

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

ALEXANDRE LORENZO BRANDÃO

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A JURISPRUDÊNCIA
DE VALORES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
BRASILEIROS**

VITÓRIA
2015

ALEXANDRE LORENZO BRANDÃO

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A JURISPRUDÊNCIA
DE VALORES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
BRASILEIROS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura.

VITÓRIA
2015

ALEXANDRE LORENZO BRANDÃO

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE
EQUILIBRADO E A JURISPRUDÊNCIA DE VALORES NOS TRIBUNAIS
SUPERIORES BRASILEIROS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____ Local e data: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai, José Alexandre Brandão, por me apoiar em minha insistência em acreditar nos estudos.

Agradeço à Agripina Vidal Lorenzo, minha avó, pela sabedoria e generosidade, exemplo de vida para mim, e em nome dela a toda a minha família.

Agradeço à Ananda Barcelos Bisi pelo companheirismo e compreensão.

Agradeço ao meu filho, por me mostrar outros sentidos que a vida pode ter.

Agradeço àquele que um dia foi meu Professor, tornou-se meu Orientador, e que hoje é um amigo, Alexandre de Castro Coura, pelo acolhimento e apoio desde o início.

Agradeço aos Professores Daury Cesar Fabriz e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer por acreditarem em mim.

Agradeço aos membros do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional, da Faculdade de Direito de Vitória, pelas ricas discussões, importantes para o meu aprendizado.

Por fim, peço desculpas aos amigos e familiares pelo afastamento. Sinto a falta de vocês todos os dias.

“Quien hace agotarse una
Constitución en un orden
concreto de valores,
desconoce su específico
sentido jurídico”.

Jürgen Habermas

RESUMO

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está relacionado a vários casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal (STF) e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), a fim de que se estabeleça o que é devido às partes envolvidas no processo judicial. O conteúdo das decisões e as teorias que subsidiam a prática decisória de ambos os tribunais influenciam as demais instâncias do Poder Judiciário no Brasil. Porém, nem todos os pressupostos embutidos nas práticas decisórias dos julgadores satisfazem a exigência do Estado Democrático de Direito de que as decisões jurídicas mantenham, ao mesmo tempo, a segurança jurídica e a correção. O objetivo do presente estudo foi analisar se as decisões judiciais envolvendo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nas quais o sopesamento foi considerado como método adequado para resolução de colisões entre princípios, afirmam aquilo que foi democraticamente estabelecido, mantendo, ao mesmo tempo, a segurança jurídica e a correção da decisão judicial. Foi desenvolvida uma pesquisa qualitativa, de carácter descritivo, optando-se por um corte transversal, com período analisado compreendido de 01 de julho de 2008 a 30 de junho de 2014. Para tratamento dos dados utilizou-se a técnica de análise documental. Nos dois votos analisados do STF, constatou-se uma prática decisória que não segue os pressupostos do sopesamento conforme preconizado por Robert Alexy. No voto analisado do STJ, o Ministro, apesar de considerar a ponderação como método adequado para resolução de colisões, seguindo corretamente a teoria de Robert Alexy, o julgador entendeu que não foi necessária a aplicação do método. Ao final, considerou-se que: (I) o sopesamento não satisfaz as exigências de segurança jurídica e correção das decisões judiciais envolvendo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fragilizando a função de estabilizar expectativas que esse direito deve realizar; (II) a prática decisória encontrada no dois votos do STF fragilizam ainda mais essa função, atendendo menos ainda às exigências para a decisão judicial.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Direito Fundamental. Habermas. Alexy. Sopesamento.

ABSTRACT

The fundamental right to an ecologically balanced environment is related to several cases submitted the Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ), in order to establish what is owed to the parties involved in the judicial process. The content of the decisions and the theories that support the decision-making practice of both courts influence the other instances of the judiciary in Brazil. However, not all the assumptions embedded in decision-making practices of the judges satisfy the requirement of democratic rule of law: legal certainty and correctness of the judgment. The aim of this study was to examine whether the court decisions involving the fundamental right to an ecologically balanced environment, in which the balancing was selected as an appropriate method for resolving collisions between principles, confirm what was democratically established, ensure at the same time, legal certainty and the correctness of the judgment. A qualitative and descriptive character research was developed, opting for a cross-section, with the analyzed period comprised of 1 July 2008 to 30 June 2014. The document analysis technique was used to process the data used up. In both STF votes analyzed, there was a decision-making practice that does not follow the balancing assumptions as recommended by Robert Alexy. On a vote of the STJ analyzed the Minister, despite considering the balancing as appropriate method for resolving collisions, following the theory of Robert Alexy correctly, the judge understood that it was not necessary to apply the method. In the end, it was considered that: (I) the balancing does not satisfy the both requirements of legal certainty and correctness of judgments involving the fundamental right to an ecologically balanced environment, weakening the function of stabilizing expectations that this right must be carried out; (II) the decision-making practice found in the two votes of the Supreme Court further weaken this function, given even less to the both requirements of the judgment.

Keywords: Environment. Fundamental Right. Habermas. Alexy. Balancing.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art(s). - Artigo(s)

CF - Constituição Federal

Conama - Conselho Nacional do Meio Ambiente

D. - Declaração

Decex - Departamento de Operações de Comércio Exterior

DF - Distrito Federal

EMB. - Embargo

HC - *Habeas Corpus*

IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

Inmetro - Instituto Nacional de Metrologia

Mercosul - Mercado Comum do Sul

PET. - Petição

REsp - Recurso Especial

RJ - Rio de Janeiro

RR - Roraima

Secex - Secretaria de Comércio Exterior

SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação

SP - São Paulo

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ROBERT ALEXY: TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ E A PONDERAÇÃO COMO MEIO DE RACIONALIZAR AS DECISÕES JUDICIAIS	13
2 CRÍTICAS DE JÜRGEN HABERMAS À PONDERAÇÃO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO	62
2.1 CRÍTICAS DE HABERMAS À PONDERAÇÃO	62
2.2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO	83
3 DECISÕES JUDICIAIS SELECIONADAS: ASPECTOS RELEVANTES E CONSIDERAÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DE ROBERT ALEXY ...	87
3.1 PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO STF E STJ: A PONDERAÇÃO APLICADA EM CASOS DE DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE	88
3.2 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA PETIÇÃO 3388/RR (EMB. D. NA PET 3388/ RR).....	90
3.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 101/DF (ADPF 101/DF).....	97
3.4 RECURSO ESPECIAL Nº 1.285.463 - SP	113
4 IMPLICAÇÕES DA PRÁTICA DECISÓRIA ENCONTRADA E DA PRÁTICA DECISÓRIA PRETENDIDA, PARA O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO	117
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	142
REFERÊNCIAS.....	150

INTRODUÇÃO

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem sido o fundamento e objeto de diversas demandas judiciais. Fundamento enquanto direito constitucionalmente estabelecido e, por isso, razão de pedidos deduzidos em juízos. Objeto quando necessário delimitar, no âmbito do processo judicial, o que seja esse direito, o que é feito por meio das diversas decisões que estabelecem qual direito tem as partes em cada caso concreto ou, ainda, estabelecem se uma norma é adequada ao caso ou não.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) são importantes pontos de referência para a prática decisória do judiciário brasileiro, inclusive no que se refere ao estabelecimento do que seja o direito das partes nos casos que lhe são submetidos. Além disso, as teorias que supostamente subsidiam o procedimento da prática decisória desses tribunais também funcionam como ponto de referência. Logo, o que o STF e o STJ vêm decidindo com relação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado funciona como importante ponto de referência quanto ao que seja esse direito e em que circunstâncias ele é aplicável.

Sendo assim, considera-se que a compreensão da prática decisória do STF e STJ e da teoria que subsidia essa prática é um importante objeto de estudo, pois permitirá reflexões quanto à adequação ou não do tratamento dado pelos magistrados componentes desses tribunais ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito¹.

É que o Estado Democrático de Direito pressupõe que decisões judiciais representem para as partes a afirmação do direito que as partes, juntamente com os demais membros da sociedade, todos convivendo sob o mesmo ordenamento jurídico, deram a si mesmos a fim de regular a convivência entre eles. Logo, não

¹ Para Estado Democrático de Direito sob a perspectiva habermasiana ver: COURA, 2009, p. 201, *et seq.*; CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 99 *et seq.*

cabem decisões judiciais que frustrem as expectativas de comportamento, ou que deixem de observar a correção da decisão.

Este o interesse do presente trabalho. Analisar se as decisões judiciais envolvendo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nas quais o sopesamento foi considerado como método adequado para resolução de colisões entre princípios, afirmam aquilo que foi democraticamente estabelecido, mantendo, ao mesmo tempo, a segurança jurídica e a correção da decisão.

Porém, a fim de delimitar o objeto deste estudo, dar-se-á foco a decisões em que o método da proporcionalidade (ou ponderação), conforme teorizado por Robert Alexy, foi indicado pelo magistrado como a base da sua prática decisória. Para isso, foram selecionadas decisões judiciais que envolviam o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e nas quais a ponderação é indicada como método de decisão.

Visando a responder o problema de pesquisa proposto por este estudo, foi desenvolvida pesquisa qualitativa tendo em vista a natureza do objeto, o problema de pesquisa e a corrente de pensamento envolvida, conforme orientam Sá-Silva, Almeida e Guidani (2009, p. 2). Apresenta ainda carácter de um estudo descritivo, uma vez que visa a descrever as características de um fenômeno (RICHARDSON, 2014, p. 66)

O estudo tem corte transversal, com período analisado compreendido de 01 de julho de 2008 a 30 de junho de 2014. O corte transversal justifica-se por tratar do contexto encontrado quando da coleta dos dados, posteriormente um novo estudo poderá encontrar implicações distintas (RICHARDSON, 2014).

Tratando-se de um estudo *ex-post-facto*, a fonte de coleta de dados foram as decisões judiciais publicadas no site do STF. Optou-se por ter como base as decisões deste órgão pelo fato dessas serem parâmetro às decisões jurídicas das demais instâncias do Poder Judiciário do país. Como critério de busca, utilizou-se palavras-chave referentes ao assunto. Após triagem por meio dessas expressões,

foram desconsideradas as decisões que não se enquadravam dentre as relacionadas ao tema deste trabalho acadêmico.

A esses dados foi então empregada a técnica de análise documental uma vez que foram estudados “as manifestações que registram estes fenômenos e as ideias elaboradas a partir deles” (RICHARDSON, 2014, p. 228). Por meio da análise, buscou-se produzir e reelaborar os conhecimentos, sendo com isso possível entender os fenômenos de outras maneiras, interpretá-los, sintetizar os dados, encontrar tendências e, conseqüentemente, fazer inferências (SÁ-SILVA; ALMEIDA; GUINDANI, 2009, p. 10).

No primeiro capítulo, realizou-se uma aproximação da abordagem teórica de Robert Alexy quanto ao método da ponderação, procurando-se compreender os pressupostos dos quais esse autor partiu para estabelecer o método, assim como, compreender os critérios de aplicação.

Em seguida, no segundo capítulo, buscaram-se as críticas aos pressupostos da abordagem alexyana, realizadas por Jürgen Habermas, a fim de esclarecer se tal abordagem atende aos pressupostos requeridos pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, para que se estabilize a tensão entre segurança jurídica e correção da decisão judicial.

No capítulo terceiro, realizou-se a descrição de pontos relevantes dos votos selecionados para o estudo, apresentando-se os argumentos que fundamentaram, não só a decisão judicial em si, mas, também, a necessidade do uso da ponderação; ou mesmo as razões para a não utilização do método, ainda que esse método fosse considerado pelo juiz como o adequado para resolução de colisões entre princípios ou valores. Tudo comparado com os pressupostos da teoria de Robert Alexy, em especial quanto à ponderação.

Com base nas críticas de Jürgen Habermas aos pressupostos da ponderação, conforme formulada por Robert Alexy, no capítulo quarto foram feitas considerações sobre a prática decisória realmente encontrada, sobre aquela que os magistrados

pretendiam utilizar, e sobre as consequências de ambas para o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito democraticamente estabelecido.

1 ROBERT ALEXY: TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ E A PONDERAÇÃO COMO MEIO DE RACIONALIZAR AS DECISÕES JUDICIAIS

Inicialmente, cabe apresentar os principais pontos da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy para compreender também a ponderação enquanto método para resolução de colisão entre princípios de direitos fundamentais. Segundo Alexy (2011, pp. 25-26), a existência de um catálogo escrito de direitos fundamentais na Constituição da Alemanha, e sua posituação como direitos diretamente vinculantes, não reduziu a polêmica em torno de tais direitos, devido à abertura das disposições desse mesmo catálogo de direitos fundamentais, em especial, quando um profundo dissenso a respeito da matéria a ser regulada estiver associado a essa abertura. Para Alexy (2011, p. 26), “é exatamente esse o caso dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 26), ou seja, existe um grande dissenso em torno de tais direitos.

Conforme Alexy (2011, p. 26), se o texto constitucional fosse o único ponto de sustentação dos direitos fundamentais as discussões sobre eles seriam intermináveis, mas isso só não acontece porque o Tribunal Constitucional Federal alemão, por meio de sua jurisprudência, vem criando “novas determinações dentro do amplo campo de possibilidades aberto pelo contexto constitucional” (ALEXY, 2011, p. 26). Assim, o Tribunal Constitucional Federal seria o responsável pelo significado atual dos direitos fundamentais e, por isso, mesmo o estudo dos direitos fundamentais passou a ser um estudo da jurisprudência desse mesmo tribunal (ALEXY, 2011, p. 27).

Este é um ponto importante de divergência entre a perspectiva de Robert Alexy e Jürgen Habermas sobre o papel do Tribunal Constitucional, e que acaba refletindo na ideia do papel do próprio Poder Judiciário e da atividade jurisdicional. Enquanto Alexy atribui ao Tribunal Constitucional o papel de órgão que dirime as discussões em torno do significado dos direitos fundamentais, criando novas determinações dentro de um suposto amplo campo aberto pela Constituição para que ele assim o

faça, Habermas (2010, p. 334 *et seq.*) compreende que o papel de um Tribunal Constitucional é, antes de tudo, aplicar o direito vigente e garantir os processos democráticos de gênese do direito e a autonomia pública e privada dos indivíduos para que possam participar desses processos, não havendo espaço para criação de direito.

Alexy (2011, pp. 27-28) pontua ainda que as redes de precedentes oferecem alguns pontos fixos que reduzem as polêmicas, mas não ao ponto de reduzir vitalidade dessas discussões que vão se renovando, em torno não só do catálogo escrito, mas também das próprias manifestações do Tribunal, os precedentes, que não deixam de ser também ambíguas, pois, assim como nas disposições de direitos fundamentais, na própria jurisprudência existe uma abertura de significado.

Robert Alexy (2011, p. 29) é categórico afirmando que a teoria dos direitos fundamentais que ele desenvolve é uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã². Isso já é um ponto de destaque para a reflexão no presente trabalho acadêmico, pois o autor deixa claro que seus estudos se baseiam, especificamente, no sistema jurídico da Alemanha. Isso por si só, é importante para que, como em qualquer outra teoria, se compreenda alguns pressupostos do autor, como é o caso da formulação do método da ponderação que ele entende que já é uma prática do Tribunal Constitucional daquele país, e que Robert Alexy, enquanto estudioso do direito, descreve cientificamente essa prática na forma de um modelo ideal a ser seguido.

Outro ponto que o próprio Alexy (2011, p. 29) destaca é que sua teoria deve ser encarada como parte da dogmática jurídica, uma dogmática dos direitos fundamentais, pois suas reflexões estão completamente atreladas ao direito positivo alemão, não sendo, portanto, uma filosofia dos direitos fundamentais.

Além disso, o autor (ALEXY, 2011, p. 29) deixa claro que essa dogmática dos direitos fundamentais que ele desenvolve é baseada numa teoria dos princípios que classifica como axiológica, numa tentativa, segundo o próprio Alexy, de reabilitar a

² Ver também: ALEXY, 2011, p. 32.

teoria valorativa dos direitos fundamentais. Essa abordagem axiológica realizada por Alexy às normas de direitos fundamentais foi exatamente um dos focos da crítica de Jürgen Habermas (2010, p. 326 *et seq.*).

Alexy (2011, p. 29) explica ainda que quanto à argumentação e à decisão no âmbito dos direitos fundamentais, sua proposta é demonstrar que "a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais" (ALEXY, 2011, p. 29). Essa suposta abertura do sistema jurídico à moral, também foi um ponto importante da crítica de Habermas (2010, p. 301 *et seq.*) a Robert Alexy.

De qualquer forma, merece destaque essa ideia de "vinculação", não só aos direitos fundamentais, mas ao direito positivo de modo geral, aos precedentes e até à dogmática comumente aceita, vinculação essa que Alexy (2011, p. 541) considera como uma das contingências à qual está submetido o juiz no momento da decisão judicial. Uma verdadeira premissa do autor que parece passar despercebida, quando juízes suscitam colisões entre princípios de direitos fundamentais, ainda que exista norma positivada regulando o caso. O próprio Alexy (2011, p. 541) admite que ao juiz é permitido se distanciar dessas vinculações, mas para isso ele tem que enfrentar o ônus da argumentação, o que para um juiz ou tribunal que diz basear sua prática decisória na teoria de Robert Alexy, implica enfrentar o método do sopesamento, nos casos de colisão entre normas de direitos fundamentais.

Alexy (2011, p. 36; SANTOS, 2010, p. 171) entende que uma teoria dogmática é uma teoria do direito positivo de um ordenamento jurídico específico e, portanto, sua teoria, por ser uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, é uma teoria dogmática. Para o autor (ALEXY, 2011, p. 36; SANTOS, 2010, p. 171) o papel da dogmática jurídica é, em boa parte, tentar responder de forma racionalmente fundamentada a questões axiológicas, questões de valoração, que estão abertas no direito positivo, pois é nesse material normativo empiricamente disponível que se encontram lacunas valorativas que necessitam de preenchimento. A dogmática jurídica ao lidar com a interpretação do material jurídico empiricamente constatável

lida com o problema da valoração e o problema da fundamentação (ALEXY, 2011, p. 36; SANTOS, 2010, p. 171). Em outras palavras, a dogmática jurídica lida com o problema de se fundamentar racionalmente juízos de valor, que complementam o material normativo disponível, o que Alexy (2011, p. 36) pretende demonstrar, com sua teoria, que é uma tarefa possível.

Alexy (2011, p. 36) faz um corte metodológico a respeito da perspectiva com a qual a Ciência do Direito costuma trabalhar, que é a perspectiva do juiz, pois a Ciência do Direito, por ser uma disciplina prática, se preocupa com o que “deve ser” num caso concreto ou hipotético, se preocupa com a “fundamentação de juízos concretos de dever-ser” (ALEXY, 2011, p. 36), e por isso se utiliza da perspectiva do juiz para formular esse problema, mas isso não faz com que outras perspectivas sejam desconsideradas pela Ciência do Direito.

Para Alexy (2011, pp. 37-38), a Ciência do Direito deve combinar três dimensões:

Para se obter uma resposta a uma questão sobre **o que deve ser juridicamente**, é necessário **conhecer o direito positivo**. O conhecimento do direito positivo válido é tarefa da dimensão empírica. Nos casos mais problemáticos o material normativo que pode ser obtido por meio da dimensão empírica não é suficiente para fundamentar um juízo concreto de dever-ser. Isso leva à necessidade de juízos de valor adicionais e, com isso, à dimensão normativa. Clareza conceitual, ausência de contradição e coerência são pressupostos da racionalidade de todas as ciências. Os inúmeros problemas sistemático-conceituais dos direitos fundamentais demonstram o importante papel da dimensão analítica no âmbito de uma ciência prática dos direitos fundamentais que pretenda cumprir sua tarefa de maneira racional [...] Uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria inserida no contexto das três dimensões e voltada à tarefa prática da ciência jurídica. (ALEXY, 2011, pp. 317-38)

Ressalte-se que enquanto Alexy cita essa necessidade de juízos de valor, nos casos mais difíceis, devido à insuficiência do material normativo, Habermas (2010, pp. 281-282) advoga tanto pelo uso de argumentos de princípio, que são próprios do sistema do direito e, portanto, dão completude funcional a esse sistema, quanto por juízos de dever-ser, sob a ótica deontológica que é própria desse sistema.

Alexy (2011, pp. 32-49) considera a dimensão analítica, aquela que se preocupa com a clareza conceitual de qualquer área científica, como fundamental para a Ciência do Direito, mas deixa claro que sua teoria é construída de forma a integrar

três dimensões: a analítica, a empírica e a normativa. Nesse passo, sua primeira preocupação é estabelecer alguns conceitos com os quais trabalhará ao longo da obra Teoria dos Direitos Fundamentais. Inicialmente, o autor trata do conceito de normas de direitos fundamentais. Interessante notar, desde já, que Alexy diferencia normas de direitos fundamentais e direitos fundamentais:

a) **Direitos fundamentais:** para Alexy (2011, pp. 50-51) direitos fundamentais se referem sempre a direitos subjetivos³.

b) **Normas de direitos fundamentais:** são enunciados contidos no catálogo de direitos fundamentais, mesmo que a eles não corresponda nenhum direito subjetivo (ALEXY, 2011, pp. 50-51).

Em outras palavras, para Alexy uma *norma de direito fundamental* pode se referir a *direitos fundamentais* ou não. Porém, o autor (2011, p. 50-51) afirma que existe uma estreita relação entre direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais, pois direitos fundamentais são necessariamente garantidos por normas de direitos fundamentais, apesar de o conceito de normas de direitos fundamentais ser mais amplo que o conceito de direitos fundamentais.

Esclarecendo primeiramente o conceito de norma em geral no âmbito da Ciência do Direito, Alexy (2011, pp. 51-52) entende que o conceito de "norma" pode ser considerado um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, e propõe um modelo semântico do conceito de norma, que segundo o autor é suficiente para construir a base das suas análises e, de outro lado, compatível com o maior número possível de teorias sobre validade de normas.

O modelo semântico de norma parte da diferenciação entre *norma* e *enunciado normativo*, sendo que uma *norma* é o significado de diversos significantes, e como exemplo de significantes Alexy (2011, pp. 53-54) cita um *enunciado* e *a luz de um semáforo*.

³ Ver também: ALEXY, 2011, p. 111.

Enunciado normativo. Alexy (2011, pp. 53-54) não dá um conceito de "enunciado normativo" (ALEXY, 2011, pp. 53-54), mas o autor cita exemplos do que seja, e afirma categoricamente que uma norma é o significado de um enunciado:

Um exemplo de enunciado normativo seria o seguinte texto: (1) "Nenhum alemão pode ser extraditado (art. 16, § 2º, 1, da Constituição alemã)". Esse enunciado expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão. Que é proibido que um alemão seja extraditado é o que significa o enunciado "nenhum alemão pode ser extraditado". (ALEXY, 2011, pp. 53-54)

Portanto, é possível inferir que um *enunciado* é equivalente a um texto, e um *enunciado normativo*, um texto que expressa uma norma. Por sua vez, os enunciados normativos podem ser de três tipos⁴: enunciados deônticos, enunciados imperativos e enunciados indicativos sem expressões deônticas. Alexy (2011, pp. 56-57) alerta que nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, pois este é apenas uma espécie daquele, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico.

Norma em geral. Para Alexy (2011, p. 54), *norma* é o significado de um *enunciado normativo* e, portanto, uma "mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos" (ALEXY, 2011, p. 54). Deve-se atentar, porém, que a expressão de uma norma pode se dar sem a utilização de enunciados, como é o caso das luzes de um semáforo, por isso Alexy (2011, p. 54), classifica o conceito de norma como um conceito primário em relação ao conceito de enunciado normativo, recomendando, inclusive, que os critérios de identificação de uma norma sejam buscados no nível da norma, em vez de serem buscados no nível do enunciado normativo. A formulação de tais critérios pode ser formulada com o auxílio das

⁴ Em resumo Alexy explica o seguinte: (a) Enunciados deônticos: enunciados caracterizados pelo uso de *expressões deônticas* como as expressões "permitido", "proibido" e "devem". Outra expressão deôntica é a expressão "tem direito a", sendo que esta é uma modalidade deôntica complexa. Todo enunciado deôntico é um enunciado normativo, mas nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico. Porém, todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico. Exemplos de enunciados deônticos: "nenhum alemão *pode* ser extraditado", "é *proibido* extraditar alemães", "alemães não *podem* ser extraditados"; "todos os alemães têm direito de formar associações e sociedades (art. 9º, § 1, da Constituição alemã)". (b) Enunciados imperativos: Alexy não conceitua, apenas cita o seguinte exemplo desse tipo de enunciado: "jamais um alemão será extraditado!". Quando este tipo de enunciado expressar uma norma, sempre poderá ser transformado em um enunciado deôntico. (c) Enunciados indicativos sem expressões deônticas: Alexy novamente não conceitua, apenas cita o seguinte exemplo desse tipo de enunciado: "alemães não serão extraditados". Quando este tipo de enunciado expressar uma norma, sempre poderá ser transformado em um enunciado deôntico. (ALEXY, 2011, pp. 56-57)

modalidades deônticas, dentre as quais Alexy (2011, p. 54) destaca as modalidades básicas do *dever*, da *proibição*, e da *permissão*.

Em resumo, para identificação de uma norma é necessária (ALEXY, 2011, pp. 55-56):

- (1) a identificação de um conteúdo de significado que inclua uma modalidade deôntica;
- (2) o recurso a considerações pragmáticas para identificação de normas, relacionadas ao contexto, como outros enunciados que estejam conectados a um determinado enunciado, e também o uso desse enunciado, para identificar as circunstâncias e regras de sua utilização.

Alexy (2011, pp. 58-60) entende que o conceito semântico de norma é bastante funcional, pois é adequado para responder questões como "saber se duas normas são logicamente compatíveis, quais são as consequências de uma norma, como interpretá-la e aplicá-la, se ela é válida e, algumas vezes, se a norma, quando inválida deveria ser válida" (ALEXY, 2011, p. 59), e essa funcionalidade maior se deve ao fato de que o conceito semântico de norma não considera elementos relativos à validade⁵. Na verdade, o conceito semântico de norma, além de ser compatível com as várias teorias da validade⁶, é também pressuposto por essas teorias (ALEXY, 2011, pp. 60-62).

Assim, pode-se dizer que para Alexy o conceito semântico de normas permite que se construa cada teoria de validade e seus respectivos critérios, justamente por

⁵ Alexy exemplifica com o conceito de norma de Alf Ross para quem norma é "uma diretiva que corresponde a certos fatos sociais de tal forma que o modelo de conduta expresso na norma é geralmente seguido pelos membros da sociedade, e é encarado por eles como vinculante (válido)" (ALEXY, 2011, p. 58)

⁶ Alexy explica que teoria da validade se refere a qualquer "teoria que forneça critérios para se saber quando uma norma é válida" (ALEXY, 2011, p. 60), e cita três exemplos de teorias de validade: (a) Teoria sociológica da validade: faz menção a fatos sociais. São citados como exemplos Alf Ross, cujo critério de validade é a "obediência regular à prescrição normativa, aliada a um sentimento de vinculação" (ALEXY, 2011, p. 60); e Theodor Geiger que faz referência a "alternativa entre cumprimento e sanção para o não-cumprimento" (ALEXY, 2011, p. 60). (b) Teoria jurídica da validade: menciona a edição da norma "por uma autoridade, cuja competência deriva de uma norma de nível superior" (ALEXY, 2011, p. 61). Exemplo citado é a teoria de Kelsen que faz menção à norma fundamental. (c) Teoria ética da validade: faz remissão a uma razão moral como fundamento de validade. O exemplo utilizado é o de Kant, que faz referência a uma "lei natural". (ALEXY, 2011, pp. 60-61)

isolar o conceito de norma e enunciado normativo, além de distinguir o conceito de *enunciados sobre validade normativa*⁷ que segundo Alexy (2011, p. 63), "têm por objetivo informar quais normas são válidas" (ALEXY, 2011, p. 63). O conceito semântico de norma, possibilitando que se formule a ideia de norma de forma isolada, permite construir as diversas teorias e critérios, inclusive teorias e critérios de validade referentes à ordem jurídica vigente. Em resumo, para Alexy, em qualquer teoria sobre o direito, o ponto de partida é a ideia de norma, conforme isolada no conceito semântico de norma. Isso reforça inclusive a afirmação de Alexy de que o conceito de norma é conceito primário em relação ao conceito de enunciado normativo.

Norma de direito fundamental. Até aqui tratou-se de normas em geral na teoria de Robert Alexy, para que, a seguir, se possa refletir especificamente sobre normas de direito fundamental. Interessante notar que Alexy tem uma preocupação muito grande com a dimensão analítica da teoria que ele constrói, que é exatamente a dimensão que se preocupa com a clareza dos conceitos. Assim, seguindo a sua premissa de que a teoria dos direitos fundamentais que ele formula é uma teoria baseada num ordenamento jurídico determinado, no caso o ordenamento alemão, Alexy (2011, p. 65) deixa claro que a questão "o que são normas de direitos fundamentais" (ALEXY, 2011, p. 65) que ele propõe não é uma pergunta abstrata, pois não se presta a identificar os critérios do que sejam direitos fundamentais em qualquer ordenamento jurídico. Na verdade, a formulação dessa pergunta é concreta, pois questiona quais são as normas de direitos fundamentais num determinado ordenamento jurídico, pois o objeto de Alexy é uma *teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã*, portanto de uma Constituição determinada.

7 Quando se quer informar qual a norma é válida, isso é feito por meio de um enunciado. Esses enunciados que informam quais são as normas válidas são chamados enunciados sobre validade normativa. Para emitir esse enunciado é necessário levar em consideração algumas condições ou contextos (por isso Alexy diz que adentra-se o âmbito da pragmática). Essas condições ou contextos, no caso, são os critérios de validade pressupostos. Por isso, dependendo dos critérios de validade (sociológico, jurídico, ético) podem ser expressas normas diferentes com esse tipo de enunciado. Alexy explica que normalmente os casos não dizem respeito a critérios sociológicos (obediência fática de uma regra) ou éticos (o que é obrigatório ou permitido a partir de considerações racionais), mas referem-se a critérios jurídicos de validade (o que é determinado no âmbito do ordenamento jurídico pressuposto). Esse tipo de enunciado que diz respeito a critérios jurídicos (o que é determinado no âmbito do ordenamento jurídico pressuposto) é passível de análise quanto a sua veracidade (se são falsos ou verdadeiros). Enunciados sobre validade normativa que pressupõem critérios jurídicos (o que é determinado no âmbito do ordenamento jurídico pressuposto), não costumam gerar grandes dificuldades. (ALEXY, 2011, pp. 63-64)

Por conseguinte, à pergunta "que são normas de direitos fundamentais da Constituição alemã", Alexy (2011, p. 65) afirma que poderia ser dada uma resposta simples: normas de direitos fundamentais são as normas expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são somente os enunciados presentes no texto da Constituição alemã. Entretanto, Alexy não entende que essa seja a resposta ideal.

Para Alexy (2011, pp. 65-66) essa resposta simples apresenta dois problemas:

a) Pressuposição de um critério identificador: é a pressuposição de que exista um critério que permita diferenciar os enunciados da Constituição alemã entre (I) os que expressam normas de direitos fundamentais e (II) os que não expressam, "já que nem todos os enunciados da Constituição alemã expressam direitos fundamentais" (ALEXY, 2011, p. 65).

b) Exclusividade das normas expressas: "consiste em saber se, de fato, aos direitos fundamentais da Constituição alemã pertencem somente aquelas normas expressas diretamente por enunciados da própria Constituição alemã" (ALEXY, 2011, p. 65-66).

Alexy (2011, p. 66) afirma que na formulação desses dois problemas o conceito de enunciado da Constituição alemã tem papel central. Enunciado da Constituição alemã se refere aos textos de artigos dessa Constituição, e segundo Alexy (2011, p. 66) quando um *enunciado* expressa uma *norma* ele é um *enunciado normativo*, sendo este o caso de todos os artigos da Constituição Alemã. Ou seja, todo artigo da Constituição Alemã é um enunciado da Constituição alemã, e todo enunciado da Constituição alemã é um enunciado normativo, já que expressa uma norma.

Disposição (enunciado) de direito fundamental. Usando como exemplo o enunciado da Constituição alemã "Nenhum alemão pode ser extraditado" (art. 16, § 2º, 1), Alexy (2011, p. 66) explica que este enunciado expressa uma norma e, portanto, é um enunciado normativo. Conforme Alexy (2011, p. 66), a norma expressa no enunciado do exemplo acima é uma norma de direito fundamental, e

por isso esse enunciado pode ser chamado de "enunciado normativo de direito fundamental" (ALEXY, 2011, p. 66). Porém, no lugar de "enunciado normativo de direito fundamental" (ALEXY, 2011, p. 66), Alexy prefere utilizar a expressão "disposição de direito fundamental" (ALEXY, 2011, p. 66). Em resumo, disposição de direito fundamental (ou enunciado normativo de direito fundamental) é um enunciado que expressa uma norma de direito fundamental.

Alexy (2011, p. 66), então coloca a seguinte questão que considera central: "o que faz com que um enunciado da Constituição alemã seja uma disposição de direito fundamental? A resposta a essa pergunta pode basear-se em aspectos substanciais, estruturais e/ou formais" (ALEXY, 2011, p. 66). O autor rejeita os aspectos substanciais e estruturais⁸, pois considera mais conveniente que o conceito de norma de direito fundamental se baseie em um critério formal, ou seja, relativo à

⁸ Sobre tais aspectos: a) Aspectos substanciais e estruturais: um exemplo de associação entre elementos substanciais e estruturais é a definição de Carl Schmitt, para quem direitos fundamentais são "apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição". Alexy entende que ao estatuir que um direito constitui o "fundamento do próprio Estado", Schmitt expressa uma definição de direito fundamental baseada em um aspecto substancial. Logo vai depender do tipo de Estado. No Estado Liberal, por exemplo, somente os direitos individuais de liberdade são fundamento desse tipo de Estado. Conforme o próprio Alexy o aspecto substancial "vincula de antemão o conceito de direito fundamental a uma determinada concepção de estado", ou seja, o aspecto substancial está vinculado ao tipo de Estado que se pretende fundamentar. Alexy exemplifica que seria preciso saber qual a concepção de Estado veiculada pela Constituição alemã. É o próprio Alexy quem responde essa questão dizendo que não há um consenso para se afirmar qual é a concepção de Estado da Constituição Alemã, e essa dificuldade seria um inconveniente dessa concepção substancial. Alexy afirma ainda que essa concepção de Carl Schmitt é, ao mesmo tempo, estrutural. Ou seja, depois de encontrado o tipo de Estado que se quer fundamentar, haveria direitos com uma determinada estrutura que seriam capazes de fundamentar esse Estado. Apenas os direitos com aquela determinada estrutura seriam considerados fundamentais. Perceba-se que a definição de Carl Schmitt não é puramente estrutural, pois a estrutura dos direitos tidos como fundamentais já sofreu uma limitação prévia decorrente do aspecto substancial, ou seja, do tipo de Estado que se quer fundamentar. Por exemplo, se a concepção de um Estado fosse a de Estado Liberal (aspecto substancial), em decorrência disso somente direitos individuais de liberdade fundamentariam esse estado; logo, somente os direitos que tivessem uma estrutura de direitos individuais de liberdade seriam direitos fundamentais. b) Aspecto puramente estrutural: Uma definição de norma de direito fundamental puramente estrutural seria, conforme exemplo de Alexy, uma definição que considerasse direitos fundamentais apenas aquelas "disposições da Constituição alemã que, de alguma forma, garantam direitos subjetivos" [...] "De acordo com esse critério puramente estrutural, o art. 7º, 1, da Constituição alemã ("Todo o sistema escolar está sob a supervisão estatal") não conteria uma disposição de direito fundamental e, por conseguinte, não expressaria uma norma de direito fundamental". Porém, Alexy também rejeita o critério estrutural por dois motivos. Primeiramente, mesmo uma definição de norma de direito fundamental baseada num aspecto puramente estrutural apresenta um inconveniente, isso porque algumas normas que possuem "estreita conexão sistemática e textual com normas que garantem direitos subjetivos" não seriam consideradas como normas de direito fundamental. Além disso, para Alexy, a constatação fática de que expressões como "norma de direito fundamental" ou "disposição de direito fundamental" estão sedimentadas na dogmática alemã como referentes a essas outras normas que possuem estreita conexão com as normas que garantem direitos subjetivos, é também suficiente para que se rejeite o critério estrutural. (ALEXY, 2011, pp. 67-68)

forma de positivação desse direito (ALEXY, 2011, pp. 67-68). A partir desse critério Alexy (2011, p. 68) identifica como *disposições* de direitos fundamentais:

a) "todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intituladas 'Os Direitos Fundamentais' (artigos 1º a 19), independente daquilo que por meio delas seja estabelecido" (ALEXY, 2011, p. 67).

b) catálogo de direitos do artigo 93, § 1º, 4a, da Constituição alemã⁹, que autorizam o recurso à reclamação constitucional. Assim, inserem-se aqui as disposições garantidoras de direitos individuais dos artigos 20, § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104 da Constituição alemã.¹⁰

Alexy (2011, p. 69) resume: "*normas de direitos fundamentais* são as normas diretamente expressas por essas disposições" (ALEXY, 2011, p. 69). A partir do critério formal, provisoriamente (já que Alexy ainda vai desenvolver um pouco mais a definição de normas de direitos fundamentais), Alexy (2011, p. 68-69) define que normas de direitos fundamentais seriam aquelas normas diretamente expressas pelas disposições de direitos fundamentais, que, por sua vez, são: (I) aquelas contidas nos artigos 1º a 19 (capítulo da Constituição alemã intitulado "Os Direitos Fundamentais"); e (II) as disposições garantidoras de direitos individuais dos artigos 20, § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104 da Constituição alemã.

⁹ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: "Artigo 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal]. § 1º. O Tribunal Constitucional Federal decide: [...] 4 a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104". Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Visualizada em: 06 de abril de 2014.

¹⁰ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: I. Os direitos fundamentais. Art. 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]; Art. 2 [Direitos de liberdade]; Art. 3 [Igualdade perante a lei]; Art. 4 [Liberdade de crença e de consciência]; Art. 5 [Liberdade de opinião, de arte e ciência]; Art. 6 [Matrimônio – Família – Filhos]; Art. 7 [Ensino]; Art. 8 [Liberdade de reunião]; Art. 9 [Liberdade de associação e coalizão]; Art. 10 [Sigilo da correspondência, da comunicação postal e da telecomunicação]; Art. 11 [Liberdade de locomoção e de domicílio]; Art. 12 [Liberdade de escolha da profissão]; Art. 12 a [Serviço militar e serviço civil obrigatórios]; Art. 13 [Inviolabilidade do domicílio]; Art. 14 [Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação]; Art. 15 [Socialização]; Art. 16 [Nacionalidade – Extradicação]; Art. 16 a [Direito de asilo]; Art. 17 [Direito de petição]; Art. 17 a [Restrição dos direitos fundamentais em casos especiais]; Art. 18 [Perda dos direitos fundamentais]; Art. 19 [Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial]. II. A Federação e os Estados; Art. 20 [Princípios constitucionais - Direito de resistência]; Art. 33 [Igualdade de direitos cívicos dos alemães - Serviço público]. III. O Parlamento Federal. Art. 38 [Eleições]. IX. O Poder Judiciário. Art. 101 [Proibição de tribunais de exceção]; Art. 103 [Direitos fundamentais perante os tribunais]; Art. 104 [Privação da liberdade]. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Visualizada em: 06 de abril de 2014.

Essas definições de *disposições de direitos fundamentais* e de *normas de direitos fundamentais*, segundo Alexy (2011, p. 69), "são adequadas para uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã" (ALEXY, 2011, p. 69), pois têm quatro vantagens:

- (1) elas se apóiam da forma mais estreita possível na Constituição alemã;
- (2) sem que, com isso, excluam considerações de caráter mais geral;
- (3) por meio delas não escolhem de antemão teses substanciais e estruturais; e
- (4) elas abrangem, em grande medida, as disposições às quais se costuma atribuir, no debate sobre o tema, um caráter de direito fundamental. (ALEXY, 2011, p. 69)

Provisoriamente, conforme o que se extraiu da teoria de Alexy (2011, p. 69) até aqui, normas de direito fundamental são apenas as normas expressas diretamente por disposições de direitos fundamentais da Constituição alemã, contudo o autor entende que tal conceito é muito estreito, e introduz o conceito de *normas de direitos fundamentais atribuídas*. Para explicar sua posição Alexy (2011, p. 69) analisa o art. 5º, § 3º, 1 da Constituição Alemã, cujo texto é o seguinte: (2) "A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres". O autor afirma que tal enunciado, como todo direito fundamental, é diretamente aplicável, sendo, portanto, um enunciado normativo, e não um enunciado descritivo, por isso o significado desse enunciado pode ser formulado através dos seguintes enunciados deônticos (ALEXY, 2011, pp. 69-70):

"(2') É obrigatório que a ciência, a pesquisa e o ensino sejam livres" (ALEXY, 2011, p. 69).

"(2'') A ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres" (ALEXY, 2011, p. 70).

Para Alexy (2011, p. 70), esses três enunciados - (2), (2') e (2'') - expressam a mesma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, porém essa norma é "extremamente indeterminada" (ALEXY, 2011, p. 70). A indeterminação dessa norma é de duas espécies, ou seja, essa norma é tanto (a) semanticamente aberta, quanto (b) estruturalmente aberta:

(a) Abertura Semântica: deriva da indeterminação dos termos, como “ciência”, “pesquisa” e “ensino”, e essa indeterminação pode ser enfrentada por meio do estabelecimento de regras semânticas, como as criadas pelo Tribunal Constitucional Federal¹¹.

(b) Abertura Estrutural: conforme Alexy (2011, p. 71) essa abertura é característica de várias disposições de direitos fundamentais e pode ser identificada pela impossibilidade de se determinar¹²: (I) se uma determinada norma exige uma ação estatal ou se exige uma abstenção estatal, e; (II) se a existência ou realização da situação descrita no enunciado pressupõe ou não existência de direitos subjetivos.

Alexy (2011, p. 71) exemplifica com a decisão de Tribunal Constitucional Federal sobre a lei provisória sobre ensino superior integrado na Baixa Saxônia, que responde as questões (I) e (II) da seguinte forma:

¹¹ Alexy (2011, p. 70) exemplifica com o caso em que o Tribunal Constitucional Federal estabelece "que atividade científica é tudo aquilo que, por seu conteúdo e forma, pode ser encarado como uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade" (ALEXY, 2011, p. 70), ou quando afirma que não se trata de atividade científica quando "conhecimentos obtidos de forma contemplativa são adotados pelo programa de um partido político - ou seja, de um grupo que, por sua natureza, pretende participar de forma ativa na vida político-estatal - e que os utiliza como razões determinantes de sua ação política" (ALEXY, 2011, p. 70). Alexy (2011, p. 70) exemplifica usando a primeira regra mencionada e constrói a seguinte formulação: "(3) Tudo aquilo que, por seu conteúdo e forma, é uma tentativa séria e planejada de desenvolvimento da verdade é ciência" (ALEXY, 2011, p. 70). Juntando (2") com (3) Alexy formula o seguinte: "(4) Aquilo que, por seu conteúdo e forma, é uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade deve ser livre" (ALEXY, 2011, p. 70). Este enunciado (4), segundo Alexy (2011, p. 70), expressa uma norma.

¹² Alexy (2011, p. 71) exemplifica com a decisão de Tribunal Constitucional Federal sobre a lei provisória sobre ensino superior integrado na Baixa Saxônia, que responde as questões (I) e (II) da seguinte forma: (5) "O Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e sua transmissão às gerações futuras por meio da disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais" (ALEXY, 2011, p. 71); (6) "Todo aquele que atua na área científica, de pesquisa e de docência - respeitado o dever do art. 5º, § 3º, 2, da Constituição alemã - tem o direito à defesa contra qualquer interferência estatal no processo de obtenção e transmissão de conhecimentos científicos". Alexy (2011, p. 71) afirma que os enunciados (5) e (6), transcritos no corpo do texto da dissertação, expressam normas, mas a questão é saber: esses enunciados expressam normas de direitos fundamentais? Alexy explica que uma posição contrária a que eles expressem normas de direitos fundamentais é que se, por exemplo, o art. 5º, §3º for interpretado exclusivamente como uma proibição de afetação negativa não se vai contra o disposto nesse dispositivo (I), mas a norma extraída de (5) terá que ser negada. Porém, "o texto dessa disposição [art. 5º, § 3º, 1] isoladamente considerado, não fornece dados adicionais sobre a garantia de um direito subjetivo" (ALEXY, 2011, p. 71) (II), e nesse caso a validade da norma extraída de (6) também é colocada em dúvida. Logo, segundo Alexy, a interpretação de que são normas de direitos fundamentais apenas as normas diretamente expressas no texto constitucional, levaria à concluir que, no que diz respeito a ciência, pesquisa e ensino, existiria somente a norma de direito fundamental expressa no art. 5º, § 3º, 1, que poderia ser expressa como (2"): "(2") A ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres" (ALEXY, 2011, p. 71). Alexy (2011, p. 72) admite que essa resposta não pode ser considerada errada, mas afirma que a interpretação de que (5) e (6) também são normas de direitos fundamentais tem argumentos mais fortes a seu favor.

(5) "O Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e sua transmissão às gerações futuras por meio da disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais" (ALEXY, 2011, p. 71).

(6) "Todo aquele que atua na área científica, de pesquisa e de docência - respeitado o dever do art. 5º, § 3º, 2, da Constituição alemã - tem o direito à defesa contra qualquer interferência estatal no processo de obtenção e transmissão de conhecimento científicos" (ALEXY, 2011, p. 71).

Advogando a favor de que se admita que (5) e (6) também são normas de direitos fundamentais, Alexy (2011, p. 72) argumenta que para decidir um caso como o da lei provisória sobre o ensino da Baixa Saxônia é preciso eliminar a indeterminação estrutural dessa norma, e para isso é necessário recorrer às normas (5) e (6), o que demonstra a necessidade de tais normas para que se possa aplicar a norma expressa pelo texto constitucional a casos concretos. "Se normas desse tipo não fossem aceitas, não ficaria claro o que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o texto constitucional (isto é, de acordo com a norma por ele diretamente expressa)" (ALEXY, 2011, p. 72). Esse tipo de relação entre as normas (5) e (6) e o texto constitucional é denominado, por Alexy (2011, p. 72), de relação de refinamento.

Resumindo, Alexy admite que essas normas criadas para reduzir a indeterminação estrutural de uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida na Constituição, também são normas de direitos fundamentais, e que existe entre elas uma relação de refinamento.

Além disso, Alexy (2011, p. 72) explica que existe uma segunda relação entre o texto constitucional e a norma que ele diretamente expressa, chamada relação de fundamentação: "trata-se de uma relação de fundamentação entre a norma a ser refinada e a norma que a refina" (ALEXY, 2011, p. 72). Ou seja, a norma a ser refinada é o fundamento da norma que a refina.

Normas de direito fundamental atribuídas. As normas (4), (5) e (6) são denominadas por Alexy (2011, p. 73) de normas de direito fundamental atribuídas, pois *não* são diretamente estabelecidas no texto constitucional pelas disposições de direitos fundamentais. Em outras palavras, as normas estabelecidas pelo Tribunal Constitucional, sejam as que reduzem a indeterminação semântica das normas de direito fundamental diretamente estabelecidas na Constituição, sejam as que reduzem a indeterminação estrutural dessas mesmas normas, são normas de direito fundamental, de um tipo: normas de direito fundamental atribuídas.

Portanto, conclui Alexy (2011, p. 73) que existem dois tipos de normas de direito fundamental:

- Normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional (pelas disposições de direitos fundamentais);
- Normas de direito fundamental atribuídas.

Entretanto, Alexy (2011, p. 73) aponta problemas em se qualificar normas atribuídas como normas de direito fundamental. Alexy explica que diversas normas são atribuídas às normas estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais, e as discussões surgem, em sua maioria, em torno de quais normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional.

Alexy entende que esse problema só pode ser superado se existir um critério para diferenciar entre as normas que podem ser atribuídas, aquelas que realmente são normas de direitos fundamentais, e tal critério é a fundamentação correta referida a direitos fundamentais (critério normativo)¹³, sustentada por meio da *argumentação*.

¹³ Um outro critério apontado por Alexy é o *critério empírico*, segundo o qual “normas de direitos fundamentais atribuídas são aquelas que são de fato atribuídas pela jurisprudência e pela Ciência do Direito às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional” (ALEXY, 2011, p. 74). Entretanto, Alexy (2011, p. 74) entende que esse critério não é adequado pois a simples referência ao que já foi decidido ou afirmado, apesar de relevante, não são suficientes. Ainda dentro do critério empírico pode-se recorrer à validade da norma atribuída. Entretanto, Alexy (2011, p. 74) alerta que nenhum dos critérios de validade (jurídico, sociológico ou ético) permitem identificar uma norma atribuída como de direito fundamental. O critério de validade jurídico não permite identificar a posituação de uma norma atribuída, ao contrário das normas diretamente estabelecidas para as quais basta fazer referência à sua posituação. Além disso, “que uma norma seja válida social [critério de validade social] ou eticamente [critério de validade ético] não significa que ela possa ser corretamente atribuída a uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida” (ALEXY, 2011, p. 74).

O *critério normativo* (correção/fundamentação racional) estabelece que uma norma atribuída é válida e de direito fundamental quando for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais* (ALEXY, 2011, p. 74). Pode-se inferir que esta proposta de Alexy se baseia na *determinação semântica*, na *relação de fundamentação*, na *relação de refinamento* e na *aceitação racional*, tudo pela via da argumentação jurídica.

Segundo Alexy (2011, p. 74) o critério normativo leva em consideração os três critérios de validade (jurídico, sociológico e ético), pois dá importância ao papel dos seguintes itens na *fundamentação referida a direitos fundamentais*:

- ao texto das disposições de direitos fundamentais (critério de validade jurídico);
- aos precedentes do Tribunal Constitucional Federal (critério de validade social);
- e aos argumentos práticos gerais (critério de validade ético).

Como resume Alexy (2011, p. 74): saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental, depende da argumentação referida a direitos fundamentais que sustente essa norma.

Entretanto, Alexy (2011, p. 74) suscita um problema em relação ao critério normativo, o de que "a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais é algo discutível" (ALEXY, 2011, p. 74). Isso porque, para Alexy (2011, p. 74) as regras de fundamentação referidas a direitos fundamentais, como ocorre, de forma geral com as regras de fundamentação jurídica, não definem um procedimento que leve sempre a um mesmo resultado. Além disso, essas próprias regras estão em conflito, e isso torna incertas quais normas atribuídas são de direitos fundamentais (ALEXY, 1993, p. 72).

Mas Alexy (2011, p. 75) argumenta que essa incerteza não é tão séria, pois ela não atinge na mesma medida todas as normas atribuídas. Além disso, ainda que não se utilize o conceito de norma de direito fundamental atribuída, o problema do que deve valer conforme as disposições de direitos fundamentais permanece com a mesma intensidade, pois é incontornável.

Parece que Alexy admite que esse conceito de norma de direito fundamental atribuída e os critérios que ele associa para sua identificação, não elimina a incerteza do que pode ser aceito entre as possíveis normas atribuídas como norma de direito fundamental. Para identificar as possíveis normas atribuídas como norma de direito fundamental, Alexy recorre à fundamentação argumentativa, baseada (I) no texto das disposições de direitos fundamentais (critério de validade jurídico), (II) nos precedentes do Tribunal Constitucional Federal (critério de validade social), (III) e aos argumentos práticos gerais (critério de validade ético). Mas por fim, Alexy admite que o máximo que se consegue com tal conceito de norma de direito fundamental atribuída e essa forma de identificação do que seja normas de direito fundamental é reduzir a incerteza do que seja uma norma de direito fundamental atribuída, e não eliminá-la.

Apesar de até então relacionar o critério da correta fundamentação referida a direitos fundamentais ao conceito de normas de direitos fundamentais atribuídas, Alexy (2011, pp. 75-76) explica que esse critério pode ser estendido também às normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas, podendo, portanto, ser generalizado. A partir dessa generalização quanto ao uso desse critério, Alexy (2011, p. 76) fornece um conceito de normas de direitos fundamentais. Logo, "normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais" (ALEXY 2011, p. 76). Sendo que, para normas diretamente estabelecidas é geralmente suficiente a referência ao texto constitucional (critério de validade jurídico), o que a diferencia das normas atribuídas, que exigem os três critérios de validade (jurídico, social e ético) (ALEXY 2011, p. 76).

Em resumo, Alexy (2011) construiu um conceito de norma de direito fundamental como o significado extraído de uma disposição de direito fundamental, podendo ser uma norma diretamente estabelecida ou atribuída a esse tipo de disposição, e tal norma é estabelecida por meio de uma argumentação que está vinculada ao critério da correta fundamentação referida às disposições de direitos fundamentais estabelecidas no texto constitucional alemão, que, por sua vez, são: (I) aquelas contidas nos artigos 1º a 19 (capítulo da Constituição alemã intitulado "Os Direitos

Fundamentais”); e (II) as disposições garantidoras de direitos individuais dos artigos 20, § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104 da Constituição alemã. Além disso, a correta fundamentação deve considerar os seguintes elementos (I) no texto das disposições de direitos fundamentais (critério de validade jurídico), (II) nos precedentes do Tribunal Constitucional Federal (critério de validade social), (III) e aos argumentos práticos gerais (critério de validade ético).

Construído o conceito de norma de direito fundamental de Alexy, passa-se a resgatar o que ele denomina estrutura das normas de direitos fundamentais. Entre as possíveis teorias sobre diferenciações estruturais, o autor considera mais importante a teoria sobre a distinção entre regras e princípios: “essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 85). Alexy (2011, p. 85), critica a falta de uma distinção precisa entre regras e princípios, por entender que essa distinção é a base para uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, sobre colisões entre esses direitos, e sobre o papel desses direitos no sistema jurídico, além de ser um ponto de partida para responder a pergunta sobre a possibilidade e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Alexy (2011, pp. 86-87) admite que a distinção entre regras e princípios não é algo novo, mas afirma que predomina, em relação a essa distinção, falta de clareza e polêmica, devido à variedade de critérios distintivos, à imprecisão na delimitação em relação a outras coisas, como os valores, e à terminologia imprecisa, e, assim, o autor estabelece uma primeira premissa para essa distinção: “Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma”. Alexy (2011, p. 87) explica que ambos dizem o que deve ser, e podem ser formulados utilizando-se expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição, pois princípios e regras são “juízos concretos de dever-ser” (ALEXY, 2011, p. 87).

O autor acredita que entre os diversos critérios utilizados para distinguir entre regras e princípios, provavelmente o mais utilizado é o critério da generalidade, segundo o qual (ALEXY, 2011, p. 87):

- a) princípios: são normas com grau de generalidade relativamente alto (exemplo é a norma que garante a liberdade de crença);
- b) regras: são normas com grau de generalidade relativamente baixo (exemplo é a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença).

Porém, Alexy (2011, pp. 90-91) entende que entre regras e princípios existe uma diferença gradual e qualitativa:

a) princípios: "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" (ALEXY, 2011, p. 90). São mandamentos de otimização, cuja característica é (I) poderem ser satisfeitos em graus variados, e (II) que a medida de sua satisfação depende tanto das possibilidades jurídicas¹⁴ quanto fática.

b) regras: "se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível" (ALEXY, 2011, p. 91)

Importante destacar inicialmente que Alexy faz questão de diferenciar a partir da própria terminologia os casos de "colisão" e os casos de "conflitos". A "colisão" ocorre entre "princípios", enquanto "conflito" ocorre entre regras, e ambos, apesar de aspectos comuns, são bastante diferentes: em comum o fato de que tanto no caso de "colisão" entre princípios quanto no caso de "conflito" entre regras, se está diante de normas que isoladamente aplicadas levariam a resultados contraditórios; porém eles se diferenciam pela forma de solucionar essa contradição (ALEXY, 2011, pp. 91-92).

O conflito entre regras pode ser solucionado somente de duas formas:

1) **Cláusula de exceção:** introduz-se uma cláusula de exceção que elimine o conflito (ALEXY, 2011, p. 92). Alexy (2011, p. 92) exemplifica com a regra de "proibição de

¹⁴ Possibilidade jurídica diz respeito a relação entre o que é exigido por um princípio e aquilo que é exigido por um princípio colidente (ALEXY, 2011, pp. 167-168).

sair da sala de aula antes que o sinal toque” (ALEXY, 2011, p. 92) e a regra do “dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio”, e explica que se o alarme de incêndio soar antes do sinal ter-se-iam resultados diferentes a partir das duas regras, ou, como prefere Alexy, “juízos concretos de dever-ser contraditórios” (ALEXY, 2011, p. 92). Porém, nesse caso é possível a introdução na regra do alarme de uma cláusula de exceção para a situação do alarme de incêndio, possibilitando que ambos os juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos (ALEXY, 2011, p. 92).

2) **Declaração de invalidade:** somente se não for possível a introdução de uma cláusula de exceção, é que se terá que declarar uma das regras inválida (ALEXY, 2011, p. 92). O conceito de validade jurídica não é graduável, como no caso do conceito de validade social¹⁵ (uma norma poderia ter validade social maior que outra por ser mais obedecida faticamente) ou de importância da norma¹⁶, pois ou uma norma jurídica é válida juridicamente ou não é válida juridicamente, e a validade jurídica da consequência de uma regra é decorrente da validade jurídica da própria regra (ALEXY, 2011, p. 92). Logo, no caso concreto em que é possível a aplicação de duas regras cujos juízos concretos de dever-ser (consequências) são contraditórios entre si, se não for possível resolver essa contradição pela introdução da cláusula de exceção, então deve-se declarar uma das regras inválida (ALEXY, 2011, p. 92).

Conforme Alexy (2011, p. 93), para resolver qual regra deverá ser declarada inválida, pode-se utilizar “regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito” (ALEXY, 2011, p. 93). Como exemplo do caso de *declaração de invalidade*, Alexy (2011, p. 93) cita o caso em que o Tribunal Constitucional Federal resolveu um conflito entre duas regras, sendo uma derivada do direito federal, e pela qual a abertura de lojas nos dias úteis era permitida entre as 7h e 19h, e a outra regra, derivada do direito estadual do Estado de Baden, e pela qual era proibida a

¹⁵ Sobre validade social ver: ALEXY, 2011, pp. 60-61.

¹⁶ Na versão em inglês “substantive importance” (ALEXY, 2010, p. 49). Na versão espanhola “importancia” (ALEXY, 1993, p. 88). Considerando o contexto em que esse critério é inserido e o exemplo que o autor apresenta logo em seguida, entende-se que Alexy se refere ao critério hierárquico.

abertura de lojas após as 13h nas quartas-feiras. O Tribunal Constitucional Federal se utilizou da norma sobre conflitos prevista no art. 31 da Constituição alemã, segundo a qual “o direito federal tem prioridade sobre o direito estadual”, e entendeu que essa norma tornava impossível considerar a regra da lei estadual uma cláusula de exceção da regra de lei federal, restando, portanto, como solução a declaração de nulidade da norma de direito estadual (ALEXY, 2011, p. 93).

No caso de uma colisão de princípios, se um princípio permite algo e outro proíbe, um dos princípios terá que ceder, *sem que seja introduzida uma cláusula de exceção, e sem que o princípio que cedeu seja declarado inválido* (ALEXY, 2011, p. 93). Estas já são duas diferenças em relação às regras. Diante de determinadas condições determinado princípio tem precedência em face do outro, mas em outras condições essa ordem de precedência pode mudar. Alexy (1993, p. 88) explica que quando se diz que, nos casos concretos, prevalecem os princípios com maior peso, se quer dizer que esses princípios têm precedência em face de outros.

Completa Alexy (2011, p. 94), fazendo uma comparação, afirmando que enquanto os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade; no caso dos princípios, como somente princípios válidos podem colidir, as colisões ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. Resumindo, as regras são válidas ou não válidas. No caso das regras válidas, existem regras que ao entrarem em contradição com outras regras, não sendo possível a introdução de uma cláusula de exceção, serão declaradas inválidas, e para isso serão utilizados critérios como *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, e hierárquico. Já no caso dos princípios que são sempre válidos, ou seja, não podem em hipótese alguma ser declarados inválidos, a dimensão da validade não pode nem ser cogitada para resolução da colisão, o que requer que tais conflitos sejam resolvidos na dimensão do peso.

Para ilustrar a colisão entre princípios Alexy (2011, p. 94) se utiliza de duas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão: a decisão sobre a incapacidade processual e a decisão sobre o caso Lebach. Analisando a primeira decisão, Alexy explicará a (I) estrutura das soluções de colisões, enquanto pela análise da segunda

decisão Alexy explicará (II) sua concepção de que o resultado do sopesamento é uma norma de direito fundamental atribuída.

Estrutura das soluções de colisão. Alexy (2011, pp. 96-97) explica que a relação de precedência entre princípios não pode ser estabelecida em abstrato, pois nem mesmo o princípio da dignidade humana constitui exceção a essa ideia, portanto, a relação de prevalência somente pode ser encontrada no caso concreto, ou seja, a solução para a colisão entre princípios "consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto" (ALEXY, 2011, p. 96). O estabelecimento de relações de precedência condicionadas "consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro" (ALEXY, 2011, p. 96), no caso concreto.

O Tribunal Constitucional Federal alemão costuma utilizar a metáfora do *peso*, que na verdade quer dizer *razões suficientes*: "em um caso concreto o princípio P1 tem peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes no caso concreto" (ALEXY, 2011, p. 97). A condição de uma relação de precedência é ao mesmo tempo o suporte fático de uma regra (ou enunciado de preferência) formulada a partir do sopesamento, regra essa que Alexy (2011, p. 98) enuncia de forma genérica no seguinte formato: "se uma ação preenche as condições C, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida" (ALEXY, 2011, p. 98). Alexy (2011, p. 99) formula, então, o que denomina "lei de colisão", uma máxima criada por ele: "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro, constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência" (ALEXY, 2011, p. 99).

Por exemplo, analise-se o seguinte enunciado de preferência que Alexy (2011, p. 98) oferece para estudo: "se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, 1, da Constituição" (ALEXY, 2011, p. 98). Pode-se estabelecer o seguinte:

a) **Condição de precedência** do direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, 1, da Constituição: risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à saúde.

b) **Suporte fático** da regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência: risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à saúde *em um caso concreto*.

c) **Consequência jurídica** do princípio que tem precedência: proibição da audiência jurídica.

Resultados de sopesamentos como normas de direito fundamental atribuídas.

Alexy (2011, pp. 100-101) descreve que o Tribunal Constitucional Federal no caso Lebach desenvolveu sua argumentação em três etapas:

1ª Etapa: O Tribunal constatou a situação de tensão entre dois princípios: o princípio da proteção da personalidade, garantida pelo artigo 1º, § 1º, da Constituição alemã, e o princípio da liberdade de informar por meio de radiodifusão, conforme previsto no art. 5º, § 1º, 2. O primeiro princípio (P1) levaria à proibição de um programa que mencionaria nominalmente um dos envolvidos em um crime grave, que cumpria pena de prisão, mas que estava próximo de ser libertado. O segundo princípio (P2) levaria à permissão para exibição do programa.

2ª Etapa: O Tribunal sustentou a precedência geral ou básica da liberdade de informar (P2) quando se tratasse de uma "informação atual sobre fatos criminosos", o que para Alexy (2011, p. 101) significa: (I) que nem toda informação atual é permitida; (II) a regra ou o enunciado de preferência estabelecido também de forma geral está vinculado à condição de precedência geral, logo ao suporte fático geral, o que possibilita o estabelecimento de exceções para os casos em que não forem mantidas as mesmas condições. Ou seja, o Tribunal estabelece primeiramente, uma relação de preferência geral entre os princípios envolvidos no caso concreto, e também estabelece as condições dessa ordem de preferência.

3ª Etapa: Alexy (2011, p. 101-102) explica que o Tribunal Constitucional Federal estabelece condições em que o princípio de proteção da personalidade (P1) tem preferência sobre o princípio da liberdade de informar (P2). A condição de precedência é composta de quatro atributos do suporte fático: repetição, ausência de interesse atual pela informação, grave crime, risco de ressocialização. O enunciado de preferência ou regra poderia ser construída, segundo Alexy (2011, p. 102), com a seguinte formulação: “uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse atual pela informação (T2), sobre um grave crime (T3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 102)¹⁷.

Alexy (2011, p. 102) entende que essa regra ou enunciado de preferência é uma *norma de direito fundamental atribuída*, já que é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais, e essa regra permite que os elementos do caso concreto se subsumam a ela, como se fosse uma norma positiva. Com isso, Alexy (2011, p. 102) conclui que “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido” (ALEXY, 2011, p. 102). A partir disso, outra conclusão de Alexy (2011, p. 102) é que as normas de direitos fundamentais podem ter estrutura de princípios ou estrutura de regras.

Alexy (2011, pp. 103-104) entende que, quanto às consequências jurídicas, princípios e regras apresentam um caráter *prima facie*¹⁸, porém esse caráter é distinto entre princípios e regras:

¹⁷ Neste exemplo, parece que faltou a referência a norma de direito fundamental diretamente estabelecida nas disposições de direitos fundamentais, tendo o Alexy (2011, p. 102) utilizado a expressão genérica “é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 102), quando poderia ter usado “é proibida do ponto de vista do direito fundamental a proteção da personalidade”.

¹⁸ Quando Alexy fala do caráter *prima facie* dos princípios ele parece estar se referindo às consequências destes princípios. Ou seja, mesmo sendo aplicável a um caso concreto, as consequências jurídicas do que determina o princípio é apenas *prima facie* realizável. Inclusive, na nota de rodapé nº 42, da página 98, da obra Teoria dos direitos fundamentais, Alexy explica isso: “pode haver casos nos quais seja necessário excluir parte da consequência jurídica do princípio prevalente” (ALEXY, 2011, p. 98) . Isso difere da aplicação à qual Dworkin se refere, pois para Dworkin alguns princípios são aplicáveis a determinado caso e determinam o que é devido, e não o que é gradualmente realizável ou realizável dentro das possibilidades, como quer Alexy (DWORKIN, 2010, pp. 46-47).

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o **resultado** seja aquilo que o princípio exige para esse caso. (ALEXY, 2011, pp. 103-104)

Ou seja, como a consequência jurídica de um princípio prevalente numa situação pode não ser cumprida em sua integralidade (pois pode ser cumprida na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes no caso concreto), então os princípios não contêm mandados definitivos, mas possuem apenas um caráter *prima facie*. Portanto, o caráter *prima facie* dos princípios se caracteriza pela possibilidade de se cumprir apenas em parte a consequência jurídica do princípio prevalente num determinado caso concreto. Ressalte-se que, em contraposição, para Habermas princípios estabelecem o que é devido, logo não cabe otimização: ou o princípio é aplicável e o que ele estabelece é devido, devendo ser cumprido em sua integralidade; ou o princípio não é aplicável ao caso (HABERMAS, 2010, p. 326 et seq.; COURA, 2004, p. 434)

Quando um ordenamento jurídico permite que sejam introduzidas cláusulas de exceção para restringir regras, tais regras não têm caráter definitivo estrito, “contudo o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios” (ALEXY, 2011, p. 105). Com isso Alexy (2011, p. 105) quer dizer que, como o caráter *prima facie* das regras é baseado em decisões tomadas pelas autoridades legitimadas ou em uma prática reiterada, a consequência jurídica ou tem que ser cumprida em sua integralidade, ou introduz-se uma cláusula de exceção, que estabelece as condições em que a regra não é aplicável, e sua consequência jurídica não precisa ser cumprida. Com os princípios é diferente, pois sua consequência jurídica pode ser cumprida na maior medida possível (ALEXY, 2011, p. 105).

Alexy (2011, p. 106) entende regras e princípios como razões de natureza distintas: princípios são sempre razões *prima facie*; regras são razões definitivas, se não houver o estabelecimento de alguma exceção. O autor (ALEXY, 2011, pp. 106-107) explica que regras e princípios são razões para outras normas, tanto para normas universais (gerais-abstratas) quanto para normas individuais (juízos concretos de

dever-ser), o que se coaduna com o conceito semântico de norma, sendo a norma o significado, e as regras e princípios as razões para essas normas, numa *relação de fundamentação*. Regras e princípios podem ser razões para outras regras ou juízos concretos de dever-ser, sendo que os princípios primeiramente fundamentam a regra que será resultado do sopesamento, esta regra sim representará uma razão definitiva para o juízo concreto, pois princípios não podem estabelecer algo em definitivo (ALEXY, 2011, p. 108).

Princípios são relativamente gerais, pois ainda não se relacionam com as possibilidades dos mundos fático e normativo, mas ao se relacionarem com as possibilidades desses dois mundos, os princípios formam um sistema diferenciado de regras, entretanto, o critério da generalidade para identificação de princípio é apenas relativamente correto, pois existem normas de alto grau de generalidade que não são princípios (ALEXY, 2011, p. 108). Alexy cita como exemplo o enunciado “só serão penalmente puníveis os atos que a lei previamente definir como crimes” (art. 103, § 2º, da Constituição alemã; § 1º do Código Penal alemão), que segundo o autor estabelece uma regra, pois exige algo que sempre ou é cumprido, ou não, e esclarece que essa regra é frequentemente caracterizada como princípio (ALEXY, 2011, p. 109). Outras características dos princípios relacionadas à sua generalidade são: como são razões para regras, e essas regras geralmente têm um conteúdo bastante técnico, o conteúdo axiológico dos princípios é mais evidente; são importantes para fundamentação do ordenamento jurídico; sua relação com o direito pode ser explicada pelo modelo de fundamentação próprio do direito, que vai do mais geral em direção ao mais especial (ALEXY, 2011, p. 109).

Além dessas, Alexy cita como característica importante relacionada à generalidade dos princípios a ideia de que os princípios são normas “desenvolvidas”, contrapondo-se às normas “criadas”, pois não precisam ser estabelecidos de forma explícita, “podendo decorrer de uma tradição de positivação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito” (ALEXY, 2011, p. 109).

Ponto de destaque no pensamento de Alexy (2011, p. 111) é a não admissão da existência de qualquer princípio absoluto, que seria aquele princípio que não cederia em nenhuma hipótese em favor de outro princípio. Seguindo a premissa de que esta sua teoria é uma teoria dogmática do ordenamento jurídico da Alemanha, apoiando-se em decisões do Tribunal Constitucional alemão, conclui que nem mesmo o princípio da dignidade humana é absoluto. (ALEXY, 2011, p. 114). Destaque ainda para a possibilidade de os princípios se referirem a interesses coletivos ou a direitos individuais e isso também está assentado em decisões do próprio Tribunal Constitucional alemão (ALEXY, 2011, pp. 111-114).

Alexy (2011, p. 116) alerta que o conceito de princípio adotado por Ronald Dworkin¹⁹ é mais restrito, pois para Dworkin, "princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele [Dworkin] denominadas como 'políticas'" (ALEXY, 2011, p. 116). Alexy (2011, p. 116) explica ainda que Dworkin faz referência a um conceito de "princípio em sentido mais genérico" que agrega princípios e políticas, o que indicaria, segundo Alexy, a conveniência de um conceito mais amplo de princípio como o adotado pelo próprio Alexy²⁰.

¹⁹ De fato, Ronald Dworkin conceitua princípios em sentido genérico como "conjunto de padrões que não são regras, ou seja, são padrões como princípios [em sentido estrito], políticas e outros tipos". (DWORKIN, 2010, p. 36). Política é um "padrão que estabelece um objetivo ["goal": objetivo, meta, fim] a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (embora alguns objetivos sejam negativos, esses objetivos [acima citados] estipulam que alguns destes aspectos [econômico, político ou social] deve ser protegido de mudanças adversas)" (Tradução livre do original. DWORKIN, 1978, p. 22. Ver também tradução para o português: DWORKIN, 2010, p. 36). Princípio (em sentido estrito) é um padrão que deve ser observado, não porque irá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas deve ser observado porque ele é um requisito de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade. (Tradução livre do original. DWORKIN, 1978, p. 22. Ver também tradução para o português: DWORKIN, 2010, p. 36). Para uma análise da interpretação de Robert Alexy da teoria de Ronald Dworkin ver: PEDRON, 2004, p. 35 *et seq.*

²⁰ "A partir das leituras desenvolvidas, respectivamente, das teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, conclui-se que não se pode vislumbrar um concordância, mas antes uma contraposição. O jurista de Oxford não distingue regras e princípios a partir de critérios morfológicos, mas sim lógico-argumentativos. Iro é, a distinção não pode se operar *a priori*, em um plano abstrato (em razão das características estruturais das normas e, por isso mesmo, morfológico), mas somente em face de um caso concreto de modo a adquirir densidade em razão da argumentação produzida pelo sujeitos participantes naquele processo" (PEDRON, 2004, p. 47).

Em resumo, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível²¹, respeitadas as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Além disso, princípios são mandamentos de otimização, cuja característica é (I) poderem ser satisfeitos em graus variados, e (II) que a medida de sua satisfação depende tanto das possibilidades jurídicas quanto fática, sendo que o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Alexy afirma ainda que colisões entre princípios ocorrem sempre no interior do ordenamento jurídico, logo o conceito de colisão entre princípios já tem como pressuposto a validade dos princípios colidentes. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais, apesar de direitos fundamentais se referirem a direitos individuais. Alexy não admite a existência de princípios absolutos, que são aqueles que nunca cedem a favor de outros.

Máxima da proporcionalidade. Alexy (2011, pp. 116-117) entende que há uma conexão entre teoria dos princípios e máxima da proporcionalidade, pois para ele a própria natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e vice-versa:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais [quais sejam] da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2011, pp. 116-117)

O que Alexy (2011, p. 117) se propõe é esclarecer a formulação do Tribunal Constitucional Federal de que a máxima da proporcionalidade decorre “da própria essência dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 117), e pretende fazer isso por meio de uma formulação mais restrita, ou seja, que isso ocorre apenas “quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípios” (ALEXY, 2011, p. 117), já que as normas de direitos fundamentais podem ter o caráter de uma regra

²¹ "Além disso, Alexy aponta que os princípios e valores estão intimamente vinculados, pois ambos admitem a possibilidade de *colisão* e *ponderação*, em virtude de haver princípios e valores que não podem ser realizados integralmente a um só tempo. Ademais, as duas categorias, segundo o autor, admitem o *cumprimento gradual*, ou seja, a realização de um valor ou princípio pode ser realizada de forma parcial. Assim, uma decisão concreta pode, *a priori*, realizar ambos os princípios/valores ao mesmo tempo, devendo um princípio/valor ceder proporcionalmente ao outro” (ALMEIDA, 2008, p. 498).

também e, nesse caso, a máxima da proporcionalidade não é decorrência dessas normas de direitos fundamentais.

Importante esclarecimento é feito por Alexy (2011, p. 117, nota de rodapé nº 84) nesse ponto. Apesar de a máxima da proporcionalidade ser frequentemente denominada “princípio da proporcionalidade”, entretanto, não se trata de um princípio no sentido que ele emprega neste seu livro, devendo as máximas parciais da proporcionalidade serem consideradas como regras:

A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. (ALEXY, 2011, p. 117)

Alexy (2011, p. 117) afirma que princípios “são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2011, p. 117), e que a necessidade de sopesamento, que corresponde à máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, decorre da relação do princípio com as possibilidades jurídicas: “Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico” (ALEXY, 2011, p. 117). Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão (ALEXY, 2011, p. 117).

Esta proposta de Alexy difere de Habermas (2010, pp. 287-290) que entende, seguindo Klaus Günther²², que dois princípios (ou mais) competem no momento de aplicação ao caso concreto, mas apenas um entre os princípios *prima facie* aplicáveis é adequado à situação de aplicação, o que será individualizado no discurso de aplicação.

Alexy (2011, p. 120) entende que a fundamentação da máxima da proporcionalidade a partir das normas de direitos fundamentais com caráter de princípio (as que têm caráter de regra não fundamentam a proporcionalidade) não é a única fundamentação, pois a máxima da proporcionalidade pode ter outras

²² Para compreender a proposta de Klaus Günther ver: COURA, 2009, p. 217 *et seq.*

fundamentações como o princípio do Estado de Direito, a prática jurisprudencial, o conceito de justiça, sendo que elas não se excluem, mas sim se reforçam.

Em síntese, para Alexy, quando as normas de direito fundamental com caráter de princípio (pois as normas de direito fundamental atribuídas têm caráter de regra) colidem com princípio antagônico, é necessária a aplicação da máxima da proporcionalidade. Explicitando um pouco mais a máxima da proporcionalidade, percebe-se que ela passa por três submáximas que devem ser enfrentadas no momento da decisão no caso de colisão entre princípios²³.

Adequação. Começando pelo exame da adequação, deve-se enfrentar a *submáxima da adequação*, que, juntamente com a submáxima da necessidade, decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização relativos ao que é faticamente possível (ALEXY, 2011, p. 118). Segundo Alexy (2003a, p. 135), a máxima da adequação exclui a adoção de meios que venham a impedir a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou objetivo para cuja realização tais meios foram inicialmente adotados, ou seja, o meio escolhido não promove o princípio que se quer realizar e ainda afeta o outro princípio. Alexy (2011, p. 120) cita o seguinte exemplo:

Se M1 não é adequada para o fomento ou a realização do objetivo Z - que ou é requerido por P1 ou é idêntico a ele -, então, M1 não é exigida por P1. Para P1 é, portanto, indiferente se se adota a medida M1. Se, sob essas condições, M1 afeta negativamente a realização de P2, então, a adoção de M1 é vedada por P2 sob aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas. Isso vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. (ALEXY, 2011, p. 120)

Necessidade. Por sua vez, o exame da necessidade requer que se enfrente a *submáxima da necessidade*, também decorrente do caráter dos princípios de mandamentos de otimização em relação ao faticamente possível (ALEXY, 2011, p. 118). Conforme explica Alexy (2003a, p. 135), se há dois meios adequados para promoverem um determinado princípio P1, deve ser escolhido aquele meio que interfira o menos possível num segundo princípio P2, ou seja, os dois meios promovem um dos princípios, mas um dos meios interfere menos na realização do segundo princípio, mantendo a realização do primeiro igual. Segundo Alexy (2011, p.

²³ Sobre adequação, necessidade e proporcionalidade ver também: COURA, 2009, pp. 130-137

119), o próprio Tribunal Constitucional Federal define o exame de necessidade como a exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo” (ALEXY, 2011, p. 119). O autor cita o seguinte exemplo (ALEXY, 2011, p. 119):

Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 - ou simplesmente não afeta - a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio -P2- exige. Sob essas condições para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. [...] Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2, não é indiferente. Na qualidade de princípio, P2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 é proibida. (ALEXY, 2011, p. 119)

Porém, Alexy (2011, pp. 119-120) alerta que nessa situação em que o princípio P2 é afetado permanece a questão da possibilidade jurídica a ser determinada:

Se tanto M1 quanto M2 embaraçam a realização de P2 - o que é sempre o caso quando há motivo para um exame de necessidade - e M2 o faz em menor escala que M1, então, M1 e M2 não esgotam o campo das possibilidades fáticas para a realização de P2, nem mesmo se se parte da suposição de que M1 e M2 sejam as únicas medidas adequadas para a realização do objetivo Z, exigido pelo princípio P1. Do ponto de vista das possibilidades fáticas, uma ainda maior realização de P2 é alcançada se nem M1 nem M2 são levadas a cabo. Que uma das duas alternativas tenha que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão para o exame da necessidade, mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre P1 e P2 (proporcionalidade em sentido estrito). (ALEXY, 2011, pp. 119-120)

O exame de necessidade permite apenas analisar como cada medida afeta o princípio concorrente. Pelo que é possível entender, sempre que se chegar ao exame da necessidade existem duas possibilidades:

1) Se ambas as medidas, M1 e M2, promoverem o princípio P1, apenas a medida M1 afetar o princípio P2, e a medida M2 for indiferente a P2, então, a medida M1 é proibida por P2. Resolve-se por meio do exame de necessidade, no âmbito das possibilidades fáticas, e não precisa adentrar o sopesamento.

2) Se ambas as medidas, M1 e M2, promoverem o princípio P1, mas ambas as medidas (M1 e M2) afetarem um princípio P2, e a medida M1 afetar mais que a M2 esse princípio P2, então, P2 exige que as duas medidas sejam proibidas. Como não

é possível resolver no âmbito das possibilidades fáticas, a questão terá que ser resolvida no âmbito das possibilidades jurídicas por meio do sopesamento, pois será necessário analisar se a afetação do princípio colidente P2 é justificável pela importância de satisfação do P1.

Sopesamento. O sopesamento requer que se enfrente a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, que decorre do caráter dos princípios de mandamentos de otimização quanto ao que é juridicamente possível no caso (ALEXY, 2011, p. 118). Segundo Alexy (2011, p. 167) a Lei do Sopesamento pode ser expressa da seguinte forma: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 167). Alexy (2003a, p. 136) deriva da Lei do Sopesamento três etapas:

- 1ª) Estabelecimento do grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios;
- 2ª) Estabelecimento da importância da satisfação do princípio concorrente;
- 3ª) Estabelecimento de se a importância da satisfação ou não do princípio concorrente justifica a afetação ou a não-satisfação do primeiro princípio.

Alexy (2003a, p. 139) explica que, como qualquer juízo, os juízos de proporcionalidade também levantam uma pretensão de correção, que é fundamentada por razões na forma de juízos de intensidade de afetação ou detrimento, logo a crítica de Habermas de que o balanceamento foge do campo da correção não seria plausível. Na obra de Habermas a pretensão a correção é satisfeita por meio da aceitabilidade racional, apoiada em argumentos próprios do direito, numa lógica também própria do direito no sentido de fundamentar o que é devido ou não, não com juízos sobre intensidade de afetação (HABERMAS, 1999, p. 38).

Alexy (2011, pp. 162-163) explica que é impossível uma ordenação de valores ou princípios de forma rígida, “que em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 163), entretanto defende a possibilidade de uma ordenação flexível, em vez de uma

rígida, e essas ordenações do tipo flexível podem surgir de duas maneiras, que tem profunda ligação com o conceito de sopesamento:

(1) por meio de preferências *prima facie* pressuposta em favor de um determinado princípio ou valor, o que ocorre, “por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou de interesses coletivos” (ALEXY, 2011, p. 163);

(2) “por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências, obtida por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal” (ALEXY, 2011, p. 163).

Alexy (2011, p. 164) afirma que a objeção levantada contra o sopesamento é que ele não permite um controle racional da decisão, pois o sopesamento ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa, já que valores e princípios não regulam sua própria aplicação: “Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes” (ALEXY, 2011, p. 164).

Para Alexy (2011, p. 164), essas objeções são procedentes na medida em que o crítico quiser expressar que “o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco” (ALEXY, 2011, p. 164), mas não são procedentes quando os críticos concluem que o sopesamento é um procedimento não-racional. Importante notar que Alexy (2011, p. 164) admite que o sopesamento não leva a uma resposta única e sem erros em cada caso, pois juízes diferentes analisando um mesmo caso, utilizando-se do sopesamento, podem chegar a decisões diferentes, e até mesmo decidir de uma forma que se perceba posteriormente que foi um erro.

Alexy explica dois modelos de sopesamento. Segundo Alexy (2011, pp. 164-165) no modelo decisionista de sopesamento, o sopesamento se resume (I) à formulação de um enunciado de preferência e, em decorrência desse enunciado, (II) à determinação da regra para o caso, e neste modelo, então, Alexy (2011, p. 165) concorda que o sopesamento não poderia ser tido como um procedimento racional:

O estabelecimento da preferência condicionada poderia ocorrer de forma intuitiva. Aquele que sopesa teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas. Não seria possível falar em sopesamentos corretos e sopesamentos equivocados. (ALEXY, 2011, p. 165)

Para Alexy (2011, p. 165), no modelo decisionista o enunciado de preferência decorre de um "processo psíquico não controlável racionalmente" (ALEXY, 2011, p. 165).

Contraposto ao modelo decisionista, tem-se o modelo fundamentado, que assim como no modelo anterior, o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada, porém, explica Alexy (2011, p. 165) enquanto

[...] no modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. (ALEXY, 2011, p. 165)

Segundo Alexy (2011, p. 165), é exatamente através da fundamentação racional do enunciado de preferência que se cumpre o postulado da racionalidade do sopesamento:

Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. (ALEXY, 2011, p. 165)

Este é um ponto importante de crítica da teoria de Alexy, a partir da leitura que Habermas (2010, p. 326 *et seq.*; CRUZ, 2011, p. 219) faz dela, pois o problema da racionalidade do sopesamento permanece mesmo no modelo fundamentado, visto que é exatamente na fundamentação onde Alexy permanece permitindo que argumentos estranhos ao sistema do direito sejam considerados em um mesmo nível que os direitos fundamentais.

Continuando a destacar pontos da sua teoria, Alexy (2011, p. 165) explica que, conforme a lei de colisão, dos enunciados de preferência condicionada decorrem regras segundo as quais, diante de determinadas condições, deve ser cumprida a

consequência jurídica do princípio prevalente no caso. Conforme o autor, a fundamentação de enunciados de preferência é uma fundamentação exatamente dessas regras decorrentes desses enunciados e que são *atribuídas* às disposições de direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 165).

Alexy (2011, pp. 165-166) entende que para a fundamentação desses enunciados de preferência podem ser utilizados todos os argumentos possíveis da argumentação constitucional, entretanto, o uso de argumentos semânticos fica excluído nos casos em que é possível decidir a colisão entre princípios ou valores a partir do teor literal da Constituição sobre a aplicação das disposições constitucionais. Além disso, podem ser utilizados na fundamentação

[...] os demais cânones de interpretação, argumentos dogmáticos, precedentes, argumentos práticos e empíricos em geral, além de formas específicas de argumentação jurídica. [...] Assim para a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas e, com isso, para a fundamentação da regra que a ele corresponde, pode-se recorrer à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas. (ALEXY, 2011, p. 166)

Neste ponto Alexy, de forma literal, admite que é possível fazer uso de qualquer tipo de argumento para fundamentar tais enunciados de preferência, colocando todos em pé de igualdade, como é o caso das “consequências negativas de uma fixação alternativa”, apesar de que na mesma página Alexy alerta que é contrário a que se fundamente levando em consideração apenas as “consequências”. Em Dworkin (2010, p. 128 *et seq.*) não se deve pensar em “consequências” quando o que está em jogo são direitos fundamentais, pois o juiz não estabelece se as consequências devem ser suportadas pela parte ou não, mas estabelece sim o que é devido por uma parte a outra. Esta é a ideia seguida por Habermas.

Prosseguindo, Alexy (2011, pp. 166-167) afirma que existem argumentos que são relacionados especificamente ao sopesamento, e apoiado nas manifestações do Tribunal Constitucional Federal alemão. O autor apresenta uma regra que, segundo ele, faz parte do procedimento de sopesamento, e é chamada Lei do Sopesamento que já foi apresentada acima: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do

outro” (ALEXY, 2011, p. 166). Ou ainda: “A medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 167). Explica Alexy (2011, pp. 167-168), que o que é exigido por um princípio está em relação com o que é exigido pelo princípio em colisão, por isso dentro das possibilidades jurídicas.

Alexy (2011, p. 169) destaca uma distinção que se deve ter em mente quando se faz o sopesamento, que consiste na distinção entre “a importância que alguém confere” (ALEXY, 2011, p. 169) a um princípio ou valor, e “a importância que se deve conferir” (ALEXY, 2011, p. 169) a um princípio ou valor no sopesamento de princípios colidentes: “o sopesamento constitucional não diz respeito à importância que alguém confere à liberdade de imprensa ou à segurança nacional, mas à definição de qual deve ser a importância que se deve conferir a ambas” (ALEXY, 2011, p. 169).

Este pressuposto de se estabelecer o que “deve ser” é importante, mas tem um sentido diferente entre Alexy e Habermas. Em Alexy se estabelece de forma criativa no caso concreto o que deve ser, por ser melhor, por afetar menos outro princípio que também é aplicável ao caso. Em Habermas (2010, p. 326 *et seq.*) se estabelece o que o ordenamento jurídico vigente, visto como um todo coerente, já estabeleceu como devido, como obrigatório para todos.

Ainda sobre a lei do sopesamento, Alexy (2011, p. 171) explica que ela não diz de antemão qual a afetação de um princípio e a importância do outro, mas ela diz “o que deve ser fundamentado para justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e de importância” (ALEXY, 2011, p. 171). Ou seja, a lei de sopesamento esclarece que se deve fundamentar os enunciados de graus de afetação e de importância dos princípios colidentes, e fundamentando-se esses graus de afetação, estará concluída a justificação do enunciado de preferência, que por sua vez é o resultado do sopesamento (ALEXY, 2011, p. 171).

Além disso, para a fundamentação dos enunciados de graus de afetação e de importância dos princípios colidentes pode-se utilizar qualquer argumento típico da

argumentação jurídica (ALEXY, 2011, p. 171)²⁴. Alexy (2011, p. 172) coloca vários desses argumentos em pé de igualdade, ou seja, o autor utiliza o “juízo normativo” apenas como mais um argumento junto com “fatos” e “regularidades empíricas”, pois o que se está fundamentando é o enunciado de grau de afetação²⁵.

O autor (ALEXY, 2011, p. 173) argumenta que o fato de os valores desempenharem um papel no sopesamento não impede que as decisões sejam racionais, a não ser que se entenda que somente as valorações definidas de forma cogente conferem racionalidade à argumentação jurídica, o que, segundo o autor, implicaria qualificar como não-racional muito do que a Ciência do Direito encarou como sua tarefa. Dessa forma, Alexy (2011, p. 173) entende que no máximo se pode concluir que “os sopesamentos tem um grau de racionalidade menor do que interpretações” (ALEXY, 2011, p. 173).

Coura (2009, p. 114) explica que o sopesamento substitui a subsunção existente no modelo de regras, e numa leitura crítica, alerta que Alexy toma o sopesamento como a única alternativa à subsunção, e com isso, deixa de lado outras possibilidades que podem, ao contrário do que faz a ponderação, “elevar os direitos fundamentais a uma concepção principiológica e deontológica diversa do modelo de regras” (COURA, 2009, p. 114).

²⁴ Abaixo está transcrito o exemplo citado por Alexy: “A decisão do caso Lebach oferece um exemplo de uma fundamentação de enunciados sobre graus de afetação e de importância. A tese de que a emissão televisiva representava uma afetação demasiadamente intensa na proteção da personalidade é fundamentada, por exemplo, fazendo-se menção ao alcance das emissões de televisão, aos efeitos do formato documentário, ao alto grau de credibilidade que os programas de TV têm junto ao público, à ameaça à ressocialização do autor, decorrente dessa credibilidade e de outras características do documentário, a ao prejuízo adicional que implica a transmissão de um documentário depois da perda da atualidade da informação. No que diz respeito à importância da realização do princípio da liberdade de radiodifusão, são aduzidas, em primeiro lugar, diversas razões para a importância da transmissão de notícias atuais sobre crimes graves. A partir dessa constatação, a repetição de uma notícia é qualificada como não suficientemente importante para justificar a intensidade de afetação” (ALEXY, 2011, pp. 171-172).

²⁵ “As razões utilizadas pelo tribunal são plausíveis. Mesmo sem uma análise mais detida, pode-se perceber que dentre essas razões se encontram coisas muito diversas, como a referência a fatos (alcance das emissões de televisão), a regularidades empíricas (causar risco à ressocialização) e juízos normativos (caracterização da ressocialização como urgentemente exigida pelo art. 1º, § 1º, combinado com o art. 2º, §1º, da Constituição alemã). Um tal conjunto de razões - que inclui valorações - é algo característico da fundamentação jurídica” (ALEXY, 2011, p. 172).

Alexy (2011, pp. 174-175) afirma que o modelo do sopesamento atende a necessidades importantes no âmbito da fundamentação dos enunciados sobre intensidade de afetação de princípios em colisão, que é a utilização de:

- (a) argumentos empíricos que digam respeito às peculiaridades do objeto da decisão, pois o que é válido para a argumentação em geral, vale para a fundamentação de decisões de sopesamento;
- (b) consequências das possíveis decisões.

Como ressaltado acima, Alexy admite que as “consequências das possíveis decisões” sejam consideradas relevantes enquanto argumentos de fundamentação. Dworkin não admite que direitos sejam sobrepostos por considerações sobre consequências, e nessa esteira é o pensamento de Habermas (2010, p. 326 *et seq.*).

Afirma Alexy (2011, p. 175) que por meio da lei de colisão, que no caso de colisão entre princípios define uma relação de preferência, pode-se demonstrar que o sopesamento conduz a uma dogmática diferenciada dos direitos fundamentais, isso porque

[...] por meio dos sopesamentos da jurisprudência e de propostas de sopesamento aceitas pela Ciência do Direito, surge, com o passar do tempo, uma rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representam uma importante base e um objeto central da dogmática. (ALEXY, 2011, p. 175)

Conclui o autor (ALEXY, 2011, p. 175), que o modelo de sopesamento por ele proposto, atende às exigências (I) de consideração das relações fáticas e regularidades empíricas, e também a exigência (II) de uma dogmática específica para cada direito fundamental. Para Alexy (2011, p. 176), o modelo de sopesamento baseado na teoria dos princípios é a resposta ao problema da valoração, pois “vincula a estrutura formal do sopesamento a uma teoria da argumentação jurídica que inclui uma teoria da argumentação prática geral” (ALEXY, 2011, p. 176).

Uma primeira objeção dogmática que Alexy (2011, p. 176) procura refutar é a de que “a teoria valorativa dos direitos fundamentais conduziria a uma destruição da liberdade constitucional em sentido liberal” (ALEXY, 2011, p. 176). Conforme Alexy

(2011, pp. 176-177), essa objeção, segundo a qual a liberdade estaria vinculada a valores seria procedente somente no caso de liberdade e valor serem coisas antagônicas, o que segundo ele não é verdade, pois a liberdade jurídica “é, na verdade, um valor dentre outros” (ALEXY, 2011, p. 177).

Nesse ponto Alexy (2011, p. 177) deixa claro, mais uma vez, que ele parte do pressuposto de que direitos fundamentais, especificamente enquanto princípios, estão num mesmo nível que qualquer outro valor. Ou seja, outro pressuposto de Alexy é que princípios e valores se equivalem²⁶, e ele admite que princípios de direitos fundamentais, enquanto espécie do gênero normas de direitos fundamentais, englobam direitos fundamentais - que ele relaciona a direitos subjetivos (individuais) e metas coletivas - então Alexy coloca direitos fundamentais num mesmo nível que qualquer meta coletiva.

Alexy (2011, p. 177) explica que uma grande polêmica surge quando se trata de definir o grau ótimo de realização do princípio da liberdade jurídica quando em colisão com outros princípios. Os pesos que poderão ser conferidos a esses princípios variam dentro de uma escala cujos extremos são:

- (I) teorias liberais radicais: quase sempre conferem um peso maior ao princípio da liberdade jurídica do que aos princípios colidentes;
- (II) teorias radicalmente não-liberais: invertem a escala, elencando deveres jurídicos ou proibições jurídicas diante de quase toda possibilidade de ação.

Partindo das premissas até aqui apresentadas pode-se inferir que, como para Alexy a liberdade jurídica é um valor entre outros, essa escala de peso vai variar conforme a lei do sopesamento de forma que se justifique o grau de não-satisfação de um dos princípios em colisão, diante do grau de importância da realização do outro princípio.

²⁶ "Todavia, todo o esforço de Alexy para diferenciar valor e princípio se esvai, uma vez que, ao aplicar a mesma estrutura para valores e princípios, ambos se tornam indiferenciados, inclusive, naquilo que deveria diferenciá-los [...] A defesa de uma 'teoria débil' dos valores, que não assumiria nenhum pressuposto filosófico forte, cai por terra justamente quando Alexy sustenta que os princípios são mandados de *otimização*, sendo suscetíveis de ponderação, assim como os valores" (ALMEIDA, 2008, pp. 499-500).

Outra objeção ao sopesamento é baseada na ideia de Estado de Direito, que destaca dois aspectos (ALEXY, 2011, p. 178):

- (I) a teoria dos princípios não leva a sério a vinculação à Constituição;
- (II) a teoria dos princípios conduziria a um arbítrio interpretativo e, em consequência, a uma insegurança constitucional.

Quanto à objeção relacionada à vinculação a Constituição, Alexy (2011, p. 178) alega que o modelo puro de regras não se mostrou adequado para garantir um maior grau de vinculação à Constituição, principalmente nos casos de direitos fundamentais com reserva simples, já que nestes casos o modelo puro de regras traria como consequência tanto uma dificuldade na definição dos limites do conteúdo essencial desses direitos, quanto um esvaziamento desses direitos no que está além de seu conteúdo essencial, e, conseqüentemente, a uma total ausência de vinculação à Constituição.

Isso porque, a própria Constituição, nos termos da regra de reserva do art. 2º, §2º, 3, coloca o conteúdo dos direitos fundamentais com reserva simples totalmente à disposição do legislador, até o limite do seu conteúdo essencial (art. 19, §2º) e, segundo Alexy (2011, p. 130), uma consideração apenas do texto constitucional, conforme um modelo puro de regras, levaria ao esvaziamento dos direitos fundamentais com reserva simples, no que estivesse além de seu conteúdo essencial. Entretanto, o legislador não pode restringir livremente um direito fundamental, pois o legislador está vinculado aos direitos fundamentais, conforme previsão constitucional no art. 1º, §3º, portanto, se o legislador restringisse livremente um direito fundamental, ele não estaria vinculado a esse mesmo direito fundamental (ALEXY, 2011, p. 130). Logo, um modelo puro de regras, que entende que as normas são sempre aplicáveis sem necessidade de sopesamento, é inadequado (ALEXY, 2011, p. 130). Para Alexy (2011, p. 178), "a complementação do nível das regras com um nível dos princípios é necessária exatamente para garantir a vinculação à Constituição" (ALEXY, 2011, p. 178).

Por outro lado, quanto à objeção relacionada à segurança jurídica, Alexy (2011, p. 178) entende que o modelo de regras e princípios é o que oferece maior segurança

jurídica. O autor explica que o modelo de regras e princípios, é constituído pelo nível dos princípios e pelo nível das regras, e dessa forma a dedução não é suplantada pelo sopesamento, mas aparecem associados, e é exatamente o nível das regras que cria uma segurança jurídica baseada (2011, p. 179):

- (I) no respeito ao teor literal do texto constitucional;
- (II) à vontade do legislador constituinte;
- (III) à força dos precedentes do Tribunal Constitucional.

Alexy cita algumas contingências para decisão judicial no âmbito das normas de direitos fundamentais. Inicialmente, o autor (ALEXY, 2011, p. 543) afirma que a irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito influencia na natureza do sistema jurídico, pois tal irradiação traz três consequências.

Sistema jurídico substancialmente determinado (ou seja, determinado quanto ao conteúdo). Conforme Alexy (2011, p. 543), os direitos fundamentais limitam os possíveis conteúdos do direito ordinário, pois os direitos fundamentais de um lado excluem determinados conteúdos constitucionalmente impossíveis, e por outro lado exigem determinados conteúdos constitucionalmente necessários. Conclui Alexy (2011, p. 543) que da vigência das normas de direitos fundamentais, decorre a natureza do sistema jurídico alemão de "sistema jurídico *substancialmente determinado* por meio da Constituição" (ALEXY, 2011, p. 543).

Sistema jurídico de determinação substancial aberta (ou seja, aberta a valorações em relação ao conteúdo do que é devido). Robert Alexy (2011, p. 543) esclarece que a determinação substancial é problemática, pois nem sempre é possível determinar com clareza o que as normas de direitos fundamentais estabelecem que é devido, isso ocorre em função da "abertura semântica e estrutural das disposições de direitos fundamentais, mas sobretudo da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais" (ALEXY, 2011, p. 543). Explica Alexy (2011, pp. 543-544) que devido a essa natureza principiológica as normas de direitos fundamentais exigem o sopesamento, que para o autor é um procedimento racional, mas também é um procedimento aberto, pois nem sempre possibilitará que

se chegue a uma única resposta para cada caso concreto, pois no final, após o sopesamento, a decisão sobre a resposta correta "depende de valorações que não são controláveis pelo próprio processo de sopesar" (ALEXY, 2011, p. 543), e é isso que marca a abertura do procedimento de sopesamento. Em última análise, para Alexy (2011, p. 544), essa abertura do sopesamento leva a uma abertura do próprio sistema jurídico já que este é composto por normas de direitos fundamentais que determinam o conteúdo desse mesmo sistema.

Essa abertura a valorações não controláveis admitida por Alexy tem consequências para o processo de decisão judicial, pois permite, nesse momento de valoração por parte do juiz, que este coloque impressões pessoais do que seja constitucionalmente devido, deixando uma margem muito grande do que é "não controlável". Apesar de Alexy considerar a vinculação do juiz, no âmbito dos direitos fundamentais, à Constituição, aos precedentes e à dogmática comumente aceita, ele deixa ainda uma margem de discricionariedade, que Dworkin (2010, p. 182) procura reduzir a partir da ideia de que o juiz deve construir uma teoria que justifique todo esse material normativo anterior, teoria essa que Habermas (2010, pp. 293, *et seq.*) na tentativa de reduzir a complexidade dessa construção, propõe que seja feita não de forma monológica pelo juiz, mas num processo discursivo em que as condições ideais de fala são garantidas, e em que o juiz leva a sério os argumentos levantados pelos possíveis afetados pela decisão, argumentos sobre os quais o juiz projeta a luz do direito vigente para decidir o que é devido igualmente a todos. Conforme se verá abaixo, Alexy pressupõe, ainda, que essas valorações sejam feitas em face da Moral, contra o que Habermas (2010, p. 274, *et seq.*) se posiciona radicalmente, pois nesse momento de decisão judicial, não caberia introduzir valorações morais.

Sistema jurídico aberto em face da moral. Alexy (2011, p. 544; PEDRON, 2004, p. 41) afirma que quanto ao tipo de abertura, o sistema jurídico composto por normas de direitos fundamentais é aberto em face da Moral, pois os conceitos básicos de direitos fundamentais como os de dignidade, de liberdade e de igualdade, são também conceitos básicos da Filosofia prática. Para Alexy (2011, p. 544), os princípios mais importantes do direito racional moderno, introduzidos na Constituição e, portanto, no direito positivo, derivam desses conceitos fundamentais da Filosofia

prática. Para o autor (ALEXY, 2011, p. 544), o problema da justiça está relacionado exatamente (I) à definição de quais princípios foram incorporados, e (II) ao sopesamento entre esses princípios. Assim, para Alexy a natureza de um sistema jurídico, no qual se admite o efeito da irradiação dos direitos fundamentais a todos os âmbitos desse sistema, é um sistema jurídico determinado substancialmente por meio de critérios (no caso, o sopesamento) abertos em face da moral.

Conforme Alexy (2011, pp. 544-545), Essa determinação substancial por meio de critérios (no caso, o sopesamento) abertos em face da Moral, suscita uma questão importante num sistema jurídico como o da República Federal da Alemanha que possui uma jurisdição constitucional abrangente, que é a questão do "equilíbrio entre a competência do tribunal constitucional e a do legislador" (ALEXY, 2011, p. 545). O ponto de partida da análise de Alexy (2011, p. 546) "é a idéia de que os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais em face do legislador, são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências" (ALEXY, 2011, p. 546). Assim, Alexy (2011, p. 546) entende que uma atuação do tribunal constitucional no âmbito da legislação para a garantia dos direitos do indivíduo em face do legislador (quando este não cumpre um dever ou viola sua competência legislativa), não é usurpação inconstitucional de competências legislativas, sendo até mesmo exigido pela Constituição, esse tipo de atuação do Tribunal Constitucional.

Explica Alexy (2011, p. 547) que "a competência de controle do tribunal depende sempre essencialmente da *certeza* com a qual a *existência* de uma posição de direito fundamental possa ser fundamentada" (ALEXY, 2011, p. 547). Em resumo, para Alexy (2011, p. 547), pode-se inferir que toda vez que se puder (I) fundamentar a existência de uma posição de direito fundamental em face do legislador, (II) nos casos em que este não cumprir um dever ou violar sua competência legislativa, e (III) que essa fundamentação estiver revestida de certeza, está aberta a possibilidade de o Tribunal Constitucional exercer a sua competência de controle no âmbito da legislação.

Argumentação e decisão. A questão da certeza na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, segundo o autor leva à relação entre argumentação e decisão. Alexy (2011, p. 548) entende que é tarefa da teoria da argumentação jurídica tratar dos critérios e regras que permitam diferenciar fundamentações jurídicas certas e erradas, em qualquer área do direito, e um dos aspectos dessa diferenciação é a *certeza* na fundamentação das decisões judiciais. Na obra "Teoria dos direitos fundamentais", Alexy (2011, p. 548) tem o propósito de focar na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, e, especificamente, na certeza da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

Assim, Alexy (2011, p. 548) parte do pressuposto de que a fundamentação jurídica, de forma geral, sempre se refere a "questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido" (ALEXY, 2011, p. 548), em resumo: ao que deve ser. O autor tem como premissa a ideia de que o discurso jurídico (ou argumentação jurídica) é um caso especial do discurso prático geral. Habermas (2010, p. 306) discorda dessa posição de Alexy, ou seja, Habermas discorda que o discurso jurídico seja um caso especial do discurso prático geral, pois isso faria com que a racionalidade do direito dependesse do que é moralmente permitido ou obrigatório.

Alexy (2011, p. 548) afirma que, por ser um caso especial do discurso prático geral, a argumentação jurídica se encontra submetida a algumas restrições, que, nesse caso específico, podem ser assim resumidas:

- (I) vinculação à lei;
- (II) vinculação ao precedente;
- (III) vinculação à dogmática.

Alexy (2011, p. 548) afirma que mesmo essas vinculações que formam um sistema de regras e critérios específicos da argumentação jurídica não levam a um único resultado em cada caso, pois "em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente" (ALEXY, 2011, p. 548). Em outras palavras, Alexy admite a falibilidade dos juízos de decisão, o que não é problema, mas, por outro lado, admite a ideia de

que valorações adicionais são necessárias, pois o material normativo não é suficiente para a decisão de casos mais problemáticos. Isso leva Alexy (2011, pp. 548-549) a concluir que a racionalidade do discurso jurídico depende da possibilidade de submeter essas valorações adicionais a um controle racional: “a questão da racionalidade na fundamentação jurídica leva, então, à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos prático ou morais gerais” (ALEXY, 2011, p. 549).

Robert Alexy (2011, p. 549; 2003b, p. 163 *et seq.*) afirma que não são possíveis teorias morais substanciais, que pretendem fornecer uma única resposta correta, mas admite que sejam possíveis teorias morais procedimentais, que “elaboram as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática” (ALEXY, 2011, p. 549), e cita como uma versão promissora de teoria moral procedimental a teoria do discurso prático racional.

A vantagem da teoria do discurso, segundo Alexy (2011, p. 549; 2003b, p. 163 *et seq.*) é que suas regras, por serem regras da argumentação prática racional, logo procedimentais, são muito mais fáceis de serem fundamentadas do que regras morais materiais, mas em compensação existe uma deficiência: a possibilidade de variados resultados. Para lidar com essa deficiência Alexy (2011, pp. 549-550) afirma que é necessário associar teoria moral com teoria do direito, e propõe um modelo *procedimental* de racionalidade jurídica dividido em quatro níveis de procedimentos:

1º Nível: Discurso Prático Geral;

2º Nível: Processo Legislativo;

3º Nível: Discurso jurídico;

4º Nível: Processo Judicial.

1º NÍVEL - **Discurso prático geral:** segundo Alexy (2011, p. 550) o discurso prático geral é um procedimento não institucionalizado constituído por um sistema de regras que estabelece um “código geral da razão prática” (ALEXY, 2011, p. 550), mas que não conduz a um único resultado em cada caso, o que torna necessário o segundo nível, o do processo legislativo.

2º NÍVEL - Processo legislativo: Alexy (2011, p. 550) explica que no segundo nível é necessário que seja estabelecido um procedimento institucional de criação do direito, que permita tanto a argumentação quanto a decisão, como é o caso do processo legislativo do Estado Democrático constitucional, cujo sistema de regras garante um grau relevante de racionalidade prática, sendo que a argumentação utilizada no procedimento legislativo pode ser fundamentada com o uso do discurso prático geral, procedimento anterior²⁷. Entretanto, Alexy (2011, p. 550) alerta que não é possível determinar, de antemão e para cada caso, uma única solução, a partir do processo legislativo, o que justifica a necessidade do terceiro nível, o do discurso jurídico.

3º NÍVEL - Discurso jurídico: Alexy (2011, p. 550) afirma que, assim como o discurso prático (primeiro nível), o discurso jurídico é um procedimento não institucionalizado, mas diferentemente do discurso prático, o discurso jurídico está vinculado "à lei, ao precedente e à dogmática"²⁸, o que, segundo Alexy, reduz significativamente a incerteza quanto ao resultado do discurso prático geral. Entretanto, Alexy (2011, p. 550) entende que em razão da necessidade de sempre ter que contar com a argumentação prática no âmbito da argumentação jurídica, a incerteza quanto ao resultado não é eliminada, o que torna necessário o 4º procedimento, o do processo judicial.

4º NÍVEL - Processo judicial: conforme Alexy (2011, p. 551), o processo judicial é, assim como o processo legislativo (2º nível), um procedimento institucionalizado no qual tanto se argumenta, quanto se decide, sendo que a condição para que o processo judicial seja racional é que suas regras e sua execução satisfaçam os requisitos estabelecidos nos três primeiros procedimentos.

²⁷ Importante notar que Alexy (2011, pp. 550-551), nesses 4 níveis, está tratando da sua proposta para uma teoria geral da argumentação jurídica. Porém, em seguida Alexy vai tratar especificamente da argumentação jurídica no âmbito dos direitos fundamentais, quando então ele estabelece como premissa que "o discurso nesse âmbito [dos direitos fundamentais] não está vinculado às decisões tomadas no processo legislativo; ele [o discurso no âmbito dos direitos fundamentais] o precede. Isso significa que, nele, não está à disposição o fator de vinculação mais importante para a argumentação jurídica geral: a lei ordinária, em geral relativamente concreta. No seu lugar aparecem as disposições de direitos fundamentais, extremamente abstratas, abertas e ideologizadas" (ALEXY, 2011, p. 551)

²⁸ Como já destacado acima, Alexy ao tratar da argumentação no âmbito específico dos direitos fundamentais desconsidera a vinculação à lei.

O modelo acima apresentado sofre adaptações quando aplicado ao âmbito dos direitos fundamentais, pois o discurso nesse caso não está sob vinculação das decisões do processo legislativo, já que o discurso no âmbito dos direitos fundamentais precede tal processo (ALEXY, 2011, p. 551). Alexy (2011, p. 551) admite que a lei ordinária, com sua relativa concretude, é o elemento de vinculação mais importante da argumentação jurídica em geral, porém no caso da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, no lugar da lei ordinária, têm-se as disposições de direitos fundamentais, caracterizadas por serem muito abstratas, abertas e ideologizadas.

Esse elemento que Alexy (2011, p. 551) dispensa, a legislação ordinária, é um ponto importante para que o juiz encontre o que o sistema jurídico estabelece como devido. Ao contrário, Habermas (2010, p. 263 *et seq.*), na esteira de Dworkin (2010, p. 180 *et seq.*; 2010, p. 211), compreende que a legislação, a Constituição e os precedentes vão informar ao intérprete os melhores exemplos do que a comunidade estabeleceu pela via do direito como expectativas de comportamento exigíveis. Para Alexy (2011, p. 552), no âmbito dos direitos fundamentais, não estará vinculado à lei, o que reduz a contingência para que o juiz se esforce para harmonizar sua interpretação com o sistema normativo como um todo, e procurar nesse mesmo sistema os pontos de referência para os casos que se apresentem. Apenas ressalte-se que, para Alexy (2011), as razões determinantes no âmbito dos direitos fundamentais devem ser razões constitucionais.

Portanto, para Alexy (2011, p. 552), no âmbito dos direitos fundamentais a vinculação a lei é substituída pela vinculação ao *texto* das disposições de direitos fundamentais e a *vontade* do legislador constituinte. As formas de interpretação nesse caso podem ser a interpretação semântica e a interpretação genética, na qual pode ser também incluída a interpretação subjetiva-teleológica²⁹, e, complementarmente, as interpretações sistemática, histórica e comparativa. Alexy (2011, p. 552) ressalta que é pequena a força de vinculação a argumentos

²⁹ “Se refere aos objetivos que o legislador constituinte associou as disposições de direitos fundamentais [...] A interpretação objetiva-teleológica, que se refere aos objetivos que o intérprete atribui à lei, não se insere no contexto da vinculação à lei” (ALEXY, 2011, p. 552)

semânticos e genéticos no âmbito dos direitos fundamentais, devido à abertura das disposições de direitos fundamentais, e pelo pouco que se pode inferir da história da gênese da Constituição, e por isso podem ser suplantados por outros argumentos.

Mas Alexy (2011, pp. 553-554) deixa claro que, apesar de ser possível conciliar muita coisa com o texto das disposições de direitos fundamentais, há interpretações que são excluídas, pois o texto dessas disposições cria um ônus argumentativo a seu favor; no caso da interpretação genética também vale o mesmo, pois os argumentos que dela restarem inequívocos, a favor ou contra uma interpretação, devem ser considerados. Em resumo, a força da vinculação ao texto e a vontade é limitada, mas caso o legislador constituinte tenha acentado regras, elas vinculam, até que se possa aduzir razões constitucionais contra tal vinculação (ALEXY, 2011, P. 554).

Quanto aos precedentes, Alexy (2011, p. 556) apresenta duas regras principais de seu uso: “(1) Se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deverá ser utilizado. (2) Aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo” (ALEXY, 2011, p. 556). O autor defende que essas regras de uso dos precedentes se baseiam na "igualdade, na segurança jurídica, na proteção da confiança, na redução da carga de trabalho e na estabilidade como base do desenvolvimento” (ALEXY, 2011, p. 556). Alexy (2011, pp. 556-557) explica que em toda decisão do Tribunal Constitucional pode-se deduzir um regra de decisão relativamente concreta³⁰, alusiva ao caso tratado, e nos casos “suficientemente iguais” essa regra será aplicada, na forma de um precedente, e só deve ser abandonada diante de razões apresentadas.

Outro ponto de destaque no uso de precedentes é que nos casos em que os princípios aplicáveis ao caso não exigem nada diferente do que a regra de decisão existente estabelece, não é necessário suscitar novo sopesamento, e quanto mais bem estabelecidas as regras de decisão, o sopesamento se torna supérfluo, assim como o recurso a ordem de valores (ALEXY, 2011, p. 558).

³⁰ Como exemplo Alexy cita a regra do caso Lebach: “No conjunto, portanto, a petição do no ticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, é necessariamente inadmissível se com isso coloca em risco a ressocialização do autor” (ALEXY, 2011, p. 556)

Outra vinculação no âmbito dos direitos fundamentais é a dogmática, com ênfase na dimensão normativa³¹, e que apresente alto grau de abstração, mas focada nos direitos fundamentais como um todo, não em determinados direitos fundamentais (ALEXY, 2011, pp. 559-560). Mas Alexy (2011, p. 560) estabelece a seguinte ordem decrescente de dotação de autoridade: lei, precedente e dogmática.

Percebe-se que Alexy estabelece o sopesamento como uma prática que deve ser exercitada em raros casos, e que suscitar colisões entre princípios só é possível quando os precedentes não possibilitarem pontos de segurança para decisão, mas isso traz embutido um ônus argumentativo. Interessante notar que para Alexy o Tribunal não está fortemente vinculado nem ao texto constitucional, nem aos precedentes, muito menos a dogmática aceita, pois o Tribunal pode, em casos excepcionais, se distanciar desses parâmetros, tendo sempre que trazer uma argumentação constitucional que fundamente essa posição.

³¹ A dimensão normativa diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial. A questão central, nessa dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto. Em todos os casos polêmicos a resposta a essa questão implica avaliações de quem a responde. A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor. (ALEXY, 2011, p. 36)

2 CRÍTICAS DE JÜRGEN HABERMAS À PONDERAÇÃO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

2.1 CRÍTICAS DE HABERMAS À PONDERAÇÃO

Os argumentos de natureza outra que não o do direito utilizados nas fundamentações não derrotaram o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado nas argumentações, ou seja, o direito fundamental prevaleceu. Apesar disso, é necessário notar que os pressupostos teóricos dos juízes, baseado na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e na necessária ponderação de princípios, não deixaram de permitir que tais argumentos estranhos ao direito gerassem um momento de redução dos direitos fundamentais ao nível desses outros argumentos, estranhos ao sistema normativo, não pertencentes ao ordenamento jurídico. É justamente esse momento que possibilita que direitos fundamentais venham a ser sobrepujados por argumentos morais, pragmáticos, entre outros.

Coura (2009, p. 149) faz uma análise crítica sobre os supostos benefícios de um método como o que Alexy propõe, funcionando sua análise como um guia para o que se pretende neste estudo acadêmico:

Nesse sentido, a crença na existência de um método neutro ou critério jurisdicional supostamente capaz de assegurar, por si só, a racionalidade de todo processo de ponderação e justificar seu resultado representa um pressuposto que também deve sujeitar-se à problematização. Afinal, não é possível racionalizar prática alguma criando novos mitos. (COURA, 2009, P. 149)

Por sua vez, o que Habermas coloca em questão, e isso é muito importante para o presente estudo, não é o resultado a que se pode chegar com o uso da ponderação, mas os pressupostos desse método. Omatti e Duarte (2011, p. 136) compartilham dessa crítica, ao analisarem decisão do STF relacionada ao direito à saúde, e na qual a ponderação foi utilizada como método de resolução.

Nessa linha, ainda que se chegue a resultados que tenham consistência com o direito, há sempre o risco de que argumentos estranhos ao sistema do direito sejam utilizados, e em certo ponto, por um cálculo simples de custo-benefício, sacrificar os direitos fundamentais, pois, conforme Cattoni de Oliveira (2008a, pp. 71-72), o método permite que se traga esse tipo de consideração nos argumentos. Por isso Habermas (2010, p. 332) argumenta que a ponderação coloca por terra o muro de proteção representado pelos direitos fundamentais.

Logo, se percebe que o resultado não é o maior problema, mas sim os pressupostos da teoria alexyana que supostamente informa a prática judicial de alguns juízes, pois tais pressupostos são suficientes para permitir resultados que até mesmo desconsiderem o direito vigente, e os próprios direitos fundamentais.

Habermas (2010, pp. 301-302) descreve as condições procedimentais dos discursos racionais em geral, que Alexy adota³²:

- (1) dimensão temporal (tempo infinito): prevenção da interrupção imotivada da argumentação;
- (2) dimensão social (participação ilimitada): garantia tanto da liberdade de escolha de temas e quanto da inclusão das melhores informações e argumentos, por meio do acesso universal à argumentação e através da participação simétrica e com igualdade de chances na argumentação.
- (3) dimensão material (ausência completa de coerção): neutralização de qualquer coerção que possa influir no processo de entendimento a partir de fora, ou de possível coerção que decorra desse mesmo processo, pois a única coerção aceitável é a do melhor argumento na busca cooperativa da verdade.

Ainda, segundo Habermas (2010, p. 302) para Alexy quem participa seriamente de uma argumentação, deve assumir alguns pressupostos pragmáticos que o obrigam a adotar uma posição ideal, que se traduz em interpretar e em avaliar todos os argumentos levantados e na perspectiva de cada um dos potenciais participantes, o que se aproxima da norma fundamental de Dworkin, da igual consideração e respeito a todos.

³² Vale ressaltar que Alexy extrai essas condições da teoria habermasiana.

Entretanto, Habermas (2010, p. 302) explica que a partir da compreensão deontológica do direito de Dworkin e das considerações sobre teoria da argumentação de autores como Aarnio, Alexy e Günther, tem que concordar com duas teses:

(1) No campo da *produção legislativa*, o discurso jurídico não pode mover-se autonomamente em um universo hermeticamente fechado do direito vigente, mas deve manter-se aberto a argumentos de outra procedência, em particular a razões pragmáticas, éticas e morais, especificamente, durante o processo de produção de normas, e é dessa forma que tais argumentos são aglutinados na própria pretensão de legitimidade³³ das normas jurídicas.

(2) No âmbito das *decisões judiciais*, a correção dessas decisões é aferida pelo cumprimento das condições comunicativas da argumentação, que permitem a imparcialidade na formação do juízo.

Mas segundo Habermas (2010, p. 302), concordar com essas teses, não permite concluir que discursos jurídicos constituem um caso especial das argumentações morais, como querem Alexy e Günther com sua "tese do caso especial".

Para Habermas (2010, p. 305), quando se tem como ponto de partida uma teoria procedimental, a legitimidade das normas jurídicas deve ser aferida pela racionalidade do procedimento democrático. Esse procedimento, que caracteriza a atividade política de produção de normas, é muito mais complexo que o procedimento de argumentação moral, pois a legitimidade das leis é aferida não só pela correção dos juízos morais que irrompem no momento da produção legislativa, mas também (HABERMAS, 2010, p. 305):

1) pela disponibilidade das informações e pela relevância das que foram selecionadas;

³³ A pretensão de legitimidade das normas jurídicas, por sua vez, exige procedimentos institucionalizados por meio do direito, e que garantam iguais chances de participação na formação da vontade política. Com isso Habermas entende que todos os argumentos já foram devidamente levados em consideração, no processo de formação da vontade, que é o momento em que tais argumentos podem ser levantados e devem ser considerados, ao contrário do momento de aplicação do direito que Habermas, a partir de Gunther e Dworkin entende que somente argumentos de princípio devem ser levados em consideração (HABERMAS, 2010, p.305).

- 2) pelo amplo debate no processo de elaboração da informação;
- 3) pela adequação das interpretações da situação e das abordagens dos problemas pelos participantes do processo legislativo;
- 4) pela racionalidade das eleições;
- 5) pela racionalidade das valorações fortes;
- 6) e, sobretudo pela equidade dos compromissos alcançados, etc.

Habermas (2010, p. 305) admite que os discursos jurídicos possam ser analisados a partir do modelo dos discursos morais de aplicação, como proposto por Klaus Günther, pois os dois casos se referem à aplicação de normas. Entretanto, a referida complexidade da dimensão de validade das normas jurídicas, não permite que se vincule a correção das decisões jurídicas a validade dos juízos morais, proibindo, portanto, que se considere o discurso jurídico como caso especial dos discursos morais de aplicação, defendido por Klaus Günther (HABERMAS, 2010, p. 305).

A "tese do caso especial", seja na versão de Robert Alexy ou na versão de Klaus Günther, sugere uma subordinação errônea do direito a moral, com conotações de um suposto direito natural, e desconsidera a diferenciação entre direito e moral (HABERMAS, 2010, p. 305). A partir do princípio do discurso, Habermas (2010, p. 306) deriva o princípio da moral e o princípio democrático. Estes princípios estão relacionados a diferentes classes de normas de ação:

- 1) Princípio da moral: princípio do discurso especificado na forma de normas de ação que regulam interações informais e simples entre indivíduos;
- 2) Princípio democrático: princípio do discurso especificado na forma de normas de ação que regulam interações entre pessoas jurídicas que se entendem como portadoras de direitos.

No primeiro caso pode-se exemplificar com normas de boa convivência numa empresa, que de maneira informal os diversos colaboradores estabelecem, como a de não fumar no interior do prédio da empresa, por respeito aos demais colaboradores que não fumam, sendo que neste caso não é possível reivindicar um direito a que não se fume num ambiente fechado. No segundo caso, um exemplo é uma norma jurídica que proíba o uso de cigarro em ambiente fechado, que mais que

uma norma de boa convivência, passa a vincular qualquer um que esteja submetido à ordem jurídica em que a proibição citada foi estabelecida, podendo inclusive ser reivindicada pela via judicial como um direito que qualquer indivíduo tem de não ter que se submeter a estar num ambiente fechado em que alguém esteja fumando, direito este garantido de forma coercitiva.

Consequência disso, é que os discursos possíveis de serem utilizados em cada caso são diferentes (HABERMAS, 2010, p. 306): de um lado, o princípio do discurso pressupõe como discurso racional os argumentos morais; de outro lado, o princípio do discurso pressupõe como discurso racional os argumentos políticos e jurídicos, sendo que estes são institucionalizados juridicamente e as questões morais aparecem aqui apenas enquanto referidas a normas jurídicas.

Ou seja, no processo de produção democrática do direito as questões morais aparecem apenas enquanto um entre diversos argumentos levados ao debate, e na aplicação do direito essas questões já aparecem com a forma do direito e seguindo a lógica deontológica de aplicação do direito, sem qualquer tipo de subordinação da norma adequada ao caso a uma suposta moral justificadora da norma jurídica aplicada. Dessa forma o sistema do direito pode garantir a autonomia pública e privada³⁴ dos membros da comunidade jurídica, sem que estes membros tenham que se submeter a uma moral que já não é suficiente para manter a integração da comunidade (HABERMAS, 2010, p. 306).

Dessa forma, reconhece-se que as razões morais, uma vez trazidas para o código jurídico, têm seu significado específico alterado e, num certo sentido, reforçado (agora sob a forma jurídica). Afinal no discurso de aplicação, o Direito não mais deverá ser subordinado a qualquer outro argumento concorrente, como os de natureza pragmática, ética e até mesmo morais. (COURA, 2009, p. 180)

Segundo Habermas (2010, p. 306), assumindo-se a premissa da diferenciação entre moral e direito, tem-se duas consequências. Primeiramente, evita-se que os discursos que se especializam na fundamentação e na aplicação do direito sejam

³⁴ Sobre autonomia privada e pública em Habermas: HABERMAS, 2010, p. 648, *et seq.* "Sob o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, o exercício da autonomia jurídica ramifica-se, assim, no uso público das liberdades políticas ('liberdades comunicativas') e no uso privado das liberdades individuais ('liberdades subjetivas')" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 115).

entendidos *a posteriori* como casos especiais dos discursos morais de fundamentação e aplicação, e dessa forma os discursos jurídicos não são reduzidos ao moralmente obrigatório ou permitido, pois compreende-se que os discursos jurídicos se referem sempre ao direito democraticamente estabelecido pela comunidade jurídica e são juridicamente institucionalizados já que passam por processos institucionalizados de produção e de aplicação de normas definidos democraticamente através do direito (HABERMAS, 2010, p. 306).

Logo, os discursos jurídicos não se referem ao moralmente estabelecido por um dos grupos componentes dessa comunidade jurídica, nem podem se resumir a argumentos escolhidos posteriormente por um juiz ou colegiado de um tribunal, pois juízes representam apenas alguns desses grupos cuja noção do que seja moralmente aceitável não tem legitimidade presumida perante outros grupos dentro da mesma comunidade jurídica. Considere-se, ainda, que os parâmetros para se escolher o que é moralmente obrigatório ou permitido não têm qualquer tipo de institucionalização por critérios estabelecidos de forma a vincular todos os indivíduos da comunidade jurídica que queiram participar de argumentações para estabelecer o que é moralmente aceitável ou não.

Os discursos jurídicos, por sua vez, são estabelecidos por procedimentos legislativos institucionalizados com a forma do direito e que, por terem sido estas mesmas normas procedimentais estabelecidas num procedimento democrático de formação do direito vigente, vinculam todos os membros da comunidade jurídica, independente do que cada indivíduo ou grupo dessa comunidade entenda a respeito do que seja moralmente vinculante.

Essa, então, foi a primeira consequência citada por Habermas, derivada da premissa da diferenciação entre direito e moral. A segunda consequência é que os discursos jurídicos se referem somente a normas jurídicas, pois esses discursos ficam inseridos no próprio sistema jurídico, juntamente com normas de fundamentação que também estão inseridas nesse sistema, pois assim como as normas sobre o procedimento legislativo, também as normas de aplicação do direito compensam a falibilidade e incerteza nas decisões, tendo por certo que ambas (falibilidade e

incerteza) resultam dos próprios pressupostos comunicativos dos discursos racionais que por serem pressupostos exigentes só podem ser cumpridos de forma aproximativa, de forma ideal (HABERMAS, 2010, p. 306).

Com isso se compreende que as normas procedimentais de produção e aplicação do direito, também passíveis de questionamento e modificação pela via democrática, devem ser estabelecidas de forma a permitir a maior participação possível, pelo menos, dos possíveis afetados pela norma a ser legislada ou pela decisão judicial, de forma que se garanta inclusive os métodos de revisão, também num procedimento argumentativo.

Tais procedimentos devem ser estruturados de forma que ao final de todo o processo legislativo ou judicial, tanto os afetados quanto os demais membros da comunidade jurídica possam aceitar que o produto de qualquer desses processos é o mais justo, não pelo "que" foi produzido, mas pelo "como" foi produzido (CATTONI DE OLIVEIRA, 2003, p. 141). Isso, de forma que eles compreendam que estes procedimentos estabelecidos, que devem considerar todos os argumentos levantados, mas sem desconsiderar a vinculação ao direito vigente na escolha de tais argumentos, em especial a vinculação aos direitos fundamentais, que tais procedimentos são os procedimentos que permitem que todos participem do processo de formação e desenvolvimento do direito.

Para Habermas (2010, pp. 307-308), no âmbito do judiciário "a tensão entre legitimidade e positividade do direito se aborda e resolve, no que se refere ao *conteúdo*, como o problema de uma decisão correta (legitimidade) ao mesmo tempo que consistente (positividade)" (HABERMAS, 2010, pp. 307-308). Ou seja, a decisão correta consistente procedimental é aquela em que o argumento nela expresso é o que melhor representa os argumentos trazidos tanto pelas partes quanto pelo juiz (este no papel dos demais membros da comunidade jurídica), argumentos estes sempre em conexão com o direito vigente, contribuindo para a aceitabilidade da decisão (HABERMAS, 2010, p. 299; CATTONI DE OLIVEIRA, 2003, pp. 141-142). Em outras palavras, compreender se tal argumento emergente representa o conjunto das perspectivas dos participantes sob a luz do direito vigente.

Ou ainda, concomitantemente, o conteúdo da decisão correta consistente procedimental deve ser analisado pela positividade, para garantir a consistência em relação ao direito vigente, o que requer que o procedimento dê condições ao juiz de interpretar a situação levando em consideração a descrição da situação apresentada pelas partes, o direito que elas entendem que lhes assiste, tudo sob a ótica do direito vigente, democraticamente estabelecido, para que o provimento seja visto tanto pelas partes, quanto pelos demais membros da comunidade, como aquilo que era requerido pela norma adequada³⁵ aplicável ao caso³⁶.

Mas a mesma tensão volta a produzir-se, não mais no nível dos conteúdos, mas no nível pragmático da prática das decisões judiciais, porque as exigências ideais a que está sujeito o procedimento argumentativo devem ser postas em consonância com as restrições impostas pela necessidade fática de regulação. De novo, o direito deve aplicar-se a si mesmo em forma de normas organizativas, para criar não só competências no tocante a administração da justiça, mas para estabelecer discursos jurídicos como ingredientes dos processos judiciais. (HABERMAS, 2010, p. 306)

Ou seja, a regulação é exatamente a restrição do uso de argumentos jurídicos no processo em detrimento de outros argumentos como os morais, éticos e pragmáticos. Além disso, a regulação trazida pelas normas de organização do processo judicial deve estabelecer um procedimento que (HABERMAS, 2010, p. 306; 2010, pp. 308-309):

- permita as partes do processo que levantem todos os argumentos que entenderem pertinentes para descrever a situação;
- permita ainda que as partes do processo levantem as normas de direito aplicáveis ao caso;
- possibilite a participação do juiz imparcial, que se compreenda como representante dos demais participantes da comunidade jurídica;
- possibilite que as partes, caso queiram, rediscutam a decisão judicial, a fim de vê-la confirmada ou não, ainda no âmbito do processo judicial.

³⁵ Para senso de adequação na teoria de Klaus Günther ver: COURA, 2009, p. 221, *et seq.*; COURA; PAULA, 2008, p. 219)

³⁶ Sobre legitimidade das decisões judiciais ver também: CATTONI DE OLIVEIRA, 2003, p. 138 *et seq.*

Tendo essas premissas em mente, Habermas (2010, p. 326) faz algumas críticas a uma autocompreensão errônea que o Tribunal Constitucional Federal Alemão tem da sua própria prática decisória, e alerta que o erro é de cunho metodológico, pois iguala direitos a valores para lidar com os casos envolvendo direitos fundamentais tendo em vista o alto grau de abstração dos direitos fundamentais. Para o autor (HABERMAS, 2010, p. 315) a compreensão correta do que seja uma interpretação construtiva, é aquela que mantém a distinção entre direitos e valores.

Habermas (2010, p. 327) explica que para o Tribunal Constitucional Federal, a Lei Fundamental está estruturada como uma ordem concreta de valores, e que Alexy, estudando a jurisprudência desse tribunal, propõe que os princípios, vistos como valores, devem ser compreendidos como mandados de otimização de intensidade variada. Assim, da mesma forma que os valores devem ser realizados da melhor forma, também os princípios devem ser otimizados no momento da aplicação mediante uma ponderação orientada a fins. Como nenhum valor tem primazia incondicional sobre os outros, a interpretação do direito vigente se transforma num empreendimento de realização de valores, concretizados conforme o caso a ser julgado.

Habermas (2010, p. 328), ressaltando que o problema da autocompreensão metodológica do Tribunal Constitucional Alemão está justamente nesta ideia de tratar como semelhantes os princípios jurídicos e os valores, assevera que as consequências dessa distinção são muito importantes para a compreensão da crítica à ponderação como método de resolução de colisão entre princípios³⁷.

Caráter deontológico e caráter teleológico: Habermas (2010, p. 338) esclarece que os princípios são normas de ordem superior, sob cuja orientação se pode justificar outras normas, e como normas que são, os princípios têm um caráter deontológico, diferentemente dos valores que têm um caráter teleológico.

Habermas (2010, p. 338) destaca que "as normas válidas obrigam a seus destinatários sem exceção e por igual a praticar um comportamento que atende a

³⁷ Sobre as críticas de Habermas ao tratamento dos princípios como valores ver também: COURA, 2004, p. 433 *et seq.*

expectativas gerais de comportamento” (HABERMAS, 2010, p. 338). Ou seja, princípios enquanto normas de direito válidas estabelecem comportamentos legitimamente obrigatório a todos os membros da comunidade jurídica, comportamentos estes que podem inclusive serem reivindicados em juízo.

Já os valores são "preferências intersubjetivamente compartilhadas” (HABERMAS, 2010, p. 338), valores expressam a preferência de um grupo pela realização ou aquisição de alguns bens (HABERMAS, 2010, p. 338). Porém, são preferências compartilhadas em alguns grupos, entre vários outros dentro da mesma comunidade, sem que se possa exigir a realização de um valor perante um tribunal, pois valores não obrigam a todos de maneira igual, já que nem mesmo são estabelecidos a partir do sistema do direito.

Codificação binária e codificação gradual: Habermas (2010, p. 328; COURA, 2004, p. 434) destaca ainda que normas ou são válidas e devem ser observadas por todos de maneira igual ou não são válidas e simplesmente não obrigam, funcionando os enunciados normativos dentro de uma lógica binária de válido/não-válido, obrigatório/não-obrigatório, reivindicável/não-reivindicável, devido/não-devido. Enquanto os valores estabelecem apenas relações de preferência em relação a bens, permitindo que em relação aos enunciados valorativos se tenha uma adesão em grau maior ou menor por cada grupo componente da comunidade (HABERMAS, 2010, 328).

Caráter vinculante absoluto e caráter vinculante relativo: outro aspecto apontado por Habermas (2010, p. 326) é o sentido absoluto da validade deontológica das normas, ou seja, de uma obrigação incondicional e universal dessas normas, pois o que vale, vale para todos que estejam em igual situação, “o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos” (HABERMAS, 2010, p. 326). Isso é diferente do sentido relativo da atratividade dos valores, que se traduz numa apreciação de cada bem da maneira que a cultura a qual se pertence (ou a forma de vida que se compartilha) está habituada a fazer: as decisões valorativas estabelecem o que “é bom para nós (ou para mim)” (HABERMAS, 2010, p. 328).

Diferença de critérios que devem ser satisfeitos no sistema de normas e no sistema de valores: as normas não podem se contradizer, elas devem formar um todo coerente na forma de um sistema, pois esse sistema coerente de normas deve ser observado por todos da comunidade jurídica (HABERMAS, 2010, p. 328). Por isso mesmo, não pode existir uma ordem transitiva de preferência de primazia de normas para cada grupo dentro da mesma comunidade jurídica. Já os valores formam uma configuração flexível, pois a ordem de preferência dos valores varia conforme cada cultura ou forma de vida (HABERMAS, 2010, p. 328).

Diferenças na aplicação: tais diferenças acima apontadas têm implicações no momento da aplicação de normas e valores. Assim, conforme se dirija a ação por normas ou por valores, as orientações são distintas, pois a partir de normas pode-se decidir qual comportamento é igualmente obrigatório para todos, enquanto a partir de valores pode-se decidir qual comportamento é melhor e mais recomendável para um grupo ou uma cultura (HABERMAS, 2010, p. 329).

A aplicação exige correção em ambos os casos, sendo que num sistema de normas, a ação correta é aquela que "boa para todos por igual" (HABERMAS, 2010, p. 329), enquanto num conjunto de valores característico de uma determinada cultura ou determinada forma de vida, a ação correta é aquela "boa para nós" (HABERMAS, 2010, p. 329).

Diferenças na compreensão dos direitos fundamentais: Habermas (2010, p. 329) alerta que os direitos fundamentais ganham sentidos diferentes caso sejam compreendidos como princípios jurídicos deontológicos, como propõe Dworkin, ou sejam compreendidos como bens jurídicos otimizáveis, como quer Alexy. Enquanto normas, os direitos fundamentais regulam uma matéria considerando o interesse de todos por igual; enquanto valores, os direitos fundamentais expressam a identidade e forma de vida de uma comunidade em particular (HABERMAS, 2010, p. 329).

No direito penetram conteúdos teleológicos no momento da formação da vontade política, mas o sistema de direito possibilita que se limitem os objetivos e orientações valorativas do legislador ao momento da formação da vontade política,

de maneira que no momento da aplicação do direito se dê estrita primazia aos pontos de vista normativos, que dizem respeito ao que é devido igualmente por todos, e não ao que era o objetivo do legislador ou qual era a orientação valorativa dele (HABERMAS, 2010, p. 329).

Para Habermas (2010, p. 329), a redução da Constituição a uma ordem concreta de valores, como faz o Tribunal Constitucional alemão e Robert Alexy, demonstra uma desconsideração do sentido especificamente jurídico dos direitos fundamentais, que da mesma forma que as regras morais, seguem o modelo de normas obrigatórias, enquanto os valores seguem o modelo de bens preferíveis.

Habermas (2010, pp. 331-332) explica que a jurisprudência de valores tem problemas relativos à legitimidade da prática de decisões do Tribunal Constitucional alemão, pois a ideia de que o tribunal deve concretizar valores, supostamente compartilhados, faz com que o Tribunal produza direito, concorrendo com o poder legislativo. Isso porque, quando o tribunal reinterpreta os direitos fundamentais, fazendo-os passar de princípios deontológicos para bens jurídicos teleológicos que formariam uma ordem jurídica de valores, e que "ligaria por igual, tanto a justiça, como o legislador, a eticidade substancial de uma determinada forma de vida" (HABERMAS, 2010, p. 332), o Tribunal se transforma em uma instância autoritária (HABERMAS, 2010, p. 332).

Nesta condição, o Tribunal Constitucional passa a se deixar guiar pela ideia de realização de alguns valores materiais que supostamente seriam dados de antemão pela Constituição (HABERMAS, 2010, p. 332). Em caso de colisão entre esses princípios transformados em valores, todas as razões (por exemplo, morais, éticas, pragmáticas) podem ser utilizadas como argumentos que fundamentem o alcance de um fim que se entenda preferível (HABERMAS, 2010, p. 332).

No caso de uma compreensão dos direitos fundamentais como normas, somente razões decorrentes do próprio sistema do direito, os argumentos de princípio, podem fundamentar, não o que é preferível, mas aquilo que o ordenamento jurídico, interpretado construtivamente, no sentido de Dworkin (2007, p. 63 *et seq.*;

CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 76 *et seq.*; DWORKIN, 2010, p. 211 *et seq.*; PEDRON, 2004, p. 45), estabelece que é devido. Quando abordados a partir de uma compreensão deontológica, as normas e princípios jurídicos conservam a capacidade de funcionarem como muros de proteção, e isso vale também para os direitos fundamentais (HABERMAS, 2010, p. 332).

Quando abordados como se fossem valores ou bens, em cada caso concreto os direitos individuais passam a competir pela primazia em relação a outros bens e valores, como se direitos individuais e valores (ou bens) estivessem no mesmo nível (HABERMAS, 2010, p. 332). Ou seja, como se ocupassem a mesma posição enquanto argumentos no âmbito do discurso jurídico. Habermas (2010, p. 332) resgata inclusive a ideia de Dworkin de que os direitos são trunfos, a serem utilizados nos discursos jurídicos, oponíveis a qualquer argumento relativo a fins.

Metas coletivas somente poderão ser impostas perante um direito, quando estas mesmas metas coletivas forem também um direito, e dessa forma justificáveis por argumentos de princípio, e não simplesmente por serem metas coletivas que supostamente tragam vantagem para uma maioria (HABERMAS, 2010, p. 332). Isso porque a obrigatoriedade geral das normas jurídicas, decorrente de seu caráter deontológico, não se confunde com uma preferência particular que se possa ter por determinados valores, e conseqüentemente, os argumentos de princípio têm uma força para fundamentar uma decisão judicial muito maior que os valores (HABERMAS, 2010, p. 332). Habermas (2010, p. 332) lembra que valores são colocados caso a caso em uma ordem transitiva com os demais valores; enquanto, as normas, ou são adequadas ao caso e especificam o que é igualmente devido a todos que estejam na mesma situação, ou não são adequadas, e portanto não aplicáveis, e simplesmente não auxiliam no estabelecimento do que é devido.

Habermas (2010, p. 332) aponta ainda que uma ordem transitiva de valores que se estabelece caso a caso conforme o que é preferível para ser realizado em maior ou menor grau, não pode ser estabelecida por critérios racionais. Logo, a ponderação ou sopesamento de valores só pode ser feita de forma arbitrária, discricionária, ou não reflexiva, apoiado em padrões e hierarquias as quais o juiz está acostumado,

conforme a cultura em que está inserido ou forma de vida que compartilha num dos grupos constituintes da comunidade jurídica (HABERMAS, 2010, p. 332).

Ou seja, um juiz pode escolher uma meta coletiva em detrimento de um direito, bastando para isso dissolver um direito em um valor e, estabelecido o conflito entre o valor representado pela meta coletiva e o valor representado pelo direito, escolher aquele valor pelo qual tem preferência, preferência essa determinada pelas preferências da cultura ou forma de vida na qual o juiz está inserido e que, portanto, no máximo lhe permitiria estabelecer qual bem é preferível para “nós” e não qual bem é igualmente devido para “todos”.

Habermas (2010, p. 332), seguindo sua crítica ao que ele denomina “teoria dos valores” (HABERMAS, 2010, p. 332), afirma que quando um tribunal constitucional adota essa teoria como base da sua prática decisória, aumenta a possibilidade de que este tribunal construa juízos irracionais

Racionalidade de um juízo normativo. Habermas explica que a teoria discursiva do direito

[...] analisa a aceitabilidade racional dos juízos dos juizes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da racionalidade procedimental. Ela apoia-se num conceito forte de racionalidade procedimental, segundo o qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas, não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica de proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação. (HABERMAS, 2010, p. 297)

Assim, diferentemente até mesmo de Dworkin, que segundo Habermas (2010, p. 297), sobrecarrega cada juiz em particular ao exigir esforços solipsistas ao construir uma teoria compreensiva para justificação externa das premissas da decisão, Habermas propõe que a racionalidade dos juízos seja aferida mais pela estrutura do processo de argumentação, que atenda os exigentes pressupostos pragmáticos: possibilidade das partes de levantar todos os argumentos; um processo argumentativo livre de coerção; que os melhores argumentos sejam levados em consideração; melhores argumentos são aqueles que idealmente contribuem para que o juiz construa sua decisão, de forma que esta represente todas as perspectivas (das partes e dos demais membros da comunidade jurídica).

Porém há algo que Habermas também considera fundamental, no que diz respeito à racionalidade, que é o contexto da argumentação, por isso é que no contexto do sistema do direito há esse outro critério a ser preenchido, ou seja, que somente argumentos próprios desse sistema sejam levados em consideração no momento da fundamentação da decisão judicial, por meio de argumentos de princípio, pois as pretensões de validade a serem preenchidas são identificadas conforme o contexto, e no contexto de um discurso normativo as pretensões de validade dizem respeito a correção de normas de ação.

Segundo Habermas (1999, pp. 38-40)³⁸ discursos normativos e críticas avaliativas são duas formas de argumentação que se diferenciam, pois enquanto no primeiro levanta-se a pretensão à correção das normas, sendo racional aquele que justifica suas ações baseando-se nas normas e esforça-se para julgar com imparcialidade; na crítica avaliativa não se levanta nenhuma pretensão específica, sendo racional aqui aquele que interpreta à luz dos padrões de valor e adota uma atitude reflexiva. Em ambos os casos é possível adotar um padrão de racionalidade, mas que não se confundem, pois são totalmente diferentes.

Para cada uma dessas duas formas de argumentação existem inclusive tipos de enunciados diferentes com objetivo de fundamentação diferentes. Para discursos normativos existem enunciados normativos que servem para justificação de ações, podendo ser afirmadas ou negadas sob o aspecto da correção ou da justiça, e sua fundamentação tem o objetivo de comprovar a aceitabilidade de ações ou normas de ação³⁹; por outro lado, para críticas valorativas existem enunciados valorativos que servem para a valoração de algo, podendo ser afirmada ou negada sob o aspecto da adequação aos padrões de valor ou sob o aspecto do que é idealmente bom, e sua fundamentação tem o objetivo de comprovar a preferência destes ou daqueles valores (HABERMAS, 1999, pp. 64-66).

Assim, no discurso prático (ou normativo), racional é a pessoa que pode justificar suas ações baseando-se nas ordenações normativas vigentes, ao mesmo tempo em

³⁸ Ver também: ALVES, 2009, p. 179-195.

³⁹ Por sua vez, **normas de ação** são "expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e substancialmente" (HABERMAS, 2010, p. 172).

que diante de um conflito normativo se esforça para julgar imparcialmente a partir de um ponto de vista normativo (seja da moral, seja do direito, a depender da situação) e de forma consensual, sem se deixar influenciar por suas paixões ou por seus interesses⁴⁰ (HABERMAS, 1999, p. 38).

O âmbito de validade das normas de ação se apresenta com a pretensão de (1) expressar um interesse comum a todos os afetados, sobre a matéria a ser regulada, e (2) por conta dessa pretensão ao interesse comum, também aspira à pretensão de merecer um reconhecimento geral. E é por essa aspiração a merecer um reconhecimento geral que as normas válidas, em condições em que a única motivação seja a busca cooperativa da verdade, "tem em princípio que encontrar também o assentimento racionalmente motivado de todos os afetados" (HABERMAS, 1999, p. 38). Ou seja, uma norma de ação válida é aquela que, idealmente, expressa o interesse comum de todos os afetados acerca do tema a ser regulado, e cujo reconhecimento geral (da norma de ação) por esses mesmos afetados se deu de forma racionalmente motivada num procedimento de busca cooperativa da verdade.

Por outro lado, na crítica estética (manifestações de valor), *racional* é a pessoa que interpreta suas necessidades sob a luz dos padrões de valor que aprendeu na cultura na qual está inserido, e também é capaz de adotar uma atitude reflexiva em relação a esses mesmos padrões de valor a partir dos quais interpreta suas necessidades (HABERMAS, 1999, p. 39).

Habermas (1999, pp. 39-40) chama a atenção para um ponto muito importante, que permeia toda a sua análise sobre a diferença entre norma e valor na obra *Facticidad y validez*, e que fundamenta sua crítica à ponderação de valores conforme teorizada por Alexy:

⁴⁰ Todas as intuições de Habermas sobre o discurso prático podem ser pensadas como dirigidas tanto a moral quanto ao direito, que é exatamente a perspectiva que ele explora mais detalhadamente na obra *Facticidad y validez*, quando estabelece a cooriginariedade entre moral e direito, e quando diferencia norma e valor. Por isso, apesar de o autor se referir na obra *Teoria de la acción comunicativa* a moral de forma predominante, já tendo em mente essa mudança de perspectiva na obra *Facticidad y validez*, pode-se fazer toda a análise focada no direito quando se tratar a respeito do discurso prático, e de suas respectivas pretensão de validade e fundamentação.

Os valores culturais, diferentemente das normas de ação, não se apresentam com uma pretensão de universalidade. Os valores são, em resumo, candidatos a interpretações sob as quais um círculo de afetados pode, conforme o caso, descrever e normatizar um interesse comum. A área de reconhecimento intersubjetivo que se forma em torno dos valores culturais, não implica todavia, de modo algum, uma pretensão de aceitabilidade culturalmente geral ou universal. (HABERMAS, 1999, pp. 39-40)

Justamente por não cumprirem a pretensão de aceitabilidade universal, já que são restritas a um círculo de indivíduos inseridos numa determinada cultura, as argumentações que servem de justificação de padrões de valor não atendem às condições do discurso (HABERMAS, 1999, p. 40).

Habermas (1999, p. 62) explica que as formas de argumentação se diferenciam de acordo com as pretensões de validade universais, que geralmente só podem ser reconhecidas a partir do contexto de uma manifestação, apesar de não serem constituídas por esses contextos. Logo, a pretensão de validade num contexto de um tribunal para decidir se alguém tem o direito a ter acesso a documentos, será diferente da pretensão de validade no contexto de uma crítica de cinema para escolha de qual seja a melhor versão de um filme.

Habermas (1999, pp. 68-69) afirma que mesmo na discussão sobre padrões valorativos, em que se discutem questões de gosto, os participantes da argumentação depositam sua confiança na força racionalmente motivadora do melhor argumento. Porém, o tipo de pretensões de validade com que se apresentam os valores culturais não ultrapassa os limites locais, ao contrário do que acontece com as pretensões de correção (justiça), pois os valores culturais não são válidos universalmente, restringindo-se ao um determinado modo de ser cultural, plausíveis apenas no contexto de uma forma de vida particular. A crítica avaliativa supõe uma pré-compreensão comum entre os participantes da argumentação que delimita o alcance das pretensões de validade.

Concluindo, Habermas (1999, p. 69) considera que somente algumas pretensões de validade são universais, pois segundo seu sentido, podem ser testadas em discursos: pretensão à verdade, pretensão à correção e pretensão à compreensibilidade. Para Habermas (1999, p. 69), somente em discursos teóricos,

práticos e explicativos, os participantes de uma argumentação têm que partir do pressuposto contrafático de que se cumprem de forma aproximada as condições de uma situação ideal de fala.

Esses pressupostos que Habermas já estabeleceu desde a obra *Teoría de la acción comunicativa*, nos permitem compreender ainda mais essa diferenciação que o autor desenvolve na obra *Facticidad y validez*, a fim de criticar a suposta similitude entre valor e norma que Alexy entende ser possível estabelecer para resolver as colisões entre direitos fundamentais, por meio da ponderação.

Fazendo uma retomada, a racionalidade do juízo tem que preencher uma série de condições: de um lado, a dimensão lógico-semântica dos argumentos construídos e a ligação lógica das proposições utilizadas; de outro, a dimensão pragmática do processo de argumentação que requer: possibilidade das partes de levantar todos os argumentos; um processo argumentativo livre de coerção; que os melhores argumentos sejam levados em consideração; melhores argumentos são aqueles que idealmente contribuem para que o juiz construa sua decisão, de forma que esta represente todas as perspectivas (das partes e dos demais membros da comunidade jurídica); que os tipos de argumentos sejam próprios do discurso normativo, o que no caso do sistema jurídico são os argumentos de princípio, e dessa forma adequados para fundamentar a pretensão universal de correção normativa, própria dos discursos normativos.

Assim quando Habermas (2010, p. 332), seguindo sua crítica ao que ele denomina “teoria dos valores” (HABERMAS, 2010, p. 332), afirma que um tribunal constitucional que adote essa teoria como base da sua prática decisória aumenta a possibilidade de que este mesmo tribunal construa juízos irracionais, pode-se compreender que Habermas se refere à impossibilidade de utilizar argumentos valorativos num contexto em que a pretensão levantada é de correção da ação sob a luz do ordenamento jurídico vigente, sendo que padrões valorativos apenas permitem indicar o que é melhor sob a luz dos padrões de uma determinada cultura. Além disso, os padrões valorativos são culturais e localizados, tornando-se muitas vezes variáveis conforme o grupo ou indivíduo que faz a avaliação dentro de uma

mesma comunidade jurídica, ao contrário das normas de ação que são expectativas de comportamento generalizadas (PEDRON, 2004, p. 52).

Segundo Habermas (2010, p. 332), irracionalidade aumenta pelo perigo de argumentos funcionalistas, relacionados a custos e vantagens conforme os padrões valorativos de um grupo, cobrarem primazia diante de argumentos normativos, que estabelecem o direito das partes, e dos demais membros da comunidade jurídica, de forma igual, independente de custos e vantagens⁴¹. Objetivos e bens, como a capacidade de funcionamento do exército, a segurança do Estado, o comportamento favorável a Federação podem entrar em colisão com normas jurídicas num discurso jurídico somente se puderem contar com princípios jurídicos que justifiquem esses objetivos e bens, pois somente direitos devem convencer no jogo argumentativo próprio do discurso jurídico, e é exatamente essa diferença que fica prejudicada quando se equipara princípios jurídicos a bens, objetivos e valores (HABERMAS, 2010, p. 333). Ou seja, somente o que se pode deduzir dos direitos como expectativas de comportamento generalizáveis igualmente a todos, pode cobrar primazia no âmbito da jurisdição.

Ao contrário, quando o sentido deontológico dos direitos fundamentais é levado a sério, eles ficam livres de análise custo-benefício (HABERMAS, 2010, p. 333). E isso vale também para as normas abertas, que são aquelas que não são aplicáveis a casos padrões facilmente identificáveis, mas cuja adequação ao caso é determinada no momento da aplicação, necessitando de concretização, pois é exatamente no discurso de aplicação que os direitos fundamentais e as normas abertas, adequados ao caso, podem ter estabelecido pelo juiz aquilo que determinam como devido ou não no caso concreto, de forma que todos os atingidos pela decisão a compreendam dessa forma (HABERMAS, 2010, p. 333).

Assim, conforme Habermas (2010, p. 333) no caso de uma colisão entre normas jurídicas não se decide em que grau se deve cumprir em cada caso valores em competição entre si, mas ao contrário “a tarefa consiste em achar entre as normas aplicáveis *prima facie*, aquela que se acomoda melhor a situação de aplicação,

descrita da forma mais exaustiva possível, considerando todos os pontos de vista relevantes” (HABERMAS, 2010, p. 333).

Mas essa tarefa exige que se tenha em vista a coerência do sistema jurídico como um todo, de forma que se estabeleça entre (I) a norma adequada ao caso e (II) as normas que passam para o segundo plano, portanto permanecendo válidas, se estabeleça uma relação plausível com esse mesmo sistema jurídico, ou seja, uma relação que não afete a coerência do sistema jurídico (HABERMAS, 2010, p. 333).

A conclusão de Habermas (2010, p. 334) nesse ponto é que há uma diferença entre o sentido deontológico das normas e os sentido teleológico dos valores, ou seja, as normas aplicadas ao caso e as normas que não são aplicáveis ao caso, não se comportam como "valores em competição que, como mandados de otimização, tiveram que ser realizados em níveis diversos em cada caso, mas como normas 'adequadas' ou 'inadequadas' “ (HABERMAS, 2010, p. 334).

Adequação funciona da mesma forma que a validade de um juízo singular derivado de uma norma geral válida, em que primeiramente se admite que a norma em tela é aquela subjacente ao caso em questão, o que permite preencher o significado da própria norma, saturando-a (HABERMAS, 2010, p. 334).

Habermas (2010, p. 334) faz uma diferenciação que permite compreender bem a abordagem de uma situação a partir de normas e a partir dos valores ao esclarecer que a aplicação do direito orientada por princípios deve ser entendida como o estabelecimento de qual ação é obrigatória num determinado caso, e não qual é o melhor equilíbrio entre bens, nem a melhor relação de hierarquia entre valores. Como já referido acima, no primeiro caso se estabelece o que é igualmente obrigatório para todos que estejam na mesma situação, no segundo caso se estabelece o que é melhor para nós, ou ainda “o que em cada caso é o melhor para nós, não coincide necessariamente com o que é igualmente bom para todos” (HABERMAS, 2010, p. 334).

Destaque-se que Habermas (2010, p. 334) não tem a ilusão de que se possa construir uma relação rígida entre normas, ao contrário, entende que normas válidas constituem uma estrutura flexível de relações, na qual tais relações podem ser alteradas caso a caso, porém sempre sujeito a uma contingência importante para o sistema do direito que é a *coerência*. Para Habermas (2010, p. 334) a coerência é uma contingência que assegura que todas as normas se articulem em um sistema ajustado e que só permita para cada caso uma única solução correta.

Isso quer dizer que, olhando-se o sistema como um todo coerente, e com a necessidade de manter essa mesma coerência, o caso concreto que se apresenta deve ser julgado de forma que a decisão represente aquilo que era obrigatório conforme o todo do sistema, aquilo que já era esperado como o devido, tendo em vista essa coerência do sistema, que deve ser mantida. Por isso em alguns casos algumas normas se aplicam outras não, e em casos semelhantes essas mesmas normas devem ser aplicáveis, exceto se algum aspecto relevante do caso se modificar, o que permite que se pense que, então, o caso já nem é mais semelhante, e as normas adequadas, ou seja, aquelas subjacentes a situação descrita da forma mais completa, podem não ser mais as mesmas.

Alerta Habermas (2010, p. 334) que "a validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um preceito, não o sentido teleológico do alcançável no horizonte de nossos desejos em cada circunstância dada" (HABERMAS, 2010, p. 334). Logo o que é estabelecido como obrigatório não pode sofrer as contingências do que a partir de uma cultura particular se entende como o melhor, como o que pode ser alcançado para manter um equilíbrio entre valores, como a melhor forma de satisfazer alguns valores mais preferíveis e outros menos preferíveis.

O que é estabelecido como obrigatório a partir do sistema do direito muitas vezes ferirá as preferências pessoais ou de grupos, e isso não pode ser compreendido como suficiente para que se desconsidere o direito vigente. Pois este sim, num Estado que se quer Democrático de Direito é o único capaz de estabilizar as expectativas de comportamento, mantendo a previsibilidade inclusive das possíveis

decisões resultantes de um processo judicial, ainda que se esteja diante de um caso difícil.

Habermas (2010, p. 297) tem em mente que a possibilidade de erro nas decisões já está embutida numa teoria discursiva do direito, nos moldes que ele propõe. Aprender com os erros e possíveis refutações é um comportamento racional possibilitado pelo processo de argumentação (HABERMAS, 1999, p. 47). Logo, Habermas não parte da premissa de que está teorizando uma forma de se chegar sempre a uma resposta correta para cada caso concreto, inclusive nos casos difíceis, ou de que para toda questão o juiz encontrará necessariamente a resposta correta única para o caso.

Mas pretende que o juiz ao menos se esforce nesse sentido, de forma que interpretar o ordenamento jurídico como um todo, mantendo a coerência da relação entre as normas adequadas ao caso, possa fazer parte do processo de aprendizado de todos os parceiros do direito, e que os erros nesse processo sejam resultado desse esforço de acertar, esforço esse que implica levar em consideração e respeitar todas as contingências impostas ao juiz no momento de aplicação do direito: coerência entre as normas que se compreenda serem adequadas ao caso e o sistema jurídico como um todo; consistência da decisão que deve ser pautada no direito vigente; fundamentar as decisões utilizando argumentos de princípios, pois são próprios da argumentação jurídica, e estão inseridos no sistema do direito; consideração pelos argumentos dos possíveis atingidos pela decisão; respeitar o sentido deontológico das normas jurídicas, estabelecendo o que é devido igualmente por todos; para citar aqui algumas dessas contingências.

2.2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Tendo em mente uma teoria discursiva do direito, com todas as contingências que ela pressupõe, Habermas entende que a legitimidade de um Tribunal Constitucional está no fato dele ser uma instituição participante do processo argumentativo

institucionalizado pelo direito, não enquanto instância que tem a palavra final sobre qual é o conteúdo das normas do direito.

A interpretação de princípios jurídicos não é diferente da interpretação de normas simples que não tenha sua situação de aplicação perfeitamente delimitada, e em nenhum desses casos há necessidade de se deixar surgir lacunas de racionalidade no momento da aplicação do direito (HABERMAS, 2010, p. 334). Se, por um lado, não se podem regulamentar por meio de normas procedimentais os complexos passos de uma interpretação construtiva, por outro lado, essa mesma interpretação está sujeita ao controle representado pela "racionalidade procedimental de um discurso de aplicação juridicamente institucionalizado" (HABERMAS, 2010, p. 334).

Isso porque, ao aplicar o direito, os juízes devem se utilizar de argumentos próprios do sistema do direito, os argumentos de princípio, para fundamentar suas decisões, de forma que no contexto do sistema do direito os possíveis afetados pela decisão jurídica possam compreender as razões jurídicas aduzidas pelo juiz para estabelecer o que é igualmente devido a todos, e dentro do próprio processo judicial questionar tais razões jurídicas para, continuando o jogo argumentativo em que deve se desenvolver o processo judicial, ver confirmada ou não a decisão.

Diferença entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação: A jurisdição constitucional ao se deparar com um determinado caso concreto deve se limitar a aplicação de normas constitucionais pressupostas como válidas e não criar direitos, e, para cumprir essa exigência, ter em mente a diferença entre discurso de fundamentação de normas e discurso de aplicação de normas oferece ao intérprete um critério de delimitação entre as tarefas que legitimamente podem cada um cumprir, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo (HABERMAS, 2010, p. 334). Essa é uma contingência que se soma a várias outras e que ao mesmo tempo em que restringe a atuação judicial, soma-se a outros critérios que podem nortear essa mesma atuação.

Habermas (2010, pp. 334-335) destaca que uma atividade judicial regida por princípios não tem motivos para deixar vulnerável essa estrutura decisória

hierarquicamente articulada que tem por fim assegurar que as razões legitimantes que se entendem como decisivas, importantes, em cada procedimento de decisão, venham-lhe dadas por acordos ou decisões de uma instância de nível superior.

Em outras palavras, os princípios já são suficientes, enquanto argumentos próprios do sistema do direito, para permitir que os juízes decidam os casos que lhe aparecem com suficiente possibilidade de argumentar a partir de dentro do sistema do direito, aplicando aos casos semelhantes as normas de um ordenamento jurídico coerentes, e que por serem coerentes já oferecem as razões jurídicas para decidir, já oferecem exemplos do que é obrigatório ou não. Portanto, não é tarefa do judiciário criar direito, mas encontrar no sistema do direito as razões jurídicas determinantes para o caso, e por argumentos de princípio estabelecer no caso concreto o que é obrigatório, reforçando a própria coerência do sistema, respeitando assim as decisões legítimas tomadas anteriormente não só no âmbito do Poder Judiciário, mas, acima de tudo, no processo democrático de formação da vontade política.

O autor (HABERMAS, 2010, p. 335) cita Ingeborg Maus para explicar essa ideia de estrutura decisória hierarquicamente articulada:

Em nenhuma etapa do processo de decisão pode o poder político legitimar-se recorrendo simplesmente ao direito que ele mesmo estabeleceu. O legislador se legitima seguindo as determinações procedimentais da Constituição ao mesmo tempo que pela efetiva vontade popular que lhe antecede, mas não pelas simples leis que ele mesmo produz. Somente as instâncias aplicadoras do direito se legitimam pelo direito simples, que elas entretanto, exatamente por isso, não precisam estabelecer. Esta estrutura garante ao mesmo tempo um desconhecimento escalonado dos destinatários concretos da decisão na série de instâncias em que se articula o Estado de direito. (HABERMAS, 2010, p. 335)

Habermas (2010, p. 335) é enfático ao afirmar que as razões legitimadoras que o Tribunal Constitucional tem que retirar da constituição devem ser encaradas sob a perspectiva da aplicação do direito, e não sob a perspectiva de um legislador, já que este último precisa "interpretar, desenvolver e dar forma ao sistema dos direitos ao perseguir suas próprias políticas" (HABERMAS, 2010, p. 335), e, portanto, o fato de a existência do Tribunal Constitucional e as normas procedimentais a que deve observar estarem estabelecidas na Constituição não faz dele, nem do poder

judiciário uma instituição comparável e em competição com o poder legislativo, nem lhe permite, ainda que de forma implícita, uma atividade legislativa. Para Coura (2009, p. 166), Habermas demonstra o quão antidemocrática é o pressuposto da prática decisória do Tribunal Constitucional alemão, pois o autoentendimento de que a Corte deve atualizar valores materiais dados anteriormente, faz dela uma instância autoritária.

Nesse ponto é importante lembrar que diferentemente de Habermas, Robert Alexy atribui ao Tribunal Constitucional o papel de órgão que dirime as discussões em torno do significado dos direitos fundamentais, podendo inclusive criar novas determinações dentro de um suposto amplo campo aberto pela Constituição. Habermas compreende que o papel de um Tribunal Constitucional é antes de tudo aplicar o direito vigente, não criá-lo, é aplicar as normas adequadas ao caso, sejam elas normas de direitos fundamentais ou de outro tipo, sejam normas abertas ou normas em que se pode identificar com facilidade a situação em que ela se aplica, pois o Tribunal não tem essa suposta abertura da Constituição para competir com o Poder Legislativo, cabendo ao Tribunal, sim, o papel de garantir os processos democráticos de gênese do direito e a autonomia pública e privada dos indivíduos para que possam participar desses processos.

3 DECISÕES JUDICIAIS SELECIONADAS: ASPECTOS RELEVANTES E CONSIDERAÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Tendo-se abordado a teoria de Robert Alexy no que diz respeito ao método de decisão por ele proposto no âmbito dos direitos fundamentais, e após lembrar as críticas de Jürgen Habermas a alguns pressupostos de Robert Alexy, em especial ao sopesamento, passar-se-á a análise de algumas decisões dos tribunais superiores que dizem respeito ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As decisões do STF e STJ são parâmetros importantes para a jurisdição brasileira, seja quanto ao conteúdo das decisões, seja quanto à teoria adotada para a prática decisória. Em ambos os tribunais é possível encontrar decisões nas quais um magistrado afirma adotar os pressupostos da teoria de Robert Alexy, em especial a ponderação (COURA, 2004, pp. 425-426). Coura (2004, pp. 425-432) cita várias decisões na nota de rodapé nº 49, e comenta de forma mais detida, no corpo do artigo, as decisões na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 319 do STF, no *Habeas Corpus* (HC) nº 3.982-RJ do STJ, no HC nº 71.374-4 do STF, no HC nº 82.424-2 do STF e na ADIn nº 855-2 do STF.

Assim, interessa saber como os juízes dos citados tribunais, que dizem adotar a teoria de Robert Alexy como aquela que condiciona sua prática decisória, têm conduzido seus votos nos casos envolvendo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O que será analisado nesse ponto é se a prática de tais magistrados realmente segue os critérios propostos por Robert Alexy, ou seja, se a prática decisória encontrada se adequa à prática decisória por eles pretendida.

3.1 PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO STF E STJ: A PONDERAÇÃO APLICADA EM CASOS DE DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

A pesquisa foi realizada no site do STF utilizando os seguintes critérios de pesquisa: “meio e ambiente e ponderação”. Estabeleceu-se o marco temporal de 5 anos para a pesquisa, sendo eleito o período iniciado em 01/07/2008 e encerrado em 30/06/2014. Além disso, marcou-se na página da ferramenta de busca do site a caixa referente a “Acórdãos”. O seguinte *link* permite acesso à pesquisa realizada com esses parâmetros: <<http://tinyurl.com/pyxuk3b>>.

Entre as decisões encontradas a partir desses critérios, as que realmente se relacionavam ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, eram as seguintes ações: Embargos de Declaração na Petição 3388/RR (Emb. D. na Pet 3388/RR), e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF (ADPF 101/DF). Ambas faziam menção a uma suposta colisão entre princípios constitucionais, assim como à ponderação como meio de resolução.

Também foi realizada uma pesquisa com os mesmos parâmetros acima, porém com as seguintes palavras: “meio e ambiente e sopesamento”. Porém nenhum resultado foi encontrado para essa pesquisa. O link de acesso para a pesquisa, gerado pelo sítio do STF foi o seguinte: <<http://tinyurl.com/nwhrneu>>.

Por sua vez, no site do STJ utilizou-se o os seguintes critérios de pesquisa: “meio e ambiente e ponderação”. Como critério temporal, utilizou-se o período entre 01/07/2008 e 30/06/2014. Além disso, marcou-se na página da ferramenta de busca do site a caixa referente a “Acórdãos”. Entre as decisões encontradas a partir desses parâmetros, a única que envolve o direito ao meio ambiente e na qual é mencionada uma suposta colisão entre princípios constitucionais, assim como sua resolução por ponderação, é o Recurso Especial nº 1285463-SP. Alternativamente, foi realizada uma pesquisa com esses mesmos parâmetros descritos, mas com as seguintes palavras: “meio e ambiente e sopesamento”. Para essa pesquisa o sítio do

STJ não retornou resultados. A seguir, apresenta-se um breve panorama das decisões encontradas e, em seguida, será feita uma análise mais detida de cada uma tendo como base a teoria de Robert Alexy.

a) Embargos de Declaração na Petição 3388/RR (Emb. D. na Pet 3388/RR)

Os embargos de declaração foram opostos em face do acórdão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal que julgou procedente em parte o pedido veiculado na ação popular para declarar a validade da Portaria nº 534, de 13.04.2005, do Ministro de Estado da Justiça, que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e do Decreto de 15.04.2005, que homologou a referida portaria (BRASIL. *STF*, 2014). O relator dos embargos de declaração foi o Ministro Roberto Barroso, que afirma que no acórdão embargado o Tribunal fez uma ponderação entre direitos constitucionais e fins públicos relevantes, mais exatamente entre a proteção ao meio ambiente, a segurança nacional e os direitos dos índios a demarcação das terras por eles ocupadas (BRASIL. *STF*, 2014, p. 44). Em seu relatório o Ministro Roberto Barroso deixa subentendido que o Tribunal firmou uma relação de preferência entre (a) os direitos constitucionais e (b) os fins públicos, de forma que quando ocorre uma colisão entre, de um lado, normas de proteção ao meio ambiente e segurança nacional, e de outro, normas de direito dos índios, prevalece, a princípio, as primeiras (BRASIL. *STF*, 2014, p. 44).

b) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF (ADPF 101/DF)

A ADPF 101/DF tramitou no Supremo Tribunal Federal, onde o Tribunal Pleno analisou a ação ajuizada pelo Presidente da República, em que este sustentava que muitas decisões judiciais vinham sendo proferidas autorizando a importação de pneus usados, contrariando diversos atos normativos do Poder Executivo que vedavam a importação de bens de consumo usados, entre os quais os pneus. A relatora, Ministra Carmén Lúcia, suscitou a necessidade de realizar uma ponderação entre os bens jurídicos que estavam a “conflitar” (BRASIL. *STF*, 2012, p. 93). A Ministra concluiu que ao se atribuir peso, de um lado, aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa e, de outro, aos princípios da saúde e do meio

ambiente ecologicamente equilibrado, preponderariam estes últimos (BRASIL. *STF*, 2012, p. 103).

c) Recurso Especial nº 1285463-SP

Este caso se refere a um recurso especial, interposto pelo Ministério Público de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o Superior Tribunal de Justiça decidiu a respeito da necessidade de proibição da prática de queimada da palha de cana (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 3). O relator, Ministro Humberto Martins, destacou que o caso revelava uma tensão entre os princípios do meio ambiente e da cultura que deveria ser resolvida por uma ponderação (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 3). Porém, o Ministro ressaltou que o Poder Legislativo tem a primazia para realizar a ponderação, o que no caso em análise havia sido feito por meio da Lei 4.771/1965 e da Lei 6.938/1981, de forma a compatibilizar os dois valores protegidos pela Constituição, ficando assentado que a queima de cana somente era permitida quando necessária a sobrevivência dos pequenos produtores que dependem da agricultura e que não dispõem de métodos alternativos para a prática de tal atividade (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 3).

Passaremos a analisar os pontos relevantes das decisões selecionadas quanto ao objeto do presente estudo, que é a aplicação pelos tribunais superiores brasileiros, em especial no STF e STJ, da teoria de Robert Alexy na prática decisória.

3.2 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA PETIÇÃO 3388/RR (EMB. D. NA PET 3388/RR)

Trata-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão do Tribunal Pleno que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação popular para, observadas algumas condições, declarar a validade da Portaria nº 534, de 13.04.2005, do Ministro de Estado da Justiça, que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e do Decreto de 15.04.2005, que homologou a referida portaria (BRASIL. *STF*, 2014).

O Relator dos embargos de declaração foi o Ministro Luis Roberto Barroso, que em certo ponto afirma que no acórdão embargado o Tribunal fez uma ponderação entre direitos constitucionais e fins públicos relevantes, e cita uma passagem do voto da Ministra Carmen Lúcia em que ela assenta que as normas de proteção ao meio ambiente e as normas de segurança nacional se aplicam a todos os brasileiros, inclusive aos índios (BRASIL. *STF*, 2014, p. 44). Em seu relatório o Ministro Luis Roberto Barroso dá a entender que o Tribunal firmou uma relação de preferência entre (a) os direitos constitucionais e (b) os fins públicos, no sentido de que quando há colisão entre, de um lado, normas de proteção ao meio ambiente e segurança nacional, e de outro, normas de direito dos índios, prevalece, a princípio, as primeiras (BRASIL. *STF*, 2014, p. 44). Assim, na percepção do Ministro Relator, fins públicos relevantes estavam competindo primazia no caso concreto com direitos constitucionais. Essa afirmação já demonstra o tamanho do problema que se pretende enfrentar no presente estudo acadêmico, ou seja, direitos competindo com fins, no momento de uma decisão judicial.

Como o Relator faz referência a uma ponderação realizada pelo STF, mas não entrou em detalhes, fazendo apenas referência à argumentação desenvolvida na Petição 3388/RR (BRASIL. *STF*, 2009), buscou-se o acórdão embargado para encontrar os termos de tal ponderação. Entre os Ministros que participaram da votação no Pleno do Superior Tribunal Federal, somente o Ministro Menezes Direito suscitou um “aparente conflito entre as normas dos artigos 20, §2º, 91, 225 e 231 da Constituição de 1988” (BRASIL. *STF*, 2009, p. 406, que se traduzia numa concorrência entre, de um lado, o direito dos índios e, de outro lado, a importância da faixa de fronteira e o valor da preservação do meio ambiente (BRASIL. *STF*, 2009, p. 406).

Inicialmente o Ministro Menezes Direito define alguns conceitos que segundo ele são necessários para esclarecer a controvérsia, como é o caso de “terra indígena”, “faixa de fronteira” e “unidade de conservação” (BRASIL. *STF*, 2009, p. 378). Para Alexy (1997, pp. 226-227), a interpretação semântica é uma das formas de interpretação jurídica, sendo importante notar que Alexy (2011, p. 33) dá especial destaque a dimensão analítica em sua teoria, dimensão que cuida de esclarecer conceitos, uma necessidade que perpassa até mesmo as regras de interpretação.

Especificamente quanto à preservação do meio ambiente e ao citado "aparente conflito" com o direito dos índios, em sua argumentação o Ministro Menezes Direito aponta que a Constituição do Brasil de 1988, em seu art. 225, estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público delimitar, em todas as unidades da Federação espaços territoriais a serem protegidos, a fim de garantir esse direito⁴². Argumenta que a Lei 9.985/2000, que trata do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), designa os citados espaços territoriais de "Unidades de Conservação", e estabelece no seu art. 2º, inc. I que esses espaços e seus recursos devem receber medidas de proteção adequadas para sua preservação (BRASIL. STF, 2009, p. 402).

Relata que, conforme o art. 7º dessa Lei, as unidades de conservação podem pertencer ao grupo das unidades de proteção integral, que são aquelas cujo objetivo é a preservação, sendo possível apenas seu uso indireto, que é aquele que não permite consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais (BRASIL. STF, 2009, p. 403). Dentro das unidades de proteção integral, conforme a referida Lei, existem algumas categorias, dentre as quais está o "parque nacional", sendo esta exatamente a categoria na qual foi incluída a Unidade de Conservação do Monte Roraima, pelo Decreto nº 97.887/1989 (BRASIL. STF, 2009, p. 403).

Ressalta que existe um aparente conflito entre "os dispositivos que regulam as terras indígenas e aqueles que tratam das unidades de conservação" (BRASIL. STF, 2009, p. 403) e que ambos os temas são previstos na Constituição, respectivamente nos artigos 231 e 225, §1º, III (BRASIL. STF, 2009, p. 404). Ou seja, em conformidade com a teoria de Alexy (2011, p. 552), o Ministro aponta os enunciados normativos, presentes na Lei e na Constituição que vinculam o juiz e que permitem que se extraiam normas que são aplicáveis ao caso. Deve-se ter em mente, entretanto, que na decisão jurídica no âmbito dos direitos fundamentais a lei não vincula o Tribunal Constitucional, pois o que vincula são os textos das disposições de direitos

⁴² A Constituição de 1988, em seu art. 225, estabelece que *"todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"*. E para garantir a efetividade desse direito o § 1º dispõe que o Poder Público deverá: "III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção" (BRASIL. STF, 2009, p. 402).

fundamentais, segundo Alexy (2011, p. 552). O Ministro, entretanto, não foi enfático em arguir uma colisão entre "normas de direitos fundamentais". Falou em interesses, direitos. Para Alexy, nem toda disposição constitucional é norma de direito fundamental. Outro ponto a ser ressaltado é que Alexy, ao desconsiderar a vinculação à Lei quando da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, retira do intérprete uma importante fonte para decidir o que é igualmente obrigatório para todos, aumentando o esforço na formulação dos juízos que ele tem que fazer.

Continuando, o Ministro Menezes Direito afirma que os direitos indígenas não têm caráter absoluto e que são uma das expressões do interesse público representado pela União, assim como o são a preservação do meio ambiente e a garantia da segurança das fronteiras, e completa que existe uma ressalva quanto aos interesses da União que está "literalmente" prevista no art. 231 da Constituição (BRASIL. *STF*, 2009, p. 404). Com isso, torna-se necessário identificar quais interesses públicos poderão condicionar os direitos dos índios, o que, por previsão constitucional, em geral requer edição de lei ou autorização do Congresso, mas que nos casos referentes à preservação do meio ambiente e da proteção da faixa de fronteira a limitação ao direito dos índios decorre diretamente das disposições constitucionais acima citadas (BRASIL. *STF*, 2009, p. 405).

Em resumo, apesar de suscitar um conflito aparente de normas, o Ministro conclui que ele já foi resolvido pelas disposições constitucionais. Importante notar que em vários dos votos dos demais Ministros, a questão quanto ao direito dos envolvidos foi resolvida a partir da própria legislação em vigor, como foi o caso da Ministra Carmen Lúcia (BRASIL. *STF*, 2009, p. 433 *et seq.*). Ressalte-se, ainda, que Alexy (2011, p. 554) entende que quando o texto de enunciados normativos permite uma decisão, o juiz fica vinculado, sendo que no âmbito dos direitos fundamentais, na possibilidade de o juiz se afastar dessa vinculação está embutido o ônus da argumentação, na qual ele terá que levantar razões constitucionais contra tal vinculação. Essa premissa teórica que Alexy propõe, aliada ao fato de outros Ministros terem decidido com base no próprio direito vigente, já denota que seria desnecessário o apelo à ponderação.

Entretanto, o Ministro argumenta que ambos interesses em conflito são afetados, o que requer uma conciliação (BRASIL. *STF*, 2009, p. 405). O Ministro fala de uma

conciliação de prerrogativas em conflito, o que denota a ideia de uma realização na medida do possível, que conforme Alexy entende, só é pertinente quando se está diante de princípios. Logo, parece que o Ministro vislumbra uma colisão entre princípios, já que regras não são otimizáveis, pois estas são mandados definitivos, e as consequências jurídicas delas decorrentes devem ser cumpridas, sem espaço para otimização. Isso, para Alexy, decorre da própria impossibilidade de duas regras permanecerem em conflito no ordenamento jurídico. Confirmando, indiretamente, que o Ministro Menezes Direito está tratando as normas em questão como "princípios" em colisão, ele aponta uma "aparente antinomia entre direito dos índios, a importância estratégica da faixa de fronteira e o valor da preservação do meio ambiente" (BRASIL. *STF*, 2009, p. 405). Para Alexy, somente princípios podem ser equiparados a valores, ou podem ser aferidos pela importância que representam.

Em seguida, o Ministro argumenta que aplicará a "ponderação de interesses" (BRASIL. *STF*, 2009, p. 406) como método interpretativo, pois apesar de ser um método de difícil aplicação os resultados são gratificantes (BRASIL. *STF*, 2009, p. 406). Analisando a colisão entre os princípios em jogo, que tratam das terras indígenas e das unidades de conservação, ou seja, a colisão entre o princípio que estabelece o direito dos índios de demarcação de sua terra e o princípio que estabelece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Ministro explica que essa colisão só ocorre devido a uma "comparação superficial, ao nível textual" (BRASIL. *STF*, 2009, p. 409) das disposições que tratam dos temas. E isso precisa ser superado por uma interpretação que leve em consideração todo o sistema normativo, mantendo sua unidade, de forma a homenagear os interesses em questão sem que se afaste um ou outro, e como dito acima, o Ministro deposita sua confiança na ponderação para realizar tal tarefa (BRASIL. *STF*, 2009, p. 409).

O magistrado argumenta que o Decreto Presidencial de 15/04/2005 já admitia a dupla afetação da área do Parque Nacional do Monte Roraima, enquanto bem público da União destinado, de um lado, a preservação do meio ambiente e, de outro lado, a efetivação dos direitos dos índios que habitavam a região, mas isso não foi suficiente (BRASIL. *STF*, 2009, p. 409). Aponta ainda, insuficiência da Lei 9.985/2000, pois esta não incluiu entre os tipos de unidades de conservação um que seja constituído pela coincidência de terras indígenas e área de fronteira (como era

o caso da região a ser demarcada) e que firmasse as regras de utilização da área (BRASIL. *STF*, 2009, p. 409).

Nesse ponto, pode-se fazer uma consideração. O Ministro faz referência à Lei para auxiliar sua interpretação, mas conforme a teoria de Alexy (2011, p. 552), ele não estaria vinculado a leis, apenas aos dispositivos Constitucionais, caso estivesse decidindo uma questão no âmbito dos direitos fundamentais, para a qual entendesse não existir lei ordinária regulando o caso ou, no caso de existência de lei ordinária, o intérprete quisesse se afastar desta. Cabe ressaltar que essa falta de vinculação à lei ordinária aumenta o grau de abertura para que o intérprete desconsidere o direito vigente, além de reduzir a contingência à qual deveria estar submetido o juiz para que buscasse no ordenamento jurídico, como propõe Habermas (2010, p. 263 *et seq.*), seguindo Dworkin (2010, p. 180 *et seq.*; 2010, p. 211) os melhores exemplos que o legislador democrático colocou a disposição sobre o modo como os parceiros de direito desejam regular sua convivência.

O Ministro afirma que extremismos devem ser evitados, inclusive aqueles que traduzem, "de um lado, o absolutismo dos direitos indígenas, com a permanência incontestada e incontestável do usufruto exclusivo e, de outro, não aceitam nada além de um quase confinamento da unidade de conservação" (BRASIL. *STF*, 2009, p. 409). Nessa passagem, é possível perceber traços da teoria de Robert Alexy, pois o magistrado - sendo coerente com a teoria de Alexy (2011, p. 90) que entende que os princípios devem ser realizados na medida do possível conforme as possibilidades jurídicas - estabelece a impossibilidade de se realizar um princípio sem afetar o outro. Ou seja, do argumento dele é possível deduzir que a realização total de um dos princípios em conflito levaria a afetação do outro, numa análise de necessidade quanto às possibilidades fáticas, o que, conforme Alexy, requer que se passe a ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito. O passo da adequação não se conseguiu identificar, ou seja, se a medida que se pretende implementar, impede a realização do princípio concorrente, sem de fato ser

adequada à realização do primeiro, por ser indiferente a este (não promove, nem afeta)⁴³.

Entretanto, em seguida, o Ministro consigna que a própria Lei 9.985/2000 indica de forma aproximativa algumas formas de conciliação, “muito embora não se encaixem precisamente na natureza da unidade de conservação e na relação das comunidades indígenas da Terra Indígena Raposa Serra do Sol” (BRASIL. *STF*, 2009, p. 409). E ao longo do restante do seu voto o Ministro não adentra nas etapas do sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito). Ao contrário, chega a afirmar que a razoabilidade utilizada pelo legislador e as idéias de sistema e unidade, induzem e justificam

[...] uma interpretação que compatibilize os parâmetros rigorosos implantados pelo legislador, utilizando-os com temperamento para atender à necessidade de conciliação dos interesses ambientais e indígenas, sem ferir os princípios dos respectivos instrumentos de proteção. Trata-se de identificar interpretação compatível com a Constituição Federal. (BRASIL. *STF*, 2009, p. 409)

Se o legislador estabeleceu parâmetros rigorosos, não é o caso de se falar em princípios, mas sim em regras, segundo a teoria de Alexy. E sempre que for possível a interpretação sistemática de forma a, se for o caso, estabelecer uma cláusula de exceção, como no caso de regras em conflito, segundo a própria teoria de Robert Alexy, a ponderação deve ser afastada. O autor é enfático ao dizer que a ponderação deve ser utilizada em casos raros.

⁴³ Por exemplo, o juiz poderia analisar se a medida de permanência e usufruto dos índios na área da unidade de conservação realizaria o princípio que estabelece o direito dos índios de demarcação de sua terra, ou se a medida era indiferente para realizar tal princípio. Se concluísse, de forma argumentativa, que realiza, a medida era adequada à realização do princípio. Por outro lado, o juiz poderia analisar se a medida de confinamento da unidade de conservação realizaria o princípio relativo ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou se era indiferente. Caso concluísse, argumentativamente, que realiza, a medida seria considerada adequada à realização deste princípio. Apenas se ambas as medidas passassem pelo exame de adequação, poderia-se seguir para o exame de necessidade. Nesta etapa o magistrado analisaria a interferência de cada medida em cada princípio em colisão. Por exemplo, analisaria se a medida de permanência e usufruto dos índios na área da unidade de conservação realizaria o princípio relacionado ao direito dos índios de demarcação de sua terra e se realizaria o princípio relativo ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ele poderia argumentar que a medida realiza o primeiro princípio mas afeta negativamente o segundo princípio. Fazendo a análise quanto à medida de confinamento da unidade de conservação, poderia, argumentar que esta medida afeta negativamente o primeiro princípio, mas promove o segundo. Diante de tal situação, o magistrado deveria passar ao sopesamento, pois não seria possível resolver no âmbito das possibilidades fáticas, tendo que ser resolvido no âmbito das possibilidades jurídicas, para que o juiz justifique a importância de realizar um princípio em face da afetação do outro.

Além disso, não se conseguiu identificar o passo relativo à adequação, e é interessante notar que o ministro apesar de falar em “ponderação”, não apontou que estava enfrentando as submáximas da proporcionalidade, o que acarretou que se tentasse encontrar essas submáximas ao longo da fundamentação apresentada nas entrelinhas do seu discurso. Ressalte-se ainda que a imprecisão terminológica também foi perceptível, por exemplo, quando do uso da palavra conflito, que Alexy reserva para o caso de regras, sendo que o Ministro, inicialmente, em sua argumentação não deixa a possibilidade de se pensar que ele está interpretando os dispositivos constitucionais envolvidos como regras, mas sim como valores, logo, equiparáveis a princípios. Apesar disso, o magistrado tenta interpretar leis e Constituição a fim de encontrar as normas aplicáveis ao caso, tornando confusa a linha de pensamento que ele está adotando, para chegar à ponderação.

Em resumo, para Alexy, se o legislador já regulou a questão, como afirma o Relator, o intérprete deve fazer o esforço para interpretar as normas, inclusive se estiver envolvido direito fundamental, tomando-as como um sistema, e não de forma isolada, e, caso necessário, introduzindo uma cláusula de exceção. Para Alexy, o juiz fica sem vinculação ao texto de lei, somente nos casos em que compreender que a questão não pode ser decidida a partir dos esforços de interpretação da legislação vigente, e que se trata de uma colisão entre princípios de direitos fundamentais, e não de um conflito de regras.

3.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 101/DF (ADPF 101/DF)

Esta ADPF veiculou questão envolvendo a importação de pneus usados, e foi julgada parcialmente procedente, conforme voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia, para declarar constitucional os diversos normativos que estabelecem a proibição da importação de pneus usados (BRASIL. *STF*, 2012).

A Ministra esclarece que a ADPF foi ajuizada pelo Presidente da República com o intuito de evitar e reparar lesão aos preceitos fundamentais inscritos no art. 196, que se refere ao direito a saúde, e art. 225, que trata do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos artigos da Constituição da República e violados por decisões judiciais (BRASIL. *STF*, 2012, p. 14).

Inicialmente a Ministra Relatora relaciona várias decisões judiciais em sentidos opostos, ou seja, algumas decisões que estabelecem a proibição da importação, outras decisões que permitem a importação de pneus usados, caracterizando interpretações diferentes quanto aos dispositivos que tratam do tema (BRASIL. *STF*, 2012, p. 14).

A Ministra Relatora faz um apanhado histórico da legislação que tenha relação à importação de pneus usados. Inicialmente a Ministra aponta três preceitos constitucionais fundamentais que estariam em colisão no presente caso (BRASIL. *STF*, 2012, p. 41):

- a) de um lado os preceitos fundamentais relativos ao direito a saúde (art. 196 da CF) e ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF);
- b) do outro o preceito fundamental relativo ao desenvolvimento econômico sustentável "no qual se abrigaria, na compreensão de alguns, a importação de pneus usados para o seu aproveitamento como matéria-prima, utilizado por várias empresas, que, por sua vez, geram empregos diretos e indiretos" (BRASIL. *STF*, 2012, p. 41). Este preceito estaria enfatizado nos autos pelos princípios da livre iniciativa e da liberdade de comércio.

A partir disso, passa a apontar a evolução histórica da legislação entre o que se pode destacar (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 41-48):

-Em 1981, o Brasil sancionou a Lei n. 6.938, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente;

-Em 1988, a Constituição brasileira estabelece a saúde como direito social fundamental em seu art. 6º, além de prever o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no art. 225;

-A Constituição, no seu inc. VI, art. 23, firmou a competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para proteger o meio ambiente, assim como combater qualquer forma de poluição;

-A Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, de 1989, da qual o Brasil se tornou signatário, e cujo texto foi aprovado pelo Congresso Nacional em 1992, por meio do Decreto Legislativo nº 34, e posteriormente promulgado em 1993, através do Decreto nº 875. Essa Convenção estabelecia que qualquer Estado teria o direito de proibir a entrada, assim como, de eliminar os Resíduos perigosos vindos de países estrangeiros;

-A publicação da Portaria nº 8 de 1991, pelo Departamento de Operações de Comércio Exterior – Decex, que vedou a importação de bens de consumo usados, já com base nos princípios da Convenção de Basileia;

-A Portaria do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) nº 138-N de 1992, que também com base na Convenção da Basileia, proibiu a importação de pneus usados;

-Em 2000, a publicação da Portaria Secex nº 8 que proibiu a importação de pneus usados e recauchutados;

-O Decreto nº 3.919, em 2001, permitiu a aplicação de multa a quem importasse pneus usados ou reformados, isentando apenas aqueles que importassem pneus provenientes dos países do Mercosul;

-Em 2002, foi editada a Portaria Secex n. 2, editada para dar cumprimento à decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul, que estabeleceu o direito dos países integrantes desse bloco de exportar pneus remoldados para o Brasil;

-A Portaria Secex n. 14 de 2004, que manteve a proibição da importação de pneus recauchutados e usados, ressalvados os pneus remoldados provenientes do Mercosul;

Após elencar esses marcos do ordenamento jurídico sobre a matéria a Relatora passa fazer uma concatenação entre eles, de forma a reconstruir a evolução da legislação sobre a matéria, contextualizando esse histórico e fazendo a interpretação sistemática do marco regulatório atualmente em vigor sobre a importação de pneumáticos usados (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 48-53). A Ministra chega a afirmar

*Esse histórico das normas serve a comprovar que apenas durante um curtíssimo intervalo de tempo, entre a edição das Portarias Decex n. 1/92 e 18, de 13.7.1992, é que se permitiu a importação de pneus usados e, ainda assim, com a ressalva de que fossem utilizados como matéria-prima para a indústria de recauchutagem. (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 52-53)*

Complementando sua argumentação, a Relatora afirma que o entendimento acima exposto coincide com aquele já sedimentado no STF, e cita como exemplo de precedente nesse sentido o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 118, julgado no ano de 2007. (BRASIL. *STF*, 2012, p. 53).

A partir de todo esse esforço em fazer esse apanhado da legislação e do histórico evolutivo, seria de se esperar que a questão referente à proibição da importação de pneus usados fosse resolvida somente com base na interpretação da legislação em vigor, por meio de critérios usuais de interpretação, sugeridos por Alexy (1997, p. 225, *et seq.*) como o semântico, sistemático, genético, histórico, comparativo, argumento teleológico, além dos critérios de resolução de conflito de regras (cronológico, especialidade, hierárquico) apontados pelo autor (ALEXY, 2011, p. 94), já que ficou demonstrado um arcabouço legal bem estabelecido a proibir a importação de pneus usados, exceto os remoldados provenientes do Mercosul. Além disso, a Relatora argumenta que a proibição de pneus usados, com exceção dos recauchutados provenientes dos países do Mercosul, é entendimento firmado em precedentes do próprio Tribunal Constitucional brasileiro, o que obriga que se utilizem tais precedentes, tendo-se sempre o ônus da argumentação para afastá-los

(ALEXY, 1997, p. 265)⁴⁴. Esse, inclusive, o caminho a ser seguido quando se admite utilizar a teoria de Robert Alexy como aquela adotada para conduzir a prática decisória. Porém, não foi este o caminho trilhado pela Relatora.

A Ministra, aparentemente adentrando nas etapas da máxima da proporcionalidade, passa a tratar especificamente do pneu e as atividades a ele ligadas, ou seja, dos aspectos fáticos. Inicialmente, relata a origem e constituição do pneu, afirmando que pelos seus componentes, é requerida alta tecnologia para a reciclagem dele (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 70-71). Apresenta um histórico da indústria automobilística nacional, dados de produção de veículos de 2008, e quantidade de pneus para tais veículos naquele ano, assim como, a quantidade de pneus novos em circulação no mundo conforme dados de 2007 (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 71-72).

Explica os tipos de reciclagem de pneu: primária, secundária e terciária (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 72-73). Relata a possibilidade de utilização de partículas de pneus como constituinte de massa asfáltica, ou como fonte de energia na indústria de cimento, assim como os prejuízos, de fato, causados à saúde humana e os danos concretos ao meio ambiente decorrentes de tal utilização (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 73-87).

Apresenta um histórico da indústria automobilística nacional, dados de produção de veículos de 2008, e quantidade de pneus para tais veículos naquele ano, assim como, a quantidade de pneus novos em circulação no mundo conforme dados de 2007 (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 71-72).

Explica os tipos de reciclagem de pneu (primária, secundária e terciária) (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 72-73). Relata a possibilidade de utilização de partículas de pneus como constituinte de massa asfáltica, ou como fonte de energia na indústria de cimento, assim como os problemas decorrentes de tal utilização (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 73-87).

⁴⁴ Para ver os pontos principais da obra *Teoria da Argumentação Jurídica* de Robert Alexy e a crítica de alguns desses pontos: CATTONI DE OLIVEIRA, 2008a, p. 47 *et seq.*

A Ministra passa a tratar especificamente do pneu e as atividades a ele ligadas. Inicialmente, relata a origem e constituição do pneu, afirmando que pelos seus componentes, é requerida alta tecnologia para a reciclagem dele (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 70-71). Apresenta um histórico da indústria automobilística nacional, dados de produção de veículos de 2008, e quantidade de pneus para tais veículos naquele ano, assim como, a quantidade de pneus novos em circulação no mundo conforme dados de 2007 (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 71-72).

Explica os tipos de reciclagem de pneu: primária, secundária e terciária (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 72-73). Relata a possibilidade de utilização de partículas de pneus como constituinte de massa asfáltica, ou como fonte de energia na indústria de cimento, assim como os prejuízos, de fato, causados à saúde humana e os danos concretos ao meio ambiente decorrentes de tal utilização (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 73-87).

Conclui que os processos de aproveitamento de partículas de pneus geram graves danos à saúde humana e ao meio ambiente, danos estes que a Relatora considera demonstrados ao longo do processo, e, dessa forma, desatendendo às diretrizes constitucionais relativas ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Se há desatendimento a tais diretrizes constitucionais, esperava-se que a questão da importação de pneus para uso de suas partículas nos diversos processos de reciclagem seria proibida por violação dos direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, restando, quanto ao uso para reciclagem, proibida a importação de pneus usados, conforme legislação infra-constitucional relativa à matéria.

Pelo que se pode inferir da argumentação exposta no voto, a Ministra avalia a importância da satisfação do princípio da livre iniciativa ao tratar do pneu e das atividades relacionadas à sua reciclagem. Concomitantemente, na medida em que desenvolve sua argumentação, avalia o grau de afetação dos princípios relativos ao

direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado decorrentes de tais atividades. Ao fim, a relatora estatui o seguinte:

De se afirmar, portanto, que se há mais benefícios financeiros no aproveitamento daqueles resíduos na produção do asfalto borracha ou na indústria cimenteira, há de se ter em conta que o preço industrial a menor não pode se converter em preço social a maior, a ser pago com a saúde das pessoas e com a contaminação do meio ambiente, tal como comprovadamente ocorre. A Constituição brasileira – como todas as que vigoram, democraticamente, hoje – não confere direitos mediante fatura a ser paga com vidas humanas. (BRASIL. STF, 2012, p. 87)

Assim, após apresentar os prejuízos a saúde e ao meio ambiente resultantes do aproveitamento dos resíduos de pneus na produção de asfalto e na indústria de cimento, pode-se inferir que a Relatora, realiza o terceiro passo da ponderação propriamente dita, e conclui que os benefícios de tal aproveitamento, inclusive financeiros e de geração de empregos, o que homenagearia o princípio da livre iniciativa; não compensam os prejuízos causados a saúde humana e ao meio ambiente, e a consequente afetação dos princípios relativos ao direito à saúde e ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Relatora não admite expressamente estar utilizando, nesse ponto do voto, a máxima da proporcionalidade para examinar esse ponto específico, mas da forma como colocada a fundamentação, fazendo essa análise de custo-benefício, ela se aproxima da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento, em especial o terceiro passo, em que se avalia se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.

Ressalte-se que, conforme Alexy (2011, p. 587 *et seq.*), antes de chegar ao sopesamento, deve-se passar pelas submáximas da adequação e da necessidade, que servem para verificar a máxima realização dos princípios em colisão conforme as possibilidades fáticas. Supondo que não houvesse possibilidade de resolver a questão com base na farta legislação e precedentes já apontados pela Ministra Relatora, faremos o esforço de raciocinar sobre a questão com os dados trazidos pela Ministra, a fim de adentrar a máxima da proporcionalidade.

A própria Relatora em sua argumentação aduz que a quantidade de pneus usados existente, à época, no Brasil seria suficiente para manter a atividade das indústrias que se utilizam de partículas de pneus. Isso porque o Brasil tem um total de 100 milhões de pneus usados esperando destinação (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 121-122). Logo, não faltariam pneus para as indústrias e os prestadores de serviços que se utilizam de pneus usados, e, com isso, para a manutenção dos empregos gerados por essas atividades, realizando o princípio da livre iniciativa. Ao mesmo tempo, essa atividade já gera danos a saúde e prejuízos ao meio ambiente com os quais o Brasil precisa lidar, mas que vem procurando meios, inclusive legais, de resolver, por exemplo ao determinar que aqueles que comercializam pneus novos sejam responsáveis pela adequada destinação dos pneus usados.

Quando se analisa a implementação da medida de importação de pneus usados percebe-se que em relação ao princípio da livre iniciativa, ela é indiferente, pois esse princípio já é atualmente realizado, e a importação de pneus não traz qualquer alteração em relação à demanda por resíduos disponíveis para a indústria de pneus usados já que o descarte de pneus atualmente gerado no Brasil é suficiente para atender a tal demanda.

Por outro lado, a medida de importação não é adequada para a realização do princípio relativo ao direito à saúde e o princípio relativo ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista que acarretaria num passivo ambiental maior para o país, gerando ainda mais riscos à saúde da população e danos ao meio ambiente.

Assim, considerados os princípios em conjunto - de um lado, o princípio da livre iniciativa, de outro, os princípios do direito à saúde e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - eles proíbem a adoção da medida de importação de pneus usados. Logo, a medida de importação de pneus nem mesmo passaria pelo exame de adequação, e a questão já estaria resolvida.

Entretanto, como já foi frisado nem mesmo nesse exame caberia adentrar, caso se optasse por ser fiel a teoria de Robert Alexy, pois, conforme se depreende da

argumentação trazida pela Relatora, toda a situação seria resolvida com base na legislação existente e nos precedentes.

Continuando sua argumentação, a fim de fundamentar sua decisão, a Relatora passa a fazer considerações sobre o direito à saúde e sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Primeiramente, faz considerações a respeito do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tais considerações são uma mescla tanto de argumentos doutrinários, de levantamento da legislação em vigor, assim como de precedentes do STF, tudo relativo ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 89-96).

A Ministra menciona o princípio da precaução, lembrando sua afirmação na ECO/92, e explicando que tal princípio se relaciona com a necessidade de rechaçar o perigo para as gerações futuras, inclusive por meio da proteção do meio ambiente (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 96-98).

Afirma que é imperioso assegurar o desenvolvimento econômico, em especial numa época de crise econômica mundial, que tem como resultado uma crise social, com “repercussões inegáveis e imediatas na vida das pessoas” (BRASIL. *STF*, 2012, p. 98). Porém, argumenta que tal crise não pode ser resolvida com a criação de outra crise que afeta a saúde das pessoas e o meio ambiente, ressaltando que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, inc. VI, trata da ordem econômica de forma a estabelecer “o meio ambiente como um dos fundamentos a serem respeitados” (BRASIL. *STF*, 2012, p. 98).

Faz, ainda, menção à doutrina sobre o tema da proteção do meio ambiente enquanto princípio conformador do desenvolvimento econômico, e ao final conclui que:

As medidas impostas nas normas brasileiras, que se alega terem sido descumpridas nas decisões judiciais anotadas no caso em pauta, atendem, rigorosamente, ao princípio da precaução, que a Constituição cuidou de acolher e cumpre a todos o dever de obedecer. E não desacata ou desatende os demais princípios constitucionais da ordem econômica, antes com eles se harmoniza e se entende, porque em sua integridade é que se conforma aquele sistema constitucional. (BRASIL. *STF*, 2012, p. 99)

Das palavras da Ministra se extrai a afirmação da conformidade com a Constituição, das normas proibitivas da importação de pneus usados, sendo que para tal constatação a Ministra se baseou na interpretação sistemática da Constituição, assim como reforçou sua argumentação citando precedentes e a doutrina. A argumentação da Relatora, nesse ponto, seguiu adequadamente a proposta de Robert Alexy, quanto à argumentação para fundamentar uma decisão judicial, e bastaria para a afirmação da conformidade da legislação brasileira impeditiva da importação de pneus usados, com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitucionalmente estabelecido. Sendo também suficiente para confirmar a violação desse mesmo direito pelas decisões judiciais que permitiram a importação desse material.

Quanto ao direito à saúde, a Ministra Relatora faz um histórico da previsão desse direito nas Constituições brasileiras e na legislação, e até na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, culminando com a citação da atual Constituição do Brasil, que trouxe, em seu art. 6º, o direito a saúde entre aqueles que figuram no título das garantias e direitos fundamentais, e em seu art. 196 estabeleceu o direito a saúde como direito de todos (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 100-102).

A Ministra cita ainda a doutrina sobre o direito a saúde enquanto obrigação do Estado, e cita precedentes do STF que afirmam tal obrigação (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 102-103). A Relatora afirma ser uma constatação que o depósito de pneus ao ar livre é fator de disseminação de doenças tropicais, e que tal depósito ocorreria com a falta de utilização dos pneus inservíveis, sendo o problema aumentado com a importação de pneus usados, e, diante disso, argumenta que é legítimo que o Estado atue de forma preventiva (BRASIL. *STF*, 2012, p. 104).

Utilizando-se de argumentos empíricos, cita dados estatísticos sobre o número de pessoas contaminadas pela dengue, e a relação entre o aparecimento de criadouros do mosquito transmissor da doença e a inadequação dos procedimentos de remoção de entulhos, inclusive pneus velhos, divulgados pela Organização Mundial de Saúde (BRASIL. *STF*, 2012, p. 105).

Reafirma que os princípios constitucionais da ordem econômica devem estar conectados aos princípios constitucionais da ordem social, e admite como comprovado que a importação de pneus usados ou remoldados gera mais danos do que benefícios, principalmente aos direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL. *STF*, 2012, p. 107).

Percebe-se que a Ministra Relatora apresentou: (a) a interpretação sistemática do direito a saúde na Constituição brasileira e a necessidade de sua observação quando da realização dos princípios relacionados à ordem econômica; (b) precedentes que estabeleçam a obrigatoriedade do Estado em garantir o direito a saúde; (c) doutrina sobre o tema; (d) argumentos empíricos, representados por dados estatísticos que fundamentavam seus argumentos de que a importação de pneus usados poderia aumentar problemas de saúde pública relacionados ao depósito de pneus.

Após tudo isso, e sendo coerente com Robert Alexy, estaria fundamentada a proibição da importação de pneus por violação do direito à saúde constitucionalmente estabelecido, pois a leitura sistemática da Constituição estabelece que os princípios da ordem econômica, entre eles o da livre iniciativa, encontram seu limite no momento em que para sua realização, violam o direito a saúde. Entretanto, a Relatora afirma que está "ponderando os princípios" (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 107-108).

Em seguida, a Relatora rebate o argumento de possível violação do princípio da legalidade (BRASIL. *STF*, 2012, p. 109 *et seq.*). Apesar de já ter apontado anteriormente a legislação aplicável ao caso (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 41-48), afirmando inclusive que as normas vigentes atendem ao que está estabelecido na Constituição, a Ministra, novamente, indica tal legislação.

Para isso, argumenta que as Portarias Decex n. 8/91 e Secex n. 8/00, editadas a fim de vedar a importação de bens de consumo usados, têm fundamento expresso no Decreto 99.244/90, que por sua vez foi publicado a fim de atender ao disposto no

art. 237 da Constituição⁴⁵ (BRASIL. *STF*, 2012, p. 111). Cita ainda precedentes do STF, "Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso (Plenário, DJ 19.12.1996) e do Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão (Plenário, DJ 7.2.1997)" (BRASIL. *STF*, 2012, p. 111), em que esse tribunal decidiu, com base nessa relação entre os dispositivos normativos, pela constitucionalidade de ambas as Portarias, pois ambas têm fundamento direto na Constituição (BRASIL. *STF*, 2012, p. 111). Esclarece ainda que as Portarias Secex 17/2003 e 35/2006 repetiram a regra da Portaria Decex 8/91 e adequaram a proibição estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro ao decidido no Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul (BRASIL. *STF*, 2012, p. 113).

Pelo exposto, a relatora se baseia em precedentes do tribunal e na interpretação sistemática de dispositivos constitucionais, legais e atos regulamentares, a fim de afirmar tanto o respeito ao princípio da legalidade, quanto à constitucionalidade das Portarias, o que conforme Alexy seria suficiente para fundamentar seu voto, sem necessidade de chegar a ponderação entre princípios constitucionais supostamente em colisão.

Isso porque, pela argumentação trazida pela Ministra, o caso, nesse ponto, tratava de questão que se poderia resolver por meio de interpretação sistemática da legislação aplicável (enunciado normativo constitucional, decreto e regulamentos) com auxílio, ainda, de precedentes que ela entendeu serem aplicáveis ao caso o que, conforme Alexy (2011, p. 556), obriga o julgador a utilizá-los e impõem sempre o ônus da argumentação para serem afastados, inclusive para homenagear a segurança jurídica.

Após apresentar a legislação aplicável ao caso e decidir pela constitucionalidade da mesma, a Ministra Relatora passa a apresentar argumentos empíricos a fim de fundamentar sua decisão. Expõe, entre outros dados, os de 2002 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística relativos à produção de resíduos tóxicos nos municípios brasileiros, que dão conta que 97% dos municípios brasileiros não

⁴⁵ Constituição Federal do Brasil de 1988. Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.

possuíam aterro industrial dentro de seus próprios limites territoriais, apesar de 30% deles terem declarado que produziam resíduos tóxicos em quantidade significativa (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 115-116).

Com base nos dados de fontes diversas apresentados, assenta que o risco de dano ao meio ambiente e à saúde ficou comprovado, e isso permite a conclusão de que é inviável a importação de pneus (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 116-117).

Conclui, ainda que a necessidade de garantia do pleno emprego não autoriza o descumprimento dos preceitos constitucionais relativos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (BRASIL. *STF*, 2012, p. 117)

Introduz o que parece uma das etapas da ponderação propriamente dita, no caso a última etapa em que se deve estabelecer se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio:

O argumento dos Interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações. (BRASIL. *STF*, 2012, p. 118)

Entretanto, não foi possível até esse ponto identificar todas as etapas anteriores. Pode-se até identificar anteriormente o que seria a 2ª etapa, ou seja, importância da satisfação dos princípios da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado; mas não a 1ª etapa que seria a avaliação do grau de não-satisfação ou afetação do princípio da livre concorrência (ALEXY, 2011, p. 594). Além disso, não foi possível identificar as submáximas da adequação e necessidade que constituem a máxima da proporcionalidade.

De qualquer forma, a questão da legalidade já havia sido decidida e fundamentada pela Ministra com base na interpretação sistemática da legislação vigente e, portanto, não haveria necessidade de chegar à máxima da proporcionalidade para resolver o caso, e, muito menos, à ponderação.

Por seu turno, a Relatora prossegue em sua argumentação e apresenta mais alguns argumentos empíricos noticiando que segundo o Instituto Nacional de Metrologia (Inmetro), o pneu fabricado no Brasil pode ser utilizado para remoldagem, da mesma forma que um importado (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 118-119).

Relata, ainda, que alguns pneus importados não servem nem mesmo para serem remoldados, e que outros são comercializados como usados, e que tal tipo de comercialização é proibida, tendo o Ibama aplicado multas em algumas empresas por causa disso (BRASIL. *STF*, 2012, p. 119).

Assenta o entendimento que o ordenamento jurídico vigente proíbe a importação de pneus usados (recauchutados, carcaças e inservíveis), exceto remoldados provenientes do Mercosul (BRASIL. *STF*, 2012, p. 119).

Afirma que pelo risco de dano ao meio ambiente ou a saúde pública, o princípio constitucional da precaução ambiental tem aplicação plena, para que se possa garantir a supremacia do interesse público sobre o particular, e assim proteger a vida, que seria um bem maior ao qual a Constituição garantiu de forma especial. (BRASIL. *STF*, 2012, p. 119)

A Relatora continua a fundamentação de seu voto, explicando que a Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) nº 258/99 estabeleceu regras obrigando os fabricantes e importadores de pneus a darem destinação aos pneus inservíveis, e que tal norma se fundamenta na Constituição Federal do Brasil de 1988 (BRASIL. *STF*, 2012, p. 120). Destaca dados do Ministério do Meio Ambiente sobre o passivo de 100 milhões de pneus no Brasil aguardando o tratamento adequado (BRASIL. *STF*, 2012, p. 121).

Segue a Ministra Relatora afirmando que os preceitos fundamentais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado encontram proteção na Constituição, e estão sendo descumpridos por decisões judiciais que permitem a importação de pneus usados ou remoldados. A fim de fundamentar tal afirmação, a Relatora faz um resumo dos argumentos empíricos acolhidos:

A Argüente demonstrou que *a*) a gama de elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros – mais de cem anos –; *b*) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; *c*) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; *d*) a desintegração dos pneus para serem depositados em aterros é procedimento de alto custo; *e*) os pneus inservíveis e descartados a céu aberto são ideais para o criadouro de insetos e outros vetores de transmissão de doenças, em razão de seu formato; *f*) se de um lado o alto índice calorífico dos pneus é interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto, tornam-se focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; *g*) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria- prima a impedir a atividade econômica. (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 121-122)

A Ministra aduz que com base nessas constatações empíricas foi editada a Resolução Conama nº 301/2002, que estabeleceu, em seu art. 11, a obrigação de colaborar na implementação da coleta dos pneus inservíveis existentes, por empresas, consumidores e Poder Público (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 121-122).

Acrescenta argumentos empíricos, informando que especialistas relataram em audiência pública realizada pelo STF que de 30% a 40% dos pneus importados em contêineres, não servem para remoldagem, sendo apenas passivo ambiental, o que reforçaria a conclusão da Relatora de que os preceitos fundamentais da saúde e do meio ambiente estariam sendo descumpridos (BRASIL. *STF*, 2012, p. 122).

Reafirma que as decisões judiciais que permitem a importação de pneus usados violam o inc. IV, do art. 170 da Constituição do Brasil de 1988, assim como os artigos 196 e 225, já que esse material inservível importado agride o meio ambiente e causa impacto ambiental, sem falar na violação da Convenção da Basiléia, da qual o Brasil é signatário (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 122-123).

Ao final de seu voto a Ministra Relatora estabelece o que seria o resultado da “ponderação” que realizou:

Assim, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os

princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil. (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 122-123)

Conforme teorizado por Robert Alexy, ao final da ponderação deve ser estabelecida uma regra que servirá para julgar os outros casos que se assemelharem. Porém, a regra acima exposta não traduz o que realmente foi decidido, pois foi mantida a possibilidade de importação de pneus remoldados dos países do Mercosul, em conformidade com determinação do Tribunal *ad hoc*, a fim de que fossem respeitados tratados assinados pelo Brasil (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 4-5).

Seguindo, ainda, a teoria de Robert Alexy, se já existia precedente que fazia remissão a decisão do Tribunal Arbitral do Mercosul (BRASIL. *STF*, 2012, p. 53), estabelecendo, com base na decisão do Tribunal *ad hoc*, a vedação da importação de bens de consumo usados, exceto no caso da importação de pneus recauchutados e remoldados usados provenientes de países do Mercosul, caberia a Relatora no presente caso apenas confirmar seu entendimento quanto à validade dos diversos dispositivos normativos que seguem o mesmo sentido das decisões retro-citadas (a do Tribunal *ad hoc* e a do STF), utilizando o precedente do STF como argumento para justificar sua decisão. Isso aliado à interpretação da própria Constituição, cujos dispositivos, conforme deduz a própria Relatora em diversas passagens, proíbem danos ao meio ambiente, não havendo necessidade de nova ponderação.

A própria Relatora realizou a interpretação das normas aplicáveis ao caso e em várias passagens do seu voto, deduziu a proibição expressa da importação de pneus usados, deduzindo também a exceção quanto aos pneus importados dos países integrantes do Mercosul. Levando-se em conta, ainda, os precedentes trazidos pela Relatora, esta teria fundamentos suficientes para declarar inconstitucionais as decisões judiciais que afastavam as normas proibitivas para importação de pneus. Além disso, a Relatora apresentou diversos argumentos empíricos que reforçariam a fundamentação da sua decisão. O farto material doutrinário apresentado pela Relatora seria mais um componente de fundamentação de sua decisão.

Esse conjunto seria suficiente, caso se quisesse ser coerente com a teoria de Robert Alexy. Deve-se lembrar que, para Alexy (2011, p. 558), a ponderação deve ser utilizada em casos raros, não sendo o caso de sua aplicação quando já se tem precedentes cujas regras de decisão são aplicáveis ao caso.

Interessante destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL. *STF*, 2012, pp. 242 *et seq.*), que acompanhou a decisão da Relatora, porém fundamentando seu voto, de forma geral, na interpretação sistemática da Constituição, da lei e dos demais atos normativos atinentes à proibição de importação de pneus usados. O Ministro fundamentou seu voto, ainda, por meio de precedentes, tudo sem levantar qualquer necessidade de utilizar a máxima da proporcionalidade, muito menos de realizar uma ponderação de princípios.

3.4 RECURSO ESPECIAL Nº 1.285.463 - SP

O recurso especial em análise foi interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo estado, perante o Superior Tribunal de Justiça.

Conforme resume o Ministro Relator, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou uma ação civil pública a fim de que a queima da palha da cana de açúcar na região do Município de Jaú fosse impedida, devido aos danos ao meio ambiente derivados de tal prática (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 4).

O Relator delimita que não está em questão os benefícios ao meio ambiente resultante do uso do álcool combustível, nem os benefícios sócio-econômicos da atividade no que diz respeito à geração de emprego, mas o que realmente está sob análise é se o método da queima da cana, como parte da cadeia de produção do álcool, por causar dano ao meio ambiente, deve ser proibido (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 6).

O Ministro assenta inicialmente que a proteção ao meio ambiente não está condicionada a certezas científicas, explicando que o princípio da precaução, foi consagrado na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92, cujo texto teve sua ratificação autorizada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 2 de 1994, e promulgado pelo Decreto 2.519 de 1998, além de citar a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, à qual o Brasil também aderiu e que também prevê o princípio da precaução. (BRASIL. *STJ*, 2012, pp. 6-7).

Apresenta ainda considerações doutrinárias sobre o princípio da precaução, e firma o entendimento de que a incerteza científica quanto aos danos ao meio ambiente deve levar a maior prudência do julgador, mas sem criar obstáculo irremediável ao desenvolvimento econômico (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 7).

Por fim, afirma que no presente caso deve ser buscada "uma solução para o que parece ser uma tensão entre postulados constitucionais" (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 7) e que a "tensão de princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes" (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 7).

Entretanto, afirma que por imposição do princípio democrático e do princípio da Separação dos Poderes, o Poder Legislativo "possui a primazia no processo de ponderação" (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 7), cabendo intervenção do Poder Judiciário somente no caso de ausência de uma medida adotada pelo Legislativo ou, ainda, no caso de desproporcionalidade de tal medida (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 7).

Com base nessas premissas, resgata a Lei nº 4.771/65, cujo art. 27 proíbe o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação, mas que em seu parágrafo único prevê a possibilidade do emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, caso isso se justifique por particularidades locais, mas nesse caso é necessário ato do Poder Público estabelecendo a permissão, circunscrevendo a área e normatizando ações de precaução (BRASIL. *STJ*, 2012, pp. 7-8).

O Relator afirma que com tal previsão legal o legislador buscou "compatibilizar dois valores protegidos na Constituição Federal" (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 8), ou seja, o meio ambiente e a cultura, sendo este último necessário quando se está diante da manutenção de práticas que garantem a sobrevivência de pequenos produtores agrícolas, que não têm condições de exercer sua atividade por meio de outras práticas, que não a do uso do fogo (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 8).

O Ministro firma o entendimento de que não é admissível a interpretação de que o parágrafo único do art. 27 da Lei 4.771/65, abranja atividades empresariais como as atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, e cita precedente do próprio STJ nesse sentido (BRASIL. *STJ*, 2012, pp. 8-9).

Por fim, conclui que as atividades agroindustriais, não estão autorizadas a realizar queimadas, conforme dispõe o parágrafo único do art. 27, pois dispõem de condições para implantar métodos que causem menos danos ao meio ambiente, estando, inclusive, o Poder Público proibido de emitir autorizações em tais casos (BRASIL. *STJ*, 2012, p. 9).

Em complementação à sua conclusão, o Ministro argumenta que, mesmo que fosse possível à administração pública autorizar a queima da palha de cana em atividades agroindustriais, tal permissão teria que ser específica, exigindo ainda prévio estudo de impacto ambiental, licenciamento ambiental, e medidas que amenizem os danos ao meio ambiente, tudo em consonância com o art. 10 da Lei nº 6.938/81, e com precedentes do STJ.

O Relator adota, como pressuposto de sua prática decisória, a ponderação como um método de resolução de colisão entre princípios, mas seguiu corretamente a teoria de Robert Alexy, pois resolveu o caso com base na interpretação sistemática das leis sobre o tema, e também pautado pelos precedentes, trazendo inclusive noções doutrinárias. Citou a ponderação admitindo que este método informa sua prática decisória, mas de forma acertada, considerou que no caso em tela, o Legislador já havia realizado a ponderação a fim de compatibilizar possível colisão entre os princípios constitucionais.

Não se percebe na presente fundamentação do voto os desvios em relação à teoria de Robert Alexy quanto à prática decisória judicial perceptíveis nos dois votos anteriores. A riqueza da presente decisão está exatamente no fato de que, apesar de não ter chegado ao uso da ponderação, o Relator tinha essa possibilidade dentre seus pressupostos, e só não realizou a ponderação por entender que existia norma em que o legislador, em abstrato, resolveu a colisão entre princípios constitucionais referentes ao meio ambiente e à cultura.

Nesse sentido, como resultado da ponderação, o legislador permitiu que o princípio referente à cultura fosse realizado, por permitir o uso do fogo na vegetação em práticas agropastoris, quando isso fosse necessário devido a peculiaridades locais. É premissa de Alexy (1997, p. 239) que, no âmbito da argumentação jurídica, quando a literalidade da lei permitir a decisão ela deve ser considerada, prevalecendo, na fundamentação, argumentos que indiquem a vinculação ao teor literal da lei sobre outros argumentos, como fez o Ministro Relator neste caso.

4 IMPLICAÇÕES DA PRÁTICA DECISÓRIA ENCONTRADA E DA PRÁTICA DECISÓRIA PRETENDIDA, PARA O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Cabem, ainda, algumas reflexões a respeito da prática decisória encontrada nos votos acima comentados, e as possíveis consequências para o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em especial o tocante aos aspectos da segurança jurídica e da correção que deve ser mantida nas decisões judiciais, no paradigma do Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 2011, p. 266 *et seq.*). Primeiramente, as reflexões terão por base teoria de Robert Alexy, a fim de explicitar algumas desconexões com a própria prática pretendida e as implicações disso. Em seguida serão apontados os problemas que permanecem, ainda que sejam seguidos à risca os pressupostos embutidos no sopesamento.

Prática decisória encontrada. Pode-se perceber que a prática decisória encontrada se afastou em dois dos três casos da teoria de Robert Alexy, e em especial do método da ponderação. Os magistrados, apesar de deixarem claro que utilizam a ponderação como método de resolução de colisão entre princípios, não o empregaram conforme os critérios propostos por Robert Alexy.

Pelo que se pode notar, nas duas decisões do STF (Petição nº 3388 e ADPF nº 101) uma colisão entre princípios foi suscitada de forma desnecessária, e a ponderação foi citada como um mero adorno, já que, como foi possível extrair das afirmações dos próprios Ministros, nem mesmo colisão existia. Os magistrados, nos dois casos resolveram a lide a partir de métodos de interpretação da legislação vigente aplicável ao caso, como a interpretação semântica e sistemática, usando ainda precedentes, argumentos doutrinários, argumentos comparativos, entre outros.

O que se percebe é que, mesmo chegando ao mesmo resultado que poderia chegar sem suscitar uma suposta colisão, essa atitude revela uma inconsistência da prática decisória em relação à teoria supostamente adotada, no caso a de Robert Alexy. A

racionalidade da decisão, conforme Alexy, está na possibilidade de permitir que outros compreendam e aceitem a argumentação adotada, e que se siga as regras da argumentação jurídica.

Entre as regras da argumentação jurídica, que a diferencia da argumentação prática geral, Alexy cita a vinculação à lei, aos precedentes e à dogmática. Quando não se segue as regras da argumentação jurídica, não se vinculando a tais restrições, quando elas existirem, parte-se para a argumentação prática geral, afastando-se de pressupostos basilares da teoria de Robert Alexy.

Se a teoria de Robert Alexy sofre as críticas de Habermas, mesmo respeitando essas vinculações, por abrir a possibilidade de que razões não jurídicas disputem com direitos fundamentais, num mesmo nível, a primazia de aplicação ao caso concreto; mais criticável ainda a prática de colocar a todo tempo em suspensão o direito vigente, suscitando uma colisão de valores quando a própria teoria de Robert Alexy não permitiria.

É o próprio Alexy quem propõe que a ponderação seja utilizada apenas nos casos em que não for possível resolver a questão por meio das vinculações citadas. Isso porquê, o autor compreende que o legislador, inclusive o constituinte, já fez diversas ponderações e escolhas, e, por fim, estabeleceu normas na forma de regras, e neste caso deve-se aderir ao que estabelecido pelo Poder Legislativo.

Isso não é um capricho do autor. Ao contrário, Alexy (2011, p. 556) compreende que seguir tais regras, assim como as regras estabelecidas nos precedentes, garante a segurança jurídica e a igualdade para todos os que estão submetidos ao mesmo ordenamento jurídico. Por isso mesmo, o autor (ALEXY, 2011, p. 541) adota a postura de que para se afastar destas vinculações, o intérprete tem sempre o ônus da argumentação.

Ao suscitar colisões entre princípios, quando se tem normas no ordenamento jurídico que permitem a delimitação da questão, criam-se soluções de continuidade, abismos artificiais onde o direito, por meio do legislador e, subsidiariamente, dos

precedentes, já havia pavimentado um caminho a ser seguido. Abrem-se lacunas no ordenamento jurídico que, contrariamente ao que preconiza Robert Alexy, possibilitam que o intérprete argumente até mesmo contra o que foi estabelecido pelo legislador.

Este aí um grande problema. Se a cada decisão, os membros dos tribunais superiores, conforme sua vontade, resolverem argumentar conforme quiserem, inclusive contra o que foi decidido como o direito de todos pelo Poder Legislativo, corre-se o risco de afetar a segurança jurídica, o que vai contra as premissas de Robert Alexy.

Considere-se, ainda, o fato de as decisões dos tribunais superiores funcionarem como orientação para a prática decisória das demais instâncias judiciais. A prática de suscitar colisões de princípios a todo momento pode influenciar a prática dos demais juízes, que de forma errônea estarão colocando em risco a segurança jurídica, e contrariando o que foi proposto por Robert Alexy..

Em especial, quando se pensa no direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, percebe-se que tal conduta dos magistrados coloca em risco a garantia de tal direito. Ainda que tenham chegado a um resultado compatível com o que está posto no ordenamento jurídico brasileiro, a prática decisória encontrada nas duas decisões do STF analisadas abrem espaço para que outros argumentos, que não os jurídicos, fundamentem suas decisões, mesmo que sejam decisões contrárias ao estabelecido na lei e nos precedentes.

Se, por um lado, este não foi o caso nas duas decisões citadas, por outro, não é possível afirmar que as decisões prolatadas foram fruto de uma abordagem em consonância com os preceitos propostos por Robert Alexy. Isso porque, ao suscitarem uma colisão entre princípios nos casos analisados, os magistrados, por aparentemente estarem se utilizando da teoria de Robert Alexy, poderiam dizer não estarem vinculados aos textos de lei, mas somente aos preceitos Constitucionais, aos quais também estariam fracamente vinculados.

Para contrariarem o que está posto em lei, bastaria que trouxessem argumentos de outra natureza, que não jurídico, que desse fundamentação à posição que tomassem. Tais argumentos poderiam ser argumentos empíricos, por exemplo. É o caso, apenas a título de raciocínio, de na ADPF 101 a Relatora acatar o argumento de que a proibição da importação de pneus traria desemprego no setor da indústria de remoldagem de pneus, e com isso, após passar pelas etapas da máxima da proporcionalidade, optar por otimizar a realização dos princípios supostamente em colisão, permitindo que se importe uma determinada cota de pneus. Poderia argumentar, ainda, que com uma decisão dessa, ela estaria ao mesmo tempo restringindo os danos causados pela importação já que esta estaria limitada.

Pelo exposto na ADPF 101, a legislação brasileira não tem uma linha de texto que permita a importação de pneus usados, salvo os remoldados de origem dos países do Mercosul. Logo, uma decisão como a que acima exemplificamos, seria contrária à legislação vigente, e até mesmo contra o que está estabelecido na Constituição brasileira. Se não foi esse o resultado da suposta ponderação realizada pela Relatora, não se pode dizer que isso foi por sua estrita vinculação às premissas da teoria de Robert Alexy, e da ponderação por ele idealizada.

Deve-se notar que se a cada decisão o juiz, dizendo adotar a teoria de Robert Alexy, apontar uma colisão entre o princípio do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com outros princípios, e, a partir disso, permitir-se desconsiderar a legislação vigente, permitir-se estar fracamente vinculado à interpretação literal dos preceitos constitucionais, e mais fracamente ainda dos precedentes estabelecidos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser o que o magistrado quer.

Com isso, fica aberta a possibilidade de o juiz a cada decisão tentar otimizar os princípios supostamente em conflito, até mesmo de forma diferente do que foi estabelecido pelo legislador, ainda que o legislador tenha dado primazia a realização do direito fundamental ao meio ambiente em determinada situação. O juiz, nesse caso, em vez de respeitar tal orientação do legislador, pode tentar estabelecer a primazia de outro direito, que não o direito fundamental ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado, conforme suas convicções, mas escondendo-se atrás de uma teoria que supostamente lhe daria subsídios para realizar tal operação (SANTOS, 2010, p. 194).

Nessa linha, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não poderá mais ser conhecido de antemão por aqueles que estão submetidos ao ordenamento jurídico brasileiro. O tratamento igual que o direito deveria dar a todos os que estão sob a égide desse ordenamento, inclusive no que diz respeito ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deixa de ter um parâmetro do que realmente seja tal tratamento igual, pois não se saberá o que deve ser estabelecido em cada situação envolvendo esse direito fundamental.

A segurança jurídica, tão cara a Robert Alexy, deixa de ser considerada, e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser um eterno indeterminado, só possível de ser conhecido posteriormente quando da publicação da decisão judicial. Pois nesse momento será conhecida a interpretação que o juiz deu ao caso.

Daí, decisões firmando o que é o direito ao meio ambiente, ainda que venham a se repetir, não garantem segurança jurídica, não garantem a “estabilidade como base do desenvolvimento” (ALEXY, 2011, p. 556), ao contrário, serão meras coincidências.

A falta de uma base estável do que seja o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado dificulta que se possa reivindicar algo com fundamento em tal direito, assim como torna árdua a tarefa de alguém que queira se guiar pelo direito a fim saber se sua ação é violadora ou não do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Considere-se ainda que os magistrados, nos votos selecionados para estudo, tomam as normas aplicáveis aos casos como valores, o que permite que façam considerações sobre o que é preferível. Esse é um ponto da teoria de Robert Alexy fortemente criticado por Habermas, do qual se tratará de forma mais detida mais adiante. Apenas, deve-se registrar nesse momento que, mesmo respeitando as

vinculações ao texto das disposições normativas, aos precedentes e a doutrina, a teoria de Robert Alexy, com o pressuposto de que normas equivalem a valores, aumenta o risco de que o Poder Judiciário se torne uma instância autoritária, conforme registrado por Habermas.

Compreende-se, portanto, que esse risco é maior ainda quando essa equivalência, não fica limitada nem mesmo por tais vinculações, pois elas deixam de ser afastadas nos raros casos de ponderação, para serem afastadas de pronto em qualquer caso. As preferências do juiz, que representam as tradições de um grupo, têm uma possibilidade maior ainda de adentrar o sistema do direito, fragilizando a legitimidade que deve ser mantida, a fim de que o direito possa manter a função de integração, como quer Habermas, na atual sociedade pluralista.

Pode-se concluir que a prática decisória encontrada nos dois casos do STF não se alinham com a teoria de Robert Alexy, colocando em risco a segurança jurídica em relação ao que seja o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, podendo inclusive, de forma desnecessária abrir a possibilidade de tentativas de otimização de realização de princípios, ainda que o legislador já tenha estabelecido a primazia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em determinadas situações.

Prática decisória pretendida. O direito que um indivíduo tem de viver num local no qual o meio ambiente esteja ecologicamente equilibrado para que ele tenha condições de resguardar outros direitos, como o direito a saúde e o direito a vida, é um direito a princípio reivindicável perante um órgão judicial. E, como na explicação de Dworkin, um direito não pode ser suplantado por uma meta coletiva. Somente a título de argumentação, pode-se pensar, por exemplo, na reivindicação de que se proíba a importação de pneus usados que comprovadamente prejudicaria o equilíbrio ecológico do meio ambiente e que pode ser deduzida em juízo, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é garantido igualmente a todos pela Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 225. E sob a perspectiva deontológica esse direito não pode ser suplantado, por exemplo, pela constatação de que mesmo poluindo e trazendo prejuízos ao meio ambiente, afetando a saúde

das pessoas, apesar disso, a importação geraria emprego e aumentaria a renda e o padrão de vida das pessoas, de maneira geral, de uma determinada cidade.

Já sob a perspectiva teleológica, o direito ao meio ambiente equilibrado transformado num valor, e abordado e pensado como se fosse um valor, pode perfeitamente ser colocado como um valor que compete com o valor do crescimento da economia da região e das condições de vida das pessoas. Olhando dessa forma, os dois valores em competição não têm primazia um sobre o outro, ficando a cargo do juiz decidir qual valor pode ser realizado em maior ou menor grau. Neste caso seria possível, por exemplo, realizar o valor relativo ao meio ambiente, sacrificando em maior medida o valor do crescimento da economia e das condições de vida das pessoas, permitindo a importação de pneus usados, mas restringindo a uma cota determinada a fim de reduzir os impactos ambientais, e não os impedir ou eliminar, e ao mesmo tempo permitir o crescimento da economia e elevação das condições de vida das pessoas.

O ponto é exatamente este. Ainda que o juiz realizasse mais o valor referente ao equilíbrio do meio ambiente, o direito ao meio ambiente equilibrado simplesmente não teve a primazia, enquanto direito fundamental, em relação a fins, que Habermas (2010, p. 332), com sua leitura de Dworkin, defende, portanto não funcionou para aquele que reivindicou a proibição como um escudo de proteção, não funcionou como um porto seguro no qual qualquer um que visse uma expectativa de comportamento democraticamente estabelecida como devida naufragar, ao ser frustrada, pudesse ancorar. Realizar mais um valor que outro não garante necessariamente direitos. E em muitos casos pode colocar em perigo aquilo que se pretende assegurar.

Sob a perspectiva do código binário devido/não-devido que o direito deve ser compreendido não há lugar para realização mais ou menos. O que foi democraticamente estabelecido como *devido* não pode ser colocado no mesmo nível daquilo que se entende ser *melhor* para um grupo, a partir da ótica de um juiz ou colegiado de juizes que também farão a análise do que é melhor a partir das convicções que o grupo a que pertencem lhes possibilita (CATTONI DE OLIVEIRA,

2008b, pp. 264-266). Em resumo, juízes ou membros de órgão colegiados judiciais não são neutros para escolherem os valores que devem ser mais ou menos realizados (HABERMAS, 2010, p. 351; COURA, 2009, pp. 182-183).

Os fins legitimamente oponíveis a direitos são apenas aqueles que também são direitos, ou seja, aqueles que enfrentaram todo o processo de formação da opinião e da vontade política nos diversos espaços sociais, institucionalizados ou não⁴⁶, e que, passando pelo processo legislativo, foram introduzidos no sistema do direito (HABERMAS, 2010, p. 332). Cabe ao juiz, diante dos fatos que lhe são apresentados, que também serão interpretados, encontrar os argumentos de princípio que justifiquem, de forma consistente e correta, que no caso em julgamento as normas aplicáveis determinam a realização da conduta que realiza o fim em questão.

Assim, argumentos quanto à continuidade das atividades econômicas, que estiveram presentes de forma mais ou menos marcada nas três decisões selecionadas para a presente pesquisa, só podem ser trazidos para o discurso jurídico enquanto puderem ser deduzidos como direito, mas num discurso jurídico não tem qualquer peso considerações de *custos e vantagens* da continuidade ou não de uma atividade comercial, quando se reivindica de outro lado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O que se está a afirmar aqui, é que mesmo seguindo a teoria de Robert Alexy, da forma como realmente colocada pelo autor, a prática decisória dos tribunais superiores brasileiros permanecerá colocando em risco o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A partir da crítica de Habermas (2010, p. 327), compreende-se, que o juiz que adote a teoria de Robert Alexy, ao interpretar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um valor otimizável, tal intérprete poderá procurar realizar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado da

⁴⁶ Sobre a formação da opinião pública e da vontade política ver: HABERMAS, 2002, pp. 280-281.

melhor forma, conforme sua própria convicção, e em intensidade diferente a cada caso.

O resultado é que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser aquilo que o juiz concretizar a cada caso, já que nenhum valor tem primazia incondicional sobre outro valor, pois a ordem de preferência de valores não pode ser dada de antemão, ficando também a cargo da preferência do juiz a intensidade de realização de cada valor em jogo. Daí os problemas decorrentes da ponderação como método de resolução de colisão entre princípios, ou seja, por não diferenciar princípios jurídicos e valores (HABERMAS, 2010, p. 328).

Caráter deontológico e caráter teleológico: Na linha do pensamento de Habermas (2010, p. 328) o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto princípio é uma norma, que pode até servir de justificação para outra norma, e que tem sempre um caráter deontológico. Isso explica porque o princípio do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode *obrigar*, por igual, todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico brasileiro, a adotarem determinado comportamento que atenda às expectativas gerais de comportamento no que se refere à manutenção do meio ambiente.

Assim, enquanto norma, e compreendido seu caráter deontológico, o princípio do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pauta o comportamento de todos os brasileiros, seja pelo simples respeito ao direito, seja pela coerção patrocinada pelo próprio direito. Enquanto norma que obriga a todos por igual, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é reivindicável por qualquer pessoa, podendo ser levantado contra maiorias, ou contra objetivos coletivos não revestidos pelo caráter deontológico do direito, ainda que tais objetivos coletivos sejam da preferência de um determinado grupo, ou até mesmo de uma maioria.

Nesse ponto, vale lembrar que, se o princípio do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado for compreendido como valor, ele passa a

expressar a preferência de um grupo pela realização de um bem, que *pode* ou não ser perseguido segundo tal preferência, tendo um caráter teleológico, como explica Habermas (2010, p. 328), e não pode mais informar expectativas de comportamento exigíveis de todos por igual.

A preferência de um grupo pode ser a de que a importação de pneus usados seja permitida para cumprir os mais diversos fins, inclusive o de reduzir o custo da indústria de recauchutagem, ou em outros casos para manter os empregos gerados pelo setor. No caso da ADPF 101, a Relatora cita diversas decisões contraditórias, umas a favor, outras contra a importação, e as razões foram as mais diversas. Mas a justiça da decisão não pode depender da preferência do juiz pelo que julga ser o valor preferível, pois cada juiz terá preferências diferentes. A atitude interpretativa adequada é a de observar que se existe um farto arcabouço de normas estabelecidas que proíbem a importação de pneus usados, elas obrigam a todos, sem exceção. Exceções abertas pelas preferências terminam por criar privilégios, pois nem toda pessoa terá a sorte de encontrar um juiz que comungue das mesmas preferências que ela.

Assim, um tribunal ao estabelecer o que é preferível em cada caso, deixa de contribuir para a consolidação do que seja exigível quando se levanta o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como escudo, abrindo a possibilidade de que, em prol de preferências que refletem um modo particular de vida, seja desconsiderado o que foi estabelecido como o direito reivindicável, ou melhor, desconsideram-se expectativas de comportamento que legitimamente tenham passado pelo processo democrático de formação da vontade política. Com isso, esvai-se a segurança jurídica, pois os membros da comunidade passam a orientar suas ações pelas preferências imprevisíveis de quem tem a autoridade para julgar.

Codificação binária e codificação gradual: Compreendido como norma o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado segue uma codificação binária, o que exige que, enquanto norma válida, esse direito deve ser observado por todos de igual maneira. Logo, seguindo o pensamento de Habermas (2010, p.

328) ao estabelecer o que seja o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado num determinado caso, o juiz deve ter em mente que está estabelecendo aquilo que a comunidade jurídica como um todo estabeleceu para si como devido/não-devido, pois ou uma norma é válida e obriga a todos por igual, ou não é válida e, logo, não obriga. Interpretados os fatos trazidos pelas partes, e consideradas as perspectivas delas pelo juiz, este deve estabelecer, tomando o direito como um todo, se a norma se aplica ao caso ou não, e se aplicável a norma deve ser observada.

Uma conduta não pode ser ao mesmo tempo violadora e não violadora do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou mais ou menos violadora. O código binário do direito exige que seja estabelecido pelo legislador, e firmado reconstrutivamente nas sentenças judiciais, se determinada conduta é violadora ou não ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O juiz de forma reconstrutiva auxilia na tarefa de interpretar, mesmo nos casos difíceis, o direito vigente (Constituição, leis, precedentes) a fim de encontrar e firmar o que é devido ou não-devido.

O cumprimento do que é determinado por meio de uma norma, não é uma questão de adesão em maior ou menor medida. Porém, entendido como valor, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a obedecer a uma codificação gradual de preferência, pois enunciados valorativos permitem que se tenha maior ou menor adesão a eles (HABERMAS, 2010, p. 328). Portanto, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser estabelecido caso-a-caso, conforme a disposição do juiz em aderir a uma ou a outra alternativa do que pode ser estabelecido como preferível no caso concreto, ou em maior ou menor medida cada uma dessas alternativas.

Nesse caso, a título de exemplo, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto como valor a ser sopesado com outro valor, pode ter que ceder a anseios de um grupo agroindustrial que pretende continuar a queimada de palha de cana-de-açúcar, a fim de preservar empregos gerados pela atividade, tendo em vista a afinidade maior do juiz com a manutenção das vagas de emprego da região, do que em relação à preservação do meio ambiente. O

empreendimento agroindustrial, no exemplo citado, em vez de ser obrigado a adequar seu processo de colheita às normas ambientais vigentes, que exigem a preservação do meio ambiente, e por isso, impedem a queima da palha da cana-de-açúcar, na verdade ganha uma abertura para desconsiderar o que foi legitimamente estabelecido como válido, e, portanto, devido. Uma abertura para cumprir em certa medida os fins que o juiz adere em maior ou menor intensidade. Uma abertura produzida pela postura pela postura de tratar direitos como valores aos quais se aderem conforme as preferências de cada grupo.

Caráter vinculante absoluto e caráter vinculante relativo: Fica claro também o que Habermas (2010, p. 328) denomina caráter vinculante absoluto das normas. Assim, pensando-se o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como norma, pode-se perceber que o que "deve ser" tem a pretensão de ser igualmente bom para todos, que o que foi estabelecido como obrigação decorrente do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é obrigação para todos.

Mas, quando pensado como valor, que para Habermas (2010, p. 328) tem caráter vinculante relativo, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a depender do que é bom para nós ou para mim, ou seja, passa a depender da apreciação que o grupo ao qual o intérprete pertence está habituado a fazer sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, visto como valor, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em vez de representar, por exemplo, uma norma válida da qual decorre a obrigação, para a todos que tenham empreendimentos agroindustriais, de utilizarem técnica para colheita de cana que não utilize a queima da palha, pois foi estabelecido legitimamente como o melhor para todos pela via democrática; em vez disso, tal direito pode passar a representar aquilo que se compreende ser melhor a partir do ponto de vista do grupo com o qual se compartilha uma forma de vida, que no caso de um magistrado advindo de um Estado da federação que, por ventura, pratique de forma reiterada a queima da cana, pode indicar para tal magistrado, que, conforme a apreciação que ele está acostumado a fazer de tal prática, ela é

preferível, pois é o melhor para a classe de empresários do setor, já que reduz os custos de produção, fortalecendo inclusive a economia do seu Estado de origem.

Interessante notar, a título de exemplo, que contra a literalidade a Lei nº 4.771/65, no caso do REsp nº 1285463-SP, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia decidido pela possibilidade da queima da palha de cana pelos empreendimentos agroindustriais (BRASIL. *STJ*, 2012, pp. 4-5), sendo que, coincidentemente, São Paulo é o maior produtor de cana-de-açúcar do Brasil (CONAB, 2013, p. 7).

Em resumo, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto norma válida, que fundamenta outra norma, também válida, que proíbe a queima de cana-de-açúcar, deve ser encarada como norma que vincula todos, por ter sido estabelecido pelo processo democrático de formação da vontade política, como o melhor para todos por igual. Apenas visto como valor, é que se pode ter a ideia de que essa obrigação decorrente do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser subjugada às preferências de uma determinada forma de vida, portanto de acordo com o que um determinado grupo está habituado por ser o melhor para ele, e não para todos.

Diferença de critérios que devem ser satisfeitos no sistema de normas e no sistema de valores: O citado exemplo ilustra bem outro problema de se tratar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como valor. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na condição de princípio e visto como norma, não pode contradizer o restante do sistema de normas, pois estas devem formar um todo coerente, não sendo admitidas contradições (HABERMAS, 2010, p. 328).

Por sua vez, valores formam uma configuração flexível, conforme explica Habermas (2010, p. 328), já que ordem de preferência dos valores varia conforme cada forma de vida, ainda que isso leve a contradições no interior de uma comunidade.

Assim, na condição de princípio e pensado enquanto valor o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fica fragilizado ante a possibilidade de o

juiz se desprender da contingência de coerência que um sistema de normas impõe, para se filiar a preferências influenciadas por sua própria forma de vida. Isso também pode explicar a diferença de posição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em relação ao que já vinha sendo decidido no STJ e foi apenas confirmado na sentença do REsp nº 1285463-SP, a fim, inclusive, de firmar a interpretação que já se vinha dando no âmbito do STJ ao dispositivo de lei que proibia a queimada de vegetação (BRASIL. *STJ*, 2012, pp. 4-5).

Mesmo não citando que tenha usado explicitamente a ponderação para decidir o caso, fica clara a opção do Relator do caso no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por uma análise de custo-benefício, que não cabe para se decidir o que colocado democraticamente na forma de normas, apesar de caber quando se está decidindo a preferência quanto ao que seja melhor para alguém conforme sua própria visão de mundo. O melhor custo-benefício para o Estado de São Paulo enquanto maior produtor de cana-de-açúcar do país pode não ser o melhor custo-benefício para a sociedade como um todo, e parece que essa diferença foi deixada de lado pelo Tribunal de São Paulo, mas retomada na decisão do STJ.

Apesar disso, as premissas da decisão do STJ no caso em comento, ou seja, a teoria de Robert Alexy como pano de fundo, com a possibilidade de o juiz encarar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como valor também é questionável, pois, como se vem destacando, o problema não está no resultado ao qual se chega com tais decisões, mas exatamente nas possibilidades que a teoria que informa a prática decisória de alguns magistrados abre para, por exemplo, desconsiderar o que foi democraticamente estabelecido.

Observar a coerência do sistema de normas é uma das contingências bem destacadas por Habermas (2010, p. 334), e à qual o juiz está submetido, a fim de não frustrar as expectativas de comportamento com as quais cada cidadão submetido a um mesmo ordenamento jurídico pode contar. Tal coerência é exatamente uma condição para se garantir algo muito caro a um ordenamento jurídico democraticamente estabelecido: a segurança jurídica.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode significar ao mesmo tempo que algo é devido e não devido, como no caso da importação de pneus em que decisões judiciais estabeleciam que alguns tinham o direito de importar pneus usados, enquanto outras decidiam o contrário (BRASIL. *STF*, 2012, p. 14 *et seq.*). A coerência de um sistema de normas do direito exige que ao decidir algo com fundamento no princípio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o juiz tome como referência a Constituição, as leis e os precedentes, a fim de encontrar a norma aplicável ao caso, tendo em mente que sua decisão deve dar continuidade a coerência desse sistema, uma espécie de capítulo novo de um romance escrito por vários autores como quer Dworkin (2007, p. 275)⁴⁷.

Isso implica que, a cada decisão sobre o que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exige que seja cumprido, o juiz deve ter em mente a necessidade de coerência entre as diversas normas aplicáveis ao caso. Isso para que não se comprometa a coerência do sistema jurídico como um todo, mitigando a possibilidade de contradições, e permitindo que os membros da comunidade jurídica possam determinar suas ações a partir do direito prévia e democraticamente estabelecido.

Alexy também pretende que as decisões judiciais obedeçam essa coerência, mas sua visão de que os princípios podem ser tomados como valores coloca a possibilidade de que, no momento do sopesamento, estabeleça-se uma ordem de preferência para o caso, conforme as preferências do juiz, de forma que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja sobrepujado por outros bens a serem sopesados.

Até mesmo porque, para Alexy (2011, p. 551 *et seq.*), no âmbito dos direitos fundamentais, quando se estiver diante de um caso difícil, o juiz não está fortemente vinculado ao texto das disposições de direito fundamental e aos precedentes, contanto que assuma o ônus argumentativo, não restando qualquer vinculação à lei

⁴⁷ "Além disso, o ideal do Direito como integridade exige dos juízes e dos aplicadores que haja uma coerência entre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva. É uma interpretação em cadeia, tal como um romance escrito em várias mãos. Esse é o ideal da integridade no Direito ou integridade na jurisdição ou, ainda, integridade na aplicação do Direito" (OMMATI, 2011, p. 133). Ver também: OMMATI, 2004, p. 155 *et seq.*

ordinária. Decorre disso, o problema da maior possibilidade de decisões contraditórias no âmbito do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Diferenças na aplicação: No momento da aplicação do direito, as diversas diferenças acima apontadas acarretam que entendido como norma o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é invocado como fundamento para se estabelecer o que é igualmente obrigatório para todos; por outro lado, se pensado como valor, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado será invocado como fundamento para estabelecer o que é melhor para um determinado grupo ou cultura.

Conforme explica Habermas (2010, p. 329) em ambos os casos a aplicação exige a *correção* da ação, com a diferença de que, num sistema de normas, somente ações que possam ser igualmente boas para todos decorrem do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Somente se pode invocar tal direito para confirmar o que democraticamente, pelo processo de formação da vontade política, foi estabelecido como igualmente bom para todos, pois obriga a todos por igual.

Por outro lado, se no momento da aplicação do direito, parte-se da ideia de que se está lidando com valores, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser invocado para estabelecer qual ação é mais recomendável para um grupo, pois nesse caso se estará a fundamentar um juízo de preferência, que corre o risco de não satisfazer a exigência de segurança jurídica, que as decisões judiciais devem cumprir.

Essa postura do juiz no momento da aplicação do direito faz toda diferença. Estabelecer o que é igualmente bom para todos só pode estar baseado no direito vigente, pois este representa, no Estado Democrático de Direito, aquilo que de forma legítima deve vincular todos, para que a vida em sociedade possa ser organizada pelos próprios membros dessa mesma sociedade. Se o direito legítimo é aquele que os membros da comunidade jurídica dão a si mesmos, então uma decisão jurídica,

para cumprir a exigência de legitimidade, deve representar para os afetados pela decisão uma decorrência do próprio direito vigente.

Nessa esteira, decisões judiciais envolvendo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado devem representar, para os possíveis afetados pela decisão, uma decorrência do próprio direito vigente, e não um ato de sorte do beneficiado pela decisão, e de azar pela parte prejudicada. Não é uma loteria. Ainda que a solução do caso não seja tão clara, as partes devem, ao final do processo, ter a percepção de que o que foi estabelecido é o que é devido igualmente por todos que estejam na mesma situação.

Sabe-se que o legislador leva em consideração diversos argumentos no momento da formação da vontade política, inclusive argumentos relativos aos fins políticos que se quer atingir ao estabelecer determinada norma (HABERMAS, 2010, p. 329). E com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é diferente, pois é possível listar uma série desses fins que se quer atingir ao se estabelecer a necessidade de observar tal direito e as várias obrigações dele decorrentes.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ter sido estabelecido, por exemplo, com o fim de garantir a preservação de um ambiente adequado para o desenvolvimento das futuras gerações, como a Relatora da ADPF 101, veiculada no STF, afirma (BRASIL. STF, 2012, pp. 96-98). Mas o próprio sistema do direito limita a consideração desse tipo de objetivo ao momento da formação da vontade política, de forma que no momento da aplicação o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja tomado como uma norma que regula ações, que estabelece o que é devido por todos, que pode ser reivindicado de forma individual por qualquer um que compreenda violado seu direito de viver num local onde o meio ambiente esteja ecologicamente equilibrado. Se a finalidade de seu pedido é para preservar as futuras gerações ou a geração presente já não importa.

Interessante, nesse ponto pensar no princípio da precaução. Este princípio, tomado como norma, não estabelece mais um fim político somente. Apesar de continuar

representando um fim político, ele representa um fim político que foi alçado à categoria de direito. E como direito ele passa a ser reivindicável por ser devido, não cabendo a análise de atingimento de um fim por ele pretendido. Ou seja, que o meio ambiente seja preservado para as futuras gerações é direito reivindicável por qualquer indivíduo que entenda que uma determinada conduta de um terceiro coloque em risco esse direito.

Nesse caso, não caberá fazer otimizações no sentido de preservar numa maior ou menor intensidade o equilíbrio ecológico do meio ambiente, pois, ou a norma decorrente do princípio da precaução é válida e obriga a todos por igual, ou ela não é válida e simplesmente não se deve observação a ela.

Em resumo, se no processo legislativo penetram vários argumentos, entre eles os relacionados aos fins a serem atingidos quando da formulação de uma política de proteção ao meio ambiente, depois de criada a norma, esta deve ser encarada como portadora de um caráter deontológico (de uma obrigação), em vez de teleológico (uma faculdade conforme o fim que se quer atingir); que obedece a uma codificação binária (sim ou não), no lugar de gradual (atração maior ou menor a determinados bens); de caráter vinculante absoluto (o que é bom para todos), e não relativo (o que é bom para nós); que deve obedecer ao critério de coerência (sistema coerente), em vez de admitir contradições (configuração flexível e em constante tensão); que no momento da aplicação deve estabelecer o que é devido a todos por igual, e não o que é melhor para uma determinada cultura.

Tomar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um valor traz o risco, apontado por Habermas (2010, pp. 331-332), de que o STF e o STJ passem a legislar sobre o tema da proteção do meio ambiente, partindo da pressuposição errônea de que as preferências dos componentes desses tribunais sejam intersubjetivamente compartilhadas pelos demais brasileiros. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deixa de ser construído passando pelos filtros do processo legislativo democrático, para ser construído a partir dos fraquíssimos filtros de uma prática decisória judicial, que em alguns casos, como os dois casos do STF (Petição nº 3388 e ADPF nº 101), nem mesmo

obedecem às vinculações da teoria supostamente adotada, ou seja, a de Robert Alexy.

E ainda que obedecesse a essas vinculações da teoria, a prática decisória continuaria a deixar a margem para que o juiz estabeleça o que seja o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, depois de ocorrido o fato a ser julgado, justamente pelos pressupostos da teoria, cujos problemas já se apontou: fraca vinculação ao texto constitucional e aos precedentes, e nenhuma vinculação a lei ordinária, quando entender que é um caso para resolver por sopesamento, tendo apenas o ônus da argumentação; tudo mediante a ponderação do que seja melhor para o caso, conforme as preferências particulares, não universalizáveis, cabendo inclusive uma realização gradual dos valores em colisão. Para Habermas (2010, p. 332), tais problemas relacionados à falta de legitimidade das decisões dos tribunais tem potencial para transformar um tribunal numa instância autoritária.

Observando-se os votos trazidos para este trabalho, nas argumentações utilizadas é possível encontrar argumentos relacionados ao atingimento de fins eleitos como preferíveis, e para fundamentar suas preferências os relatores trazem argumentos relacionados a regularidades empíricas (dados do Inmetro, por exemplo) e análises de custo-benefício⁴⁸.

Dizer que (I) os benefícios financeiros do aproveitamento de resíduos de pneus não justificam os prejuízos à saúde e ao meio ambiente decorrentes dessa atividade, para concluir que a Constituição não permite que direitos sejam garantidos, no caso o da livre iniciativa, mediante sacrifício de vidas humanas, é diferente da afirmação, por exemplo, de que (II) a importação de pneus é proibida pela legislação vigente, inclusive pelas normas constitucionais.

⁴⁸ "De se afirmar, portanto, que se há mais benefícios financeiros no aproveitamento daqueles resíduos na produção do asfalto borracha ou na indústria cimenteira, há de se ter em conta que o preço industrial a menor não pode se converter em preço social a maior, a ser pago com a saúde das pessoas e com a contaminação do meio ambiente, tal como comprovadamente ocorre. A Constituição brasileira – como todas as que vigoram, democraticamente, hoje – não confere direitos mediante fatura a ser paga com vidas humanas" (BRASIL. *STF*, 2012, p. 87).

No primeiro caso, fica patente a dependência da análise de custo-benefício; no segundo, independente de benefício ou prejuízo para quem quer que seja, a importação de pneus usados é proibida. Esse tipo de análise é o que leva a decisões como a do Tribunal de Justiça de São Paulo, reformada no REsp nº 1285463-SP, em que na análise de custo benefício veiculada na decisão do tribunal de origem deu primazia a fins como manutenção do emprego, em detrimento da finalidade de preservação do meio ambiente equilibrado. A cada fundamentação, se fica à mercê da preferência do que seja melhor para o caso, de qual fim é preferível que seja perseguido, conforme as preferências pessoais de quem decide. Como explica Coura (2009, pp. 181-182), “segundo o que é considerado pelos juízes e tribunais, num plano axiológico, 'o melhor', 'o pior', 'o preferível', o 'razoável'" (COURA, 2009, pp. 181-182).

Diferente é a compreensão de que a proibição do uso da queima estabelecida pelo legislador é incondicional e universal, e independente de análise de custo-benefício, cabendo somente as exceções para os casos estabelecidos em lei, e que mesmo nesse caso é exigível de qualquer um que realize estudos de impacto ambiental para requerer autorização do Poder Público. Em resumo, dizer que se tem direito a algo, é muito diferente de dizer que se quer realizar um determinado fim político desejável a partir de uma valoração dos bens em jogo.

Os chamados argumentos de princípio são exatamente aqueles que indicam o que é devido, ou qual o direito que se reivindica. Como explica Dworkin (2010, p. 131):

Suponhamos que um fabricante de aviões mova uma ação para receber o subsídio que a lei prevê. Ele invoca seu direito ao subsídio; sua argumentação é um argumento de princípio. Ele não argumenta que a defesa nacional seria melhorada como o subsídio que lhe fosse concedido; poderia, inclusive, admitir que a lei estava politicamente errada quando foi adotada, ou que, por razões políticas, deveria ter sido revogada já há muito tempo. Seu direito a um subsídio não mais depende de um argumento de política, pois a lei o transformou em uma questão de princípio. (DWORKIN, 2010, p. 131)

Também assim com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Se a mudança do processo de produção de cana gerará desemprego no setor devido ao aumento de custos dos empreendimentos agroindustriais, isso não está mais em discussão no momento da aplicação do direito, quando existe uma

proibição no ordenamento jurídico vigente para uso de queima de vegetação, e as exceções a tal norma, presentes no mesmo ordenamento, simplesmente não são aplicáveis ao caso.

Se a proibição da importação de pneus usados resultará em aumento de custos para os setores que fazem uso de tal produto, não entra mais nas razões a serem consideradas no momento da aplicação do direito, quando já existe norma no ordenamento jurídico vigente que proíbe tal importação.

Se a área indígena está no interior de uma unidade de conservação, as restrições estabelecidas pelo legislador quanto à exploração desse tipo de área obriga a todos, independente de considerações de cunho antropológico quanto à data da presença de indígenas na área.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser encarado como um trunfo, no dizer de Dworkin (1984, p. 153), resgatado por Habermas (2010, p. 332), oponível a quem quer que seja, independente de análise de custo-benefício presente no caso, ou de necessidade de atingimento de fins, ou do que seja melhor para um grupo ou até uma maioria. Uma meta coletiva somente pode ser oponível ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se revestido da forma do direito, o que requer que tal meta tenha sido estabelecida como norma por meio do processo legislativo democrático.

Vale lembrar ainda que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto norma, deve passar apenas pela análise de adequação, no sentido de Klaus Gunther⁴⁹, pois ou a norma desse direito é adequada ao caso e especifica o que é devido, ou tal norma não é adequada, e, logo, não aplicável, sem perder sua validade.

Por outro lado, uma ordem transitiva de valores estabelecida caso a caso, torna difícil a tarefa de crítica das decisões judiciais pelo próprio Poder Judiciário, pelas partes e demais membros da mesma comunidade jurídica, pois, conforme ressalta

⁴⁹ Para senso de adequação na teoria de Klaus Günther ver: COURA, 2009, p. 221, *et seq.*; COURA; PAULA, 2008, p. 219)

Habermas (2010, p. 332), as valorações que o intérprete possa fazer para definir o que é preferível segue padrões aos quais ele está acostumado, pois compartilha uma forma de vida de um grupo particular, entre os demais grupos que formam a comunidade jurídica na qual está inserido (PEDRON, 2004, p. 52). Dessa forma, não é possível verificar a consistência do que foi decidido no caso concreto em relação a um parâmetro conhecido por todos de forma antecipada, como é o caso da Constituição, da lei e dos precedentes.

Com isso, definir o que seja o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pela via da ponderação de valores, abre um espaço para o arbítrio, de forma que a própria decisão deixe de ser considerada consistente com o direito vigente pelos afetado, principalmente porque em sua argumentação é permitido ao juiz utilizar os mais diversos argumentos, estando inclusive sem vinculação à lei. O próprio Alexy reconhece que, no âmbito dos direitos fundamentais, o juiz perde “o fator de vinculação mais importante da argumentação jurídica geral” (ALEXY, 2011, p. 551), que é a lei ordinária, e essa importância se deve a maior concretude em relação às disposições de direitos fundamentais.

Entendendo que para Habermas (2010, p. 297) a racionalidade dos juízos deve ser aferida não somente pelo conteúdo da decisão, mas, principalmente, pela estrutura do processo de argumentação instituída no âmbito do processo judicial, pode-se entender melhor o porquê de sua crítica ao sopesamento. Em especial, destaca-se que um dos pressupostos do processo de argumentação, para Habermas (2010, p. 297), é que os melhores argumentos sejam levados em consideração, e tais argumentos são aqueles que ajudam o juiz a construir sua decisão, de forma que esta represente as expectativas não só das partes do processo, mas também dos demais parceiros da comunidade jurídica.

Aqui culmina tudo o que se veio argumentando até então neste trabalho. Se as preferências expostas no método do sopesamento representam apenas uma forma de vida em particular, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, quando tem seu conteúdo estabelecido por tal método, não pode atender às expectativas dos que não compartilham as preferências de quem está na

posição de decidir o caso. É que para Habermas a sociedade contemporânea exige mais:

No âmbito dessas considerações críticas, o autor busca demonstrar que a jurisprudência de valores vincula-se a uma pretensão de homogeneidade pouco aberta ao pluralismo social, ao atribuir aos juízes e tribunais o papel de guardiões dos valores da sociedade e de críticos políticos ou ideológicos do legislador, o que imputa ao próprio Judiciário uma problemática suspeita de ideologia. Isso em função de o judiciário não poder ocupar qualquer lugar neutro fora do processo político, no qual, vale destacar, consideram-se muito mais do que “orientações relacionadas a valores compartilhados”, a fim de se permitir, num aspecto mais amplo, a seleção dos melhores argumentos, sobre os quais se fundam os compromissos políticos de uma sociedade. (COURA, 2009, pp. 182-183)

É muito problemático esperar que os demais membros de uma sociedade, todos sujeitos a um mesmo ordenamento jurídico, compreendam como legítima uma decisão que desconsidere o direito vigente para estabelecer a que está obrigada cada parte, num processo judicial, envolvendo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. As exigências em relação à postura do aplicador da lei são maiores conforme aumenta a complexidade da sociedade moderna (CARVALHO NETTO, 2000, p. 482).

Mesmo nos casos em que os juízos de preferência parecem coincidir com o que foi possível extrair do ordenamento jurídico vigente, como foi o caso da Petição nº 3388 e da ADPF nº 101, não se pode deixar de pensar que o juízo sobre o que era preferível poderia ter pendido para realizar em maior medida valores outros, que não o que supostamente representava o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Os demais membros de uma sociedade que está submetida a um ordenamento jurídico não podem esperar coincidências para determinarem suas ações.

Se o papel do juiz é representar, de forma imparcial, os demais membros da comunidade jurídica no processo, então ele deve decidir o que seja o devido num caso de dano ao meio ambiente, de forma consistente em relação ao princípio do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e as demais normas dele decorrentes, ou seja, tomando como base o direito vigente, e não

baseado em relações de custo-benefício e preferências que o intérprete não pode, legitimamente, pretender que sejam compartilhadas por todos⁵⁰.

A partir das críticas de Habermas, compreende-se que uma teoria como a de Robert Alexy, que com o método da ponderação abre a possibilidade de juízos valorativos entre bens, não atende ao pressuposto de legitimidade das decisões emitidas pelos órgãos jurisdicionais no Estado Democrático de Direito⁵¹. O que estabelece o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não está nas preferências do juiz, mas nos exemplos espalhados na legislação e precedentes de como se deve regular as relações envolvendo o meio ambiente, e que permitem que cada cidadão pautar sua vida conforme as normas previamente estabelecidas de forma democrática. As possíveis falhas no processo legislativo não devem ser desculpa para que se adote o Poder Judiciário como tutor, como se a sociedade fosse um órfão, incapaz de regular as relações que nela se reproduzem⁵².

No caso das decisões judiciais veiculadas na Petição nº 3388, ADPF nº 101 e REsp nº 1285463-SP, os votos selecionados para estudo revisitaram textos normativos e precedentes que deram suporte às suas decisões, apesar de que nos dois casos do STF (Petição nº 3388, ADPF nº 101) os ministros fizeram menção à necessidade de ponderação para resolver o caso. Interessante que no caso das decisões do STF que foram decididas pelo Pleno do Tribunal, é possível encontrar votos de outros Ministros com fundamentações baseadas na interpretação do ordenamento jurídico vigente, sem apelação a ponderação de valores. E isso traz uma base comum a todos os membros da sociedade brasileira para compreender o que foi decidido, e

⁵⁰ "As sociedades democráticas contemporâneas são pluralistas e simplesmente não existem valores substantivos compartilhados por todos e capazes de guiar nossa vida tanto em uma perspectiva individual quanto coletiva. A incapacidade de lidar com essa questão é o principal problema de uma teoria acerca dos princípios constitucionais que os caracterize como valores" (ALMEIDA, 2008, p. 502).

⁵¹ "A aplicação de um "princípio" da proporcionalidade, a compreensão dos princípios como valores otimizáveis, assim como a compreensão dos direitos como bens ou interesses sujeitos a um cálculo de utilidade, confunde "argumentos de princípio" com "argumentos de política", perspectiva jurisdicional e perspectiva legislativa. E, por isso, não garante direito algum, nem legitimidade à jurisdição" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2008b, pp. 270-271).

⁵² "A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da "consciência social na Justiça" (MAUS, 2000, p. 186).

se o que foi decidido se coaduna com a Constituição e a legislação. E isso é bem diferente de ter que aceitar as preferências de quem julgou o caso.

Sabe-se que não é possível ao legislador prever todas as situações possíveis que possam afetar o equilíbrio ecológico do meio ambiente, e que possam impedir que seja preservado para as gerações futura, assim como não é possível antever as ações que possam contribuir com esse equilíbrio. Mas ao estabelecer para todos o direito a que o meio ambiente permaneça ecologicamente equilibrado, o constituinte deixou o que Carvalho Netto (2000, p. 473) denomina de semente de liberdade. Cabe aos cidadãos construírem, pelas vias da formação democrática da opinião e vontade política, e por uma prática jurisdicional consistente com a exigência de legitimidade, o que é devido ou não-devido, quando alguém levanta o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como trunfo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem sido o objeto de diversas decisões judiciais no STF e STJ. Como esses tribunais superiores têm grande influência sobre a prática decisória do judiciário como um todo, no Brasil, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem seus contornos definidos, também, nos casos que chegam a esses tribunais. Ambos os órgãos colegiados definem, em diversas decisões, os casos em que as normas decorrentes do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são aplicáveis, contribuindo para definir o que é devido a todos por igual.

Isso torna as decisões desses tribunais um interessante objeto de estudo para se investigar, não só *o que* vem sendo decidido, mas *como* vem sendo decidido, para que se possa compreender os pressupostos embutidos em tais decisões, pois nem todos se alinham ao Estado Democrático de Direito, o que coloca em risco a própria afirmação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No presente estudo, o foco de investigação foram as decisões do STF e STJ em que a teoria de Robert Alexy foi supostamente utilizada como parâmetro da prática decisória, e nas quais a ponderação esteve subjacente à argumentação do julgador, o que foi o caso da Petição nº 3388, ADPF nº 101 e REsp nº 1285463-SP.

A aproximação da abordagem teórica de Robert Alexy, permitiu que se compreendesse os critérios deste autor quanto ao uso do método da ponderação, dentre os quais se pode destacar:

- A máxima da proporcionalidade é dividida em 3 submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ou sopesamento);
- Cada uma dessas etapas devem ser enfrentadas quando se verifica uma colisão entre princípios;

-O sopesamento também passa por três etapas e ao final deve ser estabelecida uma regra para o caso, que servirá de regra para outros casos semelhantes, não havendo necessidade de outro sopesamento;

-Deve-se fundamentar os enunciados de graus de afetação e de importância dos princípios colidentes e, para isso, pode-se utilizar qualquer argumento típico da argumentação jurídica;

-O sopesamento somente será utilizado nos casos em que não for possível extrair a norma para o caso, a partir da Constituição, dos precedentes e da dogmática, o que torna raro os casos de utilização;

-Se for possível resolver o caso a partir da interpretação literal de texto normativo, deve-se vincular a essa interpretação, existindo o ônus da argumentação caso se queira afastar tal interpretação. O mesmo vale em relação aos precedentes.

Uma constatação importante do presente trabalho pode ser apontada. Da análise das decisões selecionadas, concluiu-se que, na prática decisória realmente encontrada, vários desses critérios foram desconsiderados por alguns magistrados que supostamente pautaram sua prática de decisão na teoria de Alexy, e, mais especificamente, na ponderação para resolução de colisões entre princípios. Essa desconsideração ficou evidenciada nas decisões do STF (Petição nº 3388 e ADPF nº 101), nas quais a necessidade de ponderação foi suscitada de forma desnecessária. Os problemas encontrados foram:

-Afirmação da necessidade de sopesamento, mesmo quando era possível extrair da legislação e dos precedentes a norma aplicável ao caso, conforme afirmação dos próprios Ministros;

-Com isso os julgadores desconsideraram as vinculações ao texto das disposições normativas, e aos precedentes;

-Não enfrentamento da submáxima da adequação, nem explicitação de que estava enfrentando o exame de necessidade, no caso da Petição 3388, apesar ter afirmado que a ambos interesses em colisão eram afetados, e que isso exigia uma conciliação. se ele chegou a essa conclusão, deveria passar ao sopesamento, o que não se identificou. Ao contrário procurou interpretar a Constituição e leis ordinárias para resolver o caso.

-No caso da ADPF nº 101, não foi possível identificar as submáximas da adequação e da necessidade, que constituem a máxima da proporcionalidade, assim como não foi identificada uma das etapas do sopesamento.

Na decisão do STJ, o REsp nº 1285463-SP, o Relator utilizou corretamente a teoria de Robert Alexy, pois mesmo considerando que colisões entre princípios devem ser resolvidas por ponderação, concluiu que o legislador já havia realizado tal tarefa, o que levou o juiz a vincular-se ao texto das disposições legais, aos precedentes e à doutrina.

Diante de tais constatações, pode-se afirmar que no caso dos dois Ministros do STF, cujos votos foram analisados no presente estudo, e que suscitaram uma colisão entre princípios, sendo um deles o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e para a resolução afirmaram ser necessário o sopesamento, o fizeram de forma errada, não sendo fiéis à teoria de Robert Alexy.

Ambas as decisões além de fugirem do preconizado por Alexy no que diz respeito ao sopesamento, tinham o agravante de manter a compreensão de que normas são equiparáveis a valores. Esta compreensão já é problemática, como aponta Habermas, mesmo quando consideradas as vinculações (lei, precedentes e doutrina) às quais Alexy compreende que o juiz está sujeito, pois o sopesamento abre a possibilidade para que tais vinculações sejam desconsideradas.

Mais problemática, ainda, foi a prática encontrada nos dois citados votos do STF analisados, que se afastando do que proposto por Alexy, suscitou a necessidade de sopesamento, abrindo a possibilidade para que essas vinculações fossem afastadas

de imediato, e aumentando a chance de as preferências dos juízes, ligadas um determinado grupo, serem trazidas ao sistema do direito, fixando o que seja o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado depois de ocorrido o fato. Por sua vez, a prática decisória encontrada aumenta o risco de que o Poder Judiciário passe a concorrer com o legislador, e se torne uma instância autoritária.

A prática encontrada nos dois votos do STF não garantem a segurança jurídica, pois o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ficou sujeito ao sopesamento dos juízes e suas preferências quanto a que valor realizar em maior medida no caso concreto, ainda que existissem leis e precedentes que pudessem orientar a solução para o caso, e que permitiriam uma decisão consistente.

Ainda que as partes possam entender que a decisão foi justa em função do conteúdo, por eventualmente compartilharem as preferências valorativas do juiz, mantém-se o risco de submeter o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado aos fins políticos perseguidos por um grupo ou uma maioria num determinado momento, perdendo esse direito a condição de trunfo, no sentido de Dworkin.

Sendo o STF uma referência, quanto às suas práticas para os demais membros da magistratura brasileira, essa desconexão deve ser evitada, pois a prática de suscitar colisões de princípios a todo momento pode influenciar a prática dos demais juízes, que de forma errônea estarão colocando em risco a segurança jurídica, e contrariando o que foi proposto pelo próprio Robert Alexy.

Por isso, sugere-se o acompanhamento das decisões do STF para que a prática decisória com base na teoria de Robert Alexy, em especial no sopesamento, seja objeto de investigação em trabalhos futuros, a fim de verificar se os pressupostos da própria teoria que suporta o método da ponderação estão sendo respeitados.

Observando, ainda, a decisão do STJ, no REsp nº 1285463-SP, que respeitou as vinculações às quais Alexy entende que o juiz deve-se submeter, permanecem as críticas de Habermas exatamente pelos pressupostos do juiz, ou seja, por entender

que normas podem ser equiparadas a valores e que diante de uma colisão, pode-se utilizar a ponderação para resolvê-la.

A partir das críticas de Habermas, pode-se afirmar que compreensão de normas como valores perde de vista o caráter deontológico do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que implica que todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico brasileiro, estão *obrigados*, por igual, a adotarem determinado comportamento que atenda às expectativas gerais de comportamento no que se refere à manutenção do equilíbrio ecológico do meio ambiente. É reivindicável por qualquer pessoa, podendo ser levantado contra maiorias, ou contra objetivos coletivos, mesmo que tais objetivos sejam da preferência de um determinado grupo, ou até mesmo de uma maioria.

Ao contrário, compreendido como valor, o princípio do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a expressar a preferência de um grupo pela realização de um bem, que *pode* ou não ser perseguido segundo tal preferência, e não pode mais estabilizar expectativas de comportamento exigíveis de todos por igual. Dessa forma, prejudica-se a segurança jurídica, pois os membros da comunidade passam a orientar suas ações pelas preferências imprevisíveis de quem tem a autoridade para decidir o caso concreto.

Em linha com o pensamento de Habermas, outra crítica é que compreendido como norma o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado segue uma codificação binária, logo, se uma norma é válida, então obriga a todos por igual. Uma conduta não pode ser, a um só tempo, violadora e não violadora do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nem mesmo mais ou menos violadora. O código binário do direito exige que seja firmado reconstrutivamente nas sentenças judiciais, se a ação é violadora ou não do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Porém, tomado como valor, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a obedecer a uma codificação gradual de preferência, conforme a disposição do juiz em aderir a determinados fins, abrindo a possibilidade de que uma

conduta viole apenas num determinado grau o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e seja dessa forma permitida.

Outra reflexão levantada no presente estudo, a partir das críticas de Habermas, é que lendo-se o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como norma, ele tem caráter vinculante absoluto, pois pode-se contar que a obrigação decorrente desse direito, tenha a pretensão de ser igualmente bom para *todos*. De outra forma, entendido como valor, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem caráter vinculante relativo, pois passa a depender do que o intérprete pensa que é bom para *nós ou para mim*, em conformidade com as valorações que o grupo do qual ele faz parte está habituado a fazer sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os apontamentos de Habermas, permitem ainda a compreensão de que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto como norma, impõe que este seja visto como parte de um sistema de normas, que devem formar um todo coerente, não sendo admitidas contradições, e isso é uma contingência para o juiz.

Mas tomado como um valor, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a formar uma configuração flexível, sem a exigência de coerência a que está submetida uma norma, pois a ordem de preferência dos valores está restrita ao interior de cada grupo que compõe a comunidade jurídica. Neste caso é possível que o juiz se desprenda da contingência de coerência que um sistema de normas impõe, para decidir conforme suas preferências sobre o que é melhor, ainda que isso insira contradições no sistema do direito.

Observar a coerência do sistema de normas é uma condição para se garantir algo muito caro a uma comunidade que possui um ordenamento jurídico democraticamente estabelecido: a segurança jurídica. A coerência de um sistema de normas exige que o juiz ao decidir com fundamento no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, leve em consideração a Constituição, as leis e os precedentes, mantendo a própria integridade do direito.

No momento da aplicação do direito, apesar de os dois sistemas exigirem a correção da ação, a diferença está justamente em que, no sistema de normas, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é invocado como fundamento para se estabelecer o que é igualmente obrigatório para todos; por outro lado, se pensado como valor, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado será invocado como fundamento para estabelecer o que é melhor para um determinado grupo ou cultura, correndo-se novamente o risco de não satisfazer a exigência de segurança jurídica, que as decisões judiciais devem cumprir.

Decisões judiciais envolvendo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado devem representar, para os possíveis afetados pela decisão, uma decorrência do próprio direito vigente, para que, ao final do processo, as partes envolvidas tenham a percepção de que o que foi estabelecido é aquilo que é devido igualmente por todos que estejam na mesma situação.

Em resumo, sabe-se que no processo legislativo penetram vários argumentos, inclusive os relacionados aos fins a serem atingidos quando da formulação de uma política de proteção ao meio ambiente, mas depois de criada a norma, esta deve ser encarada como:

- portadora de um caráter deontológico (de uma obrigação), em vez de teleológico (uma faculdade conforme o fim que se quer atingir);
- que obedece a uma codificação binária (sim ou não), no lugar de gradual (atração maior ou menor a determinados bens);
- de caráter vinculante absoluto (o que é bom para todos), e não relativo (o que é bom para nós);
- que deve obedecer ao critério de coerência (sistema coerente), em vez de admitir contradições (configuração flexível e em constante tensão);
- que no momento da aplicação deve estabelecer o que é devido a todos por igual, e não o que é melhor para uma determinada cultura.

Tomar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um valor traz o risco de que o STF e o STJ passem a atuar de forma concorrente ao

Poder legislativo, e os problemas relacionados à falta de legitimidade das decisões dos tribunais tem potencial para transformar um tribunal numa instância autoritária.

A prática pretendida nos 3 votos analisados, ou seja, a execução do sopesamento, para definir o que seja o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, abre um espaço para o arbítrio, de forma que a própria decisão deixe de ser considerada consistente com o direito vigente pelos afetados, principalmente porque em sua argumentação é permitido ao juiz utilizar os mais diversos argumentos, estando inclusive sem vinculação à lei.

Se o papel do juiz é representar, de forma imparcial, os demais parceiros do direito no processo, então ele deve decidir o que seja o devido num caso de dano ao meio ambiente, de forma consistente em relação ao princípio do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e as demais normas dele decorrentes, ou seja, tomando como base o direito vigente, e não baseado em relações de custo-benefício e preferências que o intérprete não pode, legitimamente, pretender que sejam compartilhadas por todos.

O método da ponderação, ao permitir de juízos de preferência entre valores, não permite que se atenda, ao mesmo tempo, às exigências de segurança jurídica e de correção das decisões emitidas pelos órgãos jurisdicionais no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, 669p.

_____. **A theory of constitutional Rights**. Tradução de Julian Rivers. New York: Oxford University Press, 2010, 462p.

_____. **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**. Ratio Juris, Vol.16, nº 2, p. 131-140, 2003a.

_____. Justicia como corrección. Tradução de Ana Inés Haquín. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, p. 161-173, 2003b. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc183x7>>. Acesso em: 30/07/2014.

_____. **Teoria de la argumentacion juridica**. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, 346p.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, 607p.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 493-516, jul.-dez. 2008.

ALVES, Marco Antônio Sousa. Racionalidade e argumentação em Habermas. **Kínesis**, v 1, n. 2, p. 179-195, out. 2009.

BRASIL. *STF*. Pet 3388 ED. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 23.10.2013. Publicação: 04.02.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 10/08/2014.

_____. *STF*. ADPF 101. Tribunal Pleno. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 24.06.2009. Publicação: 04.06.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 10/08/2014.

_____. *STF*. Pet 3388. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento: 19.03.2009. Publicação: 25.29.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 10/08/2014.

BRASIL. *STJ*. REsp 1285463/SP, Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento: 28.02.2012. Publicação: 06.03.2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1124088&tipo=0&nreg=201101904332&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120306&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10/08/2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Sobre a teoria da argumentação de Robert Alexy: um ensaio crítico com base na teoria discursiva do direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas. **Revista Novatio Iuris**, v. 1, n. 1, p. 47-78, jun. 2008a.

_____. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008b.

_____. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, 228p.

_____. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 88, p. 109-147, dez. 2003.

CONAB - COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO. **Acompanhamento de safra brasileira**: cana-de-açúcar, segundo acompanhamento, agosto/2013. Brasília: Conab, 2013, 17p. Disponível em: <http://www.conab.gov.br/OlalaCMS/uploads/arquivos/13_08_08_09_39_29_boletim_cana_portugues_-_abril_2013_1o_lev.pdf>. Acesso em: 15/09/2014.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para uma análise crítica da jurisprudência de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, 288p.

_____. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do estado democrático de direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 403-446.

COURA, Alexandre de Castro; PAULA, Rodrigo Francisco de. Interpretação e aplicação das súmulas vinculantes e a cláusula “se for o caso”: para uma análise crítica da pretensão de “aplicação automática” das súmulas vinculantes. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 213-229, jul.-dez. 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Pretensão de correção, resposta correta e “a navalha de ockham”. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta**: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Arraes editores, 2011, 272p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010, 568p.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, 513p.

_____. Rights as Trumps. In: WALDRON, J. **Theories of rights**. Oxford: University Press, 1984. p.153-167.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, 371p.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editora Trotta, 2010, 689p.

_____. **Teoria de la acción comunicativa I**: Racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999.

_____. Três modelos normativos de democracia. In: _____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 269-284.

LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Visualizada em: 06 de abril de 2014.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

OMMATI, José Emílio Medauar. Ronald Dworkin Pragmatista? Aproximações entre a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, e o Pragmatismo de Ludwig Wittgenstein. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 3, p. 115-137, abr. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1999/2182>>. Acesso em: 11/05/2014.

_____. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.153-168.

OMMATI, José Emílio Medauar; DUARTE, Vanessa Genícia. Uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos sociais no marco do paradigma do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir da perspectiva do STF sobre os direitos à saúde e à educação. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, n. 1, p. 113-141, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud. É possível uma resposta correta para casos controversos? Uma análise da interpretação de Robert Alexy da tese dworkiana. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 40, n. 70, p. 35-56, Jul./Dez. 2004.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, 334 p.

SÁ-SILVA, Jackson Ronie; ALMEIDA, Cristovão Domingos de; GUINDANI, Joel Felipe. **Pesquisa documental: pistas teóricas e metodológicas**. Revista Brasileira de História & Ciências Sociais, v. 1, n. 1, p. 1-15, jul. 2009.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Direitos fundamentais e democracia: o debate Habermas - Alexy**. Curitiba: Juruá, 2010, 226p.

