inerente à apuração da vontade do legislador, que, muitas vezes, é impossível de ser aferida ou, em outros casos, é vaga ou contraditória; (b) além disso, leis são regras sociais e, por isso, podem se desvencilhar do sentido que lhe foi intencionado pelo legislador histórico após entrarem em vigor. Por um lado, a teoria objetiva privilegia a justiça e a correção quanto ao conteúdo da interpretação; por outro lado, a teoria subjetiva se preocupa com a possibilidade de arbítrio interpretativo e a inflação da competência do Poder Judiciário⁶⁴¹.

Da ponderação dos argumentos acima, Alexy propõe uma solução diferenciadora que concede (i) um primazia *prima facie* à teoria subjetiva, ou seja, à investigação da vontade do legislador histórico como objetivo da interpretação; contudo, (ii) essa primazia *prima facie* pode não se tornar definitiva, caso seu peso seja superado, no caso concreto, por critérios como: (ii.1) a idade da lei; (ii.2) a modificação das circunstâncias fáticas; (ii.3) a modificação das ideias de valores na sociedade; (ii.4) a inequívocidade da vontade do dador de leis; (ii.5) o peso dos

⁶³⁹ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 69.

⁶⁴⁰ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 69. Uma discussão desse tipo pode ser vista entre os originalistas e os não-originalistas americanos, no que concerne às decisões interpretativas de dispositivos constitucionais. Os primeiros remetem à vontade subjetiva dos “pais fundadores”; enquanto os segundos ao sentido razoável da interpretação atual a ser conferida à norma. Ressalva-se, contudo, que, nesse caso, o problema parece ser mais político que jurídico. Sobre o tema, Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 335-336.

⁶⁴¹ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 69. Entende-se que todos os comentários acima, aplicam-se também às normas-precedente, inclusive, para efeitos de distinção e superação.

argumentos sistemático e substanciais. Daí se conclui que, em determinadas situações, prevalecerá o objetivo da explicação objetivo⁶⁴².

Portanto, não é possível oferecer, de antemão uma resposta para o problema do objetivo da interpretação jurídica, uma vez que esse também é constituído por argumentos⁶⁴³.

4.6.2 Os meios e regras da interpretação.

Os meios da interpretação correspondem justamente aos cânones hermenêuticos, que servem para fundamentar as interpretações e, com isso, auxiliar no processo de escolha da interpretação correta⁶⁴⁴. A classificação dos cânones não é algo pacífico, ainda assim, eles podem ser categorizados, de forma *ampla*, segundo as seguintes categorias e espécies: (1) argumentos linguísticos, divididos em (1.1) argumentos semânticos e (1.2) argumentos sintáticos; (2) argumentos genéticos, divididos em (2.1) argumentos semântico-subjetivos e (2.2) argumentos teleológico-subjetivos. Os (3) argumentos sistemáticos, divididos em (3.1) argumentos asseguradores de consistência, (3.2) argumentos contextuais, (3.3) argumentos sistemático-conceituais, (3.4) argumentos de princípio, (3.5) jurídicos especiais (analogia, argumento *a fortiori* etc.), (3.6) argumentos prejudiciais (aos quais pertencem os precedentes, tratados na próxima subdivisão deste capítulo), (3.7) os argumentos históricos, (3.8) os argumentos comparativos. Esse primeiro grupo pertence uma categoria mais ampla de *argumentos institucionais*, uma vez que possuem lastro no quadro institucional do sistema jurídico⁶⁴⁵.

⁶⁴² ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 69.

⁶⁴³ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 69-70.

⁶⁴⁴ TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica, 2005, p. 56-57; ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 71-74; ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 225-234; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, 2016, p. 208-210; CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação...*, 2013, p. 171-178.

⁶⁴⁵ A classificação entre as obras de Robert Alexy varia. A adotada no texto corresponde ao que o autor chama de estratégia ampla e a que é reproduzida em Cf. ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 71-74. Já na teoria da argumentação jurídica, o autor parece adotar estratégia estreita, por meio da produção de uma lista que busca reunir argumentos de explicação típicos, tais como a separação dos cânones da interpretação em seis grupos: “os da interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica.” ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 226. Ocorre que a primeira obra foi publicada posteriormente à segunda, e, nas palavras do próprio autor, a estratégia ampla representa um refinamento ou um avanço na categorização dos meios de interpretação, porque “inicia com uma divisão que deve compreender toda a multiplicidade dos argumentos jurídicos e tenta, a seguir, no interior das categorias fundamentais, distinguir mais além. Esta estratégia tem a vantagem da simplicidade e profundidade sistemática [...]” ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 70.

Contudo, de acordo com a tese do caso especial, a argumentação jurídica em termos racionais não é possível no contexto de um sistema jurídico fechado ou autopoético⁶⁴⁶. Dessa forma, concebe-se o último grupo (4) composto pelos argumentos práticos gerais, que se divide em (4.1) argumentos teleológicos e (4.2) argumentos deontológicos.

No interior da categoria dos argumentos linguísticos, situam-se os argumentos semânticos e sintáticos. Os segundos são de menor importância, uma vez que analisam a estrutura gramatical de uma norma, tal como compreensão de uma conjunção etc. Já os argumentos semânticos são relevantes, já que se apoiam no significado das expressões incluídas em uma norma. Esse significado pode ser de duas naturezas: (a) idiomático-corrente, que possui primazia geral, uma vez que, numa democracia, as normas jurídicas devem ser compreendidas por todos os seus cidadãos; e (b) idiomático-especializado, quando se tratar de uma matéria que necessite de tratativa técnica. “Importante é que à interpretação semântica pertencem somente tais argumentos que se apoiam na *comprovação* de um uso do idioma faticamente existente.”⁶⁴⁷

A subsunção (candidato positivo) ou não (candidato negativo) do fato à norma depende do argumento semântico. “Frequentemente, argumentos semânticos não levam a um resultado definitivo, mas somente à comprovação que o conceito duvidoso é ambíguo, vago ou valorativo e o fato cai em um desses espaços de semânticos (candidato neutro)”⁶⁴⁸. Logo, o produto da

⁶⁴⁶ Uma versão de embasamento do direito (enquanto objeto e não como conceito) com base em um sistema autopoético é concebida por Niklas Luhmann, com base no fechamento operativo do sistema jurídico com relação ao “ambiente”, ou seja, nas operações (compreendidas como produtos de uma diferença) elementares necessárias à sua reprodução e na rejeição expressa da política ou da moral como base para o fundamento do direito. Inclusive, a interconexão entre direito e moral é associada ao extremismo. Isso ocorre diante da necessidade da auto-observação do direito orientada pela distinção entre o direito e a injustiça. A autorreferência é a característica do sistema, ao passo que a heterorreferência é a característica do ambiente, que pode ser reintroduzida no sistema por meio de uma escolha do próprio sistema. “Desse modo, diz-se apenas que o sistema é diferenciado de todos os outros. Isso corresponde à relação do ambiente com o indeterminado (determinável só mesmo por uma redução de complexidade própria ao sistema). O sistema caracteriza-se então não apenas como sistema, como sistema social, como sistema de direito diferentemente de outras entidades, mas como algo que realiza sua autodesignação, independentemente do que venha a acontecer.” Não cabe, aqui, avançar nesse assunto. Sobre essa argumentação, Cf. LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 51-164, para o trecho transcrito p. 71. Tradução: Saulo Kriger. A teoria dos sistemas embasa uma série de críticas à ponderação enquanto método destinado à resolução da colisão de princípios de direitos fundamentais, para uma visão geral do assunto, Cf. AUGSBERG, Ino. A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes: a teoria da ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 19-35. Tradução: Pedro Henrique Ribeiro.

⁶⁴⁷ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 71.

⁶⁴⁸ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 71. Procedendo-se com o intercruzamento do que foi exposto sobre a questão do argumento semântico e a classificação dos precedentes, em virtude de seu caráter declaratório ou normativo, para as decisões judiciais, pode-se afirmar que a produção de precedentes de

interpretação semântica, nesses casos, constitui-se como a exposição de um problema e a necessidade de se recorrer aos argumentos provenientes das outras três categorias.

Os argumentos genéticos se direcionam a vontade real do legislador histórico (segundo a teoria do objetivo da interpretação subjetiva). Assim, o argumento semântico-subjetivo sustenta que o legislador histórico uniu com uma certa expressão um certo significado. Já o argumento teleológico-subjetivo faz valer que o legislador histórico “perseguiu uma determinada finalidade com a norma a ser explicada e que determinada interpretação é o melhor meio para essa finalidade”⁶⁴⁹.

Os argumentos sistemáticos nascem da ideia de unidade ou coerência do sistema jurídico⁶⁵⁰. Com relação ao tema, merecem destaque os argumentos de princípio e os argumentos históricos. Os argumentos de princípio se voltam para a aplicação⁶⁵¹ dos princípios do sistema jurídico à interpretação (explicação) de uma norma, o que inclui, *em casos difíceis*, uma ponderação de princípios em colisão. Já os argumentos históricos objetivam a coerência na dimensão do tempo, apoiando-se na história da questão jurídica a ser resolvida, o que não exclui a possibilidade de mudanças ou mesmo rupturas, desde que não sejam arbitrárias⁶⁵².

A passagem dos argumentos institucionais para os não-institucionais decorre das limitações do sistema jurídico decorrentes seu caráter incompleto. O sistema jurídico não é um sistema fechado por quatro fundamentos: (a) em diversos casos, a aplicação dos três tipos de

definitórios ou criativos ocorre, ainda que não em todos os casos, quando o argumento semântico é insuficiente determinar a incidência ou não de uma norma, bem como para especificação do seu conseqüente ou parte dele.

⁶⁴⁹ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 72.

⁶⁵⁰ Para tanto, em resumo, os argumentos asseguradores de consistência eliminam ou impedem o surgimento de contradições; os argumentos contextuais visam a interpretação da norma de acordo com sua localização no texto da lei e em relação às outras normas. Os argumentos sistemáticos conceituais “visam à clareza conceitual, à unidade formal e à completude sistêmica” (ocupam papel central na dogmática jurídica). Já os argumentos comparativos fazem referência a outros sistemas jurídicos, buscando semelhanças ou diferenças. Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 72.

⁶⁵¹ No direito brasileiro, as normas de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, tal como prescrito pelo art. 5º, § 1º, da CF-88. É preciso, então, separar, aqui, aplicação, eficácia e interpretação. Nesse sentido, transcreve-se a lição de Toledo: “Enquanto *aplicabilidade* significa a *possibilidade* de aplicação da norma, de sua atuação concreta, a *eficácia* da norma diz respeito à sua *capacidade* de produzir efeitos jurídicos, à sua *aptidão formal* para incidir sobre a vida material. A norma só é aplicável ao caso concreto se eficaz para produzir seus efeitos. Assim, a *eficácia* é *condição* tanto para a aplicabilidade quanto para que a *efetividade* (ou efetivação), que é a realização, no mundo dos fatos (do “ser”), daqueles efeitos da norma, isto é, o alcance de seus objetivos.” TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*, 2003, p. 77.

⁶⁵² Sobre essa argumentação, ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 72.

argumentos institucionais não leva a um resultado⁶⁵³; (b) os argumentos institucionais de categorias distintas levam a resultados diversos e não se sabe qual deve prevalecer; (c) os argumentos institucionais demandam um complemento dos argumentos práticos gerais para que se tornem completos (caso da ponderação e da analogia); (d) em situações específicas, os argumentos práticos gerais podem ter peso maior que os argumentos institucionais. Portanto, existe uma relação de dependência entre a argumentação institucional e a argumentação prática geral⁶⁵⁴.

Os argumentos práticos gerais não compartilham com os argumentos institucionais o apoio, mediato ou imediato, no direito positivo. Por isso, retiram sua força da correção substancial. Dividem-se, então, em: (a) argumentos teleológicos, que se orientam por uma ideia de *bem* e pelas consequências de uma interpretação; e (b) argumentos deontológicos, que “fazem valer o que é jurídico e antijurídico independente das consequências”⁶⁵⁵ e se apoiam numa ideia de dever, baseada na ideia de generalizabilidade.

Do exposto, Alexy formula algumas regras. A primeira delas é a da exigência de saturação, segundo a qual: “Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação”⁶⁵⁶. Outras são regras são as de primazia *prima facie* (ou seja, admite-se a sua inversão caso exista um peso maior dos argumentos colidentes) para o caso entre os meios de argumentação acima discriminados e vão como seguem: “(1) argumentos linguísticos prevalecem *prima facie* sobre todos os outros argumentos. (2) Argumentos linguísticos, genéticos e sistemáticos prevalecem *prima facie* sobre argumentos práticos gerais.”⁶⁵⁷ A prevalência dos argumentos linguísticos se vinculam ao princípio da autoridade do legislador,

⁶⁵³ Em muitos casos, os argumentos linguísticos apenas constataam um espaço de indeterminação de sentido; os argumentos genéticos não são capazes de dirimir a indeterminação dos textos legislativos; e os argumentos sistemáticos, quanto aplicados, apontam em direções distintas. Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 73.

⁶⁵⁴ Além da teoria dos sistemas de Luhmann, uma alternativa ao caso especial é o holismo jurídico, tal como se concebe na teoria de Dworkin, pelo qual todas as soluções já habitariam o sistema jurídico, ainda que ocultas, e caberia ao intérprete descobri-las. Esse intérprete é o juiz-filósofo Hércules, que possui habilidades sobre-humanas. Sobre o tema, Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*, 2020, p. 164-203. Alexy sustenta, no entanto, que a institucionalização será sempre incompleta, nos seguintes termos: “Assim como regras não podem aplicar a si mesmas, assim um sistema não pode mesmo produzir completude e coerência. Para isso, são necessárias pessoas e procedimentos. O procedimento necessário, porém, é aquele da argumentação jurídica, que não é possível, de um modo racional, sem argumentos gerais.” ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 73.

⁶⁵⁵ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 74.

⁶⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 236.

⁶⁵⁷ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 74.

tal como faz o argumento genético. O primeiro prevalece sobre o segundo, porque aquilo que foi dito é dotado de certeza jurídica maior do que aquilo que foi meramente querido; de igual forma, em que pese a sistematicidade ser uma exigência da racionalidade, por combater as decisões arbitrárias, ainda assim, os elementos do sistema que se pretende coerente e unitário são as decisões do legislador, motivo pelo qual o argumento linguístico prevalece sobre o sistemático. Entre os argumentos genético e sistemático não existe uma relação de primazia *prima facie*.⁶⁵⁸

Por fim, os argumentos institucionais prevalecem *prima facie* sobre os práticos gerais, tendo em vista as razões já expostas neste capítulo, que não serão, aqui, repetidas, para se evitar a redundância.

Cabe, ainda, uma remissão ao conceito de aperfeiçoamento, que: (a) em sentido amplo, corresponde a todo tipo de interpretação que corresponde a um aperfeiçoamento do direito; e (b) em sentido estrito, tem lugar quando não é tomada a decisão no quadro do texto de uma norma. Em sentido estrito, existem quatro conjunturas possíveis de aperfeiçoamento em sentido estrito: (i) o da *extinção*, que surge principalmente de um conflito normativo, quando uma norma é considerada inválida ou não aplicável; (ii) o da *criação*, quando existe uma norma nova criada pelo juiz; (iii) o da *extensão*, “pode o tipo de uma norma ser complementado para uma conjuntura de casos, de como que ela torna-se aplicável a fatos que por seu texto original não foram compreendido”⁶⁵⁹, em geral, é o produto da analogia; (iv) o da *redução*, quando se acrescenta uma condição limitativa a uma norma, de forma que ela não mais compreende fatos que anteriormente estavam em seu âmbito de incidência⁶⁶⁰.

Também no caso do aperfeiçoamento em sem sentido restrito (tal como se apontou no início do capítulo para a questão da implantação ou não de um sistema de precedentes obrigatórios) estão em colisão os princípios da democracia, da divisão de poderes e da certeza jurídica (em favor da interpretação no quadro textual da norma, segundo a autoridade legislador), por um lado; e os princípios da coerência e da correção quanto ao conteúdo, por outro, postulando uma decisão

⁶⁵⁸ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 74-75.

⁶⁵⁹ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 75.

⁶⁶⁰ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 75.

justa, por outro. O resultado dessa colisão depende do direito constitucional vigente da filosofia do direito sustentada pelo intérprete⁶⁶¹.

4.7 O SENTIDO DA UNIVERSALIZAÇÃO DA NORMA-PRECEDENTE NO CONTEXTO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os precedentes são uma parte essencial da argumentação jurídica⁶⁶², por isso, devem ser levantadas duas questões: “(1) o papel a observância de precedentes do ponto de vista da teoria do discurso aqui esboçada; (2) a relação dos argumentos baseados em precedentes com outros argumentos possíveis no discurso jurídico”⁶⁶³. No contexto da categorização ampla dos meios de argumentos jurídicos, os precedentes são qualificados como argumentos prejudiciais, enquanto subcategoria dos argumentos sistemáticos. Dessa forma, aplicam-se aos argumentos por precedentes as regras de primazia *prima facie* com relação aos argumentos linguísticos, em favor destes últimos⁶⁶⁴.

O fundamentado do uso dos precedentes é o princípio da universalidade, que é atrelado à concepção de justiça, formulada de forma pragmática no princípio da igualdade formal⁶⁶⁵. Para uma compreensão adequada da teoria dos precedentes, o sentido de universalidade deve ser bem compreendido, para que não ocorram equívocos ou *jumpings conceituais* descontextualizados de seus quadros teóricos originários, tal como associação entre o sentido da universalização atribuído por Kant⁶⁶⁶. Contudo, o sentido da universalidade do precedente não é a decorrente da filosofia kantiana, mas aquele construído a partir da teoria do discurso.

⁶⁶¹ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 75-76.

⁶⁶² Nesse sentido, ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 36: “[...] Uma teoria adequada da argumentação jurídica tem de incluir uma teoria tanto da dogmática jurídica quanto da valoração do precedente”. Como se sabe, argumento é proposição racional, logo, o trecho transcrito afirma que a valoração correta do precedente é uma exigência da racionalidade.

⁶⁶³ Nesse sentido, ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 259.

⁶⁶⁴ Sobre essa argumentação, Cf. ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...*, 2015a, p. 72-75.

⁶⁶⁵ TOLEDO, Cláudia. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2005, p. 57; ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 259; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 393-396.

⁶⁶⁶ O *jumping* conceitual é definido pelo autor como a aplicação de um conceito proveniente de uma teoria em outra. Indo mais além, como é possível transportar os conceitos de uma área do conhecimento para a outra. Isso só pode ser feito mediante cautelas metodológicas. Com relação a questão da universalização da norma-precedente, Jeveaux aponta, com razão, que o conceito de universalidade empregado no contexto da argumentação jurídica e da teoria dos precedentes não pode ser aquele conceito de universalidade decorrente da filosofia kantiana, porque o teste da universalização kantiano tem como centro o sujeito (paradigma da filosofia da consciência) e como finalidade o julgamento da própria ação como uma ação de valor moral ou digna. Trata-se, portanto, de um monólogo do sujeito consigo mesmo e que tem como critério de avaliação da ação um dever autoimposto *a priori*. Nesse sentido Cf. JEVEAUX, *Jumping* ou salto conceitual de uma teoria para a outra..., 2020a, p. 293. A

[...] Sendo assim, qualquer termo utilizado, ainda que possa ser ou tenha sido também adotado, seja pela Filosofia da Subjetividade, seja pela Filosofia Dialética, *não* possui, na teoria da argumentação jurídica, o mesmo significado que lhe foi atribuído pela Filosofia clássica, mas exclusivamente o sentido dado pela *Filosofia da Linguagem*, ou seja, *pós-reviravolta linguístico-pragmática*. A identidade terminológica é derivada não de uma imprecisão ou incoerência, mas da sabida multiplicidade semântica de qualquer idioma.⁶⁶⁷

A utilização dos precedentes como argumentos advém, principalmente, da necessidade de se tratar de igual de maneira ao igual⁶⁶⁸. Outros fundamentos do uso dos precedentes são a segurança jurídica, a proteção da confiança, a redução da carga de trabalho dos julgadores e a estabilidade como base do desenvolvimento⁶⁶⁹. Existe, contudo, um obstáculo com relação ao tratamento igual, que é expresso na constatação que não existem dois casos inteiramente iguais, já que sempre existirão diferenças factuais. Portanto, o uso de precedentes na argumentação jurídica está vinculado à determinação da relevância dessas diferenças como capazes ou incapazes de afastar o precedente⁶⁷⁰.

Considerando-se apenas o princípio da universalidade, enquanto expressão da igualdade formal, não se pode cogitar o afastamento do tratamento igualitário. Contudo, a universalidade é apenas um dos elementos da pretensão de correção, de forma que, é possível que não seja empregado o precedente na interpretação da decisão atual, desde que isso seja justificado de forma argumentativa. O princípio da universalidade associado ao princípio da inércia exige o respeito aos precedentes, enquanto regra; a exceção, por outro lado, é o afastamento do precedente, que só pode ocorrer mediante o cumprimento de uma carga argumentativa⁶⁷¹. Por isso, cabe aqui o exposto na regra: “Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está disposto a fundamentá-lo.”⁶⁷².

associação entre o teste da universalização kantiano com a universalização da norma-precedente é realizada por BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial...*, 2012, p. 3 e p. 111-112; E, também, por ZANETI JÚNIOR, *O valor vinculante dos precedentes*, 2017...., p. 361-362.

⁶⁶⁷ TOLEDO, Cláudia. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2005, p. 59. A autora prossegue na mesma página: “Isso significa que, quando se mencionam termos como *justiça*, *razão*, *razão prática* na teoria da argumentação jurídica, não se está fazendo referência, consecutivamente, ao *conteúdo* do *valor justiça* presente em uma determinada realidade ou à *razão* cartesiana ou ainda a uma *razão prática* kantiana, como orientada para a realização de um fim socialmente eleito. Todas essas expressões são tratadas dentro da *teoria do discurso*, sendo sua aplicação desenvolvida exclusivamente do ponto de vista *argumentativo*, portanto, *procedimental*.”

⁶⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 259.

⁶⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 556.

⁶⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 260.

⁶⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 260.

⁶⁷² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 260.

A utilização dos precedentes, tal como ocorre os enunciados dogmáticos, contribuem para as funções de estabilização, progresso e descarga do discurso jurídico. Além disso, servem para promover a consistência do discurso jurídico, uma vez que atuam no âmbito do discursivamente possível para estabilizar soluções jurídicas, já que não é racional ficar submetido a existência de interpretações mutáveis ou incompatíveis entre si⁶⁷³.

São, então, formuladas duas regras com relação à argumentação com uso de precedentes: (1) “Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo”⁶⁷⁴; (2) “Quando quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”⁶⁷⁵.

Como já sustentado nesse capítulo, o uso de um precedente, na argumentação jurídica, corresponde à aplicação da norma-precedente⁶⁷⁶, que corresponde à sua *ratio decidendi*. Essa aplicação ocorre sempre que ficar constatado o preenchimento da hipótese fática da norma-precedente, que leva à sua incidência e a produção de efeitos jurídicos determinados em seu consequente⁶⁷⁷. A determinação da hipótese fática da norma-precedente, a ser depreendida da fundamentação da decisão da judicial que decidiu o *leading case*, conduz a um segundo sentido de universalização, ligado ao primeiro, que consiste no procedimento de identificação dos *factos materiais* da solução jurídica concebida na decisão judicial e a sua reconstituição como hipótese fática da norma-precedente⁶⁷⁸. “Fato material é um fato da causa, considerado, a partir do raciocínio e das razões do juiz, como fundamental à solução do caso. O fato material importa para a delimitação da *ratio* e para a investigação a respeito a respeito da sua aplicação a caso subsequente.”⁶⁷⁹

É nesse segundo sentido que a universalização é empregada à norma-regra decorrente da relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto estabelecida entre princípios de direitos fundamentais, nos termos da Lei de Colisão⁶⁸⁰. Logo, os fatos materiais que foram decisivos para a prevalência de um princípio sobre o outro se convertem na hipótese fática da *ratio decidendi* (norma-precedente), a ser aplicada à resolução dos casos atuais,

⁶⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 260.

⁶⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 262.

⁶⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 262.

⁶⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 262.

⁶⁷⁷ MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processo civil*, 2019, p. 279-280.

⁶⁷⁸ MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processo civil*, 2019, p. 280.

⁶⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 2019, p. 188.

⁶⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 99.

sempre que satisfeitas as suas condições de incidência. Como demonstrado, existe uma associação incindível entre a justificação racional (interna ou externa) e a possibilidade de universalização da norma-precedente, uma vez que somente é universal, aquilo que é racional e só racional o que cumpre, na maior medida possível, as regras da argumentação jurídica⁶⁸¹.

A força de um precedente é medida tanto por sua aplicação reiterada, em casos semelhantes (aplicação da norma-precedente); quanto por sua extensão a fatos inicialmente não apreciados na decisão que deu origem à *ratio* (extensão da norma-precedente, que é uma hipótese de aperfeiçoamento do direito, em sentido estrito, em geral motivada pela analogia, ou seja, pela integração de fatos similares aos fatos materiais universalizados, que não tenham sido apreciados no *leading case*); e, ainda, para os casos em que, em virtude de uma característica diferenciadora a aplicação do precedente não é realizada (*distinguish*)⁶⁸². Contudo, caso exista a configuração de sua hipótese de incidência e não se pretenda levar a cabo o conseqüente da norma-precedente, é necessário proceder com a sua superação (*overruling*)⁶⁸³.

Em ambos os casos, a *distinção* e a *superação* da norma-precedente dependem de fundamentação racional, mediante o emprego de todas as formas de argumentos jurídicos e de argumentos práticos gerais, que possuem especial importância para esses casos.⁶⁸⁴

O precedente judicial, em sentido próprio, ou seja, enquanto veículo introdutor da norma-precedente, para ser aplicado ao caso concreto, também precisa, tal qual a norma-lei, de ser interpretado e não há diferença metodológica entre a aplicação de ambos ao caso concreto, embora, possa-se falar em uma preponderância do método indutivo ou dedutivo. Por preponderância do método, deve-se entender que, quando de tratar de norma geral e abstrata (lei ou precedente), o método prevalecente será o dedutivo; “quando, ao contrário, se tratar de norma (lei ou precedente), ancorado concretamente em fatos, conforme descritos na *fattispecie* ou decididos na causa, o procedimento será indutivo.”⁶⁸⁵ O que corresponde à negação da tese

⁶⁸¹ ZANETI JÚNIOR, *O valor vinculante dos precedentes*, 2017..., p. 355-356.

⁶⁸² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 263. MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processo civil*, 2019, 281-282.

⁶⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 263; MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processo civil*, 2019, 281-282.

⁶⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica...*, 2017a, p. 263.

⁶⁸⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 355.

da autonomia metodológica entre o trabalho empreendido entre os juízes *civil law* e *common law*.

4.8 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS ORIGINÁRIOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

O dever de fundamentação das decisões judiciais possui fundamento constitucional, uma vez que previsto no art. 93, IX, da CF. Isso corresponde à noção defendida, até aqui, com base na teoria do discurso que as decisões jurídicas e as decisões judiciais devem ser justificadas e as escolhas interpretativas fundamentadas por meio de argumentos, institucionais ou práticos gerais, organizados de uma forma lógica. Sustenta-se, aqui, que mediante a integração entre a teoria da argumentação jurídica e a teoria dos direitos fundamentais, apresentam-se meios para “garantir a legitimidade discursiva das decisões sobre direitos fundamentais”⁶⁸⁶.

Os principais dispositivos da codificação processual civil que tratam da fundamentação das decisões são os artigos 489, §§ 1º e 2º (que tratam a justificação interna/externa das decisões judiciais) e o art. 926, que estabelece os deveres de integridade, estabilidade e coerência, na uniformização da jurisprudência, de acordo com postulados hermenêuticos. Com o objetivo de serem intersubjetivamente controláveis, procedimentalmente corretas e, por isso, democráticas e justas. O CPC-15, tal como sustentado por Bastos Pereira e Zaneti Júnior, é uma codificação que internalizou diversas influências da filosofia do direito, tanto a analítica, quanto da hermenêutica⁶⁸⁷.

De particular interesse para o tema desenvolvido é a norma do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil que, ao densificar o dever de fundamentação previsto na constituição, previu que: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.” Essa justificação ou fundamentação se dá por meio da aplicação da máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais, da

⁶⁸⁶ MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, N. 35, p. 147-166, dez. 2012.

⁶⁸⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil..., 2016, p. 29-30.

adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito⁶⁸⁸. É por meio da sua aplicação, ao caso concreto, que se chega ao resultado da regra de precedência condicionada decorrente da colisão de princípios de direitos fundamentais. Enquanto método procedimental para a resolução de colisões de normas de direitos fundamentais, a proporcionalidade tem uma estrutura interna pré-determinada, que deve percorrida, uma vez que as subetapas possuem uma relação de subsidiariedade interna.

Dessa forma, os contornos fáticos da colisão ficarão delineados nas submáximas da adequação e da necessidade; ao passo que as possibilidades jurídicas e a intensidades de interferência no princípio preterido e a importância de satisfação do princípio prevalecente serão fundamentadas na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, mediante a ponderação de princípios, aplicada a estrutura formal da fórmula do peso, que atua na justificação interna das decisões judiciais, tornando explícito o que é implícito na prática discursiva dos tribunais⁶⁸⁹. O procedimento de ponderação é realizado por meio da utilização de todos os argumentos possíveis no discurso jurídico, cabendo ao intérprete a busca por argumentos adicionais sempre que julgar necessário, inclusive, com o recurso frequente ao discurso prático geral, desde que faça de forma fundamentada e com respeito às regras de precedência⁶⁹⁰.

Ocorre que a norma universalizada decorrente da aplicação da máxima da proporcionalidade, enquanto uma norma de direito fundamental atribuída, levanta, também, uma pretensão de correção, que somente é cumprida mediante seu estabelecimento de acordo de com as regras do discurso jurídico e do discurso prático. Em síntese, somente uma norma racionalmente justificada é que poderá ser universalizada, uma vez que a interpretação, a aplicação, a fundamentação e a ponderação envolvem o exercício da pretensão de correção, o que ocorre também no procedimento de adjudicação dos direitos fundamentais pelos tribunais. Dessa forma, a decisão judicial baseada no juízo de ponderação de princípios promove a pretensão de correção e deve ser justificada discursivamente, mediante sua fundamentabilidade⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle Difuso no novo CPC..., 2019. p. 224.

⁶⁸⁹ TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema..., 2017, p. 30-34.

⁶⁹⁰ MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação..., 2012, p. 156.

⁶⁹¹ MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação..., 2012, p. 164.

Dessa forma, para a formação de um precedente obrigatório originário, no âmbito a jurisdição constitucional, deve se seguir o disposto nos art. 926, § 2º (para o caso das súmulas), e art. 1038, § 3º (para o caso dos recursos extraordinários repetitivos), do Código de Processo Civil de 2015, de forma que transpareçam a *ratio decidendi* adotada para o caso-precedente, enquanto união incidível entre os fatos materiais do precedente obrigatório originário e a norma de direito fundamental atribuída (norma-regra, obrigatoriamente, que pode ser ou não acompanha de normas-princípio), nos termos da lei de colisão. Isso possibilitará a efetivação da distinção e da superação da norma-precedente e, conseqüentemente, evitará a deturpação da relação de precedência condicionada em precedência incondicionada associado ao raciocínio impropriamente chamado de tipificante.

4.9 O PRECEDENTE OBRIGATÓRIO CRIATIVO E O PENSAMENTO TIPIFICANTE EM SENTIDO IMPRÓPRIO.

Introdutoriamente ao tema pesquisado nesse subitem, é necessário tecer alguns comentários sobre a relação entre a ciência do direito e a prática jurisdicional. Por um lado, como asseverado por Zaneti Júnior, a filosofia do direito não tem o condão de condicionar a pragmática, servindo como seu instrumento auxiliar⁶⁹²; por outro lado, não existe jurisdição que prescindia de uma teoria justificadora⁶⁹³. Como sustentado quando se falou da argumentação dogmática, a depender do nível de aceitação das proposições da ciência do direito, estas assumem um caráter muito próximo ao da vinculação realizada pela lei e pelos precedentes.

Segundo Thomas Bustamante, em análise voltada ao tema das súmulas, vinculantes ou não, mas que, pode-se ser estendido às teses jurídicas em geral, decorrentes dos recursos extraordinários repetitivos julgados em incidente de repercussão geral e o manejo dos precedentes, a concepção das normas-precedentes por meio tipos é incompatível com a ordem constitucional, por violar a individualização do direito aplicável ao caso, operacionalizada por

⁶⁹² “Porém, a confluência entre os discursos analítico e hermenêutico depende primeiramente da compreensão de que o direito absorve a filosofia em platôs, que serve ao direito e ao discurso prático do caso especial que ele concretiza como limites e vínculos (garantias). Em outras palavras, a filosofia auxilia o direito, mas não o determina. Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil..., 2016, p. 29-31

⁶⁹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: Sacha Calmon Navarro Coêlho. (Org.). *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013b, v. 1, p. 65-106. Forense, 2013, v. 1, p. 65-106. Disponível em: https://www.academia.edu/32333024/Súmulas_praticidade_e_justiça_um_olhar_cr%C3%ADtico_sobre_o_direito_sumular_à_luz_do_pensamento_de_Misabel_Abreu_Machado_Derzi/. Acesso em: 15 set. 2021.

meio das regras de fundamentação no momento da sua aplicação⁶⁹⁴. Em sentido semelhante, Ribas de Lima defende a incompatibilidade do manejo de precedentes obrigatórios originários, que são determinados pelas circunstâncias concretas de cada caso, responsáveis pelo estabelecimento da relação de precedência condicionada e a máxima da proporcionalidade, por associá-los de maneira intrínseca à formulação de tipos⁶⁹⁵.

Dessas assertivas, depreendem-se alguns questionamentos: (a) O que são tipos? (b) Qual a sua razão de existir? (c) E onde são utilizados/aplicados?

Os tipos, em sentido próprio ou estrito, correspondem à oposição ao conceito classificatório e se associam aos círculos hermenêuticos. Portanto, apresentam-se como método que atua por meio abstrações generalizadoras. “O tipo propriamente dito, por suas características, serve mais de perto a princípios jurídicos como o da igualdade-justiça individual, o da funcionalidade e permeabilidade às mutações sociais”⁶⁹⁶. Por outro lado, tipo, em sentido impróprio ou amplo, muito utilizado no direito tributário, é baseado na “execução simplificadora da lei, que leva em consideração a média dos casos ou o usual, na fixação de parâmetros, mas despreza individualidades do caso isolado”⁶⁹⁷, ainda que em conflito com a legalidade estrita. Dessa forma,

Tipificar tem o sentido amplo de abstrair as particularidades individuais, para colher o que é comum ou repetitivo. Tipo será, então, o que resultar desse processo de abstração generalizante, vale dizer, a forma média ou freqüente, ou aquela especialmente representativa, ou ainda, o padrão normativo ideal.⁶⁹⁸

O fundamento da formação dos tipos, em sentido impróprio ou amplo, está na forma pragmática de pensar o direito que visa viabilizar a sua aplicação massificada, tal como ocorre na Administração Tributária, “por meio de presunções, ficções e padronizações legais”⁶⁹⁹.

Essa fuga à aplicação individual do direito, operada por meio da substituição da análise do fato gerador real – é dizer, dos fatos materiais que possam ser subsumidos na descrição hipotética da norma jurídica tributária – por um padrão invariável estabelecido pela Administração para o fim de aplicação da lei em massa, gera,

⁶⁹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Súmulas, praticidade e justiça...* 2013, p. 65.

⁶⁹⁵ LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação...*, 2018, p. 43-44.

⁶⁹⁶ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário. *Revista da faculdade de direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 31, nº 30-31, abr. 1987, p. 213-260, para o trecho transcrito, p. 235.

⁶⁹⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário..., 1987, p. 222.

⁶⁹⁸ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário..., 1987, p. 223.

⁶⁹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Súmulas, praticidade e justiça...*, 2013b, p. 68.

naturalmente, um sério risco de violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, na medida em que o fato gerador passa a nem sempre coincidir com a descrição hipotética da lei.⁷⁰⁰

Ressalva-se que a execução simplificadora da lei não se confunde com o princípio da praticidade, utilizado como base para a formação dos fatos geradores dos tributos de forma a torná-los aplicáveis de forma pragmática, já aquele “tem como destinatário direito e imediato o *legislador* e, quando muito, o *administrador*, sendo que para este último o princípio opera estritamente no âmbito de suas competências discricionárias e regulamentares”⁷⁰¹. Isso porque a sua extrapolação, na via administrativa, constitui modificação indevida de suas competências tributárias⁷⁰².

O pensamento tipificante, então, ocorre no contexto da *aplicação* da lei, que flexibiliza a individualização do direito⁷⁰³ para propiciar a sua aplicação massificada.

Pois bem, Bustamante sustenta (tal como Jevaux e Macêdo) que as súmulas acabam adquirindo uma vinculatividade própria, atrelada ao seu enunciado e, por vezes, descolada dos precedentes judiciais que motivaram a sua edição⁷⁰⁴. Isso corresponde à tendência existente no direito brasileiro contemporâneo de proceder com a padronização atividade decisória judicial por meio da mecanização da atividade interpretativa. “Em vez de “casos”, passam os tribunais superiores a julgar “teses”, enquanto os tribunais ordinários e os juízes de primeira instância ficam reduzidos à condição de meros “aplicadores” de fórmulas genéricas construídas sem a sua participação.”⁷⁰⁵

É nesse sentido de tipificação imprópria dos padrões decisórios através dos precedentes judiciais que existe a incompatibilidade com a aplicação da máxima da proporcionalidade e da ponderação de princípios a existência de precedentes obrigatório, cogitada no início deste

⁷⁰⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça..., 2013b, p. 69.

⁷⁰¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça..., 2013b, p. 69.

⁷⁰² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça..., 2013b, p. 70. E, também, Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 31.ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 251-252.

⁷⁰³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...*, 2009, p. 256-258.

⁷⁰⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça..., 2013b, p. 71; JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Precedentes na justiça do trabalho...*, 2020b, p. 586; MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processo civil...*, p. 358.

⁷⁰⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça..., 2013b, p. 73. Em sentido semelhante, THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação do direito – Análise da convergência entre o *civil law* e o *commom law* e dos problemas de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, v. 189, p. 9-52, nov. 2010.

capítulo. Isso porque se abandona a reflexão sobre o objeto do direito (perspectiva hermenêutica, relativa ao contexto da descoberta) e a justificação de sua aplicação ao caso (perspectiva analítica, relativa ao contexto da justificação)⁷⁰⁶.

Os textos – súmulas, orientações normativas, leis e demais fontes formais do direito – passam a ser tratados como se o “objeto” do conhecimento jurídico deixasse de se determinar pelos próprios sujeitos que o aplicam e o conhecem, como se fora possível cindir os momentos de “interpretação” e “aplicação” do direito ou, como ingenuamente pretendem os juristas adeptos do positivismo contemporâneo, como se se pudesse decompor a razão prática em dois estágios, sendo o primeiro o estágio “deliberativo” – onde o legislador ou o Tribunal Superior realiza uma ponderação definitiva de razões, estabelecendo uma diretriz ou “razão excludente” que pode ser aplicada no estágio posterior “sem recorrer a quaisquer valorações” – e o segundo estágio executivo – onde o juiz ou o aplicador do direito meramente aplica/executa de forma neutra a decisão do agente que autoritativamente estabeleceu a regra jurídica.⁷⁰⁷

A modalidade de pensamento tipificante, em sentido impróprio, tal como se observa nas normas-precedentes que se desvinculam de seus aspectos contextuais ofendem a regra de fundamentação, prevista constitucionalmente, e por isso violam as regras a argumentação jurídica, a racionalidade possível (e, portanto, a *justiça*) para as decisões jurídicas e correspondem a um falseamento da *verdade consensual* que se persegue com a teoria do discurso. Em última instância, violam a legalidade e o próprio Estado Constitucional de Direito.

A situação é mais grave com relação às Súmulas Vinculantes que compartilham de todos os problemas das súmulas ordinárias, relativas ao seu caráter abstrato, descolamento dos aspectos contextuais dos precedentes que motivaram sua edição e a aplicação mecanicista por parte das instâncias ordinárias do Poder Judiciário, com o fim precípua de julgamento massificado de ações, que lhe devem obediência, que estendida a todos na sociedade em virtude sua eficácia *erga omnes*, com alta carga de violência simbólica⁷⁰⁸. Até porque, a existência de súmula e precedentes obrigatórios, em geral, é causa de indeferimento liminar do pedido (CPC-15, art. 332, I a IV) e do trancamento de acesso às vias recursais (CPC-15, art. 932, IV e V).

Dessa forma, a única forma de corrigir esse problema é pela aferição, no momento da aplicação da norma-precedente ao caso-atual, da congruência de seus aspectos contextuais, por meio da analogia e do *distinguish*, sob pena de inconstitucionalidade de grande parte das inovações

⁷⁰⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça..., 2013b, p. 74.

⁷⁰⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça..., 2013b, p. 74-75.

⁷⁰⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Comentários às súmulas vinculantes...*, 2017, p. 17.

processuais e constitucionais que alçaram o precedente à condição de fonte formal do direito⁷⁰⁹. Presentes as mesmas configurações de fato e de direito e se compreendendo pela modificação da norma jurídica para a resolução do caso, estar-se-á diante do *overruling*, que deve ser argumentativamente justificado, no âmbito das possibilidades jurídicas, por meio da explicitação da modificação da interpretação social acerca do conteúdo normativo dos princípios jurídicos ou da perda de eficácia social da norma jurídica.

Com relação aos precedentes obrigatórios formados com auxílio da máxima da proporcionalidade, um método de trabalho adequado será demonstrado com auxílio dos casos *Lebach I e II*.

4.9.1 Os casos *Lebach I e II* como exemplos paradigmáticos do direito comparado.

No âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, aponta-se o célebre caso *Lebach I* (1969)⁷¹⁰ como um antecedente ao direito ao esquecimento moderno. Nesse julgamento, proibiu-se a exibição de um documentário televisivo no qual seria retratado um crime de interesse público e histórico, a saber, o assassinato de soldados na cidade de *Lebach* na Alemanha. Contudo, a exibição do documentário ocorreria em um momento no tempo próximo ao da soltura de um dos condenados pelo crime (após o cumprimento da pena), com a exibição do seu nome e da sua imagem. Constatou-se, então, a colisão entre os direitos da personalidade e o direito à ressocialização do autor da ação em face do direito à informação (da sociedade) e o direito à liberdade de expressão (da emissora de televisão). Nesse julgamento, o Tribunal Constitucional alemão, concedeu a proteção aos direitos da personalidade do ex-detento e de sua ressocialização e proibiu a exibição do documentário. Foram consideradas as seguintes circunstâncias de fato, reputadas, aqui, como *atos materiais*, para o estabelecimento da relação e precedência condicionada: (a) a não contemporaneidade da informação (b) desinteresse pela repetição do caso, já amplamente noticiado à época da ocorrência dos fatos; (c) o crime era grave e sua lembrança sujeitava o autor à reação contrária do público; e (b) isso representava um risco à sua ressocialização⁷¹¹. Essa regra deve ser universalizada, de forma

⁷⁰⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Súmulas, praticidade e justiça...*, 2013b, p. 76.

⁷¹⁰ Decisão que se encontra disponível no volume 35, página 202, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 35, 202).

⁷¹¹ Alexy aponta o caso *Lebach* como o exemplo paradigmático para exemplificação da chamada Lei de Colisão dos direitos fundamentais, pela qual: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2017b, p. 31-33.

que, mantida a presença dos seus *atos materiais*, convertidos em suporte fático da norma-regra de direito fundamental atribuída, deve-se aplicar a mesma consequência jurídica.

Contudo, isso não ocorreu no caso *Lebach II* (1999)⁷¹², porque contexto de fato era outro e, por consequência, a relação de precedência se inverteu. Nesse caso, permitiu-se a exibição de um programa de TV sobre o mesmo crime mencionado, mas com a substituição dos nomes dos envolvidos e não exibição de suas imagens, tendo prevalecido que a força do tempo entre a soltura do ex-detento e a exibição do documentário já teria reduzido o risco de ele ser prejudicado em sua ressocialização dos envolvidos. Dessa forma, prevaleceu a liberdade de expressão da emissora e o direito de informação da sociedade. Trata-se, portanto, de um caso de *distinguish*, baseado na modificação de circunstâncias fáticas da colisão de princípios.

4.9.2 Os precedentes judiciais como instrumento de fixação de parâmetros para a ponderação: a distinção como método de trabalho para os precedentes judiciais.

Vê-se, pois, a distinção é um método adequado para a aplicação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais obrigatórios originários, uma vez que será pela repetição dos fatos materiais considerados na resolução da primeira colisão de direitos fundamentais que será possível a repetição ou o afastamento da norma-regra concebida para o primeiro caso.

A distinção, em um primeiro momento, é quanto aos fatos do precedente e o caso sob análise, e, em seguida, divisadas as diferenças fáticas, cumpre ao aplicador determinar se essas diferenças – sempre existentes, pois todos os casos são únicos e irrepetíveis – são importantes ao ponto de requerer uma diferença também no tratamento jurídico da causa. Dessa forma, torna-se a hipótese fática e o consequente da norma do precedente paulatinamente, mais exatamente, a partir das novas decisões que formam precedentes especificadores ou determinativos da *ratio decidendi*.⁷¹³

Como já salientado, a distinção, em sentido amplo, é procedimento argumentativo, que deve levar em conta as regras da argumentação jurídica e os deveres de consistência, integridade, estabilidade e uniformidade dos precedentes obrigatórios, para determinar a congruência fática entre o caso-precedente e o caso-atual e a aplicação da norma-precedente. Ao passo que a distinção, em sentido estrito, é o resultado da aplicação desse processo argumentativo, quando se decide que não existe repetição dos fatos materiais do caso-precedente ou fatos que lhe sejam

⁷¹² Decisão que se encontra disponível no volume 348, página 98, no repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. (BVerfGE 348, 98).

⁷¹³ MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processo civil*, 2019, p. 286.

análogos (nos casos de extensão da *ratio decidendi*) no âmbito do caso-atual⁷¹⁴. Somente mediante as sucessivas distinções restritivas ou pela aplicação ampliativa da *ratio decidendi* do precedente obrigatório originário, fatos que não foram apreciados no *leading case*, como fatos materiais, é que o seu campo de incidência se tornará claro⁷¹⁵.

Nesse sentido argumentativo, existe uma compatibilidade entre a existência de precedentes obrigatórios, enquanto postulado da racionalidade, da universalidade e da igualdade formal. A universalização da norma-precedente é um postulado da racionalidade discursiva, que veda tratamentos desiguais, arbitrários e discriminatórios, tal como já fundamentado nesse trabalho. O que não se pode permitir é que as normas-precedentes sejam aplicadas de forma tipificada, ou seja, de forma abstrata e afastada dos fatos materiais que deram ensejo à relação de precedência condicionada, transformando-a em precedência incondicionada, que um direito fundamental será ilimitadamente restringido pela norma-precedente⁷¹⁶.

A construção de uma cadeia de precedentes dá ensejo à formulação de uma série de parâmetros capazes de determinar o resultado das colisões de direitos fundamentais, em casos específicos. A consequência disso é que muitos casos de colisões de direitos fundamentais serão, após julgamentos sucessivos, apenas, casos potenciais de colisões de direitos fundamentais, haja vista a aplicação da norma de direito fundamental atribuída obtida em casos-precedentes⁷¹⁷.

Ainda assim, a possibilidade discursiva de mudança da orientação valorativa, com relação à solução normativa encontrada, deve, sempre, permanecer aberta, o que ocorre nos casos de superação dos precedentes. Caso o precedente a ser superado seja obrigatório, é necessário que sua força vinculativa e o princípio da inércia sejam sopesados, em face dos princípios que postulam a correção da orientação adotada até então, como princípios formais, tal como ocorre com princípio do legislador democraticamente eleito, nos casos das decisões *contra legem*⁷¹⁸.

⁷¹⁴ MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processo civil*, 2019, p. 288.

⁷¹⁵ MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processo civil*, 2019, p. 288-294.

⁷¹⁶ Nesse sentido, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Súmulas, praticidade e justiça...*, 2013b; Em sentido semelhante, THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação do direito...*, 2010.

⁷¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 558.

⁷¹⁸ JALES, Túlio de Medeiros. *Uma proposta normativa para regular a superação de precedentes em cortes constitucionais*. 2020.

5 CONCLUSÃO.

O presente trabalho se iniciou com o objetivo de investigar um problema de pesquisa, que consiste na aventada existência de uma contradição metodológica interna no CPC-15, quando prevê a coexistência dos institutos jurídicos da máxima da proporcionalidade e dos precedentes obrigatórios. Cogita-se a existência da incompatibilidade de caráter metodológico, uma vez que a máxima da proporcionalidade, segundo a teoria dos princípios, postula uma abertura do discurso jurídico a todas as formas da argumentação jurídica e prática geral; ao passo que os precedentes obrigatórios representariam um encerramento da atividade interpretativa, por meio do estabelecimento, pelos Tribunais Superiores, de *teses jurídicas* abstrativizadas de suas aspectos contextuais e aplicadas aos casos concretos de forma massificada e mecânica.

Com vistas à apuração da cogitada incompatibilidade, no primeiro capítulo, são expostos os postulados da teoria dos princípios, tal como concebidos por Robert Alexy, que é adotado como principal referencial teórico da dissertação. Essa escolha é justificada ao longo do trabalho, contudo, como forma de sumarização, aponta-se que o pensamento do autor tedesco é marcado pela solidez de seus postulados, pela coerência interna e pela sistematicidade. Além disso, o autor em questão apresenta uma postura dialética com relação às críticas que lhes são direcionadas, com base nas quais promove, de forma constante, reparos, expansões e esclarecimentos quanto a pontos específicos do seu pensamento. Realizou-se a opção, dada a complexidade a investigação empreendida e as limitações da dissertação de mestrado, por não se problematizar excessivamente os alicerces teóricos lançados por Alexy, limitando-se à reprodução das críticas que tenham sido diretamente respondidas pelo autor.

O ponto basilar do primeiro capítulo se encontra na diferenciação estrutural que Alexy promove em sua teoria da norma, mais especificamente, da norma de direito fundamental. Partindo-se o conceito semântico de norma, em que se separa o texto (enunciado normativo) da sua interpretação (norma), Alexy separa a categoria geral em duas espécies: regras e princípios. As regras são mandamentos definitivos, ou seja, contém em si mesmas os seus limites fáticos e jurídicos de incidência, aplicadas por subsunção e, caso entrem em conflito, são declaradas inválidas ou lhes é inserida, no antecedente normativo, uma cláusula de exceção.

Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, não apresentam em si mesmos, os seus contornos de incidência, em especial, com relação ao seu conseqüente normativo, que só será densificado no contexto das resoluções de casos concretos. Os princípios postulam mandados de dever que sejam realizados na maior intensidade possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, cujos limites estão contidos nos demais princípios do ordenamento jurídico. Logo, os princípios entram em colisão entre si, ao postularem a adoção ou a proibição de medida antagônicas, o que culmina no estabelecimento de regras de precedência condicionadas aos fatos e ao direito. Essa regra de precedência condicionada é a norma de direito fundamental atribuída, que possui *status* de norma de direito fundamental, embora não conste diretamente do texto constitucional.

A máxima da proporcionalidade atua como método analítico para a resolução das colisões de direitos fundamentais, com suas três subetapas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. As primeiras duas subetapas se destinam à maximização das possibilidades fáticas; ao passo que a última se destina à maximização das possibilidades jurídicas. As duas primeiras etapas se orientam pela ideia de que podem ser melhoradas posições jurídicas sem a piora de posições concorrentes ou que essa piora seja a menor possível. Primeiramente, avalia-se se a medida que restringe um direito fundamental é *idônea* para o fomento objetivo constitucional que a sustenta: se não for, é inadequada e desproporcional e, por isso, proibida pela constituição. Superada essa questão, comparam-se medidas alternativas que sejam adequadas para fomentar objetivo constitucional, embora ambas causem prejuízos a um direito fundamental, caso em que deve prevalecer aquela que *menos* interferir neste último.

Ainda assim, em muitos casos, o exame das possibilidades fáticas não é suficiente para o estabelecimento de uma ordem de precedência, uma vez que a restrição que as medidas submetidas ao crivo da Corte Constitucional provam em um direito fundamental são equivalentes e não são passíveis de serem diferenciadas. Nesses casos, passa-se à última etapa da máxima da proporcionalidade, que consiste na avaliação das possibilidades jurídica dos princípios colidentes, o que é resolvido na dimensão do peso, segundo o procedimento da ponderação racional. É necessário se compreender que a dimensão do peso é uma metáfora para o esforço argumentativo necessário para o estabelecimento da precedência de um princípio sobre o outro – e, aqui, argumento é identificado como *proposição racional*, submetida às regras da teoria do discurso.

Na ponderação, sopesam-se os graus de intervenção de um princípio no outro, a importância da satisfação do princípio prevalecente e a relação entre uma coisa e outra. Prevalece o princípio que oferecer menores custos para a sua satisfação e tiver maior importância, segundo as circunstâncias jurídicas do caso concreto. Pretende-se que o procedimento da ponderação e o seu resultado sejam racionais, ainda que isso não ocorra em todos os casos, compreende-se a justificação da ponderação se encontra no conjunto de casos em que isso ocorre.

A norma de direito fundamental atribuída, enquanto resultado da colisão de princípios, deve ser universalizada e passará a funcionar como *suporte fático* de uma norma-regra que incidirá por subsunção aos casos subsequentes submetidos ao Estado-Juiz que exibirem o mesmo contorno fático e normativo. Com isso, tenta-se conceder estabilidade às decisões que resolvem colisões de princípios judiciais, para promover a estabilidade, a isonomia e a confiança do jurisdicionado.

A fórmula do peso é apresentada como a estrutura formal da ponderação e é desenvolvida como meio de resposta à crítica que considerava o modelo da ponderação como *irracional*. Por meio de um artifício de comparação com a matemática, pretende-se sustentar que é possível formular juízos sobre os graus de intervenção, os graus de importância e suas correlações no momento do estabelecimento do peso *concreto* de um princípio sobre o outro, no contexto de um caso *difícil*. Já as margens de discricionariedade epistêmica e estrutural do legislador, prestam-se à compatibilização da teoria dos princípios com o princípio formal do legislador democraticamente eleito. Sustenta-se que a constituição, apesar de estabelecer obrigações e proibições, deixa uma ampla margem de permissões que podem ser conformadas e regulamentadas pelo legislador ordinário. Somente quando se estiver diante de um caso de restrição de direitos fundamentais é que a questão deverá ser submetida à proporcionalidade e, eventualmente, à ponderação.

No segundo capítulo, adotou-se um conceito *formal* de direitos fundamentais, com base no direito positivo e, a partir do conceito adotado, demonstrou-se a adoção das teorias do suporte fático e âmbito de proteção amplos dos direitos fundamentais é a mais adequada para promover a sua proteção. Justificou-se a presente assertiva por meio do contraste com teorias concorrente e se concluiu que ambas as concepções adotadas impõem um ônus argumentativo forte àquela

pretenda restringir um direito fundamental e torna seus argumentos de fundamentação explícitos e intersubjetivamente controlados, por contemplar o conceito de intervenção.

Também no segundo capítulo, demonstra-se a existência de um modelo duplo de colisões de direitos fundamentais, entre colisões *reais* e *potenciais*. As primeiras dizem respeito àqueles casos em que existe consenso quanto à solução jurídica a ser empregada ao caso analisado; ao passo que o segundo tipo diz respeito aos casos em que esse consenso se faz presente. Esse modelo não é estanque: uma questão problemática pode se tornar consensual; ao passo que uma questão consensual pode se tornar de difícil solução. Logo, trata-se de um modelo intercambiável e influenciado por mudanças sociais de concepções acerca de fatos e normas. A existência de um precedente pode ser um elemento definidor para a separação entre casos reais e potenciais de colisão de direitos fundamentais, embora, sempre permaneça aberta a possibilidade de sua superação, ainda que com um ônus argumentativo acentuado.

O terceiro capítulo prossegue com a apresentação da justificação *normativa* da adoção da máxima da proporcionalidade, por meio da demonstração de sua migração entre a filosofia política e o direito, os diferentes sistemas jurídicos e os diferentes ramos do direito. Compara-se a máxima da proporcionalidade com outros métodos de resolução de conflitos normativo, em sentido *lato*, na jurisdição das liberdades e da igualdade ao redor do globo, são eles: a máxima da razoabilidade e o *balancing test*. Ao fim do capítulo, sustenta-se que a máxima da proporcionalidade, por sua estrutura formal bem definida, apresenta vantagens com relação aos outros mecanismos analisados, o que justifica a sua adoção de uma forma normativa. Os motivos são vários, contudo, merecem destaque aqui: 1) a maior aptidão para resolução do chamado paradoxo da liberdade; 2) a sua maior aptidão para prevenir custos desnecessários aos direitos fundamentais; 3) sua maior adaptabilidade aos diferentes ordenamentos jurídicos, em virtude de seu caráter estrutural; e 4) a utilização reiterada da máxima da proporcionalidade é capaz de uma rede de *precedentes* que são úteis para compreender as proibições e obrigações impostas pelos direitos fundamentais, além de criar uma rede de *parâmetros fixos* para a ponderação de princípios.

O quarto e último capítulo realizou o cotejo dos postulados da teoria dos princípios alexyana com os principais elementos da teoria dos precedentes obrigatórios brasileira. O início do capítulo é marcado por um ajuste no problema de pesquisa, uma vez que a obra de Manoel

Pedro Ribas de Lima que deu impulso a esta investigação nega o caráter normativo à proporcionalidade e aos princípios jurídicos em geral e se afasta dos postulados de Robert Alexy adotados como referencial teórico para este trabalho. Por esse motivo, a questão principal passou a ser a compatibilização da máxima da proporcionalidade com a existência de precedentes obrigatórios que sejam compreendidos como tipos, em sentido impróprio, isto é, deduzidos em enunciados abstrativizados de seus elementos contextuais e aplicados de forma mecânica à resolução de casos concretos.

Para tanto, expõe-se os principais elementos basilares da teoria dos precedentes obrigatórios, sem a pretensão de ser exauriente quanto ao tema, são eles: 1) o conceito de família ou tradição jurídica; 2) as famílias *civil* e *common law*, com foco nas experiências dos sistemas jurídicos francês e inglês, respectivamente, por representarem o maior número de características arquetípicas de cada uma das tradições e seu sistema de fontes do direito; 3) a aproximação entre ambas as tradições, no contexto do Estado Democrático Constitucional, com a consequente valorização da decisão judicial como *fonte formal e primária* do direito; 4) um breve histórico do ordenamento jurídico brasileiro e da importância dada às decisões judiciais, no contexto da teoria das fontes, donde se conclui que o nosso país apresenta características de ambas as tradições.

Sob essa fundação, expõe-se o conceito relacional de precedente judicial, ou seja, enquanto decisão judicial pregressa utilizada como *razão* de decidir de um caso atual. Bem como sua dupla acepção: 1) em sentido próprio, o precedente judicial é identificado com a integralidade da decisão judicial e serve como veículo introdutor de normas jurídicas (significante); e 2) em sentido impróprio, o precedente é identificado com a sua norma jurídica, que pode ser regra ou princípio, e funciona como *sinônimo* de *ratio decidendi* (significado). Os precedentes judiciais são separados entre persuasivos e obrigatórios, segundo seus efeitos, uma vez que são obrigatórios os precedentes judiciais que, caso não sejam levados em conta no julgamento do caso-atual pelo julgador, consistirão erro de julgamento ou procedimento e resultarão na nulidade ou reforma do provimento omissivo.

Os efeitos dos precedentes obrigatórios variam com relação aos destinatários: 1) possuem eficácia *erga omnes*, quando obrigam a todos na sociedade, inclusive, a administração pública e particulares, com algumas exceções relativas ao Poder Legislativo; 2) possuem efeitos

vinculantes verticais, quando obrigam os juízes subordinados no contexto de uma mesma estrutura judiciária; e 3) possuem efeitos vinculantes horizontais, quando obrigam a própria Corte que prolatou o precedente a levar em conta suas decisões pregressas, caso queira delas se desviar ou superá-los, segundo um ônus argumentativo forte.

Quando ao conteúdo da decisão, dividiu-se os precedentes entre: 1) declaratórios, que não possuem conteúdo normativo relevante; 2) definitórios, que se prestam a especificar algum elemento do suporte fático ou do conseqüente normativo de um enunciado de lei ou de um caso-precedente anterior; e 3) originários, que decorrem da aplicação dos princípios e resultam na introdução de uma norma jurídica no sistema jurídico, antes inexistente. O foco do trabalho foi direcionado, então, para a formação e o manejo dos precedentes obrigatórios originários, posto que resultam da colisão de princípios, objeto estudado nos três primeiros capítulos.

Sustentou-se que a construção da *norma do precedente* deve se dar de forma *argumentativa*, em um diálogo entre o órgão prolator da decisão judicial e o julgador do caso-atual, uma vez que a norma do precedente também é alvo da interpretação. Para tanto, admite-se a utilização de todos os argumentos disponíveis na argumentação jurídica, desde que utilizados de forma racional, segundo as regras da teoria do discurso. Apesar da norma do precedente não se confundir com a sua fundamentação, quanto mais clara for esta mais *fácil* será a atividade interpretativa do caso atual. A clareza da fundamentação da decisão jurídica é o objeto de estudo da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy.

Justifica-se, assim, a sua adoção para *fomentar* a racionalidade no maior número de casos possíveis, ainda que não em todos, para a tomada de decisões jurídicas, inclusive, no contexto da formação dos precedentes judiciais obrigatórios originários. Foi dada especial atenção às regras e formas da interpretação jurídica e do uso de precedentes. Sob essas premissas foi exposto com clareza o sentido da *universalização* das normas do precedente judicial e o porquê da sua incompatibilidade com a noção de precedentes judiciais convertidos em tipos, em sentido impróprio.

Em virtude da forma pela qual se constituem as relações de precedência condicionada nas colisões de direitos fundamentais, é essencial que se delimite com precisão analítica os fatos materiais que embasaram a solução concebida no caso-precedente e que devem ser

universalizados, por dois motivos: (a) a ausência ou a presença de uma das condicionantes universalizadas pela lei de colisão pode determinar a distinção e a não aplicação de uma norma-precedente criativa que, de outra forma, seria obrigatoriamente *observada* para a solução do caso-atual; (b) a existência de distinções restritivas ou aplicações extensivas ou analógicas da *ratio decidendi*, dá ensejo à formação de uma *práxis* decisória capaz de fornecer parâmetros fixos para a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais⁷¹⁹; (c) a existência de um precedente judicial, no âmbito dos direitos fundamentais, pode ser um critério para que seja afastada (ainda que em caráter não-definitivo) a ponderação de princípios, porque a colisão observada será apenas potencial, o que somente ocorrerá com a densificação da cadeia de decisões, por meio das distinções⁷²⁰; e (d) a dissociação entre a norma-precedente e seus fatos materiais induz: (d.1) ao estabelecimento de regras de precedência incondicionada entre princípios colidentes, o que é contraditório com a teoria dos princípios e com a proporcionalidade enquanto método eleito para resolução da colisão de normas pelo CPC-15; (d.2) ao pensamento impropriamente denominado de tipificante e ao fechamento indevido da possibilidade da argumentação jurídica acerca da distinção ou superação da norma-precedente, o que é, a um só tempo, irracional (por violar as regras do discurso) e autoritário.

Dessa maneira, compreende-se que existe a contradição aventada no problema somente em (d), acima, e que a contradição possui natureza pragmática e não metodológica. Com isso, se quer dizer que está mais vinculada a uma *práxis* brasileira com relação aos precedentes, do que com uma repelência teórica *a priori* entre os institutos analisados.

⁷¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 558.

⁷²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017b, p. 558.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, p. 67–79, 1999. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Justicia como Corrección. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, 2003, p. 161-171.

_____. *O conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes.

_____. *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a. Tradução: Luís Afonso Heck.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b. Tradução: Luís Afonso Heck.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. 5.^a Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017b. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.

_____. Princípios Formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Trivessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (org.). *Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Cap. 1. p. 3-25. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.

_____. *Teoria Discursiva do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.

_____. *Sistema de filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2022

_____; DREIER, Ralf. Precedents in the Federal Republic of German. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). *Interpreting Precedents*. Nova Iorque: Routledge, 2016, p. 17-64.

ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de razonable. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 4., Alicante, 1987, p. 189-200. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4_13.pdf. Acesso em: 15 jan. 2022.

_____. *As razões do direito: teoria da argumentação*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

AUGSBERG, Ino. A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes: a teoria da ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 19-35

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2007.

BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 23, p. 65-78, jun. 1998.

BENEVIDES, Nauri Schades. *Técnicas de Identificação da “ratio decidendi” dos precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo: uma análise sobre sua insuficiência*. 2019. 245 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/11325/1/tese_13462_dissertacao_-_versao_final_-_nauani.pdf. Acesso em: 18 jun. 2022

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. Tradução: Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução: Carlos Nelson Coutinho.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BONICIO, Marcelo J. Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legislação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. Tradução: Carlos Bernal Pulido.

BRANCO, Paulo G. Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 18.331 – São Paulo. Relator: Ministro Orozimbo Nonato. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 21 setembro 1951. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur68527/false>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 45.232 – Guanabara. Relator: Ministro Themistocles Cavalcanti. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 21 fevereiro 1968. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur147338/false>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação 1077 – Guanabara. Relator: Themistocles Cavalcanti. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 21 fevereiro 1968. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur147338/false>. Acesso em: 22 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação 930 – Distrito Federal. Relator: Ministro Rodrigues Alckmin. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 05 maio 1976. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263707>. Acesso em: 15 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação 1054 – Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 04 abril 1984. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263829>. Acesso em: 15 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 855 – Paraná. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Acórdãos, 01 julho 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346649>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 958 – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 11 maio 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266600>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 966 – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 11 maio 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266603>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 655.265. Relator: Edson Facchin. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em: 12 maio 2022.

BRUST, Léo. Uma tipologia das sentenças constitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 102, p. 223-250, jun. 2006, p. 223-250.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2017

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Teoria do Precedente Judicial*. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012

_____. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. especial [2]. Belo Horizonte, Universidade de Minas Gerais, 2013a, p. 299–325.

_____. Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: Sacha Calmon Navarro Coêlho. (Org.). *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013b, v. 1, p. 65-106. Forense, 2013, v. 1, p. 65-106. Disponível em: https://www.academia.edu/32333024/Súmulas_praticidade_e_justiça_um_olhar_cr%C3%ADtico_sobre_o_direito_sumular_à_luz_do_pensamento_de_Misabel_Abreu_Machado_Derzi/. Acesso em: 15 set. 2021.

CAENAGEM, Raoul Charles. *The birth of English common law*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, nº 786, p. 108-128, abr. 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (ed.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 159-171.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. Curitiba: Juruá, 2013.

CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. *Estudos em homenagem aos Prof. Doutores M. Paulo Merêa, G. Braga da Cruz*. 58, v. II., 1982.

CERQUEIRA, Máira Ramos. *Decisão Judicial e Fundamentação sob Análise da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy*. 2017. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de

Mestrado em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/8823/1/tese_11223_MAIIRA.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. *The Migration Of Constitutional Ideas*, [S.L.], p. 1-36, 2009. Cambridge University Press. <http://dx.doi.org/10.1017/cbo9780511493683.001>.

COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, v. 8, n. 2, p. 263-286, abr. 2010 DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.1093/icon/moq004>.

CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos Antigos comparada com a dos Modernos. In: *Filosofia Política 2*. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 9-25. Tradução: Loura Silveira.

CRISTÓVAM, José S. da Silva. *Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário. *Revista da faculdade de direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 31, nº 30-31, abr. 1987, p. 213-260

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

FARIAS, Edmilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Ed., 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 31-45.

_____. *A cultura jurídica e a filosofia analítica do século XX*. São Paulo: Saraiva, 2015. Tradução: Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5.ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

ISRAEL. Suprema Corte de Israel. HCJ 5016-96 – *Horev. v. Minister of Transportation*. Presidente: Aharon Barak. Julgamento, 13 abril 1997. Disponível em: https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Horev%20v.%20Minister%20of%20Transportation_0.pdf. Acesso em 13 fev. 2022.

GRAU, Eros. Os Princípios – Espécie do Gênero Regras Jurídicas – A Proporcionalidade e a Razoabilidade. In: MITIDIERO, Daniel; ADAMY, Pedro (org.). *Direito, Razão e Argumento*:

a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 318-323.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade*: contribuições para uma teoria discursiva do direito. São Paulo: Editora Unesp, 2020. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1, p. 645-654, ago. 2011.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*: teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*: Síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. O julgamento das ADIN's 3105 e 3128 pelo STF e a inconstitucionalidade do art. 4º da EMC 41. *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, n. 1, p. 67-126, 2006.

_____. Uma Teoria da Justiça Para o Acesso à Justiça. In: JEVEAUX, Geovany Cardoso (org.). *Uma Teoria da Justiça Para o Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

_____. *Teorias do Estado e da Constituição*. 1.ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

_____. *Comentários às súmulas vinculantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Direito e Ideologia*. 1.ed. Lisboa: GZ Europa, 2018.

_____. *Jumping* ou salto conceitual de uma teoria para a outra: continuidade/descontinuidade cognitiva e proposta de metodologia. In: SILVESTRE, Gilberto Fachetti (org.). *Temas atuais de direito II*: estudos em homenagem aos 90 anos do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Curitiba: Brazil Publishing, 2020a. p. 285-300.

_____. Precedentes na Justiça do Trabalho. In: NEMER NETO, Alberto (org.). *Coleção Direito material e processual do trabalho constitucionalizados*: direito processual, v. 2. Porto Alegre: Lexmagister, 2020b. p. 565-600.

_____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle Difuso no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2019. Cap. 11. p. 215-243.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição. *Sub Judice. Justiça e Sociedade*. Coimbra: DocJuris, 2001, v. 20/21, p. 9-32.

_____. *Teoria pura do direito*. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. 5.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016

KLATT, Matthias. Robert Alexy's Philosophy of Law as a System. In: KLATT, Matthias (org.). *Institutionalized Reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. Cap. 1. p. 1-26

_____. Levando os direitos menos a sério: uma análise estrutural da discricionariedade judicial. In: TOLEDO, Claudia (org.). *Atual Judiciário: ativismo ou atitude*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 137-168.

KUMM, Mattias. Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice. *International Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, v. 2, n. 3, p. 574-596, jul. 2004.

JALES, Túlio de Medeiros. *Uma proposta normativa para regular a superação de precedentes em cortes constitucionais*. 2020. 212 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24032021-162203/publico/10130943_Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Função Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Fernando. Irracional ou Hiper-racional?: a ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. In: MITIDIERO, Daniel; ADAMY, Pedro (org.). *Direito, Razão e Argumento: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito*. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 324-352.

LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação: contradição interna do código de processo civil*. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

LOBO, Americo. *Decisões Constitucionais de Marshall, Presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América do Norte*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, caso Marbury X Madison (1803), p. 1-29.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução: Julio Fischer.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais: no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2020

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUDWIG, José Roberto. A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação*: escritos em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015. p. 177-216.

_____. Princípios na relação entre direito e moral – algumas notas sobre o debate Habermas-Alexy. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 915, p. 183-204, jan. 2012.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais: e o direito processual civil*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MAcINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991.

MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). *Interpreting Precedents*. Nova Iorque: Routledge, 2016.

MARCONDES, Danilo. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MASTRODI, Josué; LAURENTIIS, Lucas Catib de. Proporcionalidade e ponderação na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: volta às origens ou mais do mesmo?. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, [S.L.], v. 12, n. 2, p. 263-275, 14 jul. 2020. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos.
<http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2020.122.06>.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 14.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de jurisprudência*: tributário, constitucional e administrativo, n. 14, p. 372-362, jul. 2000.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 4.ed. Stanford: Stanford University Press, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. *Revista de Processo*, v. 206, p. 61-78, 2012.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que a nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Tradução: Cássio Arantes Leite, Débora Landsberg.

MORAIS, Fausto Santos de. Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. In: STRECK, Lenio Luiz. *Coleção Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

_____; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, N. 35, p. 147-166, dez. 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299-313.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2008. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 169, p. 869-889, mar. 2009.

OLIVEIRA, Neiva Afonso. *Rousseau e Rawls: contrato em duas vias*. Porto Alegre: EDI-PUCRS, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. *É ontologicamente impossível querer mais analítica e menos hermenêutica*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-19/diario-classe-ontologicamente-impossivel-querer-analitica-hermeneutica>. Acesso em: 15 out. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (org.). *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Cap. 6. p. 99-128. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5278438/mod_resource/content/1/MPD%20Jurisprudência.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

PERGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 6, p. 235-261, 2005.

_____; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados: volume 1*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing, and migrations. *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure. *Boston College Law School Legal Studies Research Paper.*, n. 439, mar. 2017, Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2922297. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma: a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. Cap. 2. p. 63-96. Tradução de: Eduardo Vandrê Lema Garcia.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*. 4.ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

_____. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa. *Revista Libertas*, v. 1, n. 2, p. 219-266, jul. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/286>. Acesso em: 21 dez. 2021.

RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). *Oxford Journal Of Legal Studies*, [S.L.], v. 26, n. 1, p. 1-11, 1 jan. 2006. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/ojls/gqi041>.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Londres: Oxford University Press, 2002.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Rev. Ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RICOEUR, Paul. *O Justo I: A justiça como regra moral e como instituição*. Tradução: Ivone C. Benetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ROSS, Alf. *Directives and norms*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1968.

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa?* 27.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 106-209, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 01 mar. 2022.

SCHAUER, Frederick. Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy. *SSRN Electronic Journal*, [S.L.], p. 1-21, 2007. <Http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.10070>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007001. Acesso em: 10 fev. 2021

SCHOLLER, Henrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Interesse Público*. São Paulo, ano 1, v. 2, p. 93-107, abr./jun. 1999. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet.

SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 197-232, jan. 2006. Disponível em:

<<https://antigo.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15101/13755>>. Acesso em: 10 out. 2020. DOI: <https://doi.org/10.5007/%x>.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE: revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006.

_____. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade Federal de São Paulo, 2021.

SILVA, Willy Potrich da; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Analítica e hermenêutica: duas faces de uma mesma solução para a garantia da racionalidade na aplicação do direito. *Revista do Direito*, [S.L.], v. 1, n. 57, p. 43-62, 8 jan. 2019. APESC - Associação Pro-Ensino em Santa Cruz do Sul. <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v1i57.12881>. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12881>. Acesso em: 01 ago. 2022.

SMEKAL, Hubert; TSERETELI, Nino. Reforming to Please: a comprehensive explanation for non-exit from the european court of human rights. *European Constitutional Law Review*, [S.L.], v. 17, n. 4, p. 664-687, 29 nov. 2021. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/s1574019621000377>. Disponível em: shorturl.at/izBI1. Acesso em: 23 mar. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Brasília*, a. 49, v. 194, p. 1-20, 2012. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/194/ril_v49_n194_p7.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, p. 68-149, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação do direito – Análise da convergência entre o *civil law* e o *commom law* e dos problemas de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, v. 189, p. 9-52, nov. 2010.

TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Editora Landy, 2003.

_____. Teoria da argumentação jurídica. Belo Horizonte: *Veredas do Direito*, v. 2, n. 3, p. 47-65, jan./jun. 2005.

_____. O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 29-47.

TORRES, João G. Gualberto. *A verificação de fatos e prognoses jurídico-legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro*. 2018. 350 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018.

TRÍAS, Encarnación Roca; RUIZ, Maria Angeles Ahumada. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. In: CONFERENCIA TRILATERAL, 15., 2013, Roma. *Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España*. Roma: Tribunal Constitucional da Espanha, 2013. p. 1-37. Disponível em: <https://bityli.com/sGirU>. Acesso em: 09 fev. 2022.

TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

VALE, André Rufino do. "*Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos*". 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>. Acesso em: 15 out. 2020

VINCENZI, Brunela Vieira de. A crise de confiança nas instituições democráticas da justiça brasileira e aplicação dos direitos fundamentais no processo judicial. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v. 110, n. 419, p. 381-395, jan./jun., 2014.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e Argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização ao futuro*. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf. Acesso em: 02 out. 2019.

YAZBEK, Otávio. Considerações sobre a circulação e a transferência dos modelos jurídicos. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis de Santiago (org.). *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 540-557.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*. n. 14. Bruxelles: Centre National de Recherches de Logique, p. 412, 1971. Disponível em: <http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/551>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3.ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

_____, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo*, [S.L.], v. 259/2016, p. 21-53, set. 2016.