

**CRÍTICA DA CONCEPÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO E  
RAZÃO PRÁTICA DE ROBERT ALEXY\***

**CRITIQUE OF ROBERT ALEXY'S CONCEPTION  
OF LEGAL SYSTEM AND PRACTICAL REASON**

***Andrés Botero Bernal\*\* \*\*\****

**RESUMO:** O presente texto tem como objetivo fazer uma crítica à teoria de Robert Alexy que tem sido dominante no campo jusfilosófico e constitucionalista contemporâneo. Para tal tarefa crítica, primeiro se fará um resumo da obra “O conceito e a validade do direito” e outros trabalhos relacionado a ela e, mais adiante, se estabelecerá uma série de interrogações gerais sobre sua obra, tais como a questão da relação princípios e regras, sua crítica ao positivismo etc. Concluir-se-á que a teoria do professor de Kiel tem um grande relevo político prescritivo, mas gera sérias dúvidas quanto à sua cientificidade, caso se entenda por ciência um exercício argumentativo coerente que vai além da opinião sobre como deveria ser o mundo do direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alexy. Princípios. Regras. Razão prática. Positivismo. Neoconstitucionalismo.

**ABSTRACT:** This text intends to make a critique to Robert Alexy's theory which has been dominant in contemporary legal philosophy and constitutional law. For it first summarizes one of his most quoted works *The concept of legal validity* and other related works. Further it poses some general questions on his works, such as the relation between rules and principles, his legal positivism critique, etc. It concludes that the theory of Kiel's professor plays an important political and prescriptive role yet it lacks scientificity as far as science is understood as a coherent argumentative exercise which goes beyond the opinion about how the world should be.

**KEYWORDS:** Alexy. Principles. Rules. Practical reason. Positivism. New constitutionalism.

---

\* Resultado do projeto de investigação “La filosofía y teoría de los principios y valores jurídicos en el Estado constitucional de derecho” (2006-2008), dirigido pelo prof. Sergio Estrada Vélez (Universidade de Medellín). O autor do presente artigo atuou como co-investigador de tal investigação.

Este texto foi apresentado em uma conferência realizada na Universidade de Buenos Aires, a convite do diretor do Departamento de Filosofia do Direito, Ricardo Guibourg, a quem o autor agradece.

\*\* Professor da Universidade de Medellín (Colômbia). E-mail: anbotero@udem.edu.co

\*\*\* Tradução Gilberto Martins de Almeida. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Brasil). E-mail: gmalmeida@highway.com.br.

## 1 ESCLARECIMENTOS INICIAIS

O primeiro esclarecimento é que farei uma revisão crítica de um texto anexo à edição em língua espanhola de “O conceito e a validade do direito” (ALEXY, 1994, p. 159-177), o que não obsta a que remeta a outros textos da extensa obra do professor de Kiel, em especial ao “Epílogo à teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2002, p. 13-64) e aos trabalhos compilados em “A institucionalização da justiça” (ALEXY, 2005).

O segundo esclarecimento é que o texto a que mais me referirei é um capítulo da edição espanhola da obra “O conceito e a validade do direito”; trata-se do capítulo “sistema jurídico e razão prática”. Mas este não faz parte da edição alemã “*Begriff und Geltung des Rechts*” (ALEXY, 1992); significa dizer que este capítulo corresponde a um ensaio independente de Alexy agregado pelo tradutor tendo em vista sua importância. A chave deste capítulo que estudarei está em “*Rechtssystem und praktische Vernunft*” (ALEXY, 1987, p. 405-419), e depois é desenvolvida em “*Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*” (ALEXY, 1993b, p. 11-29), ainda que este último verse sobre temas complementares sobre razão prática abordados naquele.

Não obstante, a história deste capítulo (“sistema jurídico e razão prática”) não termina aqui, pois vários de seus tópicos foram tratados na conferência do alemão proferida nas IV Jornadas Internacionais de Lógica e Informática Jurídicas, realizadas em San Sebastián em setembro de 1988 (ALEXY, 1988, p. 139-151), e depois retomadas para sua palestra no 15 Congresso Mundial de IVR, em Göttingen, 1991, que tinha por nome, igualmente, “Sistema jurídico e razão prática”. Certamente, este capítulo tem ressurgido em mais eventos e revistas<sup>1</sup>, porém basta o esclarecimento anterior para que o leitor perceba a importância (e trajetória) das ideias que o compõem.

Também devo agradecer a meus colegas Ricardo Guibourg (Universidade de Buenos Aires), por me oferecer espaço para expor e debater estas ideias no Departamento de Filosofia do Direito de sua universidade; Javier Mendoza (Universidade ICESI), que comentou meu trabalho; Enrique Cáceres (Universidade Nacional Autônoma do México), assim como ao seminário de filosofia do direito que ele dirige, com quem dialoguei no momento de conceber este artigo; e a Ramón Narváez (México), que fez uma leitura crítica muito importante.

Sobre a forma de apresentação do texto, devo indicar que em seguida a estes esclarecimentos se fará um pequeno resumo do capítulo em questão, para mais adiante estabelecer uma série de interrogações que minha atitude crítica tem postulado quanto a tal texto, o que exigirá reflexões mais gerais sobre Alexy. Encerrar-se-á com as conclusões e a bibliografia. Com respeito a esta última, devo indicar que perei em itálico os textos em outro idioma, para fácil identificação pelo leitor.

---

<sup>1</sup> Inclusive, isso nos permite detectar uma estratégia comunicativa de Alexy: a reiteração de ideias e teses na maioria de suas conferências e artigos.

## 2 RESUMO DO CAPÍTULO “SISTEMA JURÍDICO E RAZÃO PRÁTICA”

Adentrando a matéria, gostaria de destacar alguns aspectos que considero relevantes do aludido capítulo da edição espanhola de “O conceito e validade do direito” (ALEXY, 1994, p. 159-177), indicando entre parênteses a página na qual se encontra a ideia resumida, para assim mais adiante estabelecer minha leitura crítica dele. De todas as maneiras, fazer um resumo em duas ou três páginas de uma obra tão importante, relevante e complexa, é tarefa titânica e inclusive comprometedora, mas é pertinente, pois assim situo o leitor sobre uma posição à qual me referirei constantemente na parte subsequente deste artigo.

Alexy estabeleceu em tal texto que, na contemporaneidade, a Constituição já não é apenas fundamento de vigência formal do direito estatal e sim, uma norma jurídica obrigatória e de aplicação imediata (p. 159), que exige, por sua vez, passar da subsunção legal à ponderação constitucional. Mas este modelo não tem sido de modo algum pacífico, gerando uma reação contrária que ele denomina “legalismo” (p. 160), o qual defende a subsunção, a norma estatal, a independência do direito ordinário e a primazia do legislador. Então, trabalhando a partir de uma lógica das oposições, contempla que o constitucionalismo contemporâneo, contrário ao legalismo, propõe um sistema jurídico de três níveis (p. 161). O primeiro e segundo níveis são, respectivamente, as regras e os princípios (p. 161). Os princípios são mandados de otimização (p. 162) submetidos a uma dimensão de ponderação (p. 164). As regras, em contrapartida, são mandados definitivos (p. 163), submetidos a uma dimensão de validade (p. 164). A otimização, por sua parte, exige a ponderação, e esta a proporcionalidade (p. 163). Por seu turno, entre os princípios e os valores há uma ampla coincidência estrutural (p. 164), porém os princípios são deontológicos, e os valores, axiológicos (p. 164). Alexy aduziu que o segundo nível se explica e justifica a partir das deficiências do primeiro nível, isto é, das regras, posto que estas últimas inevitavelmente apresentam lacunas (p. 166), portanto é limitado (p. 167). Também, destacou que a segurança jurídica é o valor crucial no “legalismo”, apesar de não poder ser considerada o único critério a se ter em conta, porque, de um lado, não é possível dar uma resposta jurídica a todos os casos com base no direito por regras, e de outro lado, existem outros valores que devem ser igualmente considerados no segundo nível (p. 167).

Como mencionado acima, o problema do primeiro nível é, fundamentalmente, a existência de lacunas, as quais exigem para sua resolução satisfatória e desejável recorrer a um segundo nível: os princípios (p. 168)<sup>2</sup>, o que leva então a conceber o

---

<sup>2</sup> Kelsen negará a existência de lacunas. Para ele, toda lacuna é ideológica: “*Sieht man näher zu, so zeigt sich, daß die Existenz einer „Lücke“ nur dann angenommen wird, wenn der Mangel einer solchen Rechtsnorm von dem rechtsanwendenden Organ als rechtspolitisch unerwünscht angesehen und daher die logisch mögliche Anwendung des geltenden Rechtes aus diesem rechtspolitischen Grunde abgelehnt, weil von dem rechtsanwendenden Organ als unbillig oder ungerecht angesehen wird*” (KELSEN, 1960. p. 251-252) – em espanhol ver KELSEN (2005. p. 255). Esta posição está muito mais clara no resumo que ele fez da primeira edição de sua *Reine Rechtslehre*, e que Legaz traduziu:

direito, por um momento, como um sistema de regras e princípios (p. 168). Mas esta visão de um sistema de regras e princípios gerou três objeções (p. 168-170), as quais impedem pensar necessariamente em uma ordem rígida dos princípios, mas que não obstam para a defesa de uma ordem flexível. A ordem aberta é composta de condições de precedência (p. 171), que são as regras em uma colisão entre princípios, mas são sempre abertas por novas circunstâncias que exigem o respaldo da argumentação (p. 171), tanto para o estabelecimento da regra como para quem acusa a necessidade de sua mudança. Mas esta argumentação remete a uma maior ponderação (p. 171), que o alemão resume da seguinte maneira: quanto maior seja a não aplicação ou a alteração de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro (p. 171)<sup>3</sup>. Mas isso não pode levar a crer que em aplicando os princípios se pode chegar a apenas uma decisão correta (p. 172)<sup>4</sup>. Outro elemento da ordem aberta são as precedências *prima facie* (p. 172), que não contêm decisões definitivas (isto é, podem ser derrotadas) mas estabelecem ônus de argumentação (quem deseje sair de uma precedência tem o dever de justificação).

Em defesa da ordem aberta de princípios, o que por sua vez supõe um sistema de princípios e regras, Alexy afirmou que renunciar ao direito por princípios é uma renúncia da racionalidade ao cerne do direito (p. 172-173). Também admitiu que a eliminação das lacunas de abertura (o que é próprio do direito por regras) implica lacunas de indeterminação (do direito por princípios), mas a aceitação de lacunas de indeterminação não é, na percepção de Alexy, uma crítica forte ao sistema (p. 173), visto que o modelo é de regras e princípios (p. 173), e não de regras ou princípios.

No entanto, para Alexy, o segundo nível não basta. É necessário recorrer a um terceiro nível: a razão prática (p. 173-174). Por esta, o alemão entendeu a racionalidade por meio do procedimento de formulação e de aplicação do direito (p. 174). O procedimento de aplicação pode ser de argumentação e pensamento não institucionalizado, ou o institucionalizado do processo judicial (p. 174). O primeiro é o objeto da teoria da argumentação jurídica, que garante a razão prática (p. 174). Ali se enfrentam os subjetivistas/relativistas com os objetivistas/cognitivistas; mas não há que tomar uma atitude de tudo ou nada ante tal disputa (p. 175). Por isso não acreditará em teorias morais materiais, mas sim procedimentais, como as que Habermas (p. 175) sustentou em sua época.

---

“Las llamadas ‘lagunas de las leyes’ son, pues, una fórmula típicamente ideológica. Conviértese en una imposibilidad lógico-jurídica aquella aplicación de la ley al caso concreto que, según la opinión del juez, constituye una inoportunidad, una inconveniencia desde el punto de vista de la política del Derecho”. (KELSEN, 2002a, p. 70)

<sup>3</sup> Sobre os desenvolvimentos da tese de Alexy em torno da ponderação, ver BERNAL PULIDO (2008a, p. 115-132).

<sup>4</sup> Muito mais profundo neste tema é ALEXY (1998, p. 139-151). Neste texto, Alexy assinala as dificuldades de sustentar a tese da unidade da decisão correta, mas indica que tais dificuldades não afetam a importância de uma teoria dos princípios.

Esse procedimento, de razão prática, requer um alto grau de clareza linguística, informação empírica, universalidade e ausência de prejulgamento<sup>5</sup>. Isso é o ideal em relação ao uso da razão prática (p. 176), mas como tal ideal não é fácil de se atingir, o melhor é uma realização aproximada.

Concluiu, então, que o direito entendido como um sistema de três níveis permite diminuir os efeitos nocivos de cada um deles separadamente (p. 176). Assim, o direito por princípios corrige (pretensão de corrigir<sup>6</sup>) as deficiências próprias do direito por regras, e, por sua vez, a razão prática guia a formulação e a aplicação adequadas (assunto central da atenção de Alexy no tema da aplicação, mais que no da formulação) do direito de regras, assim como o dos princípios.

### **3 A CRÍTICA QUANTO AO IMPORTANTE: PERGUNTAS E OBSERVAÇÕES EM TORNO DE TAL TEORIA**

Com este pequeno resumo do texto que pretendo comentar, o qual exige do leitor, obviamente, o que Gadamer chamou de a antecipação na leitura<sup>7</sup>, já poderei iniciar uma divagação teórica que expressará minha admiração mas, ao mesmo tempo, minha crítica a esta teoria. Esclareço que minha postura crítica não é mais que a cortesia que um filósofo tem para com aquele que tem suficientes méritos para transcender a enxurrada de textos que nos acomete. E essa crítica se manifesta por meio de perguntas, o que supõe uma abertura de possibilidades de ser de uma teoria, isto é, que a “essência da pergunta é abrir e manter abertas possibilidades” (GADAMER, 1997, p. 369). Assim é que homenageio e potencializo (em mim, como leitor) uma proposta, como a de Alexy, a partir da dúvida.

Em torno do texto acima resumido, encontro alguns aspectos que quero comentar.

#### **3.1 UMA VISÃO REDUCIONISTA DO POSITIVISMO**

Alexy bem se classificou ao longo de sua obra como um “não-positivista”<sup>8</sup>, fruto de uma reflexão dualista das teorias do direito que ele reduz – sim, reduz – a duas: positivistas e não positivistas. Isto o leva necessariamente a um jogo de oposições e de

<sup>5</sup> Em outro texto, Alexy agrega outras exigências ideais: 1) tempo ilimitado, 2) capacidade e disposição ilimitada para a mudança de papéis e 3) carência de prejulgamentos ilimitada. (ALEXY, 1988, p. 151)

<sup>6</sup> A respeito, ver ALEXY (2008d, p. 62-69).

<sup>7</sup> “Lo que importa es hacerse cargo de las propias anticipaciones, con el fin de que el texto mismo pueda presentarse en su alteridad y obtenga así la posibilidad de confrontar su verdad objetiva con las propias opiniones previas”. (GADAMER, 1997. p. 336; 2000, p. 10-11)

<sup>8</sup> Por exemplo, se reitera esta decisão metodológica de Alexy (2005, p. 17-29). Igualmente: ALEXY (2008, p. 78-86).

identidades por via de dicotomias, que costuma ser perigoso para a grande gama de teorias existentes no mundo iusfilosófico. Ao final, este jogo dualista que se expressa no fundo do texto leva a uma visão reduzida do que ele quer expressar como um dos extremos dessa linha, o positivismo, ao qual ele atribui culpas mais típicas do século dezenove do que contemporâneas. Maior felicidade recobre a obra de Alexy ao falar de um “não-positivismo”, pois este conceito inclui de maneira mais aberta a grande pluralidade de teorias mais ou menos jusnaturalistas existentes no meio<sup>9</sup>.

Seja esta a oportunidade para pôr em dúvida estes jogos dicotômicos, pedagogicamente úteis para fazer compreender muitas posições, embora não de todo corretas em juízos científicos, de “teorias legalistas” versus “teorias não-positivistas”, dualidade que se tratou de unir a outra, de “Estado de Direito” versus “Estado constitucional” a qual encontramos, por exemplo, em Zagrebelsky (1995, p. 33). Assim, nada mais impreciso que esta última dicotomia, visto que os Estados de Direito têm Constituição, sendo pois terminologias que implicam umas às outras. Um Estado Constitucional não é de direito? O constitucionalismo ligado às vezes de maneira virtual a um “Estado Constitucional” implica por si só um não positivismo que já não é, neste jogo, a outra extensão de uma linha que começa com o “legalismo” – “Estado de Direito”?

Acredito que esse ponto já foi enfocado em abordagens de destacados colegas, que suspeitam da suposta virtualidade (confusão?) não positivista (que em muitos casos chega já ao anti-positivismo<sup>10</sup>) do neoconstitucionalismo<sup>11</sup>.

Em resumo, o positivismo é muito mais do que a exegese que cerca, há dois séculos, o legicentrismo e o estatismo. É certo que há vertentes derivadas dessa escola

---

<sup>9</sup> Creio que muitas destas teorias que se apresentam a si mesmas como não-positivistas são mais propostas novas do iusnaturalismo, aspecto que nos sinalizou Zagrebelsky (este autor nos fala que o neoconstitucionalismo é um positivismo – algo estranho após a apresentação tão pejorativa que nos fez do positivismo –, mas depois aceitou que entre o neoconstitucionalismo e o iusnaturalismo há várias semelhanças, especialmente no procedimento de aplicação e na defesa da superioridade dos princípios, para terminar aceitando que o neoconstitucionalismo pode ser o iusnaturalismo contemporâneo (ZAGREBELSKY, 1995. p. 115). Neste ponto, Peces-Barba (1995, p. 169) bem poderia dizer que quem considere estas posições como iusnaturalistas é um desses juristas dispostos a forçar as coisas para tranquilizar uma consciência iusnaturalista (coisa que pode ser muito razoável para os iusnaturalistas que exigem ser matriculados no neoconstitucionalismo, por vê-lo como uma extensão contemporânea de um pensamento mais antigo), mas isso não me é aplicável, posto que eu faço tal ressalva, creio eu, para tranquilizar minha consciência positivista – analítica e crítica.

<sup>10</sup> Importante, neste ponto, a crítica que faz Escudero sobre as virtuais relações dicotômicas entre o positivismo contemporâneo e o constitucionalismo, crítica essa que descarta o positivismo mesmo tendo este que adotar qualificativos que o livrem do modelo do século XIX e que terminem por assemelhá-lo em sua confusão conceitual (que não só a têm os não-positivistas, mas também está presente entre os positivistas moderados) à tese iusnaturalista. (ESCUDERO, 2004).

<sup>11</sup> Ver, por exemplo: PRIETO SANCHÍS (1998, p. 367-381). Também: GARCÍA FIGUEROA (2003, p. 159-186); COMANDUCCI (2003, p. 75-98).

(refiro-me particularmente ao formalismo jurídico latino-americano<sup>12</sup>), que campeiam entre muitos operadores jurídicos contemporâneos, mas dali a abarcar o gênero por algumas espécies não é algo que se pode deixar passar em branco. Ingressando no tema da subsunção, posso explicar num caso particular os efeitos nocivos acima mencionados. Alexy argumenta que o primeiro nível do sistema, necessário mas não insuficiente por si mesmo para uma concepção do direito como sistema, se esgota na subsunção, entendida mais como um juízo de aplicação da regra, assunto que o alemão associa ao modelo “legalista” e, portanto, “positivista”. Esta associação é correta em relação a algumas escolas do positivismo, por sua vez muito associado ao legicentrismo – estatismo, mas várias das doutrinas positivistas mais transcendentais do século XX conseguiram superar em muito esta visão positivista do século dezenove. Acaso Kelsen defende uma aplicação mecânica, ou uma subsunção aplicativa automática? É sabido por todos que o positivismo do século XX sustentou que o direito exige ser interpretado<sup>13</sup>, o que dá mais um argumento ao austríaco para defender a discricionariedade judicial (já defendida pelos realistas-funcionalistas); e isto, por colocar apenas um nome para os que brilharam dentro do positivismo do século XX. Enfim, afirmo que Alexy caracterizou um gênero por uma de suas espécies, o que facilitou o trabalho destrutivo de um direito exclusivamente guiado por regras.

Entendo que essa crítica não anula o pensamento de Alexy sobre os três níveis, mas dificulta o caminho fácil adotado pelo alemão, na medida em que nem todo positivismo se esgota no “legalismo”, que tanto aborrecimento – com razão – provocou-lhe.

Concluindo esse aspecto, sirvo-me das palavras de meu querido amigo Roberto Jiménez (JIMÉNEZ CANO, 2008, p. 98-99)<sup>14</sup>:

---

<sup>12</sup> Na Colômbia, considero que se está produzindo um debate falsamente dicotômico entre formalistas (jurídicos latino-americanos) e (neo)constitucionalistas. Escrevi algo a respeito: BOTERO BERNAL (2006, p. 33-61). Nesse texto explico melhor o que é o formalismo jurídico latino-americano e remeto a uma melhor bibliografia a respeito.

<sup>13</sup> Kelsen criticará, como já era comum em sua época, que as normas se aplicam sem mais. Por exemplo: “Wenn das Recht von einem Rechtsorgan anzuwenden ist, muß dieses den Sinn der von ihm anzuwendenden Normen feststellen, muß es diese Normen interpretieren“ (KELSEN, 1960, p. 346). Inclusive as normas constitucionais devem ser interpretadas para ser aplicadas. Além do mais, isto leva a perguntar se Kelsen havia aceitado as teses da argumentação e da razoabilidade se houvesse conhecido os desenvolvimentos posteriores a respeito; Barbarosch considera que ele as haveria aceitado no que respeita à sua teoria da democracia, isto é, no atinente a uma proposta política-moral concreta – que não se poderia confundir com a ciência do direito (BARBAROSCH, 2007, p. 9). Agora, a crítica à mera aplicação não apenas era de Kelsen, esta premissa transpassa as mais várias teorias positivistas do XX. Afinal, o positivismo do XX já estava livre de várias das características que Alexy atribuiu aos “positivistas”.

<sup>14</sup> Devo esclarecer que Jiménez defende um positivismo excludente, para o qual reconstitui o conceito de positivismo como uma posição de estudar o direito (metodológica), essencialmente descritiva.

Sim, como me parece, o neo-constitucionalismo envolve uma determinada ideologia jurídico-política, então seu principal rival não é o positivismo jurídico (metodológico), e sim a ideologia positivista explicada antes... O positivismo como teoria geral e descritiva do direito não pode ser acusado de impedir o desenvolvimento de uma teoria conforme ao Estado constitucional, posto que se limita a expor dita organização jurídico-política. É esta razão, e não outra, a que realmente explica que as conclusões substantivas da teoria do direito (o positivismo teórico) do século XIX não sejam corretas hoje; simplesmente, porque o tipo de organização jurídico-política mudou em muitos países e as descrições não podem ser as mesmas... O obstáculo para o Estado constitucional, não se deve buscar, então, em uma teoria que descreve esse modelo jurídico, mas em teorias que prevêm outro, diferente. É nesse campo onde entram em conflito duas ideologias diferentes, a neo-constitucionalista e a positivista.

### 3.2 UMA VISÃO MODERADA QUE AGRUPA TODAS AS POSIÇÕES: MAS QUAL É A VISÃO RADICAL E EXCLUDENTE?

Outro efeito dos perigos das dicotomias para designar todo tipo de matizes vemos no que respeita à mencionada “ordem fechada” dos princípios, tão criticada por Alexy, que seria compatível com um (neo)constitucionalismo radical (ou neoconstitucionalismo ideológico, segundo a terminologia de Comanducci (2003, p. 75-98)<sup>15</sup> e que tanto êxito tem obtido nos cenários contemporâneos). É claro que se existir, e talvez exista, lhe chegariam críticas de todos os lados. Então, afirmando a existência de um (neo) constitucionalismo radical (que não é citado por qualquer autor), seria fácil pedir a benevolência do leitor para com uma posição moderada (pois a moderação se converteu em um grande valor político), mas ao examinar a identificação de tais radicais enfurecidos e pouco esclarecidos segundo as características de que se tem deles, se constata que não existem (ao menos, os desconheço), e se existirem, fica a incerteza de se não estamos diante de um inimigo inventado ou a uma manobra simulada para que seja a esta ala independente da maioria do exército que se dirigiriam as salvas de artilharia do inimigo, poupando nossas forças para melhores momentos.

Creio então que não há autor que, seriamente, sustente que basta um direito só de princípios para a resolução dos casos que são submetidos aos juízes. Na situação mais próxima, encontrei quem defenda que as regras devem concretizar os princípios superiores sob pena de serem expulsos do ordenamento jurídico, mas não vejo alguma teoria concreta (que pode existir no turbilhão de teorias que nos rodeia) que considere que se poderia descartar as regras, cujo principal pecado seria o de existir. Assim, declarar-se “moderado” ou “aberto” quando não há qualquer radical, ou caso exista não é conhecido comumente, é como recorrer com embargos de declaração.

<sup>15</sup> Claro está que este autor de Gênova consideraria que outra visão radical da posição seria o (neo) constitucionalismo metodológico.



A visão de Alexy se autocalifica como moderada, pois não renega as regras e sim, as considera necessárias tanto para a aplicação dos princípios como para a condução mesma do Estado; e, ao mesmo tempo, é débil na medida em que considera que é possível uma aproximação ao ideal, mas não à força<sup>16</sup>. Por exemplo, a precedência da aplicação de dois princípios em conflito se consegue ultimamente pela criação de uma regra de prioridade, geralmente judicial, fruto por sua vez de uma ponderação argumentativa.

Mas se isso é assim, me resta certa dúvida sobre a necessidade da distinção entre princípios e regras, em se defendendo uma conexão necessária entre ambos os níveis, conexão necessária segundo o alemão porque a elevação aos princípios se faria fundamentalmente por alguma destas vias: i) quando se esteja ante uma lacuna de regras (inclusive as “lacunas ideológicas”?), creio que fundamentalmente são essas as que chamam o direito por princípios), ii) quando choquem princípios entre si, ou iii) quando a regra aplicável choca com um ou mais princípios. No entanto, essas três respostas, que permitiriam tal elevação, devem ser esclarecidas a fim de tornar-se realidade: quais lacunas fariam com que o direito por princípios substitua, com sua maior força qualitativa, o direito por regras? Caso se trate de lacunas ideológicas, que são a maior parte das lacunas e têm a maior possibilidade de serem defendidas – com força, na medida dos prejulgamentos que as guiam – em igual número de vezes à possibilidade de existência de qualquer regra (basta estar em desacordo com a resposta jurídica de uma regra para que se gere uma lacuna ideológica), então o direito por regras ficaria reduzido à capacidade argumentativa dos operadores jurídicos e, assim, pouco interesse teriam para uma visão coercitiva própria do Estado. Caso se refira exclusivamente a lacunas técnicas, entramos em solos pantanosos, mas com o fim de favorecer o debate, bem se poderia aceitar; no entanto, convido o leitor a refletir sobre os mecanismos com que se determinam as lacunas técnicas dentro do sistema jurídico no mundo da vida, para dar-se conta das dificuldades desta ponte que facilmente traçam os constitucionalistas entre a lacuna das regras e a pertinência dos princípios.

Outra pergunta seria esta: existe algum conflito jurídico que no fundo não suponha um debate entre princípios jurídicos? Segundo a forma de se fazer a pergunta, só há duas respostas: Sim ou Não. Quem responda com um Não estaria negando uma premissa que consiste em que por trás de toda regra deverá preexistir um princípio que lhe dê validade e a concretize. Ademais, considero que todos (esperando exemplos em contrário que me satisfaçam) os conflitos jurídicos podem reduzir-se a princípios em choque ou a visões distintas de um princípio. Fica, assim, a porta para a resposta positiva.

---

<sup>16</sup> Além disto, como se pode apontar que uma teoria permite aproximações ao ideal judicial de uniformidade das sentenças e de decisões corretas quando se afirma igualmente como impossível a concreção do ideal? Isto é como assinalar a percentagem que falta para conhecer o incognoscível.

Então, no caso de se responder afirmativamente, ter-se-iam por sua vez duas saídas que, igualmente, devem ser esclarecidas e alinhavadas cuidadosamente: i) como em todo conflito jurídico estão em jogo de direito no mínimo dois princípios ou duas visões do mesmo princípio, então as regras cedem ante ao jogo ponderativo, o que leva à supressão – via o critério “moderado”, por inútil – do direito por regras na medida em que cedem e não se aplicam, ii) como em todo conflito jurídico estão em jogo no mínimo dois princípios ou duas visões de um mesmo princípio, então se deve proceder à distinção dos casos nos quais se procede a uma aplicação dos princípios sem recorrer às regras estatais aplicáveis daqueles que seguem as regras estatais. No primeiro desses dois eventos se passaria, segundo Alexy, ao segundo nível de sua pirâmide (sendo assim inúteis para este caso as regras); mas no segundo evento (o de distinguir os casos) se cairia igualmente na inutilidade das regras, pois que a aplicação das regras leva a uma mudança (na medida em que não se considere) por parte dos princípios em jogo ou a uma validação das regras com base nos princípios, o que exige uma ponderação prévia em todos ou na maioria dos casos; e qualquer dos dois critérios possíveis reduz à inutilidade as regras e os princípios, isto é, se decidimos optar por aplicar as regras, pois se mudou o que se considera superior (então para que os princípios), ou se decidimos aplicar as regras porque se consideram validadas à luz dos princípios ou simplesmente mudá-las para aplicar princípios diretamente, o que exige uma ponderação, já se tornou inútil o sistema de regras pois não se aplicariam em si mesmas e sim após uma ponderação que as valide, que é o mesmo que dizer que se parte sempre dos princípios, caindo assim a visão moderada na mesma visão radical denunciada pelo próprio Alexy.

Em suma, creio que o “moderado” assinala discursivamente seu respeito pelas regras estatais, ao mesmo tempo em que afirma o caráter parcial das regras ante o sistema jurídico. Isso o leva a apresentar-se como uma pessoa que respeita a esfera de ação do legislador, mas este respeito é algo que tem que ir além de simplesmente dizê-lo, tal como acabamos de ver no parágrafo anterior. Alexy (2002, p. 13-64) defende que essa órbita legislativa está definida pela Constituição de forma limitada, para o que aporta uma série de exemplos para confirmar seu respeito à regra, mas os exemplos são casos em que o Tribunal Constitucional alemão julgou essa órbita inabilitando-a ou habilitando-a, o que me leva a pensar que ele ratifica a ideia do Tribunal Constitucional como um “fator real de poder” constituinte de uma Constituição real diferente da de “papel” – seguindo a terminologia de Lassalle (1992, p. 42-43) –, com o que a órbita legislativa se vê reduzida pelas decisões do juiz constitucional enquanto se defende simultaneamente o respeito pela regra legislada. Vejamos um caso: Alexy exemplifica seu respeito às regras com um caso em que se dá um empate entre as razões para intervenção pelo legislador com as razões para não-intervenção, que se resolve com um julgamento do

Tribunal Constitucional sobre a proporcionalidade ou não de tal intervenção (ALEXY, 2002, p. 45)<sup>17</sup>. Então, quem decide a órbita legislativa é o tribunal constitucional e, portanto, essa decisão judicial é a fonte do respeito do moderado em face da regra, ante o que um crítico dos princípios diria que não há tais empates entre as razões para intervir ou não e sim, uma vontade do tribunal expressada como Constituição (ALEXY, 2002, p. 46). Alexy responde dizendo que são possíveis tais empates visto que as escalas de argumentação podem ser refinadas – embora não até o infinito (ALEXY, 2002, p. 46-47) –, o que permite racionalidade na decisão e com isso verificar empates argumentativos, o que justifica a decisão igualmente argumentada do juiz constitucional.

Sigo com estes exercícios críticos ante uma teoria e um autor tão relevantes. Segundo a visão moderada do constitucionalismo, quando estão em choque dois ou mais princípios, exige-se uma ponderação que termina com uma regra de precedência, que é a que efetivamente se aplica, ou quando se deseja aplicar um princípio, é necessário recorrer às regras para estabelecer tanto o pressuposto de fato como a consequência jurídica, pelo que somente se aplicam regras ao final (este é outro argumento do alemão para assinalar seu respeito às regras). No entanto, isso levaria igualmente a uma solução que seria estranha com respeito ao enunciado nos parágrafos anteriores, mas também seria válido nesta visão constitucionalista que a teoria moderada terminaria ratificando o formalismo, já que com as regras, segundo Alexy e não segundo muitos positivistas do século XX, há apenas um “tudo ou nada”, e se só se aplicam regras ratificadas pelos princípios ao fim e ao cabo, então tudo caberia no “tudo ou nada”. Se um juiz se afasta dessa regra de precedência, optaria pelo “nada”, devendo novamente ponderar, mas dessa forma a regra deixa de ser vinculante perante o juiz (inclusive ante qualquer juiz, independentemente de quem promulgue a regra de precedência). Mas se o juiz a aceita – o que sobretudo permite afirmar que a eficácia do precedente não vem do juiz que emite a regra judicial e sim do juiz que a toma (TARUFFO, 2007, p. 22-24)<sup>18</sup> –, se produz uma repetição do precedente, que com o tempo se converte em regra rígida, em virtude da universalidade da justificação que o juiz faz no momento de ponderar (ALEXY, 1988, p. 185), o que poderia gerar um novo formalismo.

---

<sup>17</sup> Os exemplos que oferece o alemão são decisões do tribunal constitucional sobre a órbita de ação do legislador. Outrossim, recordemos que a ponderação é um exercício que, segundo o alemão, está profundamente regrado (assunto a que coadjuvou a associação destas posições à filosofia prática quem vinha trabalhando o campo da argumentação de há muito formalizando seus procedimentos). Isto leva a expressar de maneira lógico-formal diversos enunciados que contenham a atividade ponderativa. Isto faz perguntar: Não se cai em um formalismo e inclusive dogmatismo no que respeita a como ponderar justo quando se quer atacar o formalismo jurídico do século XIX ou “legalismo”?

<sup>18</sup> Agradeço ao professor J. Aguiló, que me orientou para a localização desta fonte, assim como a da nota imediatamente seguinte.

Esse último é o caso geral, pelo que se afirma que a teoria de Alexy cai de alguma maneira no formalismo<sup>19</sup>. A ponderação, que termina com uma regra de caráter judicial (ademais, é possível um ponderação legal? <sup>20</sup>), é o mais excepcional, para não dizer quase impossível, no juiz de Alexy, na medida em que ao ser regra judicial, se segue aplicando a regra já estabelecida e não há ponderações novas (se é que existiram). Alexy, no fundo, quer se posicionar em teses moderadas, mas isso pode permitir – como já se disse – juízos que uma vez desenvolvidos, terminariam por declarar a inutilidade de um dos dois extremos em que se partem, as regras ou os princípios. Esse afã eclético é importante politicamente (este é um julgamento subjetivo, pois sou defensor dos cinzas), mas leva a vários defeitos no acadêmico, pois investe a claridade de que gozam os extremos.

Um exemplo dessa busca da tese moderada está em seu “Epílogo à teoria dos direitos fundamentais”, no qual segue com sua linha argumentativa de expor teses opostas (neste caso, críticas aparentemente antagônicas) para escolher uma visão moderada entre ambas. Alexy retoma as críticas de Habermas, que duvida da racionalidade na ponderação, o que faria com que se derrube a barreira corta-fogo que são os direitos fundamentais (ALEXY, 2002, p. 13-64) (que Alexy toma já sem disfarces como concreção da justiça institucionalizada, e como mandados de otimização<sup>21</sup>) no discurso jurídico<sup>22</sup>. O outro extremo seria a tese de Böckenförde, que considera que tomar os direitos fundamentais como princípios, e estes como mandados de otimização, levaria a uma dualidade: o Estado legislativo ou liberal de um lado, e o Estado jurisdicional constitucional do outro. Segundo este último modelo, o princípio, ao ser um mandado de otimização, já contém em si mesmo qualquer futuro integrante do ordenamento jurídico (ALEXY, 2002, p. 16), o que é muito similar à crítica de Forsthoff, de considerar a Constituição como “ovo jurídico originário” (ALEXY, 2002, p. 16), isto é, que tudo o que seja direito já está definido na Constituição, pelo que o legislador está atado a ela e aos juízes

---

<sup>19</sup> Aspecto que é analisado, porém sob outros pressupostos, por: BERNAL PULIDO (2008b, p. 31-39).

<sup>20</sup> Este aspecto foi enfocado por Prieto, gerando um interessante intercâmbio de ideias com o autor do presente texto. Segundo Prieto, apesar de a ponderação ser uma tarefa especialmente judicial, nada obsta a que o legislador pondere, mas isso não pode eliminar a ponderação judicial posterior. Veja-se: PRIETO SANCHÍS (2003, p. 146-147).

<sup>21</sup> Muito claro para estabelecer a rota do pensamento de Alexy sobre a justiça, o seguinte texto que reúne uma série de artigos do alemão assim como a apresentação feita pelo editor (ALEXY, 2005)

<sup>22</sup> Conclui Habermas, “*Das Verfassungsgericht verwandelt sich dadurch, daß es sich von der Idee der Verwirklichung verfassungsrechtlich vergebener materialer Werte leiten läßt, in eine autoritäre Instanz. Wenn im Kollisionsfall alle Gründe den Charakter von Zielsetzungsargumenten annehmen können, füllt nämlich jene Brandmauer, die mit einem deontologischen Verständnis von Rechtsnormen und Grundsätzen in den juristischen Diskurs eingezogen wird... In dem Maße, wie ein Verfassungsgericht die Wertordnungslehre adoptiert und seiner Entscheidungspraxis zugrundelegt, wächst die Gefahr irrationaler Urteile, weil damit funktionalistische auf Kosten normativer Argumente die Oberhand gewinnen*”. (HABERMAS, 1998a, p. 331-332); igualmente: BOTERO BERNAL (2003, p. 7-36).

constitucionais, perdendo sua discricionariedade ante os conteúdos implícitos de uma Constituição que vai além do texto escrito (conceito muito de acordo com o de direito tácito de Santi Romano). Para tornar esta visão moderada entre ambas as posições (a de “demasiado pouco” de Habermas e a de “demasiado” de Böckenförde), Alexy analisa duas teorias antagônicas; a de Constituição como ordem fundamental, de um lado, e a de ordem marco, de outro, para concluir de novo – à sua maneira moderada – que a Constituição que ele concebe parte desses dois modelos, ela estabelece limites ao legislador mas não elimina sua discricionariedade (ALEXY, 2002, p. 18). Para expor a teoria da Constituição como marco, fala de duas visões na relação Constituição e lei, e ali novamente defende a possibilidade de uma terceira visão, que modere entre ambas (ALEXY, 2002, p. 19-21). A primeira das visões seria meramente procedimental, isto é, que a Constituição fixa só os procedimentos de criação da lei, ficando esta última facultada materialmente para fazer quanto queira<sup>23</sup>. Ao expor esta primeira visão, Alexy considera que os críticos da teoria dos princípios, ao destacarem que não há racionalidade possível na ponderação, permitem que os tribunais constitucionais utilizem esta circunstância para encobrir o caráter decisionista de suas sentenças, o que gera sujeição do sistema jurídico aos tribunais (ALEXY, 2002, p. 20), lembrando assim, de alguma maneira, as críticas que Schmitt fez em seu tempo a Kelsen no debate sobre o defensor da Constituição (SCHMITT, 1998, p. 57,62,63)<sup>24</sup>, ou as que expõe Lambert em seus estudos do caso americano (LAMBERT, 1921)<sup>25</sup>. A isto poderia acrescentar que Alexy convida a imaginar mitos de contenção diante da realidade, isto é, quando se teme uma realidade derivada de um desejo concretizado, o melhor é imaginar alguns limites em face dessa realidade – como supor que o juiz é, ou pelo menos pode ser, racional ao ponderar – para não renunciar assim ao desejo que se concretiza, e o pior é culpar pela chegada da realidade trágica quem não sonhou com ele em uma contenção imaginada.

---

<sup>23</sup> Diante do que, minha veia crítica me faz perguntar: este tipo de Constituição estritamente procedimental tem existido em algum momento, por mais que Alexy queira vê-lo como o modelo liberal? Creio que esta Constituição é mais um mito construído pelos constitucionalistas do XX do que uma realidade histórica. Os historiadores do direito têm repetido modelos constitucionais do século XIX (especialmente nos Estados Unidos e América Latina) com algum sistema de *judicial review*, o que exige matizar as afirmações que querem ver na realidade – especialmente no continente americano – situações jurídicas que a Europa não viveu igual. A respeito, ver: BOTERO BERNAL (2007b, p. 91-102) e NARVÁEZ HERNÁNDEZ (2006, p. 197-215).

<sup>24</sup> SCHMITT, em síntese, afirma que se colocarmos a proteção da Constituição no âmbito da instância judicial, politizamos a justiça sem judicializar a política: “semelhante atividade, ainda que seu exercício fique aureolado com a aparência de ser judicial, segue sendo Justiça na prática ou é, melhor dizendo, o disfarce enganoso de outras atribuições de diversa índole, mas, em todo caso, de marcado caráter político?” (p. 62-63). Para compreender melhor o pensamento de Schmitt neste ponto, há que advertir que ele distingue entre o controle constitucional do juiz e a defesa da Constituição, atividade propriamente política.

Agradeço a Luis Bandieri por sua ajuda para a construção da presente nota.

<sup>25</sup> Ademais: GUIBOURG, Ricardo (2006b, p. 139 e seguintes) e GUIBOURG (2006a, p. 463 e ss).

A segunda visão é a material, segundo a qual se elimina toda ação legislativa, pois a Constituição é um ovo jurídico originário (acrescento que não conheço exemplo histórico desse modelo, o que me leva a considerar que Alexy idealiza seus próprios extremos ideais que permitam facilmente a aceitação da moderação que ele mesmo propõe). Destaca, pois, que o legislador tem uma margem de ação, mas não nos diz claramente como se determina a Constituição invasora – coisa certa em vários casos de remissão expressa –, mas os exemplos dados são de decisões do Tribunal Constitucional alemão, indicando os graus de intervenção do legislativo, pelo que se retorna a que o grau de intervenção legislativa é determinado pelo juiz constitucional.

A terceira visão é que a Constituição confia algumas coisas à discricionariedade do legislador e outras não (ALEXY, 2002, p. 21). Essa terceira visão moderada ele denomina “modelo material – procedimental” (ALEXY, 2002, p. 21). Mas creio que em última análise não é a Constituição e sim, o juiz constitucional quem determina a partir de decisões político e (ou) morais o que é material e o que é procedimental em uma Constituição, o que supõe um risco extra para o sistema jurídico: a independência e a autonomia (que não são os mesmos) do Poder Judiciário ante os demais órgãos do poder que, ao verem tal grau de discricionariedade no Tribunal Constitucional, tentarão apropriar-se dele mediante o sistema de escolha – a escolha dos seus membros. Adicione-se que Alexy, obedecendo a seu contexto político, se preocupa mais em explicitar seu respeito às regras e ao legislador, portanto a relação conflitiva básica seria legislador – Tribunal Constitucional; mas se contextualizamos esta relação conflitiva com base na América Latina, temos que ela se dá entre o Executivo – Tribunal Constitucional, o que supõe reflexões diversas das sustentadas pelo alemão.

Igual moderação procede, como metodologia do alemão, quando ele explica a Constituição como ordem fundamental, dizendo que existem duas teorias extremas (a quantitativa, que indica que não se confia nada ao legislador, e a qualitativa, que indica que a Constituição decide os assuntos fundamentais para a comunidade), que critica para indicar que participa de uma Constituição média (ALEXY, 2002, p. 22-23), sendo moderada a sua visão, defendida da seguinte maneira (ALEXY, 2002, p. 23):

Uma Constituição pode decidir assuntos fundamentais, e nesse sentido ser uma ordem fundamental, e, no entanto, deixar muitas perguntas em aberto, e portanto ser uma ordem marco. Segundo a teoria dos princípios, uma boa Constituição tem que combinar estes dois aspectos; deve ser tanto uma ordem fundamental como uma ordem marco.

Esses pontos radicais que Alexy ataca para poder assim tomar um ponto médio, recordando a *mesotés* aristotélica<sup>26</sup>, me leva a perguntar pela existência de exemplos

---

<sup>26</sup> Ver o livro V (De la justicia) da Ética Nicomaquea.

históricos de um ou outro modelo. Existiram Constituições inteiramente fundamentais ou inteiramente marco? Poder-se-ia argumentar que Alexy não se refere a Constituições radicais e sim, a teorias radicais da Constituição, pelo que seria inútil a pergunta anterior; então, eu solicitaria exemplos concretos de tais teorias, por um lado, e, por outro lado, que se justifique a importância – nesta resposta hipotética – de expor teorias que não têm qualquer referencial constitucional histórico (coisa que poderia suceder se alegarmos que estamos ante um debate meramente teórico, mas isto suporia rebaixar a pretensão de validade de correção fruto de seu modelo constitucional – por exemplo, que o alemão qualifica de validade universal –, para além do meramente teórico). Por último, exponho outro questionamento: me fica o sabor de que nesta busca da moderação, o que Alexy expõe é a necessidade de mesclar ambos sistemas (o fundamental e o marco), visto que os extremos são questionáveis, e ademais – creio – não têm referencial histórico claro. As Constituições reais não obedecem a modelos puros (FIORAVANTI, 1998), e sim são mesclas necessárias, donde carece mesclar ambos modelos radicais entre si, mas aqui Alexy considera o necessário como bom, então, do ser deriva um dever ser. Estou correto?

Seguindo no rastro do afã moderado do alemão, ele passa no mesmo artigo a enunciar as margens de ação estrutural do legislador e da ponderação (ALEXY, 2002, p. 23 e ss). Mais uma vez, ele fala de três modelos, sendo dois extremos e um moderado. O primeiro modelo seria que o legislador tem uma margem para fixação de fins enquanto o direito fundamental contém uma reserva de competência para intervenção ou quando a Constituição registra as razões para intervir porém não ordena a intervenção (ALEXY, 2002, p. 23), e o exemplo que fornece é a norma constitucional de manutenção da frota mercante alemã, que fica ao arbítrio do legislador segundo a interpretação do Tribunal Constitucional alemão (ALEXY, 2002, p. 23).<sup>27</sup> O segundo modelo é o de deixar ao legislador a escolha dos meios, especialmente nos deveres de proteção para os quais a Constituição deixa em aberto a forma de atendê-los mas em que a decisão que se tome será mediada pela ponderação da eficiência, eficácia e efetividade desses meios escolhidos, o que leva ao terceiro modelo, a margem de ponderação, que será o moderado, segundo o alemão.

Ao expor este terceiro modelo, Alexy começa por explicar a crítica que se tem feito à ponderação, de que esta estabelece um ponto máximo, que leva a acreditar na única decisão correta como o ideal de aplicação dos princípios (ALEXY, 2002, p. 26).<sup>28</sup> Mas isso leva a perguntarmos pela proporcionalidade, que é a chave da otimização dos

---

<sup>27</sup> Caso muito interessante, pois não estamos ante um direito fundamental e sim ante um princípio constitucional, o que faz com que as premissas do exemplo dado não coincidam de todo com a teoria que se quer exemplificar.

<sup>28</sup> Alexy pensa que quem critica a ponderação – por considerá-la um ponto máximo de aplicação – critica, em verdade, e apenas, a Dworkin, por sua teoria da unidade da decisão correta.

princípios (ALEXY, 2002, p. 26). Alexis disse que o princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios (idoneidade, necessidade – estes dois ante as possibilidades fáticas – e proporcionalidade em sentido estrito – diante das possibilidades jurídicas) não permitem considerar um ponto máximo (ALEXY, 2002, p. 27), pelo que a crítica antes explicada cai por seu próprio peso. Aduz em seguida exemplos de ponderação do Tribunal Constitucional, em que são julgados os meios para salvaguardar princípios (ALEXY, 2002, p. 28-30), e de como o Tribunal Constitucional considerou os meios escolhidos pelo legislador após as ponderações que fez, com o que afirma que não se nega a discricionariedade legislativa e sim, que se adiciona uma margem (não será em verdade uma limitação política – moral, mais que jurídica?). Aqui se retoma a crítica de Habermas para registrar que sim, há critérios de racionalidade na ponderação (ALEXY, 2002, p. 32), porém de maneira moderada – uma vez mais ressurgue esta palavra-chave (ALEXY, 2002, p. 32):

Com ele, tudo conflui para a tese moderada. Esta tese sustenta que, com ajuda da ponderação, certamente não em todos, mas em alguns casos se pode estabelecer um resultado de maneira racional e que essa categoria de casos é suficientemente interessante para que a existência da ponderação como método esteja justificada.

Em seguida, afirma que “há intensidades que estabelecem limites dentro da estrutura da ponderação; estas intensidades, apesar de que não podem ser reconhecidas como imóveis e livres de ponderação, são fixas e claras” (ALEXY, 2002, p. 36), donde há limites à atividade ponderativa do juiz (que, acrescento, é a que no fim das contas determina a margem de ação do legislador), pelo que responde à crítica de Habermas, que considera que, pela falta de racionalidade na argumentação, a ponderação cairá de forma arbitrária ou irreflexiva nos padrões e nas hierarquias a que se está acostumado (HABERNAS, 1998a, p. 332 e 281).

Alexy rebate: se os juízes constitucionais se cingirem ao precedente, sem a correção, cairiam no que diz Habermas, mas se houver argumentação, não haveria tal arbitrariedade, pois os argumentos são reflexões (ALEXY, 2002, p. 37).<sup>29</sup> Então, sendo a “intensidade da intervenção” do legislador um limite da ponderação, não haverá necessariamente uma arbitrariedade (ALEXY, 2002, p. 37). Em face de tal jogo de moderação, minha crítica me leva a, entre outras coisas, perguntar: se aceita a possibilidade de arbitrariedade, ou pelo menos, de irreflexão, já se está aceitando a crítica; então, como enquadrar o juiz constitucional para que nem sempre acate o precedente judicial, evitando assim a arbitrariedade, se o precedente é, justamente, um limite da ponderação e um mecanismo de controle judicial e da segurança jurídica

---

<sup>29</sup> É importante esclarecer que nos referimos ao juiz constitucional (tutela de direitos fundamentais constitucionais, ação de inconstitucionalidade etc.), não à função judicial ordinária.



defendida pelos (neo)constitucionalistas? Poder-se-ia responder, pois, com a correção, que supõe uma ponderação, mas isso nos levaria a um círculo vicioso de ponderação sobre ponderação, agravado pelo fato de que se aceitam os riscos de arbitrariedade em certas ponderações (independentemente de que sejam as primeiras ou as últimas no círculo vicioso<sup>30</sup>), e se manifesta fé em que o argumento é uma reflexão correta. Então, os defensores do modelo de que agora suspeitamos, diriam: é que há ponderações corretas (razoáveis enquanto argumentadas) e incorretas (arbitrárias), mas, pergunto: como se determina a correção ou incorreção de um ciclo argumentativo – como a do juiz que se afasta de um precedente – em relação a outro ciclo argumentativo – exposto no precedente rejeitado? Por acaso se rejeita um precedente porque não estava argumentado? Seria melhor dizer que se rechaça um precedente porque não está “bem” argumentado. Assim, a correção de uma ponderação não se baseia em se foi ou não argumentada, mas também na qualidade dos argumentos utilizados, o que desvia a atenção do critério de correção: este não é mais baseado em se existiu ou não argumentação, mas sim em um critério de validação (e portanto superior) dos argumentos esgrimidos. Mas qual é esse critério? Talvez a resposta mais sensata seria que o critério para determinar o correto ou incorreto não é mais que uma preferência político-moral do juiz – ou, na melhor das hipóteses, e apesar de seus perigos, da cultura que envolve o juiz. No entanto, que risco submeter-se aos prejulgamentos de quem considera que estes são mandados constitucionais!<sup>31</sup>.

Em suma, o ânimo “moderado”, que tanto anima Alexy, me inspira certa crítica quanto aos efeitos de sua teoria, que devem ser esclarecidos se o que se quer é uma teoria conceitualmente coerente e possível (lembrando que o possível não é igual ao desejado).

---

<sup>30</sup> Note-se que o risco de uma ponderação constitucional incorreta não é exclusivo dos julgados constitucionais que não são tomados em conta por outros juízes, seja porque os eliminaram do mundo jurídico (o caso de um juiz superior que derroga a sentença do inferior, via apelação), seja porque consideram que o precedente judicial não lhes é aplicável. Inclusive, pode ser que (na apelação, por exemplo) a ponderação que derroga ou deixa de aplicar uma ponderação anterior seja a incorreta, e a derogada ou não aplicada seja a correta, segundo os critérios de Alexy. Isto agrava o panorama político da teoria.

<sup>31</sup> Concluindo, Alexy aceita que a ponderação tem seus limites e que não garante uma perfeita objetividade nas decisões judiciais. Aceitar que a ponderação nem sempre é racional não significa que toda ponderação é irracional (BERNAL, 2008b, p. 57). Isto leva a outra pergunta: qual é o critério de validação de uma ponderação para afirmar sua racionalidade e sua correção? Não se pode negar que os neoconstitucionalistas têm trabalhado fortemente em diferentes modelos que, no caso de serem aplicados segundo o estabelecido por seus autores, dariam a maior objetividade possível à ponderação, no entanto, estas construções conseguem expandir-se entre os agentes que ponderam no real/cotidiano?, são expressão do ideal ou expressão do possível dentro do desejado?, foram construídas face aos agentes que ponderam? No fundo, essas construções mantêm sua unidade sobre uma eleição político-moral prévia.

### 3.3 AS PRECEDÊNCIAS *PRIMA FACIE*: HIERARQUIAS CAMUFLADAS ENTRE OS PRINCÍPIOS?

Outro aspecto, fruto da minha crítica, é o atinente às precedências *prima facie*, que, segundo Alexy, não constituem uma hierarquia de princípios (visto que, a aceitar-se que se haveria de rechaçar o pluralismo como base da democracia – recorde-se a já muito citada, embora creio que um tanto exageradamente, crítica de Hartmann<sup>32</sup> à tirania dos valores tão referida por Zagrebelsky<sup>33</sup>, Alexy (ALEXY, 1993a, p. 154-155)<sup>34</sup> etc., sendo uma notável exceção Valencia, que continua a falar de uma hierarquia interprincípios (VALENCIA RESTREPO, 1999, p. 117-118)<sup>35</sup>, na medida em que o operador, especialmente o juiz, pode afastar-se desta precedência mediante a argumentação-ponderação, mas isto levaria a considerar que se essa precedência *prima facie* está consagrada na Constituição (por exemplo, o artigo 44 da Constituição colombiana), então há regras constitucionais que são meras normas dispositivas diante do juiz, ou, o que é o mesmo, que há regras constitucionais que em determinados momentos o juiz pode deixar de aplicar para fazer prevalecer princípios constitucionais. Então, em casos concretos, é possível que uma norma constitucional seja inconstitucional,

---

<sup>32</sup> Valencia resume esta teoria com suas implicações contemporâneas: “La pluralidad de los principios y de los valores, a los que las Constituciones, remiten, es la otra razón, que hace imposible un formalismo de los principios. Por lo general, los principios no se estructuran según una jerarquía de valores. Si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. En caso de conflicto, el principio de más rango privaría de valor a todos los principios inferiores y daría lugar a una amenazadora tiranía del valor esencialmente destructiva. Y este riesgo también es predicable del que aparece como el más elevado de los valores, la justicia entendida en modo abstracto: Existe un fanatismo de la justicia (*fiat justitia, pereat mundus*), que ofende no sólo al amor, por no hablar del amor al prójimo, sino también a todos los valores superiores y que se confunde con el valor de la muerte y de la destrucción”. (VALENCIA RESTREPO, 2007, p. 145). Se refere ao seguinte texto de Hartmann: “*So gibt es einen Fanatismus der Gerechtigkeit (fiat justitia pereat mundus), der keineswegs bloß der Liebe, geschweige denn bloß der Nächstenliebe, ins Gesicht schlägt, sondern schlechterdings allen höheren Werten*” (HARTMANN, 1962, p. 576). Creio que a famosa distinção de Hartmann foi levada muito longe e além da intenção expressa em sua obra, querendo deduzir, de sua chamada de atenção quanto à vinculação dos valores com o fanatismo, uma negação de valores superiores ao interior de uma comunidade democrática. Outra crítica a Hartmann (no sentido de que todo valor deve estar acompanhado por uma ação que os faça valer) (SCHMITT, 1970, p. 16-20).

<sup>33</sup> “La pluralidad de los principios y de los valores a los que las Constituciones remiten es la otra razón que hace imposible un formalismo de los principios. Por lo general, los principios no se estructuran según una “jerarquía de valores”. Si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 124).

<sup>34</sup> Alexy (ALEXY, 1993, p. 154-155) denuncia a tirania do valor (isto é, critica a concepção que fala de valores superiores, e por tabela, de princípios supremos). Não obstante, defende a existência de seis princípios básicos da Lei Fundamental alemã (que seriam – pela receptividade que se dedica a este autor – os mesmos *mutatis mutandis* para todas as Constituições dos Estados democráticos contemporâneos) (ALEXY, 1994, p. 81).

<sup>35</sup> Existe uma terceira edição desta obra, na qual o autor se apóia na hierarquia entre princípios.

se afirmado que as precedências *prima facie* não são hierarquias entre princípios e sim precedências antes as quais o juiz pode opinar e argumentar em contrário. Isto é distinguir com muita sutileza, tanto que assim se pretende diferenciar uma “hierarquia” de uma “precedência”. Concluindo, no fundo, creio que há um medo de aceitar hierarquias entre os princípios, e rechaçá-las leva a juízos temerários como o anterior; essas hierarquias, queira-se ou não, são mais comuns do que gostaríamos de aceitar<sup>36</sup>.

Por outro lado, aqui caberia a crítica recorrente no sentido de que quando uma Corte Superior estabelece uma ponderação por meio de uma regra, esta pode deixar de ser aplicada por um juiz inferior, em virtude do já conhecido axioma de que uma regra injusta não é direito. Isso levaria a que as interpretações constitucionais do órgão final não seriam definitivas, uma vez que um juiz, argumentando, poderia afastar-se da decisão do superior, reativando a controvérsia constitucional, e inclusive a recursal, dependendo do caso.

### 3.4 UMA TEORIA PROCEDIMENTAL SOBRE CONTEÚDOS MÍNIMOS UNIVERSAIS?

Agora passarei ao tema do procedimento. Bem esclareceu Alexy que sua teoria é procedimental, em termos de razão prática, porém isso não o impediu de afirmar a existência de conteúdos universais, pelo menos quanto à sua vigência no que diz respeito aos princípios. Refiro-me ao tema dos direitos humanos, assunto que ele e seus estudiosos tiveram que aceitar: “A institucionalização da moral e da correção implica a institucionalização da justiça, e esta implica a institucionalização dos direitos humanos básicos... O mínimo moral, de correção ou de justiça, que há de existir em qualquer direito são os direitos humanos básicos... O mínimo de justiça integrado pelos direitos humanos básicos tem caráter e validade universal”<sup>37</sup>.

Poder-se-ia afirmar que a existência de conteúdos de validade universal entre os princípios não impede de pensar em um terceiro nível, estritamente procedimental, mas isso me leva a duas perguntas: Isto não é uma nova forma de apresentar uma suposta

---

<sup>36</sup> Observando os imaginários sociais e as representações coletivas que se tem sobre o direito, encontro que a justiça é considerada como o valor social superior. Então, se sustentarmos que o direito está imerso no social, importa muito o que a sociedade concebe e imagina por direito. A respeito, ver: BOTERO BERNAL (2005, p. 29-68).

<sup>37</sup> SEOANE, José Antonio. “Presentación”. Em: (ALEXY, 2005, p. 8-9). Isto apesar de que Alexy destacou no capítulo aludido do livro “El concepto y la validez del derecho” que a dimensão de validade é própria do direito por regras (ALEXY, 1994, p. 164). As afirmações feitas por Seoane, expondo os textos que fazem parte dessa edição que ele dirigiu, são importantes pois refletem especialmente a doutrina que persiste nos alexyanos. A leitura de Seoane é semelhante à do seguinte texto: (ALEXY, 2008a, p. 11-24). Sintetizando, ele sustenta, neste último trabalho, que os direitos humanos são universais, fundamentais, abstratos, morais e válidos juridicamente.

neutralidade – especialmente política e cultural – de uma teoria de governança<sup>38</sup> do jurídico, quando em verdade não é mais que o reflexo de uma postura política e moral muito concreta? Esclareço a questão, para evitar mal-entendidos. Parto do fato de que para aceitar esta tese, é necessário antes partilhar um critério político concreto (o chamemos, se assim se quiser, como um defensor do Estado Social e Democrático de Direito), que, por sua vez, é profundamente eurocêntrico (e em menor medida, ocidental). Então, as teses procedimentais de governança prática (em seus dois sentidos: de razão e de realização) do direito são apresentadas com uma suposta neutralidade ante os conteúdos, quando no entanto, para fazer tal afirmação, se requer justamente o contrário: considerar certos conteúdos como mínimos, por um desejo político e moral concreto. Enfim, não aprendemos dos críticos de Kelsen sobre a pretendida neutralidade de uma norma básica.

A segunda pergunta que me faço tem a ver com se o procedimento tem limites materiais. Em sentido horizontal (isto é, observando o procedimento sem ter em conta as premissas sob as quais ele será aplicado), a resposta seria um Não, mas em sentido vertical (isto é, observando o procedimento atendendo as premissas sob as quais ele será aplicado), teremos um Sim como resposta. O procedimento é limitado pelas premissas sob as quais se pode jogar, e estas (ou, pelo menos, um bom grupo delas) estão circunscritas a um mínimo: os direitos humanos. Isso funciona não só em relação aos conteúdos mínimos, mas também à necessidade de julgamento *a priori* e abstrato quando da aplicação de princípios. É importante destacar que Alexy aceita que existem pesos abstratos e pesos concretos, pelo que nem tudo é concretude no choque entre princípios, e fornece um exemplo de choque entre o direito à vida e a liberdade pessoal, dizendo que se trata de pesos abstratos sempre a favor da vida (ALEXY, 2002, p. 38). Mas, isto, na minha atitude crítica, me remete ao seguinte: sim, há aplicações fora do concreto na teoria de Alexy, apesar de que ela baseia sua concretude no (neo)constitucionalismo, como uma característica do direito por princípios (Alexy prefere o termo prático); em suma, como afirmar que os princípios são práticos (concreto), apesar de serem de validade universal, com conteúdos mínimos regidos por uma razão prática procedimental e que admitem pesos abstratos?

### 3.5 UMA NOVA PIRÂMIDE, E A INDAGAÇÃO POR SUA NORMA-BASE

Apesar da reticência quanto a falar da pirâmide para designar um sistema jurídico, pelas implicações positivistas que teve a metáfora arquitetônica de Merkl, nesta obra se

---

<sup>38</sup> O dicionário da RAE prefere o termo governância, mas em vários países latino-americanos já se tem propagado o conceito de governança. Ver: GRUN, Ernesto. “Algunas observaciones -desde la sistémica y la cibernética- sobre gobernancia y gobernabilidad de los Estados”. Em: Revista Telemática de Filosofía del Derecho. No. 9, 2005/2006. [Http://www.filosofiyderecho.com/rtd/n9.html](http://www.filosofiyderecho.com/rtd/n9.html) (consultado em 07 de abril de 2008).

poderia explicar com a mesma metáfora<sup>39</sup>. Uma pirâmide de três níveis e, pelo menos, com subníveis dentro da primeira delas (que coincidiriam com os escalões defendidos pelos kelsenianos ao analisarem um sistema jurídico concreto). Da mesma forma, o escalão superior é o fundamento do escalão inferior, uma vez que por essa necessidade de fundamentação (e adicionada agora a de correção), é que se justifica sua existência. A importância deste texto em concreto é de que defende não só dois níveis da nova pirâmide (como a pirâmide de dois degraus de Zagrebelsky, em seu texto “*diritto mite*”)<sup>40</sup>, e sim uma de três degraus, o que afinal dispensa a pergunta sobre o fundamento dos princípios, que tanta dificuldade tem causado aos (neo)constitucionalistas em seus encontros com os analíticos<sup>41</sup>. Mas a pergunta do fundamento dos princípios, transferida agora na pirâmide de Alexy para o da razão prática, encontra sua solução, no meu modo de ver, num ato de vontade política, que creio ser a associação a um sistema político-moral concreto a que todos chamam de “O Estado Social e Democrático de Direito”, ainda que eu não esteja seguro de que todos entendam o mesmo por este conceito.

Um (neo)constitucionalista não aceitaria facilmente este fundamento político-moral da nova pirâmide jurídica, pois preferiria falar de algo mais objetivo, como seria reconhecer, segundo ele, a força superior dos princípios e a universalidade dos direitos fundamentais, ante os quais fica apenas uma resignação (no pior dos casos, entre os neoconstitucionalistas) ou uma ratificação (para os mais ardentes defensores do modelo) do fundamento último da nova pirâmide. Mas, para mim, esta solução não deixa de ser uma materialização de um ideal político-moral, isto é, uma tentativa de tornar realidade um desejo; se tal desejo é justificável ou não, para mim, como cidadão, é outra coisa. Então, o fundamento do edifício jurídico, como sistema, é uma decisão político-moral, com forte raiz – como toda decisão político-moral – em uma cultura concebida e idealizada.

---

<sup>39</sup> Além disto, existe um excelente trabalho sobre as metáforas arquitetônicas no direito, cfr. NARVÁEZ HERNÁNDEZ (2008, p. 15-42).

<sup>40</sup> O sistema bidimensional de Zagrebelsky tem recebido algumas objeções (precisões) muito próximas às que aqui proponho. Peces Barba, por exemplo, salientou a visão restrita que o italiano tem do positivismo, assim como a crença que aquele tem de que o fundamento dos direitos humanos radica no pensamento humanista católico, crendo o espanhol que tem sido maior a fundamentação política que o socialismo democrático tem aportado. Ver: (PÉCES-BARBA, 1995, p. 157-173).

<sup>41</sup> Por exemplo, o famoso debate entre Bulygin e Alexy sobre a pretensão de correção e a relação conceitual entre moral e direito (ALEXY e BULYGIN, 2001). É importante destacar que Gaido (Universidad de Córdoba – Argentina) considera que o debate entre estes acadêmicos se deve a que não há acordo acerca do que cada um entende por ‘conceitual’ no momento de se perguntar pela ‘relação conceitual entre direito e moral’; no entanto, creio que as diferenças entre ambos debatedores vai muito além deste aspecto. O próprio Alexy, constantemente, alude a esse debate que o motivou a fazer diversas apreciações, por exemplo: ALEXY, Robert. “Derecho y corrección” (ALEXY, 2005, p. 37-42). Outro momento deste interessante debate está reunido nas obras de Bulygin (2008b, p. 103-110; 2008a, p. 245-255).

### 3.6 UMA MORAL INSTITUCIONALIZADA E ALGUNS CONTEÚDOS MÍNIMOS UNIVERSAIS

Tal como Peces-Barba (PECES-BARBA, 1995), Alexy crê que o positivismo não pode aceitar que a moral seja por si mesma jurídica. É necessária uma moral positivada por meio de certos instrumentos democráticos, com o que se produz um direito aperfeiçoado. Essa moral positivada (segundo o espanhol), ou a justiça institucionalizada (para o alemão), se traduz minimamente nos direitos humanos, que por sua vez são expressos na Constituição, o que explica a hipercentralidade desta no direito contemporâneo – algo que Guastini chamaria de Constituição invasora (GUASTINI, 2003, p. 49-73 e COMANDUCCI, 2003, p. 83). No entanto, esses conteúdos mínimos da moral positivada ou da justiça institucionalizada são regidos, na sua aplicação, por uma razão prática procedimental<sup>42</sup>. Isso não é acomodar à força um cubo para que entre em um espaço reservado a um triângulo? Isso me leva a duas interrogações: É possível a formulação de uma teoria da razão prática puramente procedimental, alegando ao mesmo tempo limites de conteúdo quanto ao que pode ser aplicado? A isso acrescento: não é contraditório afirmar a existência de uma justiça institucionalizada, que remete a certo relativismo com a afirmação de que a justiça, ao institucionalizar-se, se concretiza necessariamente nos direitos humanos, a um ponto tal de considerá-los como um mínimo com validade universal? Se concebermos o ponto de conexão entre a moral e o direito numa justiça institucionalizada na Constituição, bastaria uma reforma constitucional para se modificar automaticamente a justiça reclamada pelo direito, mas isso seria muito arriscado de aceitar para alguém cujo país conheceu as penúrias do nacional-socialismo, pelo que se dirá (por ser politicamente adequado<sup>43</sup>) que o tema dos direitos humanos é um mínimo intangível na institucionalização da justiça, mas isso não deixa de ser

---

<sup>42</sup> Para Peces-Barba a moralidade positivada é procedimental e é uma criação da razão humana ao longo da história. Razão humana? Os atos de vontade, as revoluções, etc., são também fruto da razão humana? Este conceito é perigoso, pois pode remeter, retomando as palavras que ele usou contra Zagrebelsky (PECES-BARBA, 1995, p. 169) a que os juristas forcem as coisas para ficarem bem com suas consciências, neste caso os racionalistas. Mas, além do mais, pode ser procedimental? Não há julgamentos com conteúdo baseado no que se crê que deva ser uma democracia? Não é só procedimental. Claro está que o espanhol parece indicar que procedimental é o que deixe amplo espaço às éticas privadas para decidir o livre caminho ou projeto de vida, mas isto é confundir termos, pois inclusive isto é uma opção substantiva. Peces-Barba crê que a moral positivada não degenera em um positivismo ideológico porque esta moral não é criada pelo Estado. Pode uma moral não ser transformada no momento de ser positivada? Todo ato de positivação implica atos políticos, neste caso estatais, por exemplo, ao definir os conteúdos normativos de um princípio constitucional como se fora moral, ou quando o constituinte (que nunca tem sido o povo) determina uma orientação ou outra de tal moral.

<sup>43</sup> É por isso que, como cidadão, aplaudo todo discurso político que recorda o poder estatal (máxime quando este está em uma luta – às vezes mais simbólica do que necessária – contra um terrorismo mal definido). Mas o desejado em um papel não implica a validade da afirmação, muito menos quando se trata não de atuar civicamente e sim de respeitar as tradições do discurso científico que exigem coerência.

inquietante, pois, no meu modo de ver, é um passo indevido dentre os julgamentos que se tem apresentado como conexos.

Isso também me intriga quanto aos caminhos de como a moralidade passa a institucionalizar-se no direito, apesar de se já ter dito que há certos aspectos que não entraram mas sempre estarão ali: os direitos humanos. Essas posições estariam propensas a aceitar que a moralidade se positivará (segundo o espanhol) ou que a justiça será institucionalizada (para o alemão) fundamentalmente pela legalidade – em sentido amplo – ou por meio da magistratura. Mas creio que não apenas por este meio, pois as representações coletivas, do que o juiz é um dos muitos que delas fazem parte, impõem critérios de identificação do direito que muitas vezes são morais reacionárias. Não se limita o legislador ou o juiz para que algo seja direito, pois isso seria negar-lhe o caráter de vinculação à visão social. Não se pode crer que só haja direito quando se recorre ao juiz para que dirima um conflito, ou quando se recorre à lei, à qual pouco acesso tem o cidadão, para que esta atue com suas próprias representações, exceto certos momentos de “refrescar” a representação, recorrendo, por exemplo, ao assessor jurídico. Enfim, faltou pensar, no neoconstitucionalismo, as ideologias judiciais, assim como o pluralismo jurídico que escapa ao juiz, mas que são determinantes no momento de decidir o que é o direito.

Para concluir este ponto, quis me apropriar de uma crítica que Kelsen fez a Hold-Ferneck (KELSEN, 2002b, p. 124-125), para transferir, *mutatis mutandis*, a Alexy. Se é aconselhável a conexão necessária entre moral e direito (no caso de Hold-Ferneck, era por meio da consideração de que o direito conduz a uma paz e a uma segurança, o que impede visões puramente formalistas, e sem conteúdo, do jurídico) que evitaria certas desgraças, como, por exemplo, a proibição estatal aos pais de sustentar seus filhos, por que não se implantaria também a obrigação dos cidadãos de dar sua vida em alguns casos, como na guerra, ou a do celibato (que vai contra a natureza) para os membros de certas religiões segundo seus próprios sistemas jurídicos? Acredito que Kelsen pretende questionar aqueles que proclamam a conexão necessária, pois eles criticam certas condutas imorais dentro do direito, mas havia outras condutas igualmente atentatórias contra os mesmos princípios morais defendidos por eles que não geram tanto repúdio e que, portanto, são aceitos sem maior debate na comunidade política, como são os casos da guerra no direito público e do celibato no direito canônico. No entanto, a vida não é, para os defensores da conexão necessária, o bem superior ante o qual o Estado está limitado? Se assim é, como o Estado pode declarar uma guerra (incluindo a defensiva) em que morrerão seus súditos, e como se atreve a castigar quem proclama a superioridade do direito à vida, acima do direito do Estado de declarar guerra? Será que o Estado é superior ao indivíduo em momentos excepcionais, e por salvaguardar uma maioria (o comum dos habitantes de um país) pode obrigar uma minoria (os soldados no front) a assumir riscos gravíssimos? No entanto, as guerras defensivas são feitas para salvaguardar uma maioria do aniquilamento, ou são para a defesa de certas instituições políticas que

se veem atacadas? Creio mais na segunda opção; portanto, são exigidos riscos imensos dos indivíduos para a defesa de instituições políticas controladas por determinadas elites, o que me parece inconstitucional, do ponto de vista que considera os direitos humanos como valores universais e justiça institucionalizada<sup>44</sup>.

Pior ainda, seguindo Kelsen: pode o direito eclesiástico proibir a algum dos religiosos de ter relações sexuais, sendo isso algo para o que estamos impulsionados por nossa condição biológica, transgredindo assim não apenas impulsos naturais mas também a liberdade do indivíduo? Será que o indivíduo pode renunciar à sua liberdade? Não pode exigir ser membro de um sacerdócio porém com liberdade quanto à sua intimidade? Enfim, seriam inconstitucionais, por violarem os direitos humanos, e por tabela a justiça institucionalizada, toda guerra e toda exigência do celibato? Seguramente, o professor de Kiel terá resposta a essas perguntas, que desejo ouvir, e refletir sobre elas.

### 3.7 UM RETORNO AO ANTIGO REGIME OU RECONSTRUÇÃO COM ALGUMAS DE SUAS CARACTERÍSTICAS

Noto em Alexy, Zagrebelsky e em outros (neo)constitucionalistas, uma desconfiança em relação ao Estado (muitas vezes, pertinente, se levarmos em conta a história política dos seus países) e, por extensão, ao seu direito, desconfiança que explico mais com base em experiências histórico-políticas dos seus autores, as quais os levam a propor visões muito próximas (por pura coincidência?) às da pré-modernidade, isto é, com o Antigo Regime. Isto não é só no campo do direito, se enlaça também perfeitamente com as propostas políticas derivadas de uma nova história do direito, que, especialmente fundada na Itália (Florença, por exemplo) e na Espanha (mais comedidamente, mas com centros em Madri e em Sevilha), desmitifica o papel do Estado e do seu direito, críticos do código, sugerindo reivindicações do Antigo Regime, de um Estado limitado (mas temos tido esse Estado legicentrista leviatânico, europeu, na América Latina? <sup>45</sup>) etc.

---

<sup>44</sup> Tenho pensado sobre as formas de como um (neo)constitucionalista poderia aceitar enviar grupos de seres humanos à guerra. Uma delas seria a seguinte ponderação: pesa mais a defesa do Estado Social e Democrático de Direito do que a vida de certos indivíduos. Mas, quem raciocine assim terá que aceitar que em casos excepcionais, o Estado (pelo menos o Estado constitucional) prevalece sobre a vida humana, e que os Estados não-Constitucionais (isto é, os que não são Estados Sociais e Democráticos de Direito) não têm direito à guerra (nem sequer defensiva). Bem, então poderia ser que em certos casos, os Estados em geral têm direito a enviar a uma provável morte os seres humanos quando são atacados, mas isto deixa intacta uma das conclusões que destaquei na frase anterior (que, em certas circunstâncias, pesa mais o Estado do que a vida humana). Outra forma seria de destacar que os Estados têm direito a obrigar uma minoria a ir à guerra, onde poderão morrer caso seja uma guerra defensiva na qual esteja em jogo a população. Não obstante, e se não estiver em jogo a população em geral mas sim a sobrevivência de certas instituições socio-políticas? As guerras de extermínio não são tão comuns quanto as guerras que pretendem modificar as instituições socio-políticas do invadido. Enfim, cada resposta que se dê deve ser refletida com atenção.

<sup>45</sup> A desconfiança frente ao Estado depende da forma que tomou em cada lugar esse Estado. Dado que não existiu uma única forma de Estado, as críticas contra o Estado não podem generalizar-se de um país a outro.



Será coincidência a forte reivindicação que Zagrebelsky (1995) faz do humanismo cristão e da Igreja, no mesmo sentido que Grossi (1995) faz do ordenamento jurídico medieval? O que dizer da proposta de Alexy de uma ponderação, que em muito lembra a maneira de aplicar o direito na era medieval, ou sua adesão à tese de que a lei extremamente injusta não é direito<sup>46</sup>, que era um axioma presente no jusnaturalismo (por exemplo, o escolástico<sup>47</sup>)?

As perguntas anteriores merecem uma introdução. O texto “*L’Ordine giuridico medievale*”, de Grossi, tem um forte componente político no que diz respeito à sua crítica ao Estado moderno. A escola que ele dirige tem se caracterizado por dar continuidade a esta linha traçada pelo professor. Mas o próprio Grossi deixou claro que não faz a apologia do medieval neste livro, e sim que o que faz é um retratado histórico – por via comparativa com a Idade Média – dos mitos modernos, tudo dentro de seu esboço crítico (GROSSI, 2003, p. 19). Junte-se o discurso do mestre de Florença por ocasião de sua *Laurea magistrale honoris causa* em jurisprudência (GROSSI, 2008), intitulado “*Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*”, que deixa clara a sua vinculação ao neoconstitucionalismo. Neste artigo, começa por criticar o estatismo-legicentrismo (p. 43-47), em seguida afirma que as Constituições do século XIX foram legicentristas-estatistas (p. 48), defensoras de códigos violadores do pluralismo e dos valores sociais (p. 51-56), e que incluíram cartas de direitos que foram fruto da estratégia burguesa de dominação dos interesses sociais (p. 56), enquanto as Constituições do século XX (Weimar e as Constituições europeias do segundo pós-guerra) permitiram

---

Nós não tivemos o Estado de que tanto desconfiam Alexy, Zagrebelsky e Grossi, entre outros; mas isto não quer dizer que a forma em que o Estado latino-americano se apresentou no mundo do real/cotidiano houvesse sido a melhor. Por exemplo: um de nossos problemas não foi tanto um legislador onipotente e sim um caudilhismo disfarçado de poder executivo. Portanto, as críticas que se formula ao Estado europeu não necessariamente se encaixam na América Latina.

<sup>46</sup> Alexy opina, seguindo uma longa tradição de autores, que a injustiça extrema não é direito. Isto lhe permite concluir que a moral está necessariamente incluída no direito. Ver ALEXY (2008c, p. 47-49). Igualmente ALEXY (2008d, p. 69-71). Esta idéia é reiterada em muitos textos de ele.

<sup>47</sup> Sobre a função política deste axioma escolástico (ainda que presente em qualquer iusnaturalismo) como controle político no antigo regime: (GARCÍA GALLO, 1972, p. 206-209). Chama atenção a proximidade dos efeitos e do procedimento de suspensão da norma injusta que os juízes do Antigo Regime faziam (por exemplo com a figura do “se obedece mas não se cumpre”), com os efeitos e o procedimento de não aplicação de uma regra que choque com um ou mais princípios agora defendidos por várias escolas neoconstitucionalistas. Por sua parte, Bernal destaca que Alexy, no que respeita às relações entre moral e direito, retoma as bandeiras do direito natural escolástico, mas sem chegar a considerar o direito natural como algo atemporal e imutável (BERNAL PULIDO, 2008c, p. 28). Trataria-se, pois, segundo nosso critério, de um novo iusnaturalismo. Claro está que as relações entre o iusnaturalismo aristotélico-tomista e o neoconstitucionalismo estão longe de ser claras, na medida em que muitas vertentes do neoconstitucionalismo as negam (ZAGREBELSKY, 1995, p. 115), e vários estudiosos estabelecem diferenciações entre ambas (CRUZ, 2005; 2006), (SALDAÑA SERRANO, 2007, p. 419-447). No entanto, se poderia desenvolver um modelo justificativo do neoconstitucionalismo a partir do iusnaturalismo tomista (por exemplo, no atinente à justificação dos direitos fundamentais). Sobre este ponto em particular, se realizou um debate na Universidade de Medellín, cujas memórias foram compiladas em: (BOTERO BERNAL, 2007a). Também é importante: (VIGO, 2003).

conquistas sociais<sup>48</sup>, com as quais se afirmam os valores de povo que subordinam o Estado, e portanto o legislador, e que têm a Corte Constitucional como guardiã dessa supremacia, sendo esta uma instituição que pode ser considerada como um autêntico órgão da consciência social (p. 57), e termina com uma ode a Zagrebelsky (p. 58).

Mas essa ode não foi a única. Outro aplauso a Zagrebelsky e a seu *diritto mite* encontramos na grande crítica que faz o professor de Florença à modernidade jurídica (GROSSI, 2003, p. 17 e 645). Na página 17 desta obra, Grossi destaca como dever do jurista ensinar ao jurista atual o valor do direito anterior ao do auge da era moderna, especialmente o *ius commune* medieval e o *common law* pós-medieval, que são os sistemas de alguma forma associados ao neoconstitucionalismo, por muitos motivos. Considere-se que o neoconstitucionalismo, entre muitas outras coisas, traz teorias do *common law* ao sistema continental, como o precedente judicial<sup>49</sup>, os *legal standards* etc. Prossigamos: Grossi, na página 64, cita Zagrebelsky respaldando a ideia do Estado constitucional, e critica a maioria dos juristas por não haverem aceitado o desafio do novo modelo de Estado, assunto que ele explica se dever à força dos mitos fundadores da modernidade jurídica, que impedem que os advogados mudem de paradigma. E essas referências mútuas seguirão por mais tempo, como promete, para mencionar um exemplo, a homenagem ao prof. Grossi, organizada pelo Instituto Italiano de Ciências Humanas (outubro de 2009, por ocasião da nomeação do prof. de Florença na Corte Constitucional), que contará com as intervenções especiais dos renomados professores C. Petit e G. Zagrebelsky. Finalmente, Grossi não desvincula sua crítica iushistórica à modernidade das teses iusfilosóficas do neoconstitucionalismo. Esse campo tem sido tomado por alguns acadêmicos, que criticam o que chamam de um direito pré-moderno na contemporaneidade, na medida em que pretendida a fusão do direito com certas categorias morais ou jurídicas por meio de vias de acesso privilegiadas de uma elite de acadêmicos, juízes e advogados, para chegar a uma razão prática que resolverá, segundo este ideal, nossos maiores problemas sociojurídicos<sup>50</sup>.

Não creio, porém, que sejam iguais os sistemas políticos de fundo, na decisão de defender uma teoria ou não na contemporaneidade, com os existentes no Antigo Regime; mas, caso se enlacen as vertentes discursivas de diferentes áreas do saber, vejo na

---

<sup>48</sup> Diz assim: “è il risultato della rilevazione diagnostica che una assemblea costituente compie nel profondo di una civiltà storica, della lettura obbiettiva dei valori in essa circolanti, traducendoli in un complesso di principii giuridici capaci di esprimere il suo volto essenziale e di fungere da suo supremo strumento ordinatore”. (GROSSI, 2008, p. 57)

<sup>49</sup> Não se pode confundir, em sentido estrito, “precedente” com “jurisprudência”. O primeiro corresponde mais ao modelo do Common Law, e o segundo ao sistema continental. As diferenças entre ambos os modelos são muito bem explicadas por AGUILÓ REGLA, Josep. “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial. Em: *Revista general de legislación y jurisprudencia*”, Madrid, n.º 3 (2009). Disponível em: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_MA\\_7711.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_7711.pdf) (consultado em 04 de agosto de 2009).

<sup>50</sup> Por exemplo: ATRIA (2004, p. 118-128) e JIMÉNEZ (2008, p. 93-99).

história do direito (com um forte discurso crítico ao legicentrismo – estatismo), da filosofia do direito (com a teoria da argumentação jurídica no plano da razão prática) e do Direito Constitucional (com o neoconstitucionalismo), uma certa semelhança em várias das suas conclusões, o que poderia significar algum consenso discursivo. Uma dessas conclusões é da devolução de um poder decisório ao juiz, que implicaria eliminar as fortes limitações estabelecidas durante a modernidade jurídica ao ato de julgar, fazendo com que o ideal seja um juiz que em seu novo conceito de julgar se acerque muito ao governar, isto é, a defesa de um paradigma jurisdicional como resposta a uma crise do Estado europeu, quanto à sua representação política. No entanto, isto me remete a algumas perguntas: i) o juiz, ou melhor, a magistratura, está fechada, ou pode moldar a atividade estatal? Será válida a afirmação de Schmitt no sentido de que ante um Estado em crise os juízes são os menos potentes para assumir sua salvação política?<sup>51</sup> ii) É viável esta proposta política de governança do jurídico, mesmo sabendo-se que não está garantida de início a independência e autonomia judiciais? iii) Como controlar o juiz no mundo da vida em sua plena liberdade de decisão? Ou melhor: quais os critérios possíveis – não os ideais – que pautam o juiz em seu trabalho de circunscrever os conflitos jurídicos, que, em virtude desta teoria, aumentaram consideravelmente? Não nos levará tal teoria a uma resposta política que dificulte ainda mais a empobrecida independência judicial?<sup>52</sup>

Em face de tais perigos, o professor de Kiel recorre, dentre outras coisas, a diferentes postulados lógicos, entre equações e representações, com o ânimo de guiar, na objetividade, os argumentos dos juízes, escorado na presunção de razoabilidade que a razão prática aporta em temas especialmente éticos. Mas isto é possível? Será que a limitação da atividade judicial por meio de enunciados doutrinários lógicos pode levar à aplicação de critérios de racionalidade mais ou menos homogêneos, ou pelo menos convincentes para as partes? Sim, sempre e quando a academia jurídica se perceba como moldadora da atividade judicial (coisa que está por ser demonstrada empiricamente). Mas inclusive aceitando – apesar de não estar demonstrado empiricamente – que a academia, que sempre sonhou alinhar-se como um constituinte, mas agora em nome dos

---

<sup>51</sup> Para Schmitt, na situação de exceção, o juiz só poderia ser guardião da Constituição – cuja função primordial, para ele, radicaria em suprir e tornar supérfluo o direito de desobediência e resistência – em um Estado judicialista, como o estadunidense. Mas em outras tipologias de Estado (o legislativo e o executivo), o juiz, se assumir essa função corretora do político, geraria dinâmicas mais perigosas do que a exceção que a justificaria.

<sup>52</sup> Por exemplo: como se desenvolveria o sistema social, se promovermos uma reforma, apesar de o subsistema judicial ser reacionário quanto a tal proposta? Em um modelo de escassa liberdade judicial, estes juízes seguiriam em boa medida (ainda que não de todo) a reforma, mas em um modelo de ampla discricionariedade, os juízes imporiam seu critério, e assim o sistema social estaria muito mais atado à ideologia judicial do que a qualquer outra consideração jurídico-política. Então, a pergunta sobre governança é quanto aos melhores meios possíveis (não os ideais) que permitam fazer as reformas. Como, neste caso, a ideologia judicial é muito mais difícil de se modificar, outros meios serão preferidos para reformas ao sistema. Concluindo, nem sempre os juízes serão os melhores aliados de um modelo que pretende alguma reforma, posto que há muitos fatores em jogo. Tanta confiança no juiz, sem tomar em conta outras variáveis (em especial sua ideologia e sua capacidade de se modificar), pode constituir o ponto de ruptura do neoconstitucionalismo.

“princípios constitucionais implícitos”<sup>53</sup>, obriga o juiz, sendo fácil aceitar um enunciado indicando que P1, em choque com P2, nas circunstâncias-meio C1, C2 e C3, é mais eficaz, eficiente e efetivo na relação meios/grau de intervenção/aplicação dos princípios P1 e P2, mas no momento de este enunciado formal desaguar num caso concreto será fácil para o juiz, supondo inclusive que seja um leitor e sobretudo seguidor do (neo) constitucionalismo, formular assim o caso real que se antepõe perante ele?

Gostaria de ver o neoconstitucionalismo e o próprio Alexy trabalharem mais o tema prático argumentativo, do que realmente sucede, para incidir ali o raciocínio argumentativo judicial, em vez de se elaborar propostas teóricas com formulações muito abstratas de como ponderar. Ainda assim, o complicado está por chegar, porque Alexy não só satisfeito em postular certas fórmulas, pede ao juiz que após a sua aplicação ao caso concreto, deve regressar à superfície e dar sua decisão com “as palavras mais fáceis e confiáveis que seja possível” (ALEXY, 2002, p. 39). Isto complica ainda mais o trabalho judicial, já por si mesmo emaranhado, pois não só há de aplicar fórmulas abstratas (supondo que as tome como vinculantes ou, pelo menos, úteis para si) em meio a argumentos com grande tecnicismo (supondo também que é um constitucionalista), para em seguida traduzi-las em uma linguagem simples, pois, segundo o mito que a democracia tem vendido, o direito estatal é um produto social, quando porém, em verdade, é uma trama cada vez mais ininteligível, que requer alguns sacerdotes intermediários (os advogados em geral, e neste caso particular, os doutrinadores neoconstitucionalistas) para comunicar as novas tábuas da lei com aplicação concreta.

Enfim, não acredito que estejamos ante um retorno ao Antigo Regime<sup>54</sup>, mas há certas características comuns, vangloriadas em diversas disciplinas jurídicas, o que me faz pensar se estamos diante de uma nova hipertendência do direito em geral, que se expressa na filosofia do direito nas teorias de Alexy e companhia.

### 3.8 A PERGUNTA QUANTO AO QUE SE ORDENA: O MESMO, PORÉM COM NOVO RÓTULO?

Parte fundamental da concepção de Alexy é a pretensão de correção que nos remete não só a perguntar-nos – utilizando aqui expressões próprias de Peces-Barba (PECES-BARBA, 1995, p. 165) quem ordena? E como ordena? (validade formal), mas também o que é ordenado?, aspectos estes que limitam o direito por regras, não só a partir do procedimento (que seria fundamentalmente um controle de regras sobre regras), mas também a partir do conteúdo (o que implica, especialmente, um controle dos princípios sobre as regras). Creio que esta classificação é incerta e confusa, pois critérios

---

<sup>53</sup> O acadêmico neoconstitucionalista, ao indicar o que se deve fazer, não fala em nome próprio e sim em nome dos princípios.

<sup>54</sup> O próprio Grossi tem chamado atenção sobre os perigos de se voltar a uma mítica Idade Média.

de validade material têm existido dentro de um direito por regras, assim como sistemas de fuga quando não se pode cumprir a ordem. Então, não é certo que o novo sistema jurídico se pergunte pela validade material além da forma, isto já era assim antes do constitucionalismo da segunda metade do século XX.

### 3.9 A FORMALIZAÇÃO DA RAZÃO PRÁTICA JUDICIAL<sup>55</sup>

A idealização proposta por Alexy, de grande valor político como uma opinião sobre como deveria ser o mundo jurídico, não creio que resista a um teste de naturalização imposto pelos modelos da teoria da decisão já desenvolvidos – inclusive, seguindo critérios matemáticos – pela psicologia social e pelas ciências comportamentais. Um exemplo destes modelos é o que Cáceres (2007a, 2007b e 2008)<sup>56</sup> denomina “construtivismo jurídico”, que busca explicar, de modo natural, com base em um enfoque cognitivo, a forma como o direito influencia os processos de construção da realidade social. O construtivismo jurídico pressupõe a linguagem e os diferentes tipos de discurso jurídico, mas não fica exclusivamente neles. Estes são considerados como insumos, que ao serem processados cognitivamente pelo operador jurídico, produzem uma série de fenômenos relevantes para o direito, como as crenças (“o direito é uma questão de normas” – Kelsen – ou “o direito é uma questão de normas e princípios” – Dworkin –, representações mentais (como as fronteiras de um país ou os limites do mar territorial), atitudes ou comportamentos (com base na minha crença na vigência do artigo X da lei fiscal, se deflagra a disposição comportamental de apresentar minha declaração de imposto amanhã), encerramentos de operação correspondentes ao estado mental equivalente a aceitar como verdadeiro (ou comprovado) “p” etc. Em seu estágio atual, o trabalho de formalização realizado no âmbito do construtivismo jurídico desenvolvido por Cáceres, vinculado à inteligência artificial, tem sido ao nível de lógica proposicional, e relacionado com o problema da representação do conhecimento judicial. As formalizações matemáticas, em termos de equações estruturais, assim como os trabalhos estatísticos realizados na pesquisa sobre as bases psicológicas do descumprimento ou

---

<sup>55</sup> Devo agradecer a Cáceres Nieto, que me indicou esta rota de crítica à teoria de Alexy. Igualmente, lhe agradeço por seus aportes e comentários, que foram a base para a redação deste parágrafo. Não obstante, a responsabilidade do que aqui se enuncia corre por minha conta.

<sup>56</sup> No entanto, se poderia ser também crítico quanto às teses naturalistas, ou melhor, evolucionistas da razão, posto que estas não podem aclarar de todo a convicção existente na razão prática como critério de resolução de problemas jurídicos, e a validade dos julgamentos evolucionistas, que depende da razão que tem sido relativizada enquanto produto físico no tempo. Nagel expõe muito bem estes dilemas, em: NAGEL (2000, p. 141-156). De todas as maneiras, em um plano da opinião política, é tão viável a opinião de como deveria ser o direito sem mirar a atividade cognitiva e comportamental do juiz, como a que destaca justamente o contrário. Eu prefiro, em um plano que considero mais científico, o possível, isto é, a postulação de teorias que, como meta-discurso, implicam um desejo mas estão sujeitas a condições reais e de algum modo verificadas; como queiram, algo mais indutivo.

do cumprimento jurídicos, não podiam ser consideradas privativas de um enfoque construtivista, ainda que possam, sabidamente, conectar-se a ela. De toda maneira, a determinação de uma teoria formal para modelar e simular processos cognitivos relevantes para o direito, construídos a partir de dados empíricos sobre como pensa e atua o operador jurídico, constitui um ponto de ruptura com os ideais metadiscursivos de Alexy, que pretende formalizar o discurso judicial ponderativo a partir de uma idealização sem maior referencial empírico e sem explicações, e que deixam sem apoio os demais modelos já existentes.

Então, esses modelos matemáticos da teoria da decisão (teorema de Bayes, para mencionar um exemplo) seriam mais valiosos para a teoria da argumentação judicial do que as formalizações postuladas, a partir do ideal, pelo professor alemão e pelos neoconstitucionalistas, na medida em que tais modelos surgiram, pelo menos, de descrições e cálculos probabilísticos efetuados com relação a comportamentos factuais de operadores, eis que, cientistas e observadores, não renunciaram a valorar sua própria conduta.

Retomando o argumento central dos parágrafos anteriores, ele aponta na direção de se solicitar a Alexy uma justificação da sua proposta como alternativa melhor aos diversos modelos formais que existem com diferentes abordagens da teoria da decisão, entre os quais se encontram os próprios da teoria dos jogos, da economia comportamental, da lógica indutiva, da probabilidade bayesiana etc. É claro que esses paradigmas não estão isentos de críticas quando tratam de aplicar o direito. Por exemplo, a probabilidade bayesiana recebe críticas semelhantes às que recebera em seu tempo o realismo norte-americano, no sentido de que os juízes não decidem a partir da probabilidade de como haveriam de decidir considerando-se a estatística e a projeção probabilística das decisões prévias a respeito de casos do mesmo tipo, mas, sim ponderando as virtudes do caso concreto. Os modelos de racionalidade econômica são criticados no sentido de que simplificam em excesso os processos de tomada de decisão, dado que, como seres humanos, não nos comportamos só em termos de balanços de custo-benefício, pois há outros fatores envolvidos, que nos levam a tomar decisões irracionais e inclusive pouco consistentes, segundo uma lógica da utilidade.

Finalmente, o tema da teoria formal de decisão é sumamente controvertido e complexo, razão pela qual é de admirar que Alexy não ofereça uma justificação sobre o sentido em que sua proposta poderia ser mais sólida do que as demais teorias formais de decisão que se encontram no domínio acadêmico, sobretudo se muitas delas contam com validação empírica.

#### **4 CONCLUSÕES**

Frisei que minha crítica leva a que se formule todo tipo de questionamento às teorias predominantes no mundo acadêmico contemporâneo. É inegável o valor da teoria

do professor de Kiel, a qual tem o mérito de haver sido lançada ao incrédulo mundo científico e conseguir um importante reconhecimento.

No entanto, minha posição crítica – como se queira, de valor muito inferior ao de quem tem que formular uma teoria – me leva a considerar que a teoria de Alexy é mais de caráter prescritivo-ideal do que qualquer outra coisa. Trata-se de uma teoria de governança do jurídico a partir de alguns ideais de como deve ser o direito para ele, em sua visão política, muito clara para os demais. Mas neste caso, não se trata de uma teoria de governança baseada em estudos factuais, nem muito menos resultante de enunciados analíticos demonstrados no contraste lógico, mas, sim, de uma teoria que se ancora fortemente no direito ideal e pouco se indaga sobre os meios reais e possíveis com que o direito existente poderia alcançar certo grau da idealização proposta. É um contrassenso postular um ideal para exigir – ou, pior ainda, julgar – os meios e as realidades que não podem chegar a tal ponto.

Trata-se de governança que propõe uma democracia sem necessidade de democratas, ou a construção de sociedade dirigida por uma oligarquia de especialistas; neste caso, de renomados iusconstitucionalistas, na qual todos têm que se proclamar como “democrata idealista” (pluralista, partidário do “Estado constitucional”, anti-discriminatório, politicamente correto etc.), porém na qual não há mais uma “democracia possível”. Toda democracia ideal, por difusa e vaga, depende de eleitos para sua determinação, como sempre tem sido.

Em suma, não odeio o modelo político que está por trás da proposta neoconstitucionalista. Pelo contrário, como ideal político, me parece muito atraente. Este artigo tampouco significa que estou de acordo com o legalismo-formalismo, que tanto dano nos tem feito. Inclusive, denuncio como o legalismo–formalismo segue campeando nas faculdades de direito e nos estrados judiciais, apesar de que, gostemos ou não, o modelo de Estado mudou, pelo menos no papel<sup>57</sup>.

Simplesmente, estou exercendo um trabalho crítico e, como se queira, matizador. Questiono as condições de possibilidade da teoria de Alexy, bem como sua pretendida cientificidade. Espero que isto contribua para o aperfeiçoamento desta teoria.

---

<sup>57</sup> Sobre como se segue ensinando posições formalistas nas faculdades de direito, ignorando a mudança de modelo constitucional, em: BOTERO BERNAL, Andrés. “La utilidad o inutilidad de la posesión viciosa para la prescripción adquisitiva extraordinaria en Colombia”. Em: *Revista Jurídica: Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, No. 17, 2008-I; pp. 49-74. Sobre o formalismo nas faculdades de direito: (BOTERO BERNAL, 2007c, p. 165-196).

## REFERÊNCIAS

- AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del Derecho y normas de origen judicial. Em: *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, no. 3 (2009). Disponível em: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_MA\\_7711.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_7711.pdf) (consultado em 04 de agosto de 2009).
- ALEXY, R. y BULYGIN, E. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Traducción e introducción de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ALEXY, Robert. ¿Derechos humanos sin metafísica? Em: *Ideas y Derecho: Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, No. 6, 2008. pp. 11-24.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg und Munchen: Alber, 1992.
- ALEXY, Robert. Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft. In: ALEXY, Robert und DREIER, Ralf (herausgeben von). *Rechtssystem und praktische Vernunft*. Band 1. Stuttgart: Steiner, 1993. p. 11-29.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ALEXY, Robert. En torno al concepto y la naturaleza del derecho. Em: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Carlos Bernal. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 73-98.
- ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal. Em: *Revista española de derecho constitucional*, año 22, Número 66 (septiembre-diciembre de 2002); p. 13-64.
- ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Edición y presentación: José Antonio Seoane. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.
- ALEXY, Robert. La naturaleza de la filosofía del derecho. Em: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Carlos Bernal. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 35-50.
- ALEXY, Robert. La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho. Em: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Carlos Bernal. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 51-72.
- ALEXY, Robert. Rechtssystem und praktische Vernunft. In: *Rechtstheorie*, 18 (1987); p. 405-419.
- ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. Em: *Doxa*, 5 (1988); p. 139-151.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: CEC, 1989.
- ATRIA, F. *La ironía del positivismo jurídico*. Em: *Doxa*, 27, 2004; p. 81-139.
- BARBAROSCH, Eduardo. *Teoría de la justicia y la metaética contemporánea*. Buenos Aires: UBA y La Ley, 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos. Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy. Em: MONTEALEGRE, Eduardo (Coordinador). *La ponderación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 115-132.



- BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- BERNAL PULIDO, Carlos. Estudio introductorio. Em: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Carlos Bernal. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 9-34.
- BOTERO BERNAL, Andrés (compilador). Vivencia y pervivencia del derecho natural: Ponencias del IV seminario internacional de teoría general del derecho. *Colección Memorias Jurídicas* No. 6. Medellín: Universidad de Medellín, 2007.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Aproximación al pensar filosófico de Habermas. En: *Revista Holística Jurídica: Facultad de Derecho USB*. No. 2 (2003); p. 7-36.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: Formalismo versus principios y/o valores. Em: Opinión jurídica: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, No. 9 (enero – junio de 2006), Vol. 5; p. 33-61.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Haciendo memoria de la defensa judicial de la constitución. En: *Revista Pensamiento Jurídico: Universidad Nacional*, No. 20 (septiembre – diciembre de 2007); p. 91-102.
- BOTERO BERNAL, Andrés. La jerarquía entre principios generales del Derecho: la historicidad y la culturalidad del principio de justicia. Em: *Revista de Derecho: Universidad del Norte*. No. 23 (2005); p. 29-68.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Un marco de comprensión del avance de la investigación jurídica en Colombia. Em: *Ambiente Jurídico*, 9 (2007); p. 165-196.
- BULYGIN, Eugenio. Robert Alexy y el concepto de derecho. Em: *Ideas y Derecho: Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, No. 6, 2008. pp. 245-255.
- BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. Em: *Ideas y Derecho: Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, No. 6, 2008. pp. 103-110.
- CÁCERES NIETO, Enrique y RODRÍGUEZ ORTEGA, Graciela (Coordinadores). *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*. México: UNAM, 2008.
- CÁCERES NIETO, Enrique. *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*. México: UNAM, 2007.
- CÁCERES NIETO, Enrique. *Justiniano: un prototipo de sistema experto en materia de derechos humanos, elaborado con base en una concepción constructivista del derecho*. México: UNAM, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Em: CARBONELL, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 75-98.
- CRUZ, Luis María. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.
- CRUZ, Luis María. *La constitución como orden de valores*. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005.
- ESCUADERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico*. El debate sobre la incorporación de la moral. Madrid: Civitas, 2004.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Trad. Manuel Martínez Neira. 2. ed. Madrid: Trotta, 1998.
- GADAMER, Hans Georg. *La dialéctica de Hegel: Cinco ensayos hermenéuticos*. Madrid: Cátedra, 2000.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método I*. 7. ed. Trad. Ana Agud y Rafael de Agapito. Salamanca: Sígueme, 1997.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Constitucionalismo y positivismo. Em: *Revista española de derecho constitucional*, Año 18, 54, (septiembre-diciembre de 1998); p. 367-381.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. Em: CARBONELL, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 159-186.
- GARCÍA GALLO, Alfonso. La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI. Em: GARCÍA GALLO, Alfonso. *Estudios de Historia del derecho indiano*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972. p. 169-285.
- GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma – Bari: Laterza, 1995.
- GROSSI, Paolo. *Laurea magistrale honoris causa in Giurisprudenza*. Napoli: Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2008.
- GRUN, Ernesto. Algunas observaciones -desde la sistémica y la cibernética- sobre gobernancia y gobernabilidad de los Estados. Em: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. No. 9 (2005/2006); <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/n9.html> (consultado em 07 de abril de 2008).
- GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Em: CARBONELL, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 49-73.
- GUIBOURG, Ricardo. Gouvernement, droit et ontologie. Em: BÉCHILLON, Denys de; BRUNET, Pierre; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique; y MILLARD, Éric (Coords.). *L'Architecture du Droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. París: Economica, 2006.
- GUIBOURG, Ricardo. Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico. Em: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2006 (Ponencias de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social).
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- HARTMANN, Nicolai. *Ethik*. 4., unveränderte Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1962.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto Marino. *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 93-99.
- KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho*. Trad. Luís Legaz. México: Colofón, 2002.
- KELSEN, Hans. Lo Stato come superuomo: Una risposta (1926). In: KELSEN, Hans e HOLD-FERNECK, Alexander. *Lo Stato come superuomo: un dibattito a Vienna*. A cura di Antonino Scalone. Torino: G. Giappichelli editore, 2002.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto Vernengo. 14. ed. México: Porrúa, 2005.
- LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États – Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Marcel Giard & Cie, 1921.
- LASSALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?* Introducción de Franz Mehring. Bogotá: Temis, 1992.
- NAGEL, Thomas. *La última palabra*. Trad. Paola Bargallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 141-156.

- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. Arquitectura jurídica. Certeza y seguridad en el derecho. Em: *Ambiente Jurídico*, 10 (2008); p. 15-42.
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. Vacuidad constitucional: apuntes para una historia de la justicia constitucional mexicana. Em: *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*. No. 05, 2006 (enero – junio); p. 197-215.
- PÉCES-BARBA, Gregorio. Epílogo: desacuerdos y acuerdos con una obra importante. Em: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.
- PRIETO SANCHÍS, Luís. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Em: CARBONELL, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- SALDAÑA SERRANO, Javier. La falacia naturalista: respuestas para una fundamentación del derecho natural. Los argumentos de J. Finnis y M. Beuchot. Em: *Problema: Anuario de filosofía y teoría del derecho – UNAM*, No. 1 (2007); p. 419-447.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sánchez Sarto, prólogo de Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1998.
- SCHMITT, Carl. La tirannia dei valori. In: *Rassegna di Diritto Pubblico*, No. 1, anno XXV, 1970, p. 16-20.
- TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale scientifica, 2007.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 4. ed. Medellín: Comlibros, 2007.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del Derecho*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1999.
- VIGO, Rodolfo Luis. *El iusnaturalismo actual: De M. Villey a J. Finnis*. México: BFP-95, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

Recebido: outubro 2010

Aprovado: abril 2011

