

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação em Direito

Hugo Schayer Sabino

VALOR E PRINCÍPIO:
crítica à distinção sustentada por Robert Alexy em sua *Teoria dos direitos*
fundamentais

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S116v Sabino, Hugo Schayer
Valor e princípio: crítica à distinção sustentada por Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais / Hugo Schayer Sabino. Belo Horizonte, 2014.
112f.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
Tese (Doutorado)– Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Alexy, Robert, 1945 - Crítica e interpretação. 2. Direito - Filosofia. 3. Agravo (Direito processual) - Pesquisa. 4. Hermenêutica. I. Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.11

Hugo Schayer Sabino

VALOR E PRINCÍPIO:
crítica à distinção sustentada por Robert Alexy em sua *Teoria dos direitos fundamentais*

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes
Trivisonno

Belo Horizonte

2014

Hugo Schayer Sabino

VALOR E PRINCÍPIO:
crítica à distinção sustentada por Robert Alexy em sua *Teoria dos direitos fundamentais*

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Antônio Cota Marçal – PUC Minas

Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira – PUC Minas

Prof^a. Dr^a. Mônica Sette Lopes – UFMG

Prof. Dr. Lúcio Alves de Barros – UEMG

Belo Horizonte, 19 de março de 2014.

Para Pri.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais.

Ao Prof. Dr. Alexandre Gomes Travessoni Trivisonno, pela orientação, pelos ensinamentos e pelo incentivo.

Ao Prof. Dr. Antônio Cota Marçal e ao Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira.

Aos amigos Juraciara, Christian, Iara, Ipojucan, Adriano, Juscelino e Márcio Eduardo.

À Prof^a. Dr^a. Helena Contaldo, pela revisão do texto e formatação.

Aos amigos Juraciara, Christian, Iara, Ipojucan e Adriano.

À Faculdade ASA de Brumadinho e às professoras Sônia Barcelos e Sirley Brito.

À Faculdade UNA de Betim e à professora Cristiane Vieira Maschio.

Ao Supremo Concursos, ao Dr. Marcus Vinícius Coelho Santos, ao Dr. Frederico Neder e à Dr^a. Bianca Borges.

Ao Curso Fórum, ao Dr. Carlos, à Dr^a. Sabrina e à Ladymila.

Ao Curso Cejus, ao Dr. César, à Mariana, à Daniela e ao Dr. Pedro Barreto.

A História, essa velha plagiadora, repete-se após cada descoberta. Os doutores combatem cada nova verdade no começo. Depois procuram monopolizá-la (FREUD apud GAY; SOUZA; LANDO, 1989, p.121).

RESUMO

O presente trabalho é uma verificação da pertinência dos ensinamentos de Robert Alexy sobre o conceito de princípios. São três as iniciativas adotadas para tanto. A primeira delas trata da exposição do conceito de princípios encontrado nas obras de Alexy. A exposição de Alexy sobre princípios os considera em um sentido ontológico e, também, em sua diferenciação para a ideia de valor. Essa diferenciação será o ponto de prosseguimento da pesquisa. Para tanto, o primeiro ponto estudado é o da conceituação dos valores segundo seus caracteres gerais, segundo a atividade para a qual ele é relevante e sua fundamentação. Em seguida, tal conteúdo é comparado às conclusões de Alexy. Seguem-se estudos sobre as características determinadas por Alexy como suficiente para distinguir o conceito de princípio do conceito de valor: o conjunto formado pelos conceitos deontológico e axiológico. O conceito de *prima facie*, segundo a abordagem de Alexy, não é suficiente para distinguir princípios de valor, pois se aplica indistintamente a ambos, mas o seu estudo será realizado em razão da sua importância para o tema. Estes elementos são analisados com fundamento na mesma bibliografia utilizada por Alexy para sustentar sua teoria.

Palavras-chave: Alexy. Princípios. Valores.

ABSTRACT

This work is an investigation of the relevance of Robert Alexy notes on the concept of principles. Three initiatives are adopted for this purpose. The first one deals with the exposure of the concept of principles found in the works of Alexy. It looks at how this concept is in itself and in its differences to values. Those differences will be the point of further research. The first point of the study is the concept of values according to their general characteristics, to the activity for which it is relevant and its reasons. Then such content is compared to the notes of Alexy on the concept of principle. Following there are studies on the characteristic indicated by Alexy as sufficient to distinguish the concept of principle to values: the set formed by the axiological and deontological concepts. Alexy does not distinguishes value form principle due to the *prima facie* character, but it is highly important as it is applied to principles and values. These distinctions are analyzed on the same bibliography basis used by Alexy to support his theory.

Keywords: Alexy. Principles. Values.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit ist eine Untersuchung über die Relevanz des von Robert Alexy entwickelten Prinzipbegriffs. Für diesen Zweck sind drei ausgewählte Initiativen. Die erste befasst sich mit der Darstellung des in den Werken von Alexy ausgearbeiteten Prinzipbegriffs. Dort stellt Alexy diesen Begriff in sich selbst und in seiner Unterscheidung vom Wertbegriff dar. Dieser Unterscheidung wird der Kern der weiteren Forschungsarbeit gewidmet. Die zweite Initiative behandelt den Wertbegriff nach seinen allgemeinen Eigenschaften, nach der Tätigkeit für die Werte relevant sind und seine Begründung. Danach werden die herausgestellten Inhalte mit den Erläuterungen von Alexy verglichen. Es folgt eine Studie über die zwei von Alexy als ausreichende Merkmale um den Prinzipbegriff vom Wertbegriff zu unterscheiden. Das erste Merkmal ist das Begriffspaar deontisch und axiologisch. Das zweite von Alexy verwendete Merkmal, ist der Begriff prima facie. Es ist keine Unterscheidungsmerkmal, sondern ein Begriff, daß zu Wertbegriff und zu Prinzipbegriff angewandt ist. Als dritte Initiative sind dann diese Unterscheidungen auf der Basis der von Alexy benutzten bibliographischen Grundlage analysiert worden.

SUMÁRIO

1 A CONTRIBUIÇÃO DE ALEXY PARA A TEORIA DO DIREITO.....	19
1.1 A obra de Alexy	19
1.1.1 <i>Livros publicados</i>	19
1.1.1.1 <i>Teoria da argumentação jurídica</i>	20
1.1.1.2 <i>Teoria dos direitos fundamentais</i>	21
1.1.1.3 <i>Conceito e validade do Direito</i>	24
1.1.2 <i>Artigos</i>	25
1.2 O conceito de princípio.....	25
1.2.1 <i>A questão linguística</i>	25
1.2.2 <i>A produção de Alexy sobre os princípios</i>	31
1.2.3 <i>O objeto da investigação de Alexy</i>	32
1.2.4 <i>Diferença de conteúdo</i>	33
1.3 O plano de identidade da constituição brasileira e da constituição alemã.....	33
1.3.1 <i>Do plano de situação</i>	33
1.3.2 <i>Os critérios de Alexy para identificação das constituições como racionais</i>	34
1.3.2.1 <i>Dignidade humana</i>	34
1.3.2.2 <i>Das decisões das cortes constitucionais sobre dignidade humana</i>	35
1.3.2.3 <i>Liberdade</i>	36
1.3.2.4 <i>Igualdade</i>	37
1.3.2.5 <i>Democracia</i>	38
1.3.2.6 <i>Estado de Direito</i>	38
1.3.2.7 <i>Estado Social</i>	39
1.3.2.8 <i>Outros pontos de identidade entre as duas constituições</i>	40
1.3.3 <i>Da possibilidade de afirmação de identidades entre a constituição brasileira e a constituição alemã</i>	40
1.4 Da abrangência das considerações de Alexy sobre os direitos fundamentais.....	41
1.5 As normas de direitos fundamentais.....	42
1.5.1 <i>O conceito de norma</i>	42
1.5.2 <i>A norma de direito fundamental abstrata e a norma de direito fundamental concreta</i>	43
1.5.3 <i>Norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental</i>	43
1.6 A estrutura das normas de direitos fundamentais: regras e princípios	44
1.6.1 <i>Os mandamentos de otimização</i>	45
1.6.2 <i>A colisão de princípios</i>	45
1.6.3 <i>A lei de colisão</i>	45
1.6.4 <i>O caráter prima facie dos princípios</i>	46
1.6.5 <i>Objções ao conceito de princípio</i>	49
1.6.6 <i>A Teoria dos Princípios e a máxima da proporcionalidade</i>	50
1.6.7 <i>Três modelos para as normas de direitos fundamentais</i>	51
1.7 Teoria dos Princípios e Teoria dos Valores.....	52
1.7.1 <i>Objções filosóficas</i>	55
1.7.2 <i>Objção metodológica</i>	55
1.7.3 <i>Objções dogmáticas</i>	56
1.7.3.1 <i>A distinção entre princípios e valores e sua relação com o Sollen</i>	57
1.8 Outras objções à Teoria dos Princípios em geral	58

1.8.1 <i>Síntese das críticas ao conceito de princípio posteriores à publicação da Teoria dos direitos fundamentais</i>	58
1.8.2 <i>Defeasibility ou Derrotabilidade</i>	60
1.9 Das objeções não percebidas.....	60

2 O CONCEITO GERAL DE VALOR E A EXISTÊNCIA DE SUA DISTINÇÃO PARA OS PRINCÍPIOS

2.1 Caracteres gerais do valor	62
2.1.1 <i>O conteúdo dos valores</i>	63
2.1.1.1 O conceito de valor e o preço	63
2.1.1.2 O valor e o homem grego: o bem.....	64
2.1.1.3 O valor e sua construção histórica	65
2.1.1.4 O valor negativo.....	66
2.1.1.5 O valor e o direito	67
2.1.1.6 O conceito de valor e a preferência	67
2.1.1.7 O valor e o ser	67
2.1.1.8 O valor como resultado de desejo ou interesse	68
2.1.1.9 Valor e dignidade humana.....	69
2.1.1.10 Valor e forma	69
2.1.1.11 Valores intrínsecos.....	69
2.1.1.12 As categorias de valores	70
2.1.1.13 O valor relativo	71
2.1.2 <i>Valor e atividade</i>	71
2.1.2.1 Da relação entre valor e fato e a inserção da atividade em consideração aos valores.....	71
2.1.2.2 A relação entre valor e atividade.....	74
2.1.2.3 Valor e objeto.....	75
2.1.3 <i>A fundamentação dos valores</i>	75
2.1.3.1 Weber e os valores sem fundamento.....	75
2.1.3.2 Outras teorias para questionamento da fundamentação dos valores	76
2.1.3.3 Os valores e o trilema de Münchhausen.....	78
2.1.3.3.1 Hans Albert e o trilema de Münchhausen.....	78
2.1.3.3.2 O entendimento de Alexy sobre o trilema de Münchhausen	80
2.1.3.4 A perenidade e a impossibilidade de uma fundamentação definitiva	81
2.2 A comparação entre o conceito de princípios de Alexy e os valores	82
2.2.1 <i>Dos elementos da ideia de valor</i>	83
2.2.2 <i>Os princípios como valores</i>	83
2.2.2.1 A aproximação dos conceitos.....	84
2.2.2.1.1 Os elementos do valor: objeto, bem e atividade.....	84
2.2.2.1.2 O conceito de princípio de Alexy.....	84
2.2.3 <i>Da distinção entre princípios e valores</i>	85

3 O CARÁTER *PRIMA FACIE* E A DISTINÇÃO EM RAZÃO DA AXIOLOGIA

3.1 Das distinções percebidas por Alexy para especificar os princípios em relação aos valores.....	86
3.2 Do caráter axiológico dos valores e do caráter deontológico dos princípios.....	86
3.2.1 <i>Georg Henrik von Wright</i>	87

3.2.1.1 <i>The Gifford lectures</i>	88
3.2.1.2 <i>The logic of preference</i>	88
3.2.1.2.1 Da primeira oposição à distinção entre valores e princípios proposta por Alexy com fundamento no texto de Von Wright	89
3.2.1.2.2 Extrínsecos e intrínsecos	92
3.2.1.2.3 Transitividade	93
3.2.1.3 <i>The varieties of goodness</i>	95
3.2.2 <i>A determinação dos conceitos antropológico, axiológico e deontológico em Joseph Raz</i>	97
3.2.3 <i>Da resposta à primeira questão remanescente</i>	99
3.3 O caráter <i>prima facie</i>	99
3.3.1 <i>A definição de Ross</i>	100
3.3.2 <i>O conceito de prima facie e a resposta da questão: o que é prima facie?</i>	103
 4 CONCLUSÃO.....	 105
REFERÊNCIAS.....	107

1 A CONTRIBUIÇÃO DE ALEXY PARA A TEORIA DO DIREITO

O presente capítulo apresenta a situação das teorias de Alexy para a Teoria do Direito. Considerando sua vasta produção, é relevante uma fixação precisa do objeto deste trabalho. Este é o conceito de princípio; suas principais implicações, seu conteúdo e outras considerações sobre o tema serão expostos adiante.

1.1 A obra de Alexy

No centro do trabalho de Alexy se encontra a conexão entre o Direito e a Razão. Assim, apresentam-se três problemas principais: o que é o Direito, o que é a Razão e qual a relação entre Direito e Razão (ATIENZA, 2001, p.684). A integração de seus estudos em um sistema de Filosofia do Direito é um projeto de Alexy, mesmo sem garantia de um resultado final (ATIENZA, 2001, p.686). Os principais temas de seu trabalho são resumidos como fundamentação legal ou argumentação, direitos humanos ou direitos constitucionais e, por fim, a natureza e o conceito do Direito (ALEXY, 2007, p.2).

A produção científica de Alexy não se resume a livros, mas alcança, também, grande número de artigos científicos e capítulos de livros. A Christian-Albrechts-Universität mantém em seu *síte*, na página do professor, o registro de todas as suas publicações. Ali é possível consultar toda a bibliografia desenvolvida pelo autor¹.

1.1.1 Livros publicados

Como uma introdução aos trabalhos de Alexy, esta seção pretende apresentar, resumidamente, a temática desenvolvida pelo autor em cada um de seus livros, uma vez que estes podem ser considerados marcos dentro das pesquisas por ele desenvolvidas. A exposição segue a obra cronológica das obras.

¹ Disponível em: <<http://www.alexey.jura.uni-kiel.de/schriftenverzeichnis>>.

1.1.1.1 Teoria da argumentação jurídica

Teoria da argumentação jurídica foi apresentado como tese na Faculdade de Direito da Universidade Georg-August de Göttingen, em 1976, sob a orientação de Ralf Dreier (ALEXY, 2008a, p.6). O objeto da investigação proposta no livro é a argumentação jurídica racional (ALEXY, 2008a, p.5). A obra é dividida em três partes.

A primeira, desmembrada em quatro seções, trata das teorias do discurso. São abordadas, em uma primeira seção, as teorias de Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin e Baier. Ainda na primeira parte, Alexy dedica a segunda seção à análise da teoria da verdade consensual de Habermas. A terceira seção da primeira parte trata da teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen. A última seção da primeira parte apresenta a teoria da argumentação de Chaim Perelman.

O esboço de uma teoria do discurso prático racional geral é desenvolvido na segunda parte da obra. Essa parte serve de fundamentação para a seguinte, em que o discurso jurídico é analisado em suas particularidades.

A terceira parte da obra trata de uma teoria da argumentação jurídica. São três as questões abordadas: o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, os traços fundamentais da argumentação jurídica e uma análise comparativa entre o discurso jurídico e o discurso prático geral.

Alexy considera três pontos de sua teoria da argumentação jurídica importantes. São eles: a pretensão de correção em relação a um determinado ordenamento jurídico presente nas decisões judiciais e em suas fundamentações; a tese do caso especial, em que o discurso jurídico é considerado uma espécie particular do discurso prático geral por estar vinculado à lei, ao precedente e à Ciência do Direito, e a possibilidade de uma argumentação jurídica racional (ALEXY, 2008a, p.210).

Em oposição à possibilidade de uma argumentação racional, Alexy menciona J. L. Mackie e sua teoria do erro, desenvolvida no livro *Ethics*. Mackie defende a tese de que é falsa a pretensão de objetividade dos juízos morais, por não existirem valores objetivos. Para Alexy, a teoria do discurso opõe à teoria de Mackie a tese de

que a argumentação prática racional é possível na medida em que explica como a razão pode ser prática (ATIENZA, 2001, p.672).

Alexy afirma, desde o princípio, que o discurso ou a argumentação jurídica pode ser estabelecida como uma atividade racional se pensada como um caso especial do discurso prático. Essa é a tese do caso especial. Dois fatores são de especial significado: o discurso jurídico deve ser considerado uma espécie dentro do discurso prático comum e isso se dá em razão de a argumentação jurídica se voltar para o que é obrigatório, proibido ou permitido, e pela determinação do que é correto em uma moldura jurídica determinada: esta é a dimensão real ou relativa do discurso legal, ou seja, o que é correto em um sistema jurídico depende essencialmente do que é determinado pela autoridade ou pelas instituições (ALEXY, 2007, p.2). Alexy sustenta que a teoria do discurso apresenta dois problemas. O primeiro pode ser chamado de problema do conhecimento (*problem of knowledge*) e deriva do fato de o discurso nem sempre conduzir a somente uma resposta correta. O segundo problema é a necessidade de a lei ser legitimada pelo discurso (ALEXY, 2007, p.4). Esta relação entre a teoria do discurso e a disciplina jurídica, segundo Alexy, insere no Direito valores que são próprios daquela² (ALEXY, 2007, p.4).

1.1.1.2 Teoria dos direitos fundamentais

A ideia central do segundo livro é a possibilidade de a maioria dos problemas envolvendo a teoria dos direitos fundamentais ser resolvida em uma distinção entre regras e princípios, a qual se baseia no fato de que estes são mandamentos de otimização e aquelas normas que permitem somente o cumprimento ou descumprimento. Essa distinção é a chamada teoria dos princípios. Ela é a base da aplicação da proporcionalidade, também descrita na obra (ALEXY, 2007, p.5).

Alexy determina que, na prática, o decisivo em relação aos direitos fundamentais é a determinação de seus limites. Na obra ele tratou de revolver o problema das necessárias demarcações dos direitos fundamentais com uma teoria dos princípios, já mencionada em artigos anteriores, cuja base é a tese de que os

² "The fact that the discourse rules gives expression to the values of freedom and equality underscores the point that our discursive practice necessarily contains values." (NIELSEN, 2007, p.4).

direitos fundamentais enquanto norma têm estrutura particular, distinta das regras: a de mandamentos de otimização (ATIENZA, 2011, p.675).

O livro *Teoria dos direitos fundamentais* é dividido em dez capítulos. A edição em língua portuguesa (ALEXY, 2008b) é acrescida de um posfácio originalmente publicado na edição inglesa.

O primeiro capítulo delimita o objeto e a tarefa de uma teoria dos direitos fundamentais. Consequentemente, esse capítulo delimita o objeto do estudo. É importante mencionar que a teoria elaborada por Alexy atenta-se exclusivamente para os direitos fundamentais previstos na constituição alemã (ALEXY, 2008b, p.31).

Tal fato, ainda que relevante, não é impeditivo do presente estudo, uma vez que, tanto na constituição brasileira como na alemã, os direitos fundamentais encontram-se expressamente previstos e desempenham a mesma função, em breve síntese do exposto pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, nos termos mencionados por Alexy (2008b, p.154): garantia contra o Estado. Isso se verifica, na constituição alemã, à medida que o artigo primeiro, dentro do capítulo referente aos direitos fundamentais, determina ser a dignidade humana inviolável. A constituição brasileira insere a dignidade humana entre seus fundamentos, no Art. 1º. III, e menciona no Art. 5º, em seu *caput*, dentro do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos, como invioláveis, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Esses direitos não são os únicos direitos fundamentais admitidos pela constituição brasileira, uma vez que o Art. 5º. §2º admite outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados na constituição ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte. Mas, como se verá adiante, não somente esses pontos são os coincidentes entre as duas constituições.

O capítulo segundo apresenta o conceito de norma de direito fundamental adotado por Alexy. A abordagem se dá em duas partes. A primeira trata do conceito de norma em uma perspectiva genérica e a segunda parte considera especificamente as normas de direitos fundamentais.

A estrutura das normas de direitos fundamentais é o objeto do terceiro capítulo do livro. A abordagem é dividida em três partes. A primeira trata da distinção entre regras e princípios. São abordados os critérios de distinção, a concepção de

princípios como mandamentos de otimização, as colisões entre princípios e regras, o caráter *prima facie* de cada espécie normativa, as regras e princípios como razões, as generalidades e os princípios, as objeções ao conceito de princípio e a relação entre a teoria dos princípios e a máxima de proporcionalidade. A segunda parte do capítulo trata dos três modelos possíveis para normas de direitos fundamentais, considerando os modelos de regras e princípios. A terceira parte do capítulo terceiro estuda a teoria dos princípios da perspectiva da teoria dos valores.

O capítulo quarto trata dos direitos fundamentais como direitos subjetivos. O capítulo é dividido em três partes. A primeira parte apresenta as discussões sobre os direitos fundamentais naquilo que toca as questões normativas, empíricas e analíticas. A segunda parte do capítulo aborda um sistema de posições jurídicas fundamentais as quais abrangem o direito a algo, as liberdades e as competências. O direito fundamental completo é o objeto da terceira parte do capítulo.

O quinto capítulo da obra *Teoria dos direitos fundamentais* relaciona esses direitos ao *status*. Para tanto, é apresentada a teoria dos *status*, de Jellinek, e uma crítica a ela.

As restrições dos direitos fundamentais são analisadas no sexto capítulo. São abordados os conceitos e tipos de restrições a direitos fundamentais, o suporte fático dos direitos fundamentais e as restrições a esses direitos e as restrições em si e suas configurações.

O direito geral de liberdade é abordado no capítulo oitavo, em quatro partes. A primeira parte trata do conceito geral de liberdade. A segunda parte aborda uma concepção formal-material do direito geral de liberdade. As esferas de proteção e os direitos de liberdade implícitos são analisados na terceira parte. Os problemas do direito geral de liberdade são analisados na quarta parte do sétimo capítulo.

O capítulo oitavo trata do direito geral de igualdade. O tema é discutido em sete partes. A primeira trata da igualdade na aplicação e na criação do direito. A segunda parte trata do dever de igualdade na criação do direito. As fórmulas adotadas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão são tratadas na terceira parte. A quarta parte aborda o tratamento igual e o tratamento desigual enquanto deveres. O enunciado de igualdade e valoração é abordado na quinta parte. A igualdade

jurídica e a igualdade fática são abordadas na sexta parte. A sétima parte trata da estrutura dos direitos de igualdade como direitos subjetivos.

O nono capítulo da obra *Teoria dos direitos fundamentais* trata dos direitos a prestações estatais positivas (direitos a prestações em sentido amplo). O capítulo é dividido em quatro partes. Os conceitos fundamentais e a concepção fundamental das ações estatais positivas são abordados na primeira parte. A segunda parte trata dos direitos à proteção. Os direitos à organização e procedimento são objeto da terceira parte. A quarta parte trata dos direitos às prestações em sentido estrito (direitos fundamentais sociais).

O capítulo final trata dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico. São três as partes desse capítulo. A primeira parte trata da fundamentalidade das normas de direitos fundamentais. A eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros, o chamado efeito horizontal, é tratado na segunda parte. A terceira parte cuida do sistema jurídico e argumentação no âmbito dos direitos fundamentais.

1.1.1.3 Conceito e validade do Direito

A obra *Conceito e validade do Direito* é o livro mais recente de Alexy. Sua primeira edição é de 1992. O livro é dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo é intitulado “O problema do positivismo jurídico”. São duas as partes que o compõem. A primeira trata das posições fundamentais. A segunda aborda a relevância prática da polêmica acerca do positivismo jurídico.

O capítulo dois trata do conceito de Direito. Na primeira parte são abordados os principais elementos desse conceito. A segunda parte apresenta conceitos positivistas do Direito. A crítica a esses conceitos é apresentada na terceira parte.

O capítulo três aborda a validade do Direito. O conceito de validade é apresentado na primeira parte. A segunda parte trata das colisões de validade. A norma fundamental, em suas diversas manifestações, é considerada na terceira parte.

O conceito de Direito é o objeto do capítulo quarto.

1.1.2 Artigos

Os artigos também são parte relevante das publicações de Alexy para este trabalho. São de especial relevância: *Zum Begriff des Rechtsprinzips* (1979), *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* (1985), *Rechtssystem und praktische Vernunft* (1987), *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica* (1988), *Individuelle Rechte und kollektive Güter* (1995), *Discourse Theory and Human Rights* (1996), *My Philosophy of Law: the institutionalisation of reason* (1999), *On the structure of legal principles* (2000), *Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz* (2007), *Ideales Sollen* (2009), *The Construction of Constitutional Rights* (2010), entre outros.

1.2 O conceito de princípio

Apresentadas as principais obras de Alexy em seus conteúdos mais relevantes, segue-se o estudo do conceito de princípio, objeto principal deste trabalho.

1.2.1 A questão linguística

Em uma análise preliminar é necessário certeza da identidade entre os conceitos abordados por Alexy e aqueles presentes no idioma pátrio, a fim de evitar quaisquer problemas advindos da tradução.

O conceito de princípio de Alexy é expresso na obra *Teoria dos direitos fundamentais*, em conjunto com a definição do objeto da obra, nos seus três primeiros capítulos e em artigos científicos.

O primeiro artigo em que Alexy menciona o conceito de princípios jurídicos é *Zum Begriff des Rechtsprinzips* (1979). Após isso ele desenvolve o tema no capítulo terceiro da *Teoria dos direitos fundamentais* (1985) e em um artigo: *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* (1985). Após um breve hiato, Alexy retoma o tema dos princípios em uma série de artigos, a saber: *Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz* (2000), *Die Konstruktion der Grundrechte* (2009) e *Ideales Sollen* (2009).

No presente trabalho, na medida do objeto da pesquisa, o conceito de princípio será analisado exclusivamente nos termos da obra de Alexy e daqueles a ele diretamente relacionados, tais como orientandos ou pesquisadores associados. Entretanto, para a certeza da validade da proposta de estudo, é importante verificar a identidade dos termos que constituem o objeto da pesquisa em todos os níveis. Assim a questão linguística se apresenta como o primeiro ponto a ser analisado.

Após o desenvolvimento inicial no artigo de 1979, o conceito de princípio é retomado no ponto 2 do item primeiro do capítulo terceiro da *Teoria dos direitos fundamentais*, nos termos seguintes:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008b, p.90, tradução nossa³, grifo nosso)⁴.

Considerando a exposição, tem-se três termos destacados: princípios, mandamentos e otimização ou, em alemão, *Prinzipien*, *Gebote* e *Optimierung*. Antes de adentrar uma análise comparativa entre os termos originais e aqueles utilizados na tradução, faz-se prudente mencionar a situação dos princípios dentro da teoria das normas.

No primeiro item do capítulo terceiro de *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy (2008b, p.85) aborda a distinção entre princípios e regras. Essa distinção será objeto de análise própria. Entretanto, para fins de comparação linguística, é necessário mencionar que regras e princípios são considerados como espécies do gênero norma. Os termos em alemão são *Regel*, *Prinzipien* e *Normen*.

São, portanto, cinco os termos a serem considerados, em relação à sua identidade, para verificação da ausência de divergência nos conceitos constantes do

³ Tradução nossa, assim como as demais citações ao longo do trabalho.

⁴ “Der für die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien entscheidende Punkt ist daß *Prinzipien* Normen sind, die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind danach Optimierungsgebote, die dadurch charakterisiert sind, daß sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt.”

texto original e aqueles utilizados em português. São eles, em ordem de generalidade decrescente: norma, regras, princípios, mandamentos e otimização. Para a comparação desses termos serão utilizadas como referências as obras *Dicionário Houaiss da língua portuguesa* (HOUAISS, 2001), *Duden – Deutsches Universalwörterbuch* e *Duden: das große Wörterbuch der Deutschen Sprache*. A relação entre os termos comparados se fundamenta no *Langenscheidt Taschenwörterbuch Portugiesisch*. As traduções constantes desses dicionários não são tomadas como referência, uma vez que seu objetivo é a identificação de termos em línguas diferentes e não a determinação dos conteúdos de cada termo.

O *Dicionário Houaiss* registra o termo norma da seguinte maneira:

Norma: substantivo feminino. 1. aquilo que regula procedimentos ou atos; regra, princípio, padrão. Ex.: <n. técnicas> <n. sociais> <n. de redação num jornal> 2. padrão representativo do desempenho usual de um dado grupo. 3. avaliação padrão obtida através dos resultados de um teste. 4. Rubrica: linguística, gramática. conjunto dos preceitos estabelecidos na seleção do que deve ou não ser us. numa certa língua, levando em conta fatores linguísticos e não linguísticos, como tradição e valores socioculturais (prestígio, elegância, estética etc.). 5. rubrica: linguística. tudo o que é de uso corrente numa língua relativamente estabilizada pelas instituições sociais 6. Rubrica: álgebra. raiz quadrada do produto escalar de um vetor por ele mesmo 7. Rubrica: angiospermas. m.q. extremosa (*Lagerstroemia indica*) 8. Rubrica: angiospermas. m.q. escumilha (*Lagerstroemia speciosa*) 9. Rubrica: editoração. título abreviado de uma publicação que acompanha o número do caderno na assinatura que se imprime na primeira página de cada caderno do volume para orientar o trabalho de alceamento 10. Rubrica: matemática. comprimento de um vetor; função não negativa de valor real definida sobre um espaço vetorial, satisfazendo a desigualdade triangular 11. Rubrica: petrologia. composição mineral teórica de uma rocha determinada por análise química específica e expressa através de minerais-padrão (HOUAISS, 2001, p.2027).

Em alemão, *Norm* é mencionada no *Duden – Deutsches Universalwörterbuch* como:

Norm, die; -, -en [mhd. norme < lat. Norma = Winkelmaß; Regel, wahrsch. über das Etrusk. < griech. gnōmōn = Kenner; Maßstab]: 1. <meist Pl.> a) allgemein anerkannte, als verbindlich geltende Regel für das Zusammenleben der Menschen: ethische -en; sprachliche -en (Sprachnormen); b) Rechtsnorm; (gewohnheitsrechtlich festliegende od. vom Staat festgesetzte) rechtlich bindende Norm. c) (in Wirtschaft, Industrie, Technik, Wissenschaft) Vorschrift, Regel, Richtlinien o. Ä. für die Herstellung von Produkten, die Durchführung von Verfahren, die Anwendung von Fachtermini o. Ä. technische -en; europäische (in der Europäischen Union geltende) -en. 2. übliche, den Erwartungen entsprechende Beschaffenheit, Größe, Qualität o. Ä.; Durchschnitt. 3. festgesetzte, vom Arbeitnehmer

geforderte Arbeitsleistung. 4. (Sport) (von einem Sportverband) als Voraussetzung zur Teilnahme an einem Wettkampf vorgeschriebene Mindestleistung. 5. (Verlagsw.) klein auf den unteren Rand der ersten Seite eines Druckbogens gedruckter Titel [u. Verfassersname] eines Buches [in verkürzter od. verschlüsselter Form] (DUDEN, 2011).

Nota-se a possibilidade de identificação entre os itens 1, 2, 3 e 4 em português e o item 1 do termo em alemão.

Avançando nos termos, chega-se ao vocábulo regra, assim expresso em português:

Regra :substantivo feminino 1. aquilo que regula, dirige, rege; princípio, norma, preceito 2. norma, fórmula que indica o modo apropriado de falar, pensar, agir em determinados casos Ex.: r. de gramática, de um jogo 3. aquilo que foi determinado, ou se tem como obrigatório, pela força da lei, dos costumes etc.; lei, princípio, norma Ex.: r. de conduta, de boa educação. 4. conjunto de princípios, de normas, que perfazem os estatutos de uma ordem religiosa 4.1. prescrição religiosa 5. qualidade de moderado, de metódico Ex.: era um homem sério, estava sempre dentro das r. 6. cada uma das linhas que compõem o papel pautado 7. Estatística: pouco usado. m.q. régua ('instrumento de bordos retos') 8. aquilo que pode servir de modelo; exemplo. regras substantivo feminino plural 9. m.q. menstruação (fisl) 10. Regionalismo: Nordeste do Brasil. Uso: informal. parolagem, lorota (HOAUISS, 2001, p.2417).

Regel, correspondente em alemão, é identificado como:

Regel, die; -, -n [mhd. regel(e), ahd. regula, urspr. = Ordensregel < mlat. regula < lat. regula = Richtholz; Maßstab, Regel, zu: regere, regieren]: 1. a) aus bestimmten Gesetzmäßigkeiten abgeleitete, aus Erfahrungen u. Erkenntnissen gewonnene, in Übereinkunft festgelegte, für einen jeweiligen Bereich als verbindlich geltende Richtlinie; [in bestimmter Form schriftlich fixierte] Norm, Vorschrift: allgemeine, spezielle, einfache, schwierige, feste, strenge, ungeschriebene -n; grammatische, mathematische -n; klösterliche, mönchische -n; die -n eines Spiels, der Rechtschreibung, des Zusammenlebens; eine R. aufstellen, anwenden, kennen, lernen; die geltenden -n beachten, befolgen, übertreten, verletzen, außer Acht lassen; sich an eine R. halten; gegen die primitivsten -n des Anstands, der Höflichkeit, des Umgangs verstoßen; das ist eine Abweichung von der R.; R keine R. ohne Ausnahme; die goldene R. (bes. christl. Rel.; Grundregel für das rechte Handeln; nach Matth. 7, 12: »Alles, was ihr wollt, dass euch die Menschen tun, sollt auch ihr ihnen tun«); nach allen -n der Kunst (ganz vorschriftsmäßig, in jeder Hinsicht, Beziehung richtig, wie es sich gehört: er tranchierte den Gänsebraten nach allen -n der Kunst); b) <o. Pl.> regelmäßig, fast ausnahmslos geübte Gewohnheit; das Übliche, üblicherweise Geltende: dass er so früh aufsteht, ist, bildet bei ihm die R.; das ist hier nicht, ist durchaus die R.; etw. tun, was von der üblichen R. abweicht; das ist ihr zur R. geworden, hat sie sich zur R. gemacht; in der R./in aller R. (normalerweise, üblicherweise, meist, fast immer: in der R. mit dem Auto zur Arbeit fahren). 2. Menstruation: die [monatliche] R. kommt, bleibt aus, setzt aus; die R. bekommen; sie hat ihre R. (DUDEN, 2011).

A identificação do sentido do termo português regra com o seu correspondente em alemão não é tão imediata quanto aquela verificada com o termo norma e seu correspondente *Norm*. Entretanto, ainda que não seja possível determinar quais das definições dos dicionários consultados se equivalem, percebe-se a identidade de conteúdo, pois há em ambos os verbetes a menção de termos similares tais como o substantivo norma, o verbo reger, a menção da gramática, da matemática, da lei.

Identidade substancial encontra-se no termo princípio, em português, e *Prinzip*, em alemão, cuja origem comum pode ser atestada no latim. Assim são anotados os dois verbetes:

Princípio: substantivo masculino. 1. o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início Ex.: <p.da vida na Terra> <no p.do casamento> <p.da exploração do petróleo nesse país> 2. o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão 3. ditame moral; regra, lei, preceito Ex.: <foi educado sob p.rígidos> <não cede por uma questão de p.> <é um homem sem princípios> 4. dito ou provérbio que estabelece norma ou regra Ex.: faça o bem sem olhar a quem é um bom p.5. proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos Ex.: princípios da física, da matemática 5.1 Rubrica: física. lei de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e da qual outras leis podem ser derivadas 6. proposição lógica fundamental sobre a qual se apoia o raciocínio Ex.: partir de um p.falso 8. Rubrica: filosofia. fonte ou causa de uma ação 9. Rubrica: filosofia. proposição filosófica que serve de fundamento a uma dedução. Princípios: substantivo masculino plural 10. livro que contém noções básicas e elementares de alguma matéria, ciência etc.; elementos Ex.: <p.de estatística> <p.de linguística geral> 10. instrução, educação; opiniões, convicções Etimologia: lat. principium,ii 'id.'; ver prim-, princip- e ¹cap-; f.hist. sXIV principio, sXV pryncipyos (HOUAISS, 2001b, p.2299).

E, em alemão:

Prinzip, das; -s, -ien, selten: -e [lat. principium = Anfang, Ursprung; Grundlage, (Pl.:) Grundlehren, Grundsätze, zu: princeps, Prinzeps]: a) feste Regel, die jmd. zur Richtschnur seines Handelns macht, durch die er sich in seinem Denken u. Handeln leiten lässt; Grundsatz (a): strenge, moralische -ien; seine -ien aufgeben; von seinem P.nicht abgehen; sich etw. zum P.machen; ☆ aus P.(einem Grundsatz, Prinzip folgend; grundsätzlich 2 a; nicht aus speziellen, gerade aktuellen Gründen: er tut es aus P., ist aus P.dagegen); im P.(im Grunde genommen, grundsätzlich 2 b, eigentlich: ich bin im P.einverstanden); b) allgemeingültige Regel, Grundlage, auf der etw. aufgebaut ist; Grundregel; Grundsatz (b): ein sittliches P.; das P.der Gewaltenteilung; sich zu einem bestimmten P.bekennen; c) Gesetzmäßigkeit, Idee, die einer Sache zugrunde liegt, nach der etw. wirkt;

Schema, nach dem etw. aufgebaut ist, abläuft: etw. funktioniert nach einem einfachen P. (DUDEN, 2011).

Em relação ao termo mandamento, *Gebot*, em alemão, interessante coincidência certifica a identidade. *Gebot* e mandamento, em alemão e português, respectivamente, são os termos utilizados nas traduções da Bíblia, no Antigo Testamento, para designar as leis de Deus entregues ao profeta Moisés (Ex 20,2-17). Em relação aos sentidos percebidos nessas palavras, são eles, primeiramente em português:

Mandamento: substantivo masculino. 1. ação ou efeito de mandar; mandado, mando. 2. ordem dada por pessoa que manda, que tem autoridade para mandar; mandado. Ex.: o m. do chefe de operação foi seguido à risca. 3. o que se recomenda fazer, praticar; mandado, preceito, regra Ex.: estávamos todos sujeitos a m. absurdos. 4. Rubrica: termo jurídico. disposição escrita em que se determina a realização de um ato, de uma diligência; mandato 5. Derivação: por metonímia. Rubrica: termo jurídico. a ordem contida nessa disposição; mandato. 6. voz de comando 7. Rubrica: religião. no judaísmo e cristianismo, cada um dos dez preceitos que, através de Moisés, foram revelados por Deus ao povo hebreu e aos quais estão os crentes obrigados a obedecer (mais us. no pl.) Obs.: cf. decálogo. 8. Rubrica: religião. cada uma das obrigações para com a Igreja católica, em número de cinco, relacionadas com o decálogo de Moisés (mais us. no pl.) 9. Diacronismo: antigo. divisão territorial; circunscrição, distrito (HOAUISS, 2001b, p.1830).

E, em alemão:

Gebot, das; -[e]s, -e [mhd. gebot, ahd. gibot, zu (ge)bieten]: 1. moralisches od. religiöses Gesetz, das ein bestimmtes Handeln, Verhalten [allgemein] verbindlich vorschreibt, fordert: ein göttliches, sittliches, moralisches G.; das oberste G.; ein G. halten (erfüllen, nicht übertreten); das G. der Menschlichkeit, Nächstenliebe, der Höflichkeit beachten, befolgen; die Zehn -e (die [zuerst im 2. u. 5. Buch Mose formulierten] zehn Gesetze der christlichen Moral); das erste, sechste Gebot (der Zehn Gebote); das elfte G. (ugs. scherzh. verhüll.; das Gebot der Lebensklugheit: »Lass dich nicht erwischen!«). 2. von einer höheren Instanz ausgehende Willenskundgebung in schriftlicher od. mündlicher Form, die den Charakter eines Befehls od. einer Anweisung hat: ein G. [miss]achten, befolgen, übertreten; ein G. erlassen; etw. auf jmds. G. hin tun; G. für Fußgänger (Verkehrsw.; durch Gebotszeichen ausgedrückte Vorschrift, dass ein bestimmter Weg o. Ä. nur von Fußgängern benutzt werden soll); zu Gebot[e] stehen (zur Verfügung stehen: ihm steht das Wort, die Kunst der Rede zu Gebote wie kaum einem anderen). 3. Erfordernis, Notwendigkeit: Besonnenheit ist ein/das G. der Stunde; das ist ein G. der Vernunft. 4. (Kaufmannsspr.) Preisangebot des Bieters bei Versteigerungen: ein höheres G. machen, abgeben (DUDEN, 2011).

Vale mencionar a existência de traduções em que o termo *Gebot* é tomado não como mandamento, mas como comando. Em razão da tradição e da opção do tradutor da obra *Teoria dos direitos fundamentais*, mantém-se a opção pelo termo mandamento.

Resta, assim, o termo otimização. Ainda que ele possa ser considerado um neologismo, sua previsão encontra-se elencada no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, p.605) identificado como um substantivo feminino. O dicionário assim apresenta o termo: “Otimização: substantivo feminino ato ou efeito de otimizar. 1. criação de condições mais favoráveis para o desenvolvimento de algo 2. Rubrica: estatística. processo através do qual se obtém o melhor valor de uma grandeza” (HOUAISS, 2001b).

O correspondente em alemão, *Optimierung*, assim é expresso: “Optimierung: die; -, -em (bildungsspr.): das Optimieren: Angesichts wirtschaftlicher Schwierigkeiten wird die Chance zur ökologischen O. unseres Handelns eher größer als kleiner (natur 5, 1994, 22); die O. der Kommunikation” (DUDEN, 2011).

Verifica-se, no segundo exemplo do termo em alemão, uso similar ao dado ao termo da língua portuguesa e adotado na tradução de Silva (2008). Sobre essa tradução deve-se, por dever de reconhecimento, desde já, determinar sua excelente qualidade técnica.

1.2.2 A produção de Alexy sobre os princípios

Durante o Vigésimo Terceiro Congresso Mundial da Associação Internacional para Filosofia do Direito e Filosofia Social, em 2007, realizado na cidade de Cracóvia, na Polônia, realizou-se *special workshop* com o título “On the Nature of Legal Principles”, cujo conteúdo restou editado por Martin Borowski e publicado pela Franz Steiner Verlag Stuttgart como um *Beiheft* da *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* (ARSP). Dele constam diversos artigos sobre o tema dos princípios, de autoria do editor, do próprio Alexy e dos orientandos deste.

Tal volume não se faz relevante somente pelo conteúdo dos artigos ali apresentados. Na sua introdução consta, de maneira sintética, em texto do editor, um breve resumo com as principais posições jurídicas relativas aos princípios.

Para Borowski (2010, p.5), o desenvolvimento das fundações da teoria dos princípios se dá com Ronald Dworkin, em seu texto *The Model of Rules*. Josef Esser e o seu “*Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung*” não são mencionados, ainda que a obra verse sobre os princípios e tenha sido publicada no ano de 1956 (JAKAB, 2010, p.143). Nos ensaios contidos na obra, é apresentado o conceito de princípios de Alexy como o ponto de orientação dos estudos. Isso pode ser justificado, por um lado, pelo fato de o *workshop* conduzido durante o Vigésimo Terceiro Congresso Mundial da Associação Internacional para Filosofia do Direito e Filosofia Social ter como participantes, em sua maioria, pesquisadores relacionados ao Prof. Dr. Alexy e, de outro, pela relevância das pesquisas por este professor desenvolvidas sobre o tema dos princípios.

Na seção de pesquisa Jurisprudência, do Supremo Tribunal Federal, o termo Alexy retorna 40 resultados à pesquisa de suas menções em acórdãos daquela Corte. Vale destacar a existência de quatro acórdãos publicados em 2012, mencionando Alexy.

Os princípios não são o objeto do livro mais recente de Alexy. Entretanto, são eles o ponto central de sua obra mais conhecida, *Teoria dos direitos fundamentais*, e um momento de síntese, pois relaciona a argumentação (2008b, p.172), com o conceito de direito (ALEXY, 2009, p.149).

O interesse de Alexy pelos princípios, entretanto, se dá em um momento anterior. No ano seguinte à publicação da primeira edição em alemão de sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, é publicado o artigo *Zum Begriff des Rechtsprinzips* (ALEXY, 1979). Outros artigos seguem a temática: *Rechtsregeln und Rechtprinzipien* (1985), *Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz* (2000), *Die Konstruktion der Grundrechte* (2009), *Idealles Sollen* (2009) e outros.

1.2.3 O objeto da investigação de Alexy

Alexy (2008b, p.31) menciona a existência de diversas teorias sobre os direitos fundamentais e limita o objeto de sua obra aos direitos fundamentais da constituição alemã, subordinando a isso as análises que desenvolve sobre os princípios em aspecto jurídico e em aspecto geral. Essa posição é relevante na

medida em que os direitos fundamentais, na constituição brasileira, diferenciam-se dos direitos fundamentais previstos na constituição alemã em seu plano de situação e conteúdo.

1.2.4 Diferença de conteúdo

As diferenças de conteúdo entre os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro e os direitos fundamentais previstos na constituição alemã não foram pontos relevantes para a investigação cujos resultados aqui se apresentam, pois o trabalho desenvolve pesquisa sobre o conceito de princípios e não sobre o que pode ser o seu conteúdo.

A questão sobre qualquer conteúdo poder ser acolhido como Direito Fundamental é outra, diversa daquela a ser respondida no momento. O seu enfrentamento não se justifica para o tratamento do objeto escolhido para este trabalho.

Entretanto, para assegurar a validade da pesquisa, diversos pontos de coincidência de conteúdos entre a constituição alemã e a constituição brasileira são evidenciados. Esse procedimento não se faz de modo exaustivo, mas apenas na medida suficiente para garantir o trânsito dos conceitos trabalhados no presente trabalho.

1.3 O plano de identidade da constituição brasileira e da constituição alemã

Considerando que Alexy (2008b) desenvolve sua teoria dos direitos fundamentais sobre o conteúdo da constituição alemã, é prudente identificar os pontos que permitem a aplicação de suas considerações na constituição brasileira.

1.3.1 Do plano de situação

Para identificar as relações de identidade entre as duas constituições, é possível estabelecer uma analogia com a geometria, no uso do conceito de reta e plano.

Na geometria, uma reta é a ligação entre dois pontos. O plano, por sua vez, é a superfície determinada por três pontos. Considerando as diferenças existentes entre as constituições alemã e brasileira, relevante se faz a determinação dos planos de situação de cada uma, para assegurar a validade da pesquisa desenvolvida em relação a ambas. Para tanto, a determinação de um plano se faz adequada pois permite a identificação de equivalência entre quaisquer questões levantadas relativamente a qualquer das constituições e a identificação da mesma questão na outra, ainda que isso não seja possível com uma precisão cartesiana.

1.3.2 Os critérios de Alexy para identificação das constituições como racionais

Alexy (1988, p.144) determina seis princípios constitucionais como suficientes para identificar se uma constituição incorpora as principais formas do Direito racional da modernidade. São eles: dignidade humana, liberdade, igualdade, democracia, Estado de Direito e Estado Social.

Alexy (1985, p.22) considera que a democracia, o Estado de Direito e o Estado Social são os princípios mais importantes a serem incorporados em um sistema jurídico racional.

A identificação desses pontos nas duas constituições assegura a possibilidade de intercâmbio de conceitos. Certo é que esse intercâmbio não será realizado de forma plena, sendo sempre necessários alguns ajustes. Pode-se opor à ideia de intercâmbio de conceitos a necessidade de uma identidade plena entre os pontos mencionados, mas essa exigência somente seria relevante se ao Direito fosse possível atribuir as características das ciências exatas.

1.3.2.1 Dignidade humana

O primeiro dos princípios suficientes para identificar a incorporação das principais formas do Direito racional a uma constituição é a dignidade humana.

Na constituição alemã, a dignidade humana recebe papel de destaque. Ela se encontra na primeira previsão do *Artikel* 1: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo poder estatal” (tradução nossa)⁵.

Dentro da constituição brasileira, a dignidade humana é um fundamento, nos termos previstos em seu Art. 1º III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

1.3.2.2 Das decisões das cortes constitucionais sobre dignidade humana

Ambas as previsões são vinculadas ao pensamento de Immanuel Kant, assim exposto: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” (KANT, 2011, p.73).

O reconhecimento dessa vinculação já se deu perante as cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha.

Perante o Supremo Tribunal Federal, são múltiplos os exemplos de decisões fundadas em Kant relacionando-o à dignidade humana. Assim tem-se: ARE 639.337 (2011), RE 477.554 AgR (2011), ADPF 132 (2.011), ADI 4277 (2011), ADI 3510 (2008), RE 398.041 (2006). A título de ilustração, anote-se a passagem seguinte:

Essa ordem de ideias remete à questão da autonomia privada dos indivíduos, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no Art. 1º, inciso III, da

⁵ “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”.

Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano. Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal (BRASIL, ADPF 132, p.67).

O *Bundesverfassungsgericht* toma a fórmula kantiana de maneira inequívoca, segundo Stefan Martini (2005, p.5), no julgamento sobre a prisão perpétua (BVergGE 45, 187, 227f), nos termos seguintes:

Isto significa que também na comunidade fundamentalmente todo indivíduo deve ser reconhecido como possuidor de um valor intrínseco. Isto contradiz por isso a dignidade humana, o fazer do humano como simples objeto no Estado [...] A frase o homem deve sempre permanecer como fim em si mesmo permanece intocada para todos os campos do Direito; assim a inalienável dignidade humana enquanto pessoa permanece em reconhecê-lo como sujeito imputável. (BVerfGE 45, 187, 227f. – Prisão Perp)⁶

1.3.2.3 Liberdade

Continuando a exposição sobre os pontos de identidade entre a constituição brasileira e a constituição alemã, alcança-se a ideia de liberdade, prevista em ambas.

O termo liberdade consta tanto do preâmbulo da constituição alemã como do preâmbulo da constituição brasileira, ainda que em sentidos diversos. No preâmbulo da constituição brasileira a liberdade é mencionada como algo a ser assegurado pelo Estado Democrático instituído. Na constituição alemã, como algo realizado pelas *Länd* na constituição da *Deutschland*. Ambas as constituições registram outros usos para o termo.

Na constituição brasileira, o termo liberdade é utilizado por dezenove vezes. Para a presente comparação, considera-se mais relevante o uso previsto no *caput* do Art. 5º, no qual liberdade é considerada como um direito fundamental, e sua

⁶ “Dies bedeutet, daß auch in der Gemeinschaft grundsätzlich jeder Einzelne als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt werden muß. Es widerspricht daher der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen [...]. Der Satz, ‚der Mensch muß immer Zweck an sich selbst bleiben‘, gilt uneingeschränkt für alle Rechtsgebiete; denn die unverlierbare Würde des Menschen als Person besteht gerade darin, daß er als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibt.” (BVerfGE 45, 187, 227f. – Lebenslange Freiheitsstrafe).

regulamentação verifica-se na forma dos incisos do artigo. Ali o termo liberdade consta do *caput* e dos incisos VI; XVII; XLI XLVI, a; LIV, LXVI, LXVIII, LXXI.

O termo *Freiheit* é utilizado trinta e cinco vezes na constituição alemã, em sua forma simples, em adjetivações ou como *Komposita*: na composição de outras palavras. A constituição alemã se inicia pelos direitos fundamentais. Na seção dedicada ao tema, o termo *Freiheit* é encontrado nas seguintes oportunidades: *Artikel 2* (2), *Artikel 4* (1), por duas vezes, *Artikel 5* (1), também por duas vezes, e (3), *Artikel 10*, como adjetivo, *Artikel 11*, como adjetivo, *Artikel 12*, como *Komposita*, *Artikel 12a* (2) e (6), *Artikel 16a* (2) e (5), como *Komposita*, em ambos os casos, Art. 17^a (1), como *Komposita*, e no *Artikel 18*, por seis vezes, em todas as três formas mencionadas.

Ainda que numerosos, os casos acima não são suficientes para encerrar a tutela das liberdades tanto na constituição alemã quanto na constituição brasileira. Exemplo do mencionado é a tutela da liberdade de ação do indivíduo. Enquanto a constituição brasileira tutela os atos do sujeito de acordo com a lei, sem mencionar a liberdade, a constituição alemã menciona a impossibilidade de se ferir a liberdade do ser humano, sendo a intervenção sobre ele somente realizável por lei.

Fica evidente que, ainda que em formas e situações diversas, a liberdade é acolhida tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no ordenamento jurídico alemão.

1.3.2.4 Igualdade

A igualdade é ponto presente na constituição alemã e na constituição brasileira.

Na constituição alemã, a igualdade, *Gleichheit*, consta do título do *Artikel 3*: *Gleichheit vor dem Gesetz*, dentro da seção dedicada aos direitos fundamentais. O termo *gleich* (igual) é mencionado na constituição alemã por sessenta e nove vezes. Entretanto, como verificado com liberdade, não se faz necessária a análise de todas essas para identificar as constituições alemã e brasileira.

A igualdade está prevista na constituição brasileira em seu preâmbulo, como um dos direitos a ser assegurado pelo Estado e dentro do Título II, Dos Direitos e

Garantias Fundamentais, no Art. 5º *caput*. Ainda dentro do Título II, entre os direitos dos trabalhadores, há previsão de igualdade de direitos entre trabalhadores avulsos e permanentes.

Considerando que a constituição alemã avalia a igualdade como um direito fundamental e a constituição brasileira também o faz na mesma medida, cria-se uma identidade entre as constituições.

1.3.2.5 Democracia

A democracia é afirmada no Art. 1º, *caput*, da constituição brasileira, ao estabelecer o Estado como democrático e de Direito. Isto consta do primeiro título do texto constitucional, que versa sobre os princípios fundamentais.

A estrutura da constituição alemã se faz diferente. O primeiro título da constituição é dedicado aos direitos fundamentais. O segundo título trata do governo federal e dos estados (*Der Bund und die Länder*).

Na constituição alemã, a previsão de um estado democrático somente se apresenta no *Artikel* 20, ainda que referências à democracia estejam presentes em artigos anteriores.

A diferença de estrutura entre as constituições não torna o resultado final diverso, pois ambas usam a democracia para adjetivar o Estado ali constituído.

1.3.2.6 Estado de Direito

O Estado de Direito significa a prevalência da lei como norma de conduta. Faz par com a democracia, dentro da constituição brasileira, pois o Art. 1º da Constituição Federal estabelece o Estado como democrático e de Direito.

Dentro da constituição alemã, a situação é diferente, pois o termo Estado de Direito é usado como substantivo e como adjetivo. Enquanto substantivo, o Estado de Direito (*Rechtsstaates*) consta do *Artikel* 28 (1), em uma adjetivação do Estado Alemão como um todo. Como adjetivo (*rechtsstaatlichen* ou *rechtsstaatliche*), o Estado de Direito consta do *Artikel* 16 (2) e do *Artikel* 23 da constituição alemã.

Em artigo traduzido do alemão para o português por Mendes & Schlimm, Kimminich (1989, p.19) determina distinções entre o princípio da legalidade da administração, o princípio da constitucionalidade das leis e o Estado de Direito. Os dois primeiros seriam componentes do último. Com fundamento em Günther & Küchenhoff, Kimminich (1989, p.20) afirma que a finalidade do Estado de Direito é a subordinação de toda atividade estatal à lei e à justiça. Para ele, a maioria da Doutrina toma o Estado de Direito como consagrado na constituição alemã (KIMMINICH, 1989, p.21).

1.3.2.7 Estado Social

A situação se inverte em relação ao Estado Social. Neste tocante há previsão expressa na constituição alemã e sua existência na constituição brasileira somente se faz por dedução e fundamentação na opinião de doutrinadores.

A afirmação de que a República Federal da Alemanha é um Estado Social consta do Artikel 20 (1) expressamente e, também, no Artikel 28 (1).

A forma de Estado adotada na constituição brasileira não inclui a previsão expressa do social, nos termos do Art. 1º.

Paulo Bonavides (2006) afirma ser a constituição de 1988 uma constituição do Estado Social. Para ele, isso significa uma perspectiva própria de resolução das questões constitucionais. Bonavides (2006, p.371) distingue o Estado liberal do Estado social. Este seria refratário ao individualismo no Direito e ao absolutismo no poder. A presença de instrumentos como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão é expressão de um Estado de terceira geração, garantidor de direitos sociais básicos (BONAVIDES, 2006, p.373).

A constituição federal prevê, no Capítulo II do Título II, os Direitos Sociais, na forma do Artigo 6º e seguintes. Ali estão enumerados os seguintes direitos: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. A alteração desse rol se deu em duas oportunidades, durante a vigência da constituição, nas Emendas Constitucionais de n. 26 e 64.

Se tais previsões não se fazem suficientes para o reconhecimento do Estado Social, vale mencionar a expressão do Supremo Tribunal Federal no voto proferido pelo Ministro Francisco Rezek ao relatar o RE 104.654-6 – SP (1986, p.246). Ali se reconhece o Estado Social, na forma do Art. 165 da Constituição Federal em manifestação unânime da segunda turma do tribunal.

1.3.2.8 Outros pontos de identidade entre as duas constituições

Além dos pontos mencionados por Alexy (1998), um estudo mais aprofundado poderia determinar outros temas em que as constituições brasileira e alemã se aproximam. Não é esse o objetivo do presente trabalho. Entretanto, entre os pontos comuns ainda não estudados, dois merecem destaque: a propriedade e a vida. A propriedade é garantida, na constituição brasileira, nos termos do Art. 5º, XXII, e, na constituição alemã, nos termos do *Artikel* 14, (1). A função social da propriedade é reconhecida tanto na constituição brasileira, em seu Art. 5º, XXIII, como na constituição alemã, em seu *Artikel* 15.

A vida é direito inviolável, nos termos do *caput* do Art. 5º. da constituição federal brasileira. A constituição alemã assegura a vida e a integridade corporal no *Artikel* 2 (1). Trata-se de um desdobramento da dignidade humana comum aos dois ordenamentos jurídicos.

1.3.3 Da possibilidade de afirmação de identidades entre a constituição brasileira e a constituição alemã

Todos os pontos mencionados por Alexy encontram acolhimento na constituição brasileira e há, ainda, outros pontos aptos a relacionar a constituição brasileira à alemã, como a propriedade e o direito à vida.

Considerando a identidade dos pontos mencionados, não há impedimento para a aplicação da obra *Teoria dos direitos fundamentais* ao ordenamento jurídico brasileiro.

1.4 Da abrangência das considerações de Alexy sobre os direitos fundamentais

Para Alexy (2008b, p.38), a teoria dos direitos fundamentais da constituição alemã é geral, em razão de alcançar todos os direitos e não somente alguns deles. Ela expressa um ideal teórico (ALEXY, 2008b, p.39).

Alexy (2008b, p.40) menciona Böckenförde como autor da sistematização de direitos fundamentais mais influente. Mas, como a teoria de Alexy se funda em uma constituição cujo tratamento dispensado aos direitos fundamentais é geral, desnecessária se faz, por ora, a análise de tal sistematização.

A adequada teoria integrativa dos direitos fundamentais, sendo esta a que oferta um modelo que proporcione mais que uma simples compilação não vinculante, seria a estrutural (ALEXY, 2008b, p.42). Ela seria analítica, no sentido de realizar a dissecção sistemática-conceitual do direito vigente (ALEXY, 2008b, p.33), mas alcançaria também as influências dos direitos fundamentais no sistema jurídico e a sua fundamentação. A jurisprudência do tribunal constitucional seria o principal material dessa teoria (ALEXY, 2008b, p.43). A seguinte frase de Alexy (2008) expressa bem a questão:

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos (ALEXY, 2008, p.43).

Ou seja: o conteúdo de direitos fundamentais deve ser exposto de forma acessível a todos. A autoridade para determinar qual é este conteúdo, na medida de sua competência, é o tribunal constitucional.

Entretanto, tais conceitos não se fazem plenamente claros. Os direitos individuais podem ser considerados como direitos, como princípios objetivos (ALEXY, 2008b, p.43). Essa terminologia é vaga e se faz ainda mais vacilante quando trata do aspecto objetivo, ligado aos valores (ALEXY, 2008b, p.44).

1.5 As normas de direitos fundamentais

Para Alexy (2008, p.50), a norma contém os direitos fundamentais. Uma interessante questão sobre o tema se encontra expressa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na decisão da ADI 939, outros direitos, além daqueles elencados no título próprio dos direitos fundamentais na constituição federal, são considerados como fundamentais. Tem-se, assim, direitos fundamentais implícitos, cuja percepção não se dá em uma norma, mas por deduções lógicas. Alexy (2008b, p.51) ressalta que o conceito de norma de direito fundamental é mais amplo do que o conceito de direito fundamental e não somente as normas que outorgam direitos subjetivos expressam direitos fundamentais. Assim, o conceito de norma é mais amplo do que o conceito de direitos fundamentais. Ou seja: existem normas que não dispõem sobre direitos fundamentais.

1.5.1 O conceito de norma

Norma é um termo polissêmico, utilizado em diversos campos do conhecimento (ALEXY, 2008b, p.51). Existem normas morais, normas de religião, normas de conduta, normas jurídicas.

Norma é o significado do enunciado normativo. Uma mesma norma pode ser expressa por diferentes enunciados normativos ou sinais gráficos (ALEXY, 2008b, p.54). O comando *Pare*, por exemplo, pode ser expresso, na forma da legislação de trânsito, por um sinal gráfico, isto é, uma placa, ou por um sinal sonoro: o silvo do apito do guarda de trânsito.

O conteúdo da norma é identificado por três expressões deônticas: permitido, proibido e dever (ALEXY, 2008b, p.56). A expressão lógica das normas é antecedida por sua análise deôntica (ALEXY, 2008b, p.57).

1.5.2 A norma de direito fundamental abstrata e a norma de direito fundamental concreta

Alexy (2008b, p.65) divide as normas de direitos fundamentais em duas espécies: a abstrata e a concreta.

Abstrata é a norma de direito fundamental que considera um determinado direito e o insere dentre os direitos fundamentais. Ela não pertence a um ordenamento jurídico determinado. A ela pertencem os critérios para a inserção de um direito dentre os direitos fundamentais.

Concretas são as normas de direitos fundamentais assim reconhecidas perante um determinado ordenamento jurídico. Como exemplo destas, mencionam-se as normas contidas no Título II da constituição brasileira.

As atenções do texto de Alexy (2008b) se voltam para as normas da segunda espécie, uma vez que ele trata das normas previstas na constituição alemã.

1.5.3 Norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental

A distinção de uma norma como uma disposição de direito fundamental pode se dar por dois critérios: substancial – ou estrutural – e formal (ALEXY, 2008b, p.65).

Alexy (2008b) avalia o critério de Carl Schmitt como de natureza substancial ou estrutural. Schmitt citado por Alexy (2008b, p.66) considera direito fundamental aqueles que fundamentam o próprio Estado, reconhecidos na constituição.

Como critério formal, Alexy (2008b, p.68) determina aqueles assim reconhecidos em título próprio da constituição e os garantidores de direitos individuais. Nesse sentido, na constituição brasileira seriam considerados como direitos fundamentais todos aqueles direitos incluídos no Título II.

Além dos dois critérios acima mencionados, as normas de direitos fundamentais atribuídas, assim definidas aquelas que podem ser identificadas como válidas ou reconhecidas na jurisprudência, ainda que não expressamente previstas no texto constitucional, são também mencionadas por Alexy (2008b, p.63). São estes os direitos fundamentais implícitos, citados anteriormente, presentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1.6 A estrutura das normas de direitos fundamentais: regras e princípios

Ainda dentro do tema das normas de direitos fundamentais, é possível verificar outras distinções, como a que as divide em duas espécies: as regras e os princípios.

Segundo Alexy (2008b, p.85), a distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais, pois apresenta a possibilidade de solução para problemas centrais desta dogmática e constitui a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais. A distinção entre regras e princípios deve ser precisa (ALEXY, 2008b, p.86). Neste momento, deve-se notar a relação entre os termos *norma*, *princípio* e *regra*. Norma é gênero e regra e princípios são duas espécies distintas de normas. Normas, princípios e regras dizem o que deve ser (ALEXY, 2008b, p.87). Alexy (2008b, p.87) sustenta a pouca clareza existente na delimitação dos princípios em relação a outras coisas, determinando, especialmente, os valores e a pluralidade de critérios para a distinção entre princípios e regras.

Alexy (2008b, p.89) determina oito critérios para distinguir regras de princípios. O mais comum seria o da generalidade, segundo o qual regras são normas com grau de generalidade baixo e princípios são regras com grau de generalidade alto. Os outros critérios são: determinação dos casos de aplicação, forma de surgimento, caráter axiológico, referência à ideia de direito ou à lei suprema, importância para a ordem jurídica, da ordem de fundamentação (razões para regras ou regras em si) e na distinção entre normas de comportamentos e normas de argumentação. Todos esses critérios podem ser sintetizados em três teses: a da inexistência de diferenciação, a de grau e a qualitativa (ALEXY, 2008b, p.90).

A inexistência de diferenciação entre regras e princípios é sustentada pela grande diversidade de normas existentes, em distinções gradativas. Em razão disso, seria impossível determinar uma distinção (ALEXY, 2008b, p.89). Para Afonso da Silva (2003, p.609), a distinção em grau pode se dar em razão de gênero, abstração ou fundamento. O critério qualitativo é considerado o correto por Alexy (2008b). Ele

sustenta a distinção entre regras e princípios não apenas em graus, mas a distinção ontológica (ALEXY, 2008b, p.90).

1.6.1 Os mandamentos de otimização

Os princípios determinam a realização de algo na maior medida possível. Isto os caracteriza como mandamentos de otimização. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2008b, p.90).

Sendo os princípios mandamentos de otimização, deve-se ressaltar, em primeiro lugar, sua natureza de comando. Como mencionado, há os que preferem o uso desse termo em detrimento de *mandamentos*. A otimização, por sua vez, indica um fim a ser alcançado.

Quando têm-se dois princípios aplicáveis em uma mesma situação, é possível que os comandos deles derivados ou os fins neles contidos estejam, aparentemente, em conflito. A expressão *colisão de princípios* é utilizada para identificar situações dessa natureza.

1.6.2 A colisão de princípios

A colisão entre princípios não invalida o princípio preterido. Em outro caso envolvendo os mesmos princípios, o anteriormente preterido poderá ser o prevalecente. Isso expressa a existência da dimensão do peso nos princípios (ALEXY, 2008b, p.94). O princípio com maior peso prevalecerá.

Essa prevalência não afeta a dimensão da validade. Ou seja: o princípio preterido continuará a integrar o ordenamento jurídico e a ser aplicado em outros casos, sem qualquer prejuízo à sua validade.

1.6.3 A lei de colisão

A dimensão do peso também é verificada através da lei de colisão. Ela expressa a inexistência de precedência absoluta entre princípios e a infinidade de situações em que a colisão de princípios pode ser verificada (ALEXY, 2008b, p.99).

A lei de colisão é expressa da seguinte maneira: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.” (ALEXY, 2008b, p.99). Nela se expressa a inexistência de relação absoluta de precedência entre os princípios e a sua aplicação a ações e situações não quantificáveis.

1.6.4 O caráter *prima facie* dos princípios

O caráter *prima facie* dos princípios exige a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, os princípios não expressam um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie* (ALEXY, 2008b, p.104). Ou seja, dentro da concepção de princípios como mandamentos de otimização, esta seria relativizada dentro de possibilidades fáticas e jurídicas. Isso significa que a otimização não se daria em sua plenitude, mas de modo limitado pelas possibilidades fáticas e jurídicas.

As suas possibilidades somente se revelariam diante de um caso concreto e em oposição a outros princípios, nos termos seguintes: “princípios dispensam, portanto, um conteúdo fixo em vista da oposição de outros princípios e possibilidades efetivas” (ALEXY, 1994, p.88)⁷

As regras não possuem o caráter *prima facie*. Elas devem ser cumpridas na medida de sua prescrição (ALEXY, 2008b, p.104).

A atribuição da dimensão do peso e do caráter *prima facie* aos princípios merece ser mais bem explorada. Como a definição de princípios é *mandamentos de otimização*, deve-se considerar os dois termos, *mandamento* e *otimização*. Estes se relacionam diretamente à ideia de bem e, consequentemente, aos valores, pois os valores são determinados em razão daquilo que se tem como bom, ou adequado, para se alcançar determinado fim.

⁷ “Prinzipien entbehren deshalb eines Festsetzungsgehalts im Blick auf gegenläufige Prinzipien und tatsächliche Möglichkeiten”.

Entretanto, considerando o caráter *prima facie*, tanto o mandamento quanto a otimização ficam desvinculados da busca do bem. Isso se dá em razão da variação de seu conteúdo pelas possibilidades fáticas e jurídicas.

Alexy (2008) se vale do caráter *prima facie* em referência aos princípios e aos valores. O caráter *prima facie* é exposto por Alexy (2008b, p.103) com base no pensamento de três autores, a saber: W. D. Ross, K. Baier e R. M. Hare. Outros autores, como Esser e Kant, são utilizados para negar os princípios como razões definitivas (ALEXY, 2008b, p.108).

Alexy (1995) percebe a expressão *mandamentos de otimização* vinculada à ideia de dever-ser ideal, mas opta pela primeira expressão em razão da possibilidade de má compreensão.

Em vez de mandamento de otimização poderíamos, em alusão destes conceitos por Moore, v. Wright e Scheler, falar em dever-ser ideal ou ideais. Em razão de suas muitas e diversas conotações colocam-se estes conceitos próximos de mal-entendidos. Quando estes termos são utilizados, então, em um sentido fraco e geral: um dever-ser ideal é todo dever ser que não pressupõe que o que é elemento do dever-ser é possível em todo alcance, faticamente e juridicamente, mas possivelmente demandam uma realização aproximada ou extensiva (ALEXY, 1995, 204)⁸.

É este mesmo argumento o desenvolvido por Alexy (2009, p.23) em favor dos princípios em seu texto *Idealles Sollen*.

A relação entre o dever-ser ideal e o caráter *prima facie* dos princípios é evidenciada adiante:

Este conceito de dever-ser ideal pode somente aclarar o particular caráter *prima facie* dos princípios e assim o seu conteúdo de colisão, respectivamente o caráter particular de sua cláusula de reserva serão usados. Na forma ideal, a realização dos princípios depende das possibilidades fáticas e jurídicas e da definição de outros princípios. Uma afirmação sobre seus reais mandamentos conjuga-se sempre com uma afirmação sobre as possibilidades fáticas e jurídicas. O caráter *prima facie* de afirmação ideal relacionada é assim muito mais fraca do que aquele

8 "Statt von Optimierungsgeboten könnte man, etwa in Anspielung auf die Verwendung dieses Begriffs bei Moore, v. Wright und Scheler, auch von >>Idealem Sollen<< oder von >>Idealen<< sprechen. Wegen ihrer vielfältigen und traditionsträchtigen Konnotationen legen dieses Begriff freilich leicht Mißverständnisse nahe. Wenn diese Begriffe hier verwendet werden, dann in folgendem allgemeinen und schwachen Sinne: Ein ideales Sollen ist jedes Sollen, das nicht voraussetzt, daß das, was gesollt ist, in vollem Umfang tatsächlich und rechtlich möglich ist, dafür aber möglichst weitgehende oder approximative Erfüllung verlangt."

relacionada às regras, pois esta contém exigências de realização ideais maiores em suas possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 1995, 204).⁹

Em outro escrito, Alexy (1985) apresenta a distinção entre princípios e regras de forma mais objetiva:

Que os princípios são mandamentos de otimização esclarece muitas das suas outras propriedades. A primeira é a descrita acima, seu modo de colisão. Isso resulta do fato que princípios opostos limitam as suas possibilidades de realização jurídica. Uma segunda diferença significativa é o caráter *prima facie* de regras e princípios. Como regras exigem exatamente o que fazer, elas obtêm determinações em vista das exigências dos princípios contrários. Princípios, em contraste, são definidos de tal forma que não recebem estas determinações. Se uma regra válida é aplicável e não é prevista uma exceção, a decisão já se apresenta. Quem desejar apresentar uma exceção carrega o peso da argumentação, o que não se refere somente que a sua solução seja muito melhor àquela pela regra fornecida, mas também nisso, que ela necessita ser tão melhor, que ela divirja de algo injustificável autoritariamente determinado. Este é o motivo pelo qual regras possuem um caráter *prima facie* um tanto mais forte do que os princípios (ALEXY, 1985, 20)¹⁰

Entretanto, do exposto, não resta claro o que seja o caráter *prima facie* em si. Considerando, ainda, a distinção de natureza ontológica de regras e princípios determinada por Alexy (2008b) como a correta, o caráter *prima facie* deve, presente em regras e princípios, se manifestar de forma distinta em ambos. Na passagem mencionada, essa distinção se restringe à expressão “[...] um tanto mais forte.”

9 “Dieser Begriff des idealen Sollens kann nur Erklärung des besonderen *prima facie*-Charakters von Prinzipien und damit ihres Kollisionverhaltens bzw. des besonderen Charakters ihrer Vorbehaltsklauseln verwendet werden. Als Ideale sind Prinzipien in ihrer Realisierung sowohl von den tatsächlichen als auch von den durch andere Prinzipien definierten rechtlichen Möglichkeiten abhängig. Eine Aussage über ihren realen Gebotsgehalt setzt deshalb stets eine Aussage über die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten voraus. Der *prima facie*-Charakter einer bloß auf ein Ideal bezogenen Aussage ist deshalb deutlich schwächer als der einer auf eine Regel bezogenen Aussage, denn letztere enthält als Festschreibung der Anforderungen wohl stets mehrerer Ideale bereits eine Feststellung über tatsächliche und rechtliche Möglichkeiten.”

10 “Daß Prinzipien Optmierungsgebote sind, erklärt zahlreiche ihrer weiteren Eigenschaften. Als erstes ist ihre oben geschilderte Weise zu kollidieren anzuführen. Sie ergibt sich daraus, daß gegenläufige Prinzipien die rechtlichen Möglichkeiten ihrer Realisierung begrenzen. Ein zweiter bedeutsamer Unterschied ist der unterschiedliche *prima facie*-Charakter von Regeln und Prinzipien. Indem Regeln verlangen, genau das zu tun, was durch sie geboten wird, enthalten sie Festsetzungen im Blick auf die Anforderungen gegenläufiger Prinzipien. Prinzipien demgegenüber sind dadurch definiert, daß sie derartige Festsetzungen nicht erhalten. Wenn eine Regel gilt, anwendbar ist und die Statuierung einer Ausnahme nicht in Frage kommt, steht die Entscheidung fest. Wer eine Ausnahme einfügen will, trägt eine Argumentationslast, die sich nicht nur darauf bezieht, daß seine Lösung besser sein muß als die von der Regel vorgesehene, sondern auch darauf, daß sie so viel besser sein muß, daß sie ein Abweichen von etwas autoritativ Festgesetztem rechtfertigt. Dies ist der Grund dafür, daß Regeln einen wesentlich stärkeren *prima facie*-Charakter als Prinzipien haben”.

(*einen wesentlich stärkeren*). Em texto sobre a estrutura dos princípios, Alexy (2000, p.300) diferencia comandos *a serem otimizados* de comandos *para otimizar*, considerando os princípios como expressão dos primeiros.

O caráter *prima facie* (ALEXY, 2008b, p.103) não se presta a distinguir os valores dos princípios, pois se aplica a ambos indistintamente, mas adjetiva a diferença entre eles.

1.6.5 Objeções ao conceito de princípio

O conceito de princípio não é questão pacífica. Alexy coleciona diversas objeções a ele. Podem-se dividir essas objeções em dois grupos: o primeiro relativo às objeções constantes da *Teoria dos direitos fundamentais*, e o outro, mais amplo, posteriores a ela. Por ora, em razão de observância à ordem dos trabalhos desenvolvidos, são analisadas as do primeiro grupo. Nessa obra, Alexy (2008) apresenta três objeções ao conceito de princípio:

A primeira sustenta que há colisões entre princípios que podem ser resolvidas por meio da declaração de invalidade de um deles; a segunda, que existem princípios absolutos, que nunca podem ser colocados em uma relação de preferência em face de outros princípios; e a terceira, que o conceito de princípios é muito amplo e, por isso, inútil (ALEXY, 2008, p.109).

Todas essas objeções recebem a devida resposta.

A resolução da colisão de princípios por meio da declaração de invalidade de um deles se dá pela lembrança de que a colisão somente pode se verificar entre princípios válidos. Ou seja: não é cabível a declaração de invalidade de um princípio em colisão com outro, pois para a colisão são imprescindíveis princípios válidos (ALEXY, 2008, p.110).

A dignidade humana é utilizada para solucionar a questão dos princípios absolutos. Para Alexy (2008, p.113), ela é uma norma manifesta tanto como em regra quanto em princípio. Isso lhe daria o caráter absoluto, pois regras são cumpridas ou descumpridas. Em complementação a esse argumento, Alexy (2008, p.114) determina que há uma série de condições sob as quais a dignidade humana prevalecerá sobre todos os outros princípios. Isso significa que um mesmo conteúdo

normativo pode ser revestido por duas espécies de normas: tanto como regra quanto como princípio. Este seria o caso da dignidade humana. Aquelas situações em que ela é tomada de maneira absoluta nada mais seriam do que sua expressão enquanto regra. Nos casos em que ela se submete ao sopesamento, a dignidade humana seria, então, princípio. Essa explicação merece maior investigação, pois assume o arbítrio do legislador para tratar determinada matéria como norma ou princípio, para dispor das espécies normativas como bem desejar. Ainda que realizado o registro, não é esta a questão que se pretende enfrentar no presente trabalho.

Como respostas à amplitude dos princípios, Alexy (2008, p.115) determina o fato de eles superarem a validade ou a satisfação de direitos individuais. O conceito de Dworkin para princípios, determinando-os como razões para direitos individuais, é considerado restrito, pois vincula conceitos de direitos individuais e princípios. Para Alexy (2008, p.116), o conceito de princípio deve ser amplo, como expressa nos termos seguintes: “A importância dos princípios é evidente a partir do fato de que muitas decisões foram baseadas em princípios, eles se mostram mais claramente ainda pelo fato das normas legais poderem ser por eles limitadas ou estendidas”¹¹ (ALEXY, 1979, p.181).

Em seguida, apresenta-se a fundamentação interpretativa, ou diretiva dos princípios. Assim, quando diante de uma questão jurídica regulada em uma norma formulada como um princípio, o intérprete deve se valer daquele conteúdo para orientar a sua decisão.

1.6.6 A Teoria dos Princípios e a máxima da proporcionalidade

Quando dois princípios forem aplicáveis a um mesmo caso, o intérprete deverá se valer da proporcionalidade para determinar em qual medida eles serão aplicados.

A proporcionalidade decorre da natureza dos princípios (ALEXY, 2008, p.116). Ela é derivada de três máximas parciais: a da adequação, a da necessidade

11 “Die Bedeutung der Prinzipien sei schon daraus ersichtlich, daß viele Entscheidungen auf Prinzipien gestützt seien; noch deutlicher zeige sie sich daran, daß Rechtsnormen durch sie eingeschränkt oder verdrängt werden könnten.”

e a da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p.117). Para fins didáticos, a análise se dá na ordem inversa.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre da relativização dos princípios em face das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, p.117). A necessidade de aplicação dos princípios, ainda que antagônicos, quando derivados de normas de direitos fundamentais, expressa a necessidade de sopesamento. Ela é verificada na medida das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, p.118).

As outras duas máximas, da necessidade e da adequação, por oposição decorrem de possibilidades fácticas (ALEXY, 2008, p.118).

A máxima da necessidade é reconhecida na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. O exame da necessidade é definido nos termos seguintes: “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo” (ALEXY, 2008, p.119).

A adequação considera os princípios aplicados aos casos e à necessidade de ponderação desses princípios (ALEXY, 2008, p.120).

Os princípios da adequação e a máxima da necessidade expressam o empenho em realizar a obrigação na maior medida possível dentro das possibilidades atuais. Elas são expressão do ótimo de Pareto. O princípio da proporcionalidade implica a maior realização possível dentro das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2000, p.298).

1.6.7 Três modelos para as normas de direitos fundamentais

As normas de direitos fundamentais são de duas espécies: regras e princípios. As garantias das disposições de direitos fundamentais devem ser compreendidas como princípios e as regras são o resultado fixado em relações de precedências advindas de sopesamentos (ALEXY, 2008, p.121).

Um modelo fundado exclusivamente em princípios não seria aceitável, em razão da possível desvinculação do texto constitucional (ALEXY, 2008, p.122).

O modelo puro de regras não dá lugar ao sopesamento. Isso o torna questionável (ALEXY, 2008, p.123).

As disposições de direitos fundamentais são estatuídas por regras e princípios, o que atribui a elas duplo caráter. Na construção das disposições normativas, é possível a vinculação das duas espécies normativas. Isto se dá com a inclusão de uma cláusula restritiva, estruturada como princípio, como exceção de uma regra (ALEXY, 2008, p.141).

1.7 Teoria dos Princípios e Teoria dos Valores

Continuando a exposição sobre pontos contrários aos princípios, Alexy (2008, p.144) apresenta, por fim, sua associação aos valores e a possibilidade de arbitrariedades no sopesamento. A estas oposições dedicam-se os tópicos seguintes.

Alexy (2008, p.144) considera o conceito de princípios próximo ao conceito de valor por duas características comuns: o sopesamento e a aplicação em graus. Mas esta identidade não se resume a esses pontos, como admite o próprio Alexy (2008, p.561), pois princípios e valores são, na verdade, a mesma coisa, mas com roupagens diferentes: uma, a dos princípios, deontológica, e a outra, a dos valores, axiológica (2008, p.561). A possibilidade dessa distinção deixa dúvidas.

Entre valores e princípios, Alexy (2008) determina uma distinção com base na divisão de conceitos básicos de Von Wright (1963). Para este autor, os conceitos de interesse dos filósofos práticos podem ser divididos em três grupos: deontológicos ou normativos: eles tratam de certo e dever, comando, permissão e proibição; axiológicos ou valores conceito: as ideias de bom e mau e a noção de melhor pertencem a este grupo; os conceitos do terceiro grupo, denominado de antropológico, tratam da necessidade e querer, decisão e escolha, motivo, fim e ação.

A tripartição determinada, segundo Alexy (2008, p.147), permite a diferenciação entre princípios e valores. Como princípios são mandamentos de otimização, eles estariam inseridos dentro dos conceitos deontológicos e os valores, por sua vez, pertenceriam aos conceitos axiológicos.

A afirmação causa estranheza. No parágrafo subsequente à distinção de seus conceitos básicos, Von Wright (1967) apresenta o seguinte: “Não há limites claros

entre os grupos de conceitos. Seria um erro pensar que os conceitos de cada um desses grupos podem ser estudados em relativo isolamento daqueles dos outros grupos” (VON WRIGHT, 1967, p.7, tradução nossa)¹².

Para Alexy (2008, p.147), as diferenças entre princípios e valores ficam evidentes quando se observa o uso do valor como atribuído a um objeto e ter o valor em si mesmo.

Os juízos de valor são a expressão daquele que atribui valor a algo. Eles podem ser classificatórios, comparativos ou métricos (ALEXY, 2008, p.148). O objeto de valoração não se confunde com o valor em si mesmo (ALEXY, 2008, p.149). Os critérios de valoração são o valor (ALEXY, 2008, p.150). Assim:

A aplicação de critérios de valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de princípios. Daqui em diante serão classificados como critérios de valoração somente aqueles critérios que sejam passíveis de sopesamento. Seu contraponto são os critérios de valoração que, como regras, são aplicáveis independentemente de sopesamento (ALEXY, 2008, p.150).

Mais uma vez, a exposição deixa dúvida. Por qual motivo o sopesamento pode ser tomado com critério distintivo dos princípios e, também, por qual motivo a aplicação das regras, ainda que de natureza binária, não pode ser considerada como um valor são pontos a merecerem esclarecimento.

Para Alexy (2008), dentro das três formas de juízo de valor, são os juízos comparativos os mais significantes para o direito constitucional. Em razão da impossibilidade de uma metrificação dos critérios de valores, dá-se o sopesamento (ALEXY, 2008, p.152). A prevalência de um critério de valor sobre outro é apenas *prima facie*. Para tanto, faz-se necessária a consideração global dos critérios válidos de valoração aplicáveis (ALEXY, 2008, p.153).

Delimite-se a diferença entre princípios e valores nos seguintes termos:

Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido.

¹² “There are no sharp lines of division between the groups of concepts. It would be a mistake to think that the concepts of any one of the three groups could be successfully studied in relative isolation from those of the other groups.”

Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso e axiológico, no segundo. No direito o que importa é o que deve ser (ALEXY, 2008, p.153)¹³.

A estrutura do modelo de princípio e a estrutura do modelo de valores mostram-se iguais. Entretanto, nos princípios há a prevalência do caráter deontológico, enquanto nos valores há a prevalência do caráter axiológico (ALEXY, 2008, p.153).

Dois questionamentos se fazem pertinentes, neste ponto. O primeiro deles é relativo à consideração de Von Wright (1963), em que os conceitos axiológicos, deontológicos e antropológicos dos valores não podem ser analisados separadamente. O segundo é relativo à possibilidade de se atribuir maior importância a um desses conceitos. Para responder a essas questões, necessária se faz a análise das estruturas do valor.

Além da possibilidade de uma identidade estrutural, teorias valorativas dos direitos fundamentais são mencionadas desde a Constituição de Weimar. O caso Lüth (*BVerfGE* 7, p.198) é o ápice da teoria dos valores na constituição. A decisão menciona uma hierarquia de valores em que o sopesamento se faz necessário (ALEXY, 2008, p.155).

Alexy (1994, p.160) determina quatro pontos principais para aqueles que defendem a fixação constitucional de valores, na forma já acolhida pelo Bundesverfassungsgericht no caso Lüth (Lüth-Urteil, *BVerfGE* 7, p.198, de 15 de janeiro de 1958). São elas: a norma ao invés do valor, a subsunção em lugar da ponderação, a independência do direito ordinário ao invés da onipresença da constituição e a autonomia do legislador democrático dentro do marco da constituição no lugar da onipotência judicial apoiada na constituição, sobretudo do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

A percepção dos direitos fundamentais como valores gera discordâncias. Há posições contra essa teoria e a favor dela. Forsthoff citado por Alexy (2008b) se

¹³ "Letzteres entspricht genau dem Prinzipienmodell. Der Unterschied zwischen Prinzipien und Werten reduziert sich damit auf einen Punkt. Was in Wertemodell prima facie das beste ist, ist im Prinzipienmodell prima facie gesollt, und was im Wertemodell definitiv das beste ist, ist im Prinzipienmodell definitiv gesollt. Prinzipien und Werte unterscheiden sich also nur wegen ihres einerseits deontologischen und andererseits axiologischen Charakters. Im Recht geht es darum, was gesollt ist." (ALEXY, 1994, p.133).

posiciona contrariamente a ela, por entender que a vinculação entre valores e direitos fundamentais é uma limitação da liberdade. Kommers citado por Alexy (2008b), por outro lado, lhe é favorável percebendo-a como a expressão da genialidade do pensamento constitucional alemão em razão de criar uma ordem hierárquica (ALEXY, 2008b, p.155).

As objeções à teoria dos valores vinculados aos direitos fundamentais, no direito constitucional, podem ser identificadas em três: filosóficas, metodológicas e dogmáticas (ALEXY, 2008, p.155).

1.7.1 Objeções filosóficas

Nas considerações de Alexy, as objeções filosóficas são voltadas contra a objetividade na teoria dos valores, na forma desenvolvida por Max Scheler, por ele citado (2008b). Este autor qualifica os valores como fatos. Sua teoria pressupõe qualidades valorativas presentes em um âmbito próprio de objetos acessíveis ao conhecimento direto, denominada intuicionista. Entretanto, ele não oferta critérios para estas qualidades valorativas e, assim, não seria intersubjetivamente verificável. Esse argumento, portanto, impede a teoria científica dos valores (ALEXY, 2008b, p.157).

Ainda dentro das teorias filosóficas, é possível pressupor os valores como critérios de valoração válidos ou inválidos. A validade pode ser jurídica, social ou ética. Isso permite abandonar as suposições mencionadas e superar as objeções apresentadas (ALEXY, 2008b, p.157).

1.7.2 Objeção metodológica

A permissão do tribunal constitucional alemão a uma ordem de valores em oposição à fundamentação racional de seus julgados faz a objeção metodológica mais severa. Acrescenta-se a esta crítica uma objeção ao sopesamento (ALEXY, 2008, p.158).

Em oposição à ordem de valores, questiona-se quem seria o legitimado para estabelecê-la de modo absoluto e inquestionável (ALEXY, 2008, p.159).

Nesse sentido, Alexy (2008) é bastante claro:

Não é possível inferir um resultado a partir de uma quantificação fixa; no máximo é possível ilustrar de forma quantitativa a decisão, independentemente de como se tenha chegado a ela. A concepção de uma hierarquia de valores que trabalhe com escalas cardinais fracassa, portanto, diante dos problemas de metrificação dos pesos e das intensidades de realização dos valores ou princípios.

[...]

Por isso, pode-se dizer, de forma geral, que é impossível uma ordenação de valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p.162).

Em oposição a esta concepção sugere-se uma ordenação flexível, baseada nas decisões do tribunal constitucional, sem implicar qualquer prejuízo ao sopesamento (ALEXY, 2008, p.163).

Contra o sopesamento, tem-se a objeção, ainda de natureza metodológica, de ser ele um modelo fechado ao controle racional (ALEXY, 2008, p.163). O sopesamento não conduz em todo caso a um resultado único e inequívoco, ficando sua procedência subordinada à racionalidade (ALEXY, 2008, p.164). Em um modelo decisionista, o sopesamento se dá dentro de concepções subjetivas. Em oposição a ele, há o modelo de sopesamento fundamentado, em que o processo psíquico de preferência é diferenciado da fundamentação. Isso insere a racionalidade na fundamentação, evidenciando os motivos da preferência (ALEXY, 2008, p.165).

Tem-se, então, a regra dos sopesamentos: “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, 2008, p.167).

O sopesamento não é um parâmetro para decisão definitiva dos casos; seu modelo oferece um critério, em associação com a lei da colisão e a teoria da argumentação jurídica racional (ALEXY, 2008, p.174), o que permite assegurar o decidido em relação aos procedimentos e aos resultados.

1.7.3 Objeções dogmáticas

A primeira objeção dogmática sustenta a substituição da liberdade subjetiva pela liberdade dos valores. Para refutá-la, basta lembrar que a liberdade é um valor.

A segunda objeção menciona a possibilidade de distintos resultados de sopesamentos serem considerados obrigatórios (ALEXY, 2008, p.177). Ela possui dois aspectos: a ausência de vinculação à constituição e a possibilidade de um arbítrio interpretativo. Ao primeiro aspecto é oposta a conclusão, derivada da análise de um modelo puro de regras, de que os princípios, na verdade, permitem maior vinculação constitucional (ALEXY, 2008, p.178). Os precedentes dos tribunais constitucionais são determinados como a melhor resposta para o segundo aspecto da objeção dogmática (ALEXY, 2008, p.179).

1.7.3.1 A distinção entre princípios e valores e sua relação com o *Sollen*

Em artigo anterior à sua *Teoria dos direitos fundamentais*, intitulado *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, Alexy (1985) reduz a diferença entre princípios e valores a uma questão do dever ser (*sollen*). A resposta a uma colisão de princípios indica o que é o dever-ser (*sollen*). A colisão de valores tem como resposta o que é melhor (*besser*). Isso, segundo Alexy (1994, p.164), seria o suficiente para fundar a distinção entre princípios e valores, atribuindo aos primeiros um caráter deontológico e aos segundos o caráter axiológico.

Uma ordem de valores controláveis intersubjetivamente que conduza a um único resultado, para Alexy (1994), não é possível. Somente uma ordem fraca, assentada em princípios, se faria eficaz. Para tanto, são necessários três elementos: um sistema de condições de precedência, um sistema de estrutura de ponderação e um sistema de precedências *prima facie*.

As regras e os princípios são completados em um terceiro nível pela razão prática, para assegurar a racionalidade (ALEXY, 1994, p.173).

Como se verá adiante, os argumentos de Alexy, neste ponto, podem ser superados, em especial, pela possibilidade de conhecimento de racionalização dos valores ou em razão da percepção da possibilidade de valores fundamentados, como exposto por Boudon (2001).

1.8 Outras objeções à Teoria dos Princípios em geral

Ainda que encerrada a exposição de Alexy sobre os princípios, a discussão sobre o tema continuou entre diversos autores e, também, entre aqueles que pesquisavam com ele.

As críticas de diversos autores foram sintetizadas por Alexy em um artigo, em 2010. Uma interessante oposição ao conceito de princípios dentre os pesquisadores que trabalham com Alexy consta da análise de Sieckmann & Bäcker (2010).

Adiante segue uma breve exposição sobre essas críticas e análises. O interesse das mesmas para o presente trabalho se dá no sentido de completude. Não há qualquer identidade entre elas e aquilo que se pretende desenvolver sobre o conceito de princípios.

1.8.1 Síntese das críticas ao conceito de princípio posteriores à publicação da Teoria dos direitos fundamentais

Em seu texto *The construction of constitutional rights*, Alexy (2010, p.24) enumera os sete principais grupos de críticas à Teoria dos Princípios. Essas críticas estão além das objeções apresentadas dentro da *Teoria dos direitos fundamentais*, previamente expostas. Elas são fruto da reflexão de outros autores.

O primeiro desses grupos apresenta as objeções teórico-normativas. Ele questiona a existência de princípios, como distinguir princípios de regras, se princípios são normas e se a oposição entre regras e princípios não é equivocada em razão da extraordinária variedade de normas. O texto *There are no legal principles*, de Larry Alexander, é pertencente a este grupo (ALEXY, 2010, p.25).

As objeções teoréticas argumentativas compõem o segundo grupo. Aqui se apresenta a questão sobre o sopesamento ser um procedimento racional argumentativo ou se ele deve ser classificado como não racional ou irracional. Bernhard Schlink, em seu texto *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, publicado no *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* é determinado como expressão dessa corrente (ALEXY, 2010, p.25).

O terceiro grupo questiona se a construção dos princípios pode ser considerada como um perigo para os direitos constitucionais, retirando a sua estrita validade como regras. Por considerarem a doutrina dos direitos constitucionais, essas objeções são denominadas objeções doutrinárias. Os escritos de Habermas em seu *Direito e democracia: entre facticidade e validade*¹⁴ são exemplo das objeções mencionadas (ALEXY, 2010, p.25).

O oposto, ou seja, a possibilidade de um destaque excessivo dos direitos constitucionais, é a objeção levantada pelo quarto grupo. Segundo essas objeções, a otimização leva à proliferação de direitos constitucionais, causando a constitucionalização excessiva do sistema jurídico, resultando em diminuição do papel do parlamento e criação de um estado constitucional judicial. Essa é a opinião apresentada por Ernst-Wolfgang Böckenforde, em seu *Staat, Verfassung, Demokratie*. São as chamadas objeções institucionais (ALEXY, 2010, p.25).

O quinto grupo consiste de interpretações teoréticas. Elas questionam como e se a construção dos princípios pode ser considerada como uma interpretação dos direitos constitucionais. A expressão dessa corrente pode ser encontrada no texto *The ultimate rule of law*, de David M. Beatty (ALEXY, 2010, p.25).

As questões teoréticas de validade constituem o sexto grupo. Elas acusam a Teoria dos Princípios de ameaçar a classificação superior da constituição. *Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen*, de Matthias Jestaedt, exemplifica essa corrente (ALEXY, 2010, p.26).

O último grupo é formado por objeções teoréticas científicas. Elas consideram os princípios como afirmações abstratas que não declaram coisa alguma e insuficientes para sustentar decisões futuras. Essa é a opinião expressa por Ralf Poscher em seu texto *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit* (ALEXY, 2010, p.26).

A resposta de Alexy a esses questionamentos foca-se na racionalidade do procedimento de sopesamento (ALEXY, 2010, p.32).

¹⁴ No original há a referência à obra em inglês: *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*.

1.8.2 Defeasibility ou Derrotabilidade

Sieckmann & Bäcker (2010, p.85) determinam uma objeção estrutural ao conceito de princípio de Alexy. Trata-se da *defeasibility*, que é a capacidade de acomodar exceções que não podem ser previstas e enumeradas para casos futuros. Para eles, há a impossibilidade da previsão de todas as exceções cabíveis para os princípios, enquanto todas as exceções a uma regra podem ser enumeradas.

Assim, as regras podem, em seu texto, conter exceções ao seu conteúdo. Os princípios, por sua vez, não poderiam ser excepcionados.

A derrotabilidade firma a distinção entre regras e princípios em um critério diferente daquele utilizado por Alexy. Ao invés de considerar a possibilidade de aplicação em graus, considera-se a possibilidade de criação de exceções.

Essa objeção é posterior à obra *Teoria dos direitos fundamentais* e por isso está mencionada em tópico separado. Deve-se acrescentar, também, em oposição às demais críticas, que o conceito de *defeasibility* não busca negar a existência dos princípios, mas acrescentar a eles outra característica de distinção em relação às regras.

1.9 Das objeções não percebidas

As críticas e objeções acima apresentadas não encerram todas as possibilidades de objeções aos princípios.

Não se opõe qualquer outra questão à racionalidade do sopesamento, mas as objeções mencionadas não alcançam todos os pontos oponíveis aos princípios ou ao sopesamento. Desde já, deve restar claro a inexistência de questionamentos quanto à existência ou validade dos princípios e, conseqüentemente, ao sopesamento.

As questões que se pretendem enfrentar são não mais do que esforços no sentido de legitimar os princípios enquanto categoria autônoma ou identificá-los com os valores.

A diferença determinada por Alexy, a saber, a prevalência daquilo que deve-ser na colisão de princípios em oposição àquilo que é melhor, na colisão de valores, será analisada na medida dos caracteres dos valores. O caráter *prima facie* será tratado como um elemento integrante de ambos os conceitos e não como um elemento de distinção entre princípios e valores.

Em obediência ao método cartesiano, a ordem das questões será invertida, pois a determinação da diferença mencionada, entre o dever-ser e o melhor, é mais abrangente do que a relativa ao caráter *prima facie*.

Objetivamente são três as perguntas cujas respostas pretendem-se obter com o presente trabalho.

A primeira delas é: há distinção entre princípios e valores, de forma a diferenciar os resultados da colisão verificada entre dois princípios do resultado verificado e aqueles resultados da colisão verificada entre dois valores? Para a resposta a essa pergunta, será levada em consideração a abordagem do conceito de valor, de sua estrutura e da possibilidade de sustentação da distinção acima mencionada.

A segunda questão a ser respondida considera a diferença determinada entre os princípios e os valores. Ela pode ser formulada da seguinte maneira: justifica-se distinguir os valores dos princípios com fundamento na atribuição de uma relação dos primeiros com o que é melhor, e dos segundos com aquilo que é devido? Esta questão se apresenta na medida em que Alexy vincula os valores a um caráter axiológico e os princípios a um caráter deontológico.

A terceira questão a ser respondida é: o que é o caráter *prima facie*? Mesmo que Alexy não se valha desse conceito para diferenciar os valores dos princípios, ele ainda está a merecer uma explanação mais detalhada.

Para responder às questões expostas, a abordagem do tema será realizada na ordem dos questionamentos acima expostos.

2 O CONCEITO GERAL DE VALOR E A EXISTÊNCIA DE SUA DISTINÇÃO PARA OS PRINCÍPIOS

Para responder à primeira questão formulada ao fim do primeiro capítulo, sobre a existência de uma distinção entre princípios e valores de forma a diferenciar os resultados da colisão entre dois princípios do resultado verificado entre a colisão de dois valores, necessária se faz a análise do conceito de valor em si. Essa análise, em razão de sua complexidade, considera, em primeiro lugar, os caracteres gerais dos valores para depois compará-los ao conceito de princípio de Alexy e, por fim, concluir, com fundamento no adiante exposto, pela inexistência de distinção entre este conceito e a concepção filosófica de valor.

2.1 Caracteres gerais do valor

O estudo dos valores se divide entre vários ramos do conhecimento. No campo antropológico, a literatura sobre valores e as teorias dos valores apresentam a dificuldade de não serem sistematizadas. Essa dificuldade se estende a toda a literatura (GRAEBER, 2001, p.1).

O estudo do valor como tema próprio é recente na filosofia. A axiologia somente ensaiou seus primeiros passos na segunda metade do século XIX (FRONDIZI, 1990, p.11).

O sentido exato de valor não é fácil de ser determinado, pois essa palavra representa um conceito móvel (LALANDE, 1996, p.1191). Para Ruyer (1969, p.12), o caráter específico do valor é o primeiro ponto a se comprovar.

Ainda que o título deste capítulo se volte para a generalidade do conceito, entende-se que a tarefa a ser cumprida no mesmo leva em consideração tanto o sentido exato da palavra valor, quanto a sua distinção para outros temas filosóficos. É justamente a dificuldade em determinar o valor que provoca a necessidade de uma exposição geral sobre o seu conceito.

Por ora têm-se por geral os caracteres aptos a diferenciar os valores de outros conceitos, determiná-los em si mesmos.

No período moderno, os valores foram subjetivados; de um atributo da coisa, o valor passou a ser um atributo do sujeito (MCDONALD, 2004, p.117). Mas essa consideração não é unanimidade. Há aqueles para quem o valor se encontra na coisa. Para Allen (1993), valores não se confundem com as crenças de um indivíduo ou com seu uso matemático. Estes seriam usos secundários derivados de um uso primeiro, qual seja: determinar se um objeto é bom ou ruim, certo ou errado (ALLEN, 1993, p.4). Dizer que algo é bom ou ruim é uma declaração fática (MACINTYRE, 2001, p.111). A seguinte passagem ilustra muito bem o exposto:

Dentro da tradição aristotélica, dizer que “x” é bom (donde “x” pode ser, entre outras coisas, uma pessoa ou um animal, ou uma política ou circunstâncias) é dizer que é o tipo de “x” que alguém escolheria se quisesse um x para a finalidade para a qual normalmente se quer “x”. Dizer que um relógio de pulso é bom é dizer que ele é o tipo de relógio de pulso que desse as horas com precisão (em vez de, digamos, para jogar no gato). O pressuposto desse uso de “bom” é que todo tipo de objeto que seja apropriado para se dizer que é bom ou ruim – pessoas e atos, inclusive – tem, de fato, alguma finalidade ou função específica. Dizer que algo é bom, portanto, também é fazer uma declaração factual. Dizer que determinado ato é justo ou certo é dizer que ele é o que um homem bom faria em tal situação; por conseguinte, esse tipo de declaração também é factual. Dentro dessa tradição, pode-se dizer que as declarações morais e normativas são verdadeiras ou falsas exatamente como se pode dizer de todas as outras declarações factuais. Mas quando desaparece da moralidade a ideia de funções ou finalidades humanas essenciais, começa a parecer implausível tratar os juízos morais como declarações factuais (MACINTYRE, 2001, p.111).

2.1.1 O conteúdo dos valores

Definir o valor em si é tarefa difícil. O valor é conhecido apenas de forma tácita (ALLEN, 1993, p.5). Isto não reduz a importância dos valores, retira deles a sua utilidade ou os torna impossíveis de serem conhecidos. Afirma-se uma particularidade dos valores, uma forma especial de conhecimento dos mesmos.

2.1.1.1 O conceito de valor e o preço

A palavra *valor* é derivada do latim *valere* e indica força, capacidade. Somente na época moderna relaciona-se ao preço (MORENO VILLA, 2000, p.761). Essa informação é controversa, uma vez que Ferrater Mora (2001, p.2970)

determina o primeiro uso do valor referido ao preço de algo, de natureza econômica. Este é o chamado valor de troca, em oposição ao valor de uso (LALANDE, 1996, p.1189). Essa é a concepção econômica de valor e relaciona-se com aquilo que o sujeito se encontra disposto a entregar por um determinado bem (GRAEBER, 2001, p.1).

Na verdade, como se verifica em Boyer (2012, p.24), há resquícios da ideia de valor nos primeiros momentos da história da matemática, no conceito de número. Pedras eram atribuídas em correspondência aos animais de determinado grupamento, quando os dedos se mostravam insuficientes.

Não se verifica, dentre os livros de filosofia consultados, qualquer referência a esse fato. Entretanto, a sua menção é relevante por apresentar características percebidas nos valores, como a atribuição de qualidades externas a algo. A criação de identidade entre as pedras e os animais não expressa somente uma correspondência matemática, mas também uma relação, uma representação.

2.1.1.2 O valor e o homem grego: o bem

Esta relação entre coisas distintas é percebida também entre os gregos. Jaeger (2001, p.867) determina o grau de exatidão e a pureza do conhecimento do objeto como diretamente relacionados à importância do valor, com fundamento em uma passagem de *A república*, 508 a- 509 b (PLATÃO, 1965, p.94). Nesta o sol e a luz são tomados em uma analogia com o conceito de bem. Essa analogia expressa a orientação dos sujeitos em razão daquilo que se deseja alcançar, o Bem, e a luz do sol como o meio para se conhecer aquilo que sensibiliza a visão.

O Bem seria o valor supremo. Não é necessário determinar sua essência, sendo sua característica mais geral ser ele aquilo que ninguém voluntariamente erra (JAEGER, 2001, p.868). Esta é a origem da hierarquização dos valores, pois, quanto mais inequívoco o bem, menor será a possibilidade de erro (MCDONALD, 2004, p.118).

A responsabilidade moral do sujeito é o atentar-se para o que é bom. O que distingue os valores morais dos demais valores é, conseqüentemente, o seu

comando sobre o sujeito (ALLEN, 1993, p.117). Ninguém orienta as suas ações pelo mal.

Os valores morais são caracterizados pela noção de dever e obrigação para um indivíduo (ALLEN, 1993, p.127). Nessa formulação, é possível considerar o valor como algo subjetivo, mas isto não é verdade. A busca de um bem sempre observará um procedimento próprio, realizado com o auxílio de um objeto, orientado para alcançá-lo. A possibilidade de verificação da utilidade daquele objeto no procedimento para alcançar o bem desejado é o que torna o valor objetivo e verificável por mais de um sujeito.

O valor não é o bem, ele é distinto da coisa (FRONDIZI, 1990, p.15). Enquanto a coisa é apreendida pelos sentidos, o valor é intelectual.

A identificação do valor com o bem também pode ser encontrada em Kant, na *Crítica da faculdade do juízo*, em seu §5º, sem incluir o belo e o agradável e em um sentido objetivo (ABBAGNANO, 2000, p.990). Para Kant (2012, p.46), o agradável, o belo e o bom são relações diversas das representações de prazer ou desprazer e da distinção de objetos.

Em termos sociológicos, o valor é o que é bom, adequado ou desejável para a vida humana (GRAEBER, 2001, p.1).

2.1.1.3 O valor e sua construção histórica

O valor não se expressa somente por adjetivos, mas também por substantivos em sentido figurado. Afirmar que alguém é um líder expressa o desempenho de um papel histórico. A afirmação indica o sujeito realizar plenamente o papel de líder ou possuir as características atribuídas ao substantivo em razão de verificações fundadas em experiências passadas (RUYER, 1969, p.17).

Trata-se de uma perspectiva histórica, pois a repetição daqueles caracteres em indivíduos que desempenharam a mesma função anteriormente justifica atribuir tal valor àqueles que desempenham a função hoje ou no futuro.

2.1.1.4 O valor negativo

A construção dos valores não se faz somente em razão de um desempenho histórico. Há outras formas para a sua construção e outros usos além daqueles referidos à história.

A língua alemã expressa três gêneros: o masculino, o feminino e o neutro. Na língua portuguesa, são somente dois os gêneros: o masculino e o feminino. Bem como no alemão, o valor pode ser positivo, negativo ou neutro. É um vício comum da língua portuguesa o uso da palavra *qualidade* como expressão de algo positivo do sujeito. Não é a forma mais técnica. As qualidades podem ser positivas, assim identificadas como virtudes, ou negativas, pejorativamente referidas como defeitos. A palavra *qualidade*, em si, é neutra, ainda que a língua portuguesa a tenha inserido dentre os substantivos femininos. Entretanto, no vernáculo também é possível perceber a gradação em três níveis, ainda que somente dois sejam os gêneros. Recorre-se, a título de exemplo, ao termo *moral*, que pode representar um conjunto de valores: amoral, utilizado para as questões não relevantes para o tema, e imoral, contrário à moral. O mesmo fenômeno se verifica em inglês, como apresenta Allen (1993, p.10), por exemplo, com os termos *valuable* – *valueless* – *disvaluable*. Não se trata de uma escala linear simples, como em um gráfico. Para a existência de desvalor requer-se a existência do valor positivo. A ausência do bem não é o mal, mas a prevenção, a redução ou a eliminação do bem é o mal (ALLEN, 1993, p.16).

O mesmo ocorre com o valor. Pode ele ser negativo, positivo ou neutro. Os valores negativos, ainda que mais abundantes, se relacionam diretamente à riqueza do mundo real. Cada vez que um valor negativo é examinado, um valor positivo se apresenta por contraste, implicitamente (RUYER, 1969, p.38). A afirmação pode levar a uma falsa impressão de correspondência entre valores positivos e negativos, mas o engano é de fácil solução. O valor positivo percebido do exame de um valor negativo não é sempre premiado pela originalidade.

2.1.1.5 O valor e o direito

Em relação ao direito, são dois os juízos de valor determinados por Kelsen (1998). O primeiro é aquele que qualifica a conduta de um sujeito como lícita ou ilícita. O segundo é referenciado ao produto da atividade do legislador como justo ou injusto. Estes são os valores de justiça e aqueles os valores de direito. Ambos devem ser considerados em relação a um ordenamento jurídico positivo, isso é vigente (KELSEN, 1998, p.204). Todos os juízos de valor de direito são frutos de uma norma fundamental pertencente à ordem jurídica de um dado Estado (KELSEN, 1998, p.215).

O juízo de valor que reconhece a licitude ou ilicitude de uma conduta o faz em relação a uma norma e assim confirma a existência dessa norma (KELSEN, 1998, p.219).

Desse modo, dentro de um determinado ordenamento jurídico, já se faz possível a identificação do permitido e do proibido em um determinado Estado.

2.1.1.6 O conceito de valor e a preferência

O valor pode, também, se relacionar à preferência de um indivíduo, mas não como sendo o valor derivado da escolha (FERRATER MORA, 2001, p.2970). É este o uso geral do termo *valor* (ABBAGNANO, 2000, p.989). Este uso do termo *valor* é de natureza geral e de título categórico, por determinar a estima destinada a cada bem em razão de suas características (LALANDE, 1996, p.1189). Os seus limites são subjetivos.

2.1.1.7 O valor e o ser

Em algumas doutrinas filosóficas, o valor se aproxima do ser. Isso se faz presente, por exemplo, em Platão. Ao avaliar as ideias como detentoras da máxima dignidade, ele as considera valiosas (FERRATER MORA, 2001, p.2970). O valor e o ser eram medidos com a mesma vara (FRONDIZI, 1990, p.11).

A distinção do valor e do ser é fácil quando se trata de existência física ou cósmica desprovida de individualidade e cujos valores são circunstanciais, projetados sobre eles pelos seres vivos. Assim se pode proceder com um rio. Seu valor pode oscilar entre o positivo, ao prover uma comunidade com água, peixes e uma via de transporte, ou negativo, ao ocasionar alagamentos e inundações, perdas materiais e infestação de doenças. Mas essa distinção se torna mais difícil ao considerar algo individualmente, como um homem. Este pode ser considerado em razão de valores circunstanciais ou ocasionais (RUYER, 1969, p.13). Assim, o valor será algo externo, derivado da consciência, e não acoplado ao objeto (RUYER, 1969, p.14). O valor explica forças macroscópicas e não o inverso (RUYER, 1969, p.49). Isso significa que o valor se presta a uma relação e não em si mesmo. O valor é de algo para um determinado fim e não absoluto em si mesmo, o que reafirma os valores como frutos da razão, são eles externos à coisa. Por essa razão, Frondizi (1990, p.18) relaciona o intelectual aos valores e o sensível às coisas.

A relação entre valor e ser não é objeto de plena concordância. Para McDonald (2004, p.134), uma pilha de peças e materiais pode existir enquanto dejetos e deles não se extrai qualquer utilidade. Entretanto, essa mesma pilha de dejetos pode ser organizada e constituir um avião. Dessa forma, opõe-se à existência ao valor.

2.1.1.8 O valor como resultado de desejo ou interesse

Como exemplo de separação entre o valor e o ser, pode-se mencionar a relação entre valor e interesse. O valor seria o desejado e o objeto adquirirá valor quando investido de um interesse (ABBAGNANO, 2000, p.992). Essa é uma classificação objetiva, mas a título hipotético (LALANDE, 1996, p.1189).

O valor trata daquilo que é desejável, mas não em termos simples e sim na medida daquilo que deve ser desejado. Valores são os critérios pelos quais os sujeitos julgam os seus desejos válidos ou não (GRAEBER, 2001, p.3). Fundar o valor no sujeito e não em um interesse é um erro que ignora a realidade do mundo. Os interesses de um sujeito não podem existir senão em relação ao mundo (MCDONALD, 2004, p.139).

Kelsen (1998, p.224) ressalta que o valor pode não se relacionar somente com um interesse, mas também com uma norma.

2.1.1.9 Valor e dignidade humana

O valor do sujeito humano é o fundamento de todos os valores (MCDONALD, 2004, p.124). Essa afirmação se justifica por estar o homem em posição central em relação aos valores. Tomando-o como sujeito da atividade em que o valor se verifica, é fácil perceber o fundamento da afirmação.

Aceitar a igualdade entre as pessoas é aceitar a necessidade de tratamento igual entre todos sem considerar fundamentos para distinção ou preferências. Quando se questiona o valor da vida humana, busca-se definir os fundamentos para justificar a igualdade entre todos e sua superioridade em relação a outras formas de vida (HARRIS, 1985, p.9). Este é o motivo pelo qual, em um naufrágio, deve ser salvo um semelhante e não um cachorro, por maior que seja o afeto pelo último.

2.1.1.10 Valor e forma

A forma não é um valor, pois há formas boas e formas ruins para o mesmo conteúdo, mas é muito difícil conceber um valor realizado fora de uma forma. É possível afirmar que a forma constitui o valor, ainda que com ele não se confunda (RUYER, 1969, p.27).

2.1.1.11 Valores intrínsecos

Os valores intrínsecos consideram os valores em si mesmos. Eles indicam valores internos, opostos à utilidade a qual surge da relação do objeto em questão com outro objeto. Eles sugerem um valor em si mesmo, enquanto que objetos somente possuem valor em relação a atividades e a padrões aplicáveis ao seu desempenho (ALLEN, 1993, p.19).

O valor intrínseco indica um valor em si mesmo e não um valor como meio. A sua natureza é moral e contraria a própria ideia de valor (ALLEN, 1993, p.20). O

valor, em si, não é ontológico, uma vez que ele não é percebido como entidade. O valor somente se faz presente em relação ao resultado de uma determinada atividade e não em si mesmo (MCDONALD, 2004, p.130).

2.1.1.12 As categorias de valores

Além dos valores intrínsecos, é possível classificar os valores de outras maneiras.

Allen (1993, p.19) divide os valores em quatro categorias: valores instrumentais ou de utilidade, valores de fundação, valores ingredientes e valores de desempenho.

Valores instrumentais ou de utilidade aplicam-se somente aos seres racionais, pois a utilidade é definida em razão de um fim (ALLEN, 1993, p.20). A racionalidade é considerada por Kant (2011, p.21) como o maior dos bens. Ela se presta a corrigir as influências sobre a alma e dar-lhe uma utilidade geral.

Os objetos adquirem valor cognitivo na medida em que contrastam, fundem ou embaralham com o seu contexto. Os valores gerais e constitutivos da atividade cognitiva são especificados em práticas de esferas específicas. Assim, a ciência e as atividades científicas não se separam, em qualquer medida, dos valores (ALLEN, 1993, p.106).

Os valores de fundação requerem a diferenciação entre operação e funcionamento. Operar é fazer algo, enquanto funcionar é realizar uma contribuição específica, o desempenho de uma função para a operação de algo de que o sujeito participa. Este valor se determina, assim, na medida em que cada um serve ao todo e contribui para o resultado (ALLEN, 1993, p.23).

Valores ingredientes são os valores estéticos, aqueles que não permitem a substituição (ALLEN, 1993, p.25). Os valores ingredientes são valores de relação (ALLEN, 1993, p.57). Sua compreensão se faz mais clara com exemplos. Não se admite a substituição de obras de arte. Um poema, uma pintura, um cantor não podem ser substituídos por outros sem que se perca a obra.

Valor de desempenho é aquele que indica o desempenho adequado de uma atividade (ALLEN, 1993, p.26).

Além das mencionadas, há outras categorias de valores (ALLEN, 1993, p.28) que não se fazem relevantes para o presente estudo.

2.1.1.13 O valor relativo

Além das categorias mencionadas, em oposição aos valores intrínsecos, é possível mencionar valores relativos. O relativismo dos valores é expresso em Nietzsche citado por Abbagnano (2000, p.991), a partir do momento em que pretende inverter os valores eternos, assim entendidos aqueles afetos à moral cristã, por outros valores, denominados vitais.

A relatividade dos valores é percebida, também, em termos econômicos, pois seriam derivados da relação entre o sujeito e o objeto (ABBAGNANO, 2000, p.992).

2.1.2 Valor e atividade

Mas não é esta a relatividade relevante para o presente trabalho. O valor sustenta a ideia de bem enquanto seu fundamento (MCDONALD, 2004, p.134).

O bem é aquilo que o sujeito deseja alcançar. Para tanto será necessária uma atividade. O valor se apresentará neste contexto, na medida em que uma determinada coisa se mostra útil ou inútil, proveitosa ou não proveitosa, para a realização da atividade.

Assim, na verdade, o valor é sempre relativo a uma atividade e nunca relativo a um sujeito determinado. A capacidade do sujeito de realizar ou não a atividade deriva de sua aptidão e não do objeto valorado. Assim, para determinadas atividades, ainda que o sujeito discorde, um determinado objeto é valioso na medida em que permite melhor realização do fim a ser alcançado.

2.1.2.1 Da relação entre valor e fato e a inserção da atividade em consideração aos valores

Os valores expressam conteúdos sobre quem os formula. Nessa medida, eles não podem ser falsos, uma vez que expressam a opinião de alguém sobre algo. Aos

fatos é reservada a descrição das coisas do mundo e, portanto, a possibilidade de serem falsos ou verdadeiros. Mas o sujeito que expressa um valor realiza um ato e este somente é distinto do fato em razão de conter a vontade de um sujeito. Assim, fato e valor não podem ser assumidos como separados um do outro. R. M. Hare citado por Allen (1993, p.2) determina os valores como comandos e Marjorie Grene citada por Allen (1993, p.2) considera a dicotomia ente fatos e valores insustentável, pois todos os julgamentos de fatos se fundamentam em julgamento de valores anteriores. Esta é a corrente à qual se filia Hilary Putnam em sua obra *The collapse of the fact value dichotomy* (2003).

O afirmado pode ser ilustrado com um exemplo: uma câmera somente é uma câmera se se encontra em funcionamento. Algo que se assemelha a uma câmera, mas não tira fotos, é algo diverso (ALLEN, 1993, p.74). O objeto e consequentemente seu valor são determinados pelo fim que buscam alcançar e pela atividade que permitem realizar.

A vida, a consciência e seus produtos são esferas de atividade, realização e valor, cujas operações não podem ser meramente observadas e descritas. Essas esferas somente podem ser descritas considerando as atividades relevantes e em consideração ao seu sucesso, falhas ou erros (ALLEN, 1993, p.80). Os valores estarão presentes na medida em que determinada atividade realizada com um objeto alcança o fim desejado, o resultado esperado. Quanto mais perfeito o fim alcançado, o resultado, mais valioso será o objeto para aquela atividade.

Tem-se, portanto, a relação entre o valor e a atividade. Um determinado objeto somente será valioso se se presta a promover a realização do fim desejado através de uma determinada atividade.

O ouro exemplifica a questão. Ele não se faz valioso, ao contrário do que muitos pensam, simplesmente por ser ouro, mas por suas propriedades, ou seja, em razão das atividades que podem ser realizadas com ele, e que não se fazem possíveis com outros metais, para alcançar determinados fins.

Tomar os valores de outra maneira é absurdo. Cita-se como exemplo um simples clipe de papel. Ele jamais poderá ser substituído em sua função por uma chave de fenda (MCDONALD, 2004, p.140). O fim de manter unidos determinados papéis cabe ao clipe e não à chave de fenda. Pode-se arguir o uso da chave de

fenda como um peso, para manter os papéis unidos, mas isso pressupõe uma chave de fenda pesada e, como pode se ver nos instrumentos de um relojoeiro, nem todas elas são. Ainda que pesada o suficiente para manter os papéis unidos, a chave de fenda não poderia continuar a desempenhar a função se os papéis fossem erguidos ou colocados debaixo do braço. Assim, para a finalidade de manter papéis unidos, o clipe é muito mais valioso do que a chave de fenda.

São, portanto, três os elementos de uma relação de valor: um objeto, uma atividade e um fim. O valor de um objeto será mensurado na sua aptidão para contribuir na realização da atividade que busca o fim escolhido. A esses elementos se restringe a racionalidade aplicável aos valores.

O sujeito não integra a relação, pois sua capacidade para realizar a atividade e alcançar o fim é particular. Se uma pessoa é mais habilidosa do que outra para alcançar determinado fim se valendo do mesmo objeto, isso é mérito da pessoa e não desacredita o objeto em qualquer medida.

Alexy (2005, p.183) propõe em sua *Teoria da argumentação jurídica*, em uma extensão do exposto em oposição ao trilema de Münchhausen, que o discurso é relevante para fundamentar a escolha do objeto mais valioso (2005, p.183), mas essa opção não resultaria em um abandono dos elementos previamente mencionados como elementos da relação de valor. Os sujeitos podem concordar sobre a maior ou menor eficiência de um objeto para realizar uma atividade e alcançar um fim, mas isso implica, necessariamente, discutir o objeto, a atividade e o fim.

Sugere-se como exemplo o martelo. Considerando o objeto, dois sujeitos podem propor novos materiais ou um novo desenho para a sua construção, alterando o objeto, mas nem por isso ele deixará de ser um martelo. Pode-se propor uma forma mais segura de manuseio, algo desejado por todos, mas assim, ao acrescentar a segurança, altera-se o seu fim, pois o martelo não se prestará somente às suas tarefas usuais, mas também à segurança. A alteração de seu uso das atividades que podem ser desempenhadas com o martelo também implica a alteração dos fins a que se presta o martelo.

Uma vez que o discurso sobre o valor de determinado objeto sempre considerará o objeto em si, a atividade a ser com ele desempenhada e o fim que se

visa alcançar, a teoria do discurso, em relação à determinação de valores, é acessória e não necessária.

2.1.2.2 A relação entre valor e atividade

Todas as categorias de valor pressupõem a ideia de atividade (ALLEN, 1993, p.31). Assim, os adjetivos referem-se ao substantivo sempre indicando sua presteza e adequação em relação a uma determinada atividade. Essa atividade, por sua vez, é aquela que busca alcançar um bem.

Os objetos inanimados pertencem à esfera do valor ou à esfera da atividade (ALLEN, 1993, p.64). Uma atividade pode ser desempenhada bem ou mal, corretamente ou incorretamente, e qualquer objeto ao redor do sujeito que desempenha a atividade torna-se, em relação à atividade, valioso, desvalorado ou isento de valor como instrumento ou ingrediente para a execução da atividade (ALLEN, 1993, p.53).

As atividades distinguem-se por ter um fim (ALLEN, 1993, p.54). Esse fim pode ser interno, encontrado na própria atividade, como a satisfação do músico ao executar as notas de uma partitura, ou externa, como a saúde buscada ao se realizarem exercícios físicos. Esta escolha não precisa se dar de forma consciente (ALLEN, 1993, p.56). O exemplo dos exercícios físicos esclarece este ponto. Ainda que o sujeito realize a caminhada em busca dos benefícios que ela traz à saúde, nada o impede de sentir prazer no momento em que realiza a atividade.

Esses argumentos se fazem afins com a análise da ética na perspectiva apresentada por Aristóteles em *Ética a Nicômaco*, considerando a diferença entre o que é o homem e o que o homem poderia ser se realizasse a sua natureza essencial. Entre estes elementos, a Ética seria o conhecimento apto a capacitar o homem a entender a transição entre sua realidade e a realização de sua natureza essencial. Relacionam-se, assim, potência e ato na medida em que o ato é o que existe e a potência é aquilo que poderia ser realizado (MACINTYRE, 2001, p.99). Para Aristóteles (2009, p.40), toda ação de conhecer e toda intenção deliberada estão dirigidas à consecução de um bem

São três os elementos envolvidos neste procedimento: a natureza humana como é, os preceitos éticos e a natureza humana em sua natureza essencial. Esses elementos requerem uns aos outros para uma compreensão plena (MACINTYRE, 2001, p.100).

2.1.2.3 Valor e objeto

Os objetos podem ser, de modo alternativo e sem descartar os seus opostos, bons, certos, corretos (ALLEN, 1993, p.34). Todas estas considerações se dão entre o objeto, a atividade a ser desempenhada com seu auxílio e o bem a ser alcançado.

A correção é uma forma de adequação. Dizer que alguém realizou algo corretamente é dizer que ele realizou a tarefa de acordo com uma regra, com um método ou o conjunto dos dois (ALLEN, 1993, p.36).

A adequação implica uma exigência ou um conjunto de exigências a serem preenchidas quando aplicáveis. São os padrões de adequação (ALLEN, 1993, p.36). Avaliar algo é identificar o objeto em questão e relacioná-lo a uma atividade ou a um padrão (ALLEN, 1993, p.89).

2.1.3 A fundamentação dos valores

Determina-se o valor de um objeto valor em razão de um fim e da atividade a ser realizada com aquele objeto para alcançá-lo. Se o objeto contribui para a realização da atividade que busca ao fim, ele é valioso. Caso o objeto não contribua para a atividade, ele não possui valor. Ao prejudicar a atividade, o objeto possui valor negativo. Assim são atribuídos parâmetros de fundamentação dos valores. Entretanto, das críticas mais comuns em relação aos valores é a ausência de sua fundamentação, como se verá a seguir.

2.1.3.1 Weber e os valores sem fundamento

Segundo Boudon (2001, p.7), Carl Schmitt e Leo Strauss avaliam a obra de Max Weber como defensora de valores infundados, dos valores como resultado de

uma decisão livre. Mas o que apresenta Weber é muito diferente. Ele diz que os valores não podem ser, em última instância, demonstrados como aceitáveis. Isto nada mais é do que a expressão de um postulado no qual se funda toda a ciência, proposto pelo apóstolo Paulo. Ou seja: a simples alegação de falta de fundamento dos valores não é suficiente para invalidá-los, em razão de esta mesma falta de fundamento também ser percebida na ciência.

Em síntese, a respeito das considerações de Weber, os valores são passíveis de demonstração, mas isto não os faz absurdos ou irracionais (BOUDON, 2001, p.32). Sobre os valores pesariam as mesmas objeções cabíveis em relação a toda a ciência ou, de outra maneira, os valores se fundam em postulados (BOUDON, 2001, p.7).

2.1.3.2 Outras teorias para questionamento da fundamentação dos valores

Outras teorias trabalham a fundamentação dos valores. Elas podem ser classificadas em grupos: os fideístas; os céticos, divididos em decisionistas e causalistas, e, por fim, os racionalistas (BOUDON, 2001, p.27).

As teorias fideístas tentam provar que as crenças axiológicas são fundadas em princípios de valores absolutos (BOUDON, 2001, p.27) que dispensariam a demonstração (BOUDON, 2001, p.28). Isto é uma expressão de fé, ou seja, se afasta da razão e da possibilidade de uma fundamentação racional. Acreditar, ou não, é um ato do sujeito, realizado na medida de suas convicções.

As teorias céticas possuem em comum a impossibilidade de fundamentação dos valores. Enquanto os céticos decisionistas consideram o ponto de vista de que crenças axiológicas se fundam em princípios livremente sustentados pelos sujeitos, os céticos causalistas consideram que as crenças axiológicas não dependem da consciência do sujeito, são elementos de consciência derivados de agentes externos, tais como: a física, o contexto social, a biologia, etc. (BOUDON, 2001, p.27).

Geralmente a classificação de uma teoria como decisionista contempla as seguintes afirmações: a crença em valores; a impossibilidade de fundamentação dos valores em revelações, intuições ou razão; a rejeição da transmissão de valores

como meros fatos da psicologia, da biologia ou de causas sociais (BOUDON, 2001, p.30).

A percepção dos valores não como fundados, mas como causados é expressa pelos causalistas (BOUDON, 2001, p.32). Freud e Pareto podem ser incluídos entre os causalistas, uma vez que atribuem questões de afeto às crenças axiológicas. Entretanto, deve ser lembrado que não se pode explicar sentimentos morais ou crenças axiológicas em razão de efeitos psicológicos (BOUDON, 2001, p.35). É possível classificar as crenças normativas e, conseqüentemente, os valores como produtos culturais. Contra esta corrente, pode ser levantado o fato de os valores serem inseridos em culturas diversas partilhando uma dimensão comum autorizadora de críticas (BOUDON, 2001, p.38).

As teorias racionalistas levam o trilema de Münchhausen em consideração de uma maneira particular, uma vez que tentam derivar valores morais dos procedimentos aos quais atribuem valor absoluto (BOUDON, 2001, p.27). A legitimação do conhecimento axiológico se daria pelos mesmos procedimentos do conhecimento científico. Elas podem ser divididas em três grupos: utilitaristas, funcionalistas e cognitivistas.

O interesse do sujeito no cumprimento de determinada prescrição é a marca dos utilitaristas (BOUDON, 2001, p.41). Atribui-se ao agente a capacidade de calcular racionalmente os melhores meios para satisfazer suas preferências.

A distinção entre utilitaristas e funcionalistas não é grande. Em acréscimo ao que consideram os primeiros, os últimos colocam o interesse no modo de operação e sistema em que os agentes se encontram inseridos.

As teorias cognitivistas começam da ideia de que valores e normas derivam do procedimento que os agentes sociais consideram aceitáveis. Ou seja: o trilema de Münchhausen é respondido pela resposta que se considera correta (BOUDON, 2001, p.44).

Em comum, as teorias racionalistas apresentam a possibilidade de análise dos valores de maneira fundamentada (BOUDON, 2001, p.45).

2.1.3.3 Os valores e o trilema de Münchhausen

Para explicar a impossibilidade de demonstração dos valores sem qualquer prejuízo de sua consideração enquanto elementos de racionalidade, Pierre Boudon (2001) se vale do trilema de Münchhausen.

Esse trilema, cuja denominação é uma homenagem ao famoso barão que se livrou da areia movediça ao puxar a si mesmo pelos cabelos, de autoria de Hans Albert, apresenta três possibilidades de fundamentação de uma teoria científica. São elas: qualquer teoria se funda em princípios e os princípios que fundam uma teoria são tratados como verdades embora infundados; ou são fundadas em princípios e estes princípios são fundados em outros princípios *ad infinitum*; ou se estes princípios se fundam em sua consequência, de uma maneira circular (BOUDON, 2001, p.22; ALBERT, 1976, p.22).

Boudon (2001, p.24) encontra solução para a questão levantada por Albert em relação ao fundamento do conhecimento na abordagem de Popper para a teoria do conhecimento. Os princípios são conjunturas e somente se tornam verdades na medida em que não se justifica o seu questionamento.

Toma-se a presente afirmativa como verdade, continuando o trabalho considerando as características que Alexy atribui aos princípios. Esta justificação se faz necessária, pois a afirmação atribuída a Popper apresenta um questionamento de fato relevante: em qual medida os princípios ou valores podem ser tomados como verdade? Entretanto, responder a essa pergunta dentro do presente trabalho é alterar por demais o seu objetivo inicial.

Vale mencionar a síntese de Boudon (2001, p.54): mesmo que o trilema de Münchhausen crie uma dúvida sobre toda verdade, ele expressa a busca de todas as culturas pela racionalização.

2.1.3.3.1 Hans Albert e o trilema de Münchhausen

O trilema de Münchhausen é de interesse para o presente trabalho por apresentar uma questão sobre a fundamentação do conhecimento (ALBERT, 1976, p.22).

Em certa medida, é este um dos pontos discutidos de maneira implícita na pesquisa cujos resultados aqui se apresentam. A discussão se faz de forma implícita em razão do objeto da pesquisa. Aqui se busca apenas validar o conhecimento axiológico e não o conhecimento como um todo. Ou seja: a busca pela fundamentação acima de qualquer dúvida, neste trabalho, somente objetiva os valores.

Essa busca da fundamentação é percebida por Albert (1976, p.23) como um postulado geral da metodologia clássica do pensamento racional assim formulado: busca sempre uma fundamentação suficiente para todas as tuas convicções.

O trilema de Münchhausen se apresenta quando os argumentos são considerados em perspectiva à lógica (ALBERT, 1976, p.24). Enfrentando três relações simples de lógica formal¹⁵, Albert concluiu pela necessidade dos fundamentos de determinado conhecimento. A afirmação é uma radicalização da busca do fundamento e a ela somente três soluções assistem: o regresso ao infinito, o círculo lógico na dedução e a interrupção do procedimento (ALBERT, 1976, p.27).

O regresso ao infinito é a busca incessante das razões de algo. Uma vez que estas se apresentem, a busca continua pelas razões das razões e assim prossegue infinitamente. Esse procedimento é muito comum em crianças. Para toda e qualquer questão que lhes atraia a atenção, há sempre pronta a pergunta: mas por quê?

O círculo lógico é também conhecido por círculo vicioso. Trata-se do procedimento em que dois argumentos são tomados simultaneamente causa e consequência um do outro. É a situação do cachorro que, tentando morder o próprio rabo, gira mais rapidamente, afastando-o na mesma velocidade e levando-o a girar ainda mais rápido, em um procedimento sem fim.

A interrupção do procedimento nada mais é do que a fixação de um ponto como suficiente para fundamentar o conhecimento.

A terceira opção é a considerada por Albert (1976, p.27) como a mais adequada, considerando a impossibilidade de aceitação das outras duas. O argumento mais comum para justificar a interrupção do procedimento seria a alegação de autoevidência, de autofundamentação, do conhecimento imediato ou da

¹⁵ “I - Através da dedução lógica nunca se pode obter um conteúdo. II – Um argumento dedutivo válido nada diz sobre a verdade de seus componentes [...]. III – Um argumento dedutivo sem valor proporciona uma conclusão falsa, para o qual nenhuma garantia é dada” (ALBERT, 1976, p.26).

vontade do sujeito em estabelecer um ponto arquimédico. A crença na autoevidência do conhecimento é compartilhada com Popper (ALBERT, 1976, p.29). A democratização da ideia de revelação na teoria do conhecimento a submete à razão ou aos sentidos (ALBERT, 1976, p.33). Para Albert (1976, p.33), isso não significa o abandono da fundamentação do conhecimento em uma instância superior.

Aceitar algumas verdades como dadas ao conhecimento estabelece um critério de validade que soluciona imediatamente os problemas de origem e validade. A razão, assim, legitima o conhecimento e o torna verdadeiro. Isto nada mais é do que a opção pela interrupção do procedimento de fundamentação, ou seja, a terceira hipótese do trilema de Münchhausen (ALBERT, 1976, p.36).

2.1.3.3.2 O entendimento de Alexy sobre o trilema de Münchhausen

As considerações de Hans Albert sobre a fundamentação do conhecimento não passaram despercebidas por Alexy (2008a, p.183) ao apresentar um esboço de uma teoria do discurso prático racional geral.

O uso de regras pragmáticas, assim consideradas as regras do discurso acrescidas dos comportamentos do falante, não garantiria a certeza de todo o resultado, mas ao menos o tornaria racional (ALEXY, 2008a, p.183) resolvendo o trilema de Münchhausen.

A proposta de Alexy (2008a) não resolve a questão e também não foge da argumentação proposta por Albert (1976). Trata-se de uma interrupção do procedimento, de um duplo ponto arquimédico.

O primeiro ponto é o uso de regras pragmáticas. Ainda que abertas para a argumentação, não há uma superação absoluta dos limites. Estes devem ser respeitados na mesma medida em que se aplicam ao discurso em geral. Não se pode acreditar que a teoria do discurso seja ilimitada. O proposto se encaixa dentro daquilo que Albert denomina de interrupção do procedimento, pois o uso das chamadas regras pragmáticas nada mais é do que a determinação de um ponto arquimédico através de procedimentos convencionados ou por todos aceitos em relação ao discurso.

Se isso não se fizesse suficiente para demonstrar a aplicação do trilema de Münchhausen ao discurso em geral e, conseqüentemente, ao discurso jurídico, o apelo à razão, aqui tomada como a razão aplicada ao discurso, não lograria melhor sorte. Como explica Albert (1976, p.33), o recurso à razão nada mais é do que a fundamentação do conhecimento em uma instância segura, ou seja: uma interrupção do procedimento. Tem-se, assim, o segundo ponto arquimédico.

O recurso à razão como o fundamento de todo o conhecimento não é inválido. Ele também é manifestado no estudo dos valores (MCDONALD, 2004, p.124). Entretanto, não deixa de ser a adoção de uma interrupção.

Para Albert (1976, p.33), o determinar da razão como fundamento de todo o conhecimento possui similitude com a identificação de revelações. É este o lugar em que Alexy coloca a teoria do discurso em relação ao trilema de Münchhausen. Como se verá adiante, a teoria do discurso não é o instrumento mais eficiente para a fundamentação dos valores. Não reconhecer estes limites é, justamente, identificar a teoria com algo ilimitado, divino, uma revelação.

Assumir que todo conhecimento deriva daquilo que é dado ou pré-determinado desconsidera a possibilidade de novas construções, a criatividade (MCDONALD, 2004, p.127). Esta crítica não pode ser estendida à teoria do discurso, pois nela os sujeitos dispõem da possibilidade de inserção de novos conhecimentos, mas assumir que ela se encontra apta para resolver todos os problemas filosóficos é atribuir-lhe uma competência ilimitada e ignorar por demais outros elementos presentes em campos diversos da filosofia.

2.1.3.4 A perenidade e a impossibilidade de uma fundamentação definitiva

Convicções axiológicas podem ser reconhecidas coletivamente por se fundarem em razões percebidas pelas pessoas como fortes, da mesma forma que as crenças. Mas essas razões não se fundam em princípios últimos. Como crenças factuais, o conhecimento axiológico se funda em um complexo de argumentos (BOUDON, 2001, p.47).

Os argumentos que fundamentam um valor podem se alternar em relevância, levando à substituição de valores ou à sua reconsideração. Assim se deu com a

questão do trabalho pago, considerado por Kant como forma de prostituição (BOUDON, 2001, p.48) e hoje não somente admitido, mas também regulado em lei. O mesmo se verifica com a escravidão, a qual Aristóteles (2010, p.16, 1255a, 25-30) considerava legal nos casos em que a lei e a força coincidissem (TOSI, 2003, p.75) e hoje proibida, considerada degradante.

Discussão análoga no que diz respeito à possibilidade de alternância entre os valores percebidos, presente em obras jurídicas, é a apresentada por Dworkin (2000, p.175) sobre a possibilidade de uma resposta certa em casos controversos. Para Dworkin (2000), “[...] é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente ao conteúdo jurídico relevante” (DWORKIN, 2000, p.216). Ou seja: há uma resposta para cada caso.

Em texto posterior, ao enfrentar a mesma questão, a possibilidade de uma resposta correta em casos controversos, Alexy (1988) diverge de Dworkin (1976). O raciocínio por ele apresentado menciona a possibilidade de uma única resposta correta se e somente se observadas cinco idealizações, a saber: tempo ilimitado, informações ilimitadas, clareza linguística conceitual ilimitada, capacidade e disposição ilimitadas para a troca de papéis e ausência ilimitada de prejuízos (ALEXY, 1988, p.151).

Assim, a proposta de Boudon (2001), de fundamentação dos valores em convenções, derivada de Albert, se faz adequada e análoga à solução proposta por Alexy (1988) para os casos judiciais na medida em que em ambos os casos somente um complexo de argumentos permite alcançar um resultado. Sabe-se que as condições que permitem achar uma única e definitiva resposta correta são as ideais e, portanto, na realidade, não se tem uma resposta correta para cada caso. A resposta correta pode ser alterada na medida em que se alteram as variáveis verificadas, assim como os valores e seus fundamentos.

2.2 A comparação entre o conceito de princípios de Alexy e os valores

Considerando a exposição realizada, em síntese do conteúdo trabalhado até o momento, resta a sua aplicação ao conceito de princípio de Alexy.

Esta exposição se dá em duas iniciativas. A primeira delas cuida de determinar os principais pontos sobre os valores. A segunda, de analisar a identificação dos princípios com os valores.

O resultado das duas iniciativas anteriores é a análise da possibilidade de distinção entre princípios e valores.

2.2.1 *Dos elementos da ideia de valor*

São três os elementos a serem levados em consideração quando se trata de valores: o objeto, a atividade e o fim a ser alcançado. O valor será mensurado na aptidão do objeto contribuir para a realização da atividade que busca o fim escolhido.

Isso expressa os elementos em que a racionalidade deve ser aplicada na verificação de um valor. Como exposto, ainda que se tentem outras abordagens, como a ética do discurso, ao considerar valores esses elementos não podem ser ignorados.

De acordo com o exposto sobre as teorias de Boudon (2001) e Albert (1976), a fundamentação dos valores não se distingue daquelas aplicáveis a outros conhecimentos. Considerando os elementos verificados nos valores, é possível a exposição de argumentos próprios para a sua fundamentação.

Não são, portanto, pertinentes as críticas que aproximam os valores da arbitrariedade ou os restringem a uma dimensão exclusivamente subjetiva. Uma vez que se podem estabelecer procedimentos para verificação dos valores através dos seus elementos, há a possibilidade de sua verificação racional e intersubjetiva.

2.2.2 *Os princípios como valores*

Alexy (2008b, p.561) se opõe a uma identificação plena entre princípios e valores, ainda que reconheça serem aqueles uma roupagem diferente destes.

As diferenças entre valores e princípios ficam restritas a dois pontos. O primeiro deles é a mencionada diferença de roupagem. Enquanto os princípios seriam de natureza deontológica, os valores seriam de natureza axiológica (ALEXY,

2008b, p.153). O segundo ponto é a natureza *prima facie* dos princípios, utilizada para explicar a questão da roupagem (ALEXY, 2008b, p.103; 153).

2.2.2.1 A aproximação dos conceitos

Em todos os demais elementos, princípios e valores se assemelham. Para que não exista qualquer dúvida quanto a isso, vale a pena uma comparação entre eles. Para tanto, uma análise de seus elementos se faz adequada.

2.2.2.1.1 Os elementos do valor: objeto, bem e atividade

O objeto do valor é aquele do qual se utiliza o sujeito para realizar a atividade que o conduzirá ao bem pretendido. Trata-se de um conceito abstrato e variável. Cada atividade, cada fim, demanda um objeto próprio.

A atividade é aquilo a ser realizado pelo sujeito, com o auxílio do objeto para alcançar o fim.

O fim a ser alcançado é, por excelência, na expressão de Platão, o bem. Tem-se o valor quando a atividade e o objeto permitem o alcance do fim. Nesse caso ambos se mostram valiosos.

2.2.2.1.2 O conceito de princípio de Alexy

Alexy (2008b, p.90) define os princípios como mandamentos de otimização. A análise desse conceito foi desenvolvida no capítulo anterior, mas sua retomada se justifica para a comparação.

São dois os elementos do conceito de princípio de Alexy: o mandamento, ou comando, e a otimização. A identificação desses elementos com aqueles que integram o valor é imediata.

A otimização se refere ao fim, ao bem a ser alcançado.

O mandamento, ou comando, nada mais é do que a atividade a ser executada.

Esta abordagem não alcança o objeto, deixando-o de fora do conceito de princípio, mas esta questão pode ser resolvida com facilidade. Tomando princípio como um mandamento ou um comando, fica claro o seu conteúdo enquanto ordem. Mandar, comandar e ordenar estão grafados no dicionário como verbos transitivos diretos, ou seja: não dispensam objeto (HOUAISS, 2001a, p.766; 1830; 2076).

2.2.3 Da distinção entre princípios e valores

Alexy (2008b, p.561) reconhece, na *Teoria dos direitos fundamentais*, que os princípios são, na verdade, espécie dos valores, mas ele atribui aos primeiros uma roupagem deontológica e aos segundos uma roupagem axiológica. Assim, o exposto acima não pode ser tomado como uma novidade absoluta, mas a identidade entre os elementos dos princípios e os elementos dos valores se mostra suficiente para justificar a inexistência de distinção, pois não seria razoável considerar que dois conceitos que partilham dos mesmos elementos e servem ao mesmo fim são realmente distintos entre si e não apenas uma opção de nomenclatura.

Maiores avanços na percepção da distinção entre princípios e valores poderá eventualmente ser verificada com uma incursão nos estudos de normatividade desenvolvidos por Philipa Foot, Robert Nozick e outros.

Assim, em uma comparação dos elementos que compõem cada um, princípios e valores são a mesma coisa. Entretanto, para poder sustentar essa afirmação sem qualquer restrição, as diferenças específicas determinadas por Alexy sobre a distinção entre valores e princípios merecem ser devidamente consideradas e explanadas, para a certeza de correção dos argumentos por ele alegados ou para declaração de identidade plena entre princípios e valores.

Estas diferenças específicas são aquelas mencionadas na segunda e na terceira questões constantes do último item do capítulo primeiro. À análise delas é dedicado o capítulo seguinte.

3 O CARÁTER *PRIMA FACIE* E A DISTINÇÃO EM RAZÃO DA AXIOLOGIA

3.1 Das distinções percebidas por Alexy para especificar os princípios em relação aos valores

O presente capítulo busca responder às duas perguntas remanescentes. A primeira dessas perguntas é: justifica-se distinguir valores de princípios com fundamento na atribuição de uma relação dos primeiros com o que é melhor e dos segundos com aquilo que é devido? A segunda questão a ser respondida é: o que é o caráter *prima facie*? Ambas as questões são fundamentadas, como se viu anteriormente, nas distinções percebidas por Alexy entre os valores e os princípios.

Para respondê-las, será observada a ordem em que as questões são levantadas pelo autor.

3.2 Do caráter axiológico dos valores e do caráter deontológico dos princípios

Ao distinguir os valores dos princípios, Alexy (2008) o faz se valendo de dois conceitos: a axiologia e a deontologia.

Axiologia é a teoria dos valores (ABBAGNANO, 2000, p.101). Segundo a nomenclatura adotada por Alexy (2008b), “[...] os conceitos axiológicos são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom” (ALEXY, 2008b, p.145).

A deontologia, por sua vez, pode ser tomada em duas acepções. A primeira delas é de criação de Bentham e designa os conhecimentos que visam ensinar ao homem a direção de suas emoções de modo a subordiná-las ao seu próprio bem-estar (ABBAGNANO, 2000, p.240). Esta menção ao texto de Bentham se faz importante em razão de sua abordagem histórica. Entretanto, para o presente trabalho, a deontologia é tomada em outro sentido. Este é mais próximo daquele apresentado por Von Wright em seu texto *Deontic logic*. Ao determinar a existência de quatro grupos de conceitos modais, Von Wright atribui a um deles a nomenclatura de modal deôntico ou modos de obrigações. A esse grupo são atribuídos os conceitos de obrigatório, permitido e proibido (VON WRIGHT, 1951,

p.1). Eles identificam os elementos que compõem os conceitos de deontico e se relacionam diretamente com a ideia de dever. É dentro dessa perspectiva que Alexy (2008b, p.145) se vale do termo. Para ele, deontológico é aquilo que se vincula ao dever, à proibição e à permissão de direito a algo.

Os conceitos de Alexy (2008b, p.145), segundo a nota de rodapé n.161 do capítulo terceiro da *Teoria dos direitos fundamentais*, são fundamentados nas obras *The logic of preference* e *The varieties of goodness*, ambas de autoria de Georg Henrik von Wright, e *Practical reason and norms*, de Joseph Raz (ALEXY, 1994, p.126).

Em relação às obras de Von Wright, Alexy (2008b) sustenta o uso de duas designações para o mesmo conceito. Aquilo que em uma obra é considerado como antropológico, na outra é intitulado psicológico. No lugar de *deontológico*, é usado o termo *normativo* e a expressão *conceitos valorativos* substitui o termo *axiológico* (2008b, p.145). Alexy (2008b, p.145) determina a existência, na obra de Raz, desta distinção tríplice.

Neste trabalho, considera-se adequada a abordagem, em primeiro lugar, da obra de Von Wright. Essa opção se dá em razão da importância da mesma dentro dos escritos de Alexy. Aos escritos de Joseph Raz, segundo o texto de Alexy, restou a função de confirmar o exposto por Von Wright. Para tanto será apresentada uma breve biografia de Von Wright, no intuito de situar o autor e seus trabalhos dentro do panorama filosófico, e a análise de conteúdo das obras *The logic of preference* e *The varieties of goodness*, a comparação do conteúdo das obras com as conclusões de Alexy e, por fim, a verificação da tríplice distinção determinada por Raz.

3.2.1 Georg Henrik von Wright

Alexy fundamenta o principal ponto da distinção por ele percebido entre valores e princípios nos primeiros tópicos da obra *The logic of preference*, de Georg Henrik von Wright. Os pontos dela retirados são, então, reafirmados pela percepção da mesma tripartição na obra *Practical reason and norms*, de Joseph Raz.

No que toca ao autor, Georg Henrik von Wright é, sem dúvida alguma, dos mais autorizados a expor sobre o tema. Professor na Universidade de Helsinki, Von

Wright era de nacionalidade finlandesa e foi o responsável pela execução do legado literário de Wittgenstein, a quem sucedeu em Cambridge. Seus trabalhos filosóficos abordam indução e lógica: em sua forma modal e deôntica. A ele pode ser atribuída a invenção desta última (HACKER, 2003).

3.2.1.1 The Gifford lectures

Após a morte de Wittgenstein, Von Wright renunciou à sua cátedra em Cambridge e retomou a posição de professor em Helsinki. Em 1959, convidado a lecionar as *Gifford lectures* em Edinburgh, na Escócia, ele desenvolveu dois de seus mais importantes trabalhos: *The varieties of goodness* e *Norm and Action* (HACKER, 2003).

As *Gifford lectures* foram instituídas em 1885 por Adam Lord Gifford em testamento, com uma doação em favor de quatro universidades escocesas, para o desenvolvimento de estudos sobre a religião. Sendo lecionadas desde 1888, os indicados para as *lectures* desenvolvem estudos por dois anos, renováveis por períodos adicionais de dois anos, desde que cumpridos alternadamente em uma das faculdades beneficiadas pelas *lectures*. Participantes ilustres como Hanna Arendt e Hilary Putnam figuram dentre aqueles que participaram do programa.

Os dois trabalhos publicados por Von Wright como parte do programa são disponibilizados *on-line*, no *site* das *lectures*¹⁶.

3.2.1.2 The logic of preference

A obra *The logic of preference* não é mencionada como parte dos trabalhos desenvolvidos por Von Wright durante o período em que participou das *Gifford lectures*. Entretanto, o livro também é fruto de conferências desenvolvidas perante a Universidade de Edimburgo, em maio de 1962, perante o *Northern Scholars Committee*. Foi publicado em 1963 pela editora da Universidade de Edimburgo. Sua estruturação, em razão de sua origem em uma série de palestras, é bastante

¹⁶ O *site* do programa é <<http://www.giffordlectures.org/>>. Os trabalhos de Von Wright, bem como os de outros autores, podem ser localizados pela busca por autor, título ou palavra.

particular. São vinte e oito parágrafos prefaciados, sem referências bibliográficas. A única exceção fica por conta da obra *The logic of better*, de Sören Halldén. Von Wright (1963, p.18) a menciona como sendo a única a realizar um estudo similar ao que desenvolve. Durante vários parágrafos são deduzidas expressões lógicas para a afirmação do objetivo de Von Wright: estudar o conceito de preferência no sentido de gostar (*liking*) de uma coisa mais do que de outra (VON WRIGHT, 1963, p.5).

A exposição se inicia da seguinte maneira:

Os conceitos nos quais os filósofos morais se interessam podem ser divididos em três grupos. Os conceitos do primeiro grupo eu devo nomear de deontológicos ou normativos. Proeminentes entre eles são a noção de correto e dever, comando, permissão e proibição. Conceitos do segundo grupo eu devo nomear como axiológicos ou conceitos de valor. Proeminente entre eles, na ética, são as ideias de bem e mal, e a noção comparativa de melhor. Conceitos do terceiro grupo eu proponho chamar antropológicos. A ele pertencem entre outros, as noções de necessidade e desejo, decisão e escolha, motivo, fim e ação (VON WRIGHT, 1963, p.7).¹⁷

É essa a passagem utilizada por Alexy (2008b, p.145; 153) para fundamentar a distinção entre princípios e valores.

3.2.1.2.1 Da primeira oposição à distinção entre valores e princípios proposta por Alexy com fundamento no texto de Von Wright

A proposta de Alexy para essa distinção não pode ser sustentada com base no texto de Von Wright. O motivo para tanto é a impossibilidade de separação dos três conceitos percebida pelo autor finlandês. Ele menciona esse pensamento ainda na mesma página, nos termos seguintes:

Não há uma divisão precisa entre os grupos de conceitos. Seria um erro pensar que os conceitos de qualquer um dos três grupos podem ser estudados com sucesso em relativo isolamento daqueles dos outros grupos. Em particular, vale a pena determinar que o estudo dos conceitos normativos e dos conceitos de valor devem ser baseados em um exame

¹⁷ "The concepts in which moral philosophers take an interest may be divided into three groups. Concepts of the first group I shall call deontological or normative. Prominent among them are the notions of right and duty, command, permission, and prohibition. Concepts of the second group I shall call axiological or value-concepts, Prominent among them, in ethics, are the ideas of good and evil, and the comparative notion of betterness. Concepts of the third group I propose to call anthropological. To this belong, among others, the notions of need and want, decision and choice, motive, end and action".

mais completo do que o que tradicionalmente tem sido considerado necessário, de conceitos da espécie a qual eu chamei antropológica. A base da ética ou filosofia da moral deve ser a antropologia ou filosofia do homem (VON WRIGHT, 1963, p.7).¹⁸

Ou seja: Von Wright entende que os três grupos devem ser estudados em conjunto e que, se ênfase deve ser dada a qualquer um deles, o conceito antropológico é aquele que está a merecê-la. Este ensinamento é coincidente com o exposto por Macintyre (2001, p. 111) na obra *Depois da virtude*, em trecho previamente citado.

Curiosamente, dos três conceitos mencionados por Von Wright, o antropológico é o único não utilizado por Alexy (2008b, p.153) para distinguir valores de princípios.

Ainda que previamente mencionado, o texto de Alexy se faz relevante para a presente análise e, portanto, nova transcrição se faz oportuna. A distinção entre princípios e valores é justificada nos termos seguintes:

Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso e axiológico, no segundo. No direito o que importa é o que deve ser (ALEXY, 2008, p.153)¹⁹

Pode-se, em primeiro lugar, questionar se, de fato, a proposta de Alexy resulta em uma separação daquilo que é deontológico e daquilo que é axiológico. Esse questionamento se dá com base na presunção de que a proposta de Alexy não resulta em uma separação, mas somente em um destaque dentro de uma unidade. Uma análise do conceito de valor em oposição aos conceitos de Von Wright solucionará esse questionamento.

¹⁸ "There are sharp lines of division between the groups of concepts. It would be a mistake to think that de concepts of any one of the three groups could be successfully studied in relative isolation from those of the other groups."

¹⁹ "Letzteres entspricht genau dem Prinzipienmodell. Der Unterschied zwischen Prinzipien und Werten reduziert sich damit auf einen Punkt. Was in Wertemodell *prima facie* das beste ist, ist im Prinzipienmodell *prima facie* gesollt, und was im Wertemodell definitiv das beste ist, ist im Prinzipienmodell definitiv gesollt. Prinzipien und Werte unterscheiden sich also nur wegen ihres einerseits deontologischen und andererseits axiologischen Charakters. Im Recht geht es darum, was gesollt ist".

No capítulo anterior, verificou-se que o valor se dá em relação a um objeto e sua aptidão para promover determinado fim através de uma atividade. Estes elementos não podem ser tomados separadamente, pois se assim se procede não se alcança a ideia de valor. Este é resultante do conjunto e não dos elementos em separado. O mesmo se dá com os conceitos de Von Wright.

Em uma análise do conceito axiológico, é possível perceber que algo somente será correto em relação a um fim e somente em relação a esse fim determinada ação é permitida, proibida ou facultada. Abstraindo-se do fim, a ação não é boa ou má por si mesma. Ela será boa ou má em relação a determinado fim. Aquele que deseja se aquecer deve evitar os alimentos resfriados. Os que desejam se refrescar, por outro lado, devem buscar os alimentos frios e evitar qualquer alimento aquecido.

A correção se aplica ao fim e à atividade. Dela decorrem os comandos: obrigatório, permitido e facultado. Nesses comandos se encontra também a ideia de dever. Aquilo que é obrigatório é devido em forma positiva. Aquilo que é proibido é o que não deve ser realizado, ou seja, devido em forma negativa. O que é facultado expressa a possibilidade de realização tanto pela forma positiva quanto pela forma negativa. É este o conceito deontológico.

O conceito antropológico contém em si o fim. Isso basta para relacioná-lo ao valor, em razão da importância do fim para este.

Os motivos pelos quais esses conceitos não podem ser separados são os mesmos pelos quais a determinação do valor se dá por um conjunto de elementos: eles relacionam entre si. Separar o aspecto deontológico do aspecto axiológico é acreditar que um sujeito realizaria uma atividade em detrimento de outra atividade para alcançar um fim. Como visto no tópico que trata dos valores, isto é alterar o valor, pois passa a considerar um novo fim. Sustenta-se a oposição de Von Wright à separação dos conceitos.

Assim, a proposta de Alexy em diferenciar os valores dos princípios considerando o caráter axiológico dos primeiros em oposição ao caráter deontológico dos últimos resulta em uma distinção entre o caráter axiológico e o caráter deontológico que, de acordo com a fundamentação utilizada – a obra de Von Wright –, não é possível.

Esta distinção se dá na medida em que coloca os conceitos deontológico e axiológico em planos diferentes, em oposição ao exposto por Von Wright. Essa distinção em planos separados não se faz possível, uma vez que o conceito axiológico deve ser tomado em conjunto com o conceito deontológico e com o conceito antropológico.

A necessidade da consideração desses conceitos em conjunto decorre da própria ideia de valor. Se algo é valioso, significa que se presta para realizar uma determinada ação para alcançar um fim. A ação para alcançar este fim deve ser a mais adequada. Assim tem-se o aspecto deontológico, pois é dever do agente optar por aquela que considera a melhor ação. O aspecto axiológico versa sobre o que é bom ou mau, sobre o que é melhor. Logo, ele se aplica à mesma ação a ser realizada, mas em outra perspectiva, qual seja: a medida na qual ela será melhor do que outra ação para alcançar o fim. Essa aplicação determina, também, a ação a ser realizada e, simultaneamente, o caráter deontológico.

Assim, em relação a um valor qualquer, não se pode considerar isoladamente o que é axiológico e o que é deontológico. Ao afirmar que o princípio é *prima facie* deontológico e que o valor é *prima facie* axiológico, as demais características aplicáveis são colocadas em um plano distinto, além de uma primeira vista, a ser alcançado em uma segunda análise.

3.2.1.2.2 Extrínsecos e intrínsecos

Na verdade, ainda que a tripartição dos conceitos de interesse dos filósofos morais seja de valia, restam dois problemas para o aproveitamento da exposição de Von Wright em relação aos princípios.

Para ele, todas as relações de preferência estão em uma relação intrínseca com o que é melhor. Mas essa relação pode ser de duas espécies. Explicando a primeira espécie, tem-se:

Uma coisa pode ser preferida à outra em razão de a primeira ser sabidamente ou considerada como melhor. Uma pessoa diz, por exemplo, que prefere vinho tinto ao vinho branco por recomendação médica ou por considerar o primeiro vinho

melhor para o seu estômago ou saúde em geral. Neste caso o julgamento do que é melhor obedece a um fundamento ou a uma razão de preferência. Essas preferências, as quais são fundamentadas em sua relação com o melhor, são denominadas extrínsecas (VON WRIGHT, 1963, p.14)²⁰.

A preferência pode, também, ser simplesmente fundamentada na opinião do sujeito. A escolha, neste caso, se fundamentaria exclusivamente na preferência, sem qualquer outra razão. Essas preferências são denominadas intrínsecas (VON WRIGHT, 1963, p.14).

Sendo os princípios mandamentos de otimização, eles se encontram incluídos na primeira espécie, pois seu fundamento é externo. Dizer que o fundamento do princípio é externo a ele nada mais é do que reafirmar algo implícito. Como mandamento ele busca algo externo, a ser realizado na melhor ou maior medida.

Curiosamente, Von Wright menciona explicitamente restrição de aplicação da sua teoria formal exclusivamente sobre as preferências intrínsecas, ou seja: as deduções expostas na obra *The logic of preference* não são aplicáveis aos princípios, em razão de estes serem fruto de preferências extrínsecas.

Já mencionada a impossibilidade de isso prejudicar as considerações iniciais sobre o objeto de estudo dos filósofos morais e, conseqüentemente, as considerações acima expostas sobre a impossibilidade de separação do conceito axiológico do conceito deontológico, registra-se a classificação das preferências em extrínsecas e intrínsecas em respeito à integridade do trabalho de Von Wright.

3.2.1.2.3 Transitividade

Segundo Von Wright (1963, p.22)²¹, transitividade significa que se um estado é preferido a outro e este segundo é preferido a um terceiro estado então

²⁰ "Sometimes a certain thing is preferred to another thing because the former is know or thought to be better (in a certain regard) than the latter. A person says, for example, that He prefers claret to hock, because his doctor has told him or he has found from experience that the first wine is better for his stomach or health generally. In this case a judgment of betterness serves as ground or reason for a preference. I shall call preference, which hold this relation to betterness, extrinsic."

²¹ "Transitivity means that, if one state is preferred to another and this second is preferred to a hird, then necessarily the first state too is preferred to the third state."

necessariamente o primeiro estado é preferido ao terceiro. O autor menciona um interessante exemplo sobre a questão:

Suponha uma pessoa recebendo a oferta, em uma bandeja, a escolha entre uma laranja e uma banana. Ele escolhe a laranja. Então oferta-se a ele uma escolha entre uma banana e uma maçã. Ele escolhe a banana. Finalmente ele deve encarar a escolha entre uma laranja e uma maçã. Então, pelas regras da lógica, deve ele escolher a laranja? Estará ele se contradizendo se escolher a maçã? (VON WRIGHT, 1963, p.22).

A resposta à questão não depende de as preferências serem intrínsecas ou extrínsecas (VON WRIGHT, 1963, p.22). Se a escolha entre a laranja e a maçã não obedece à transitividade, duas reações são possíveis: acreditar em uma troca de razões ou considerar aquela escolha incompreensível. As deduções lógicas desenvolvidas por Von Wright (1963, p.23) na obra somente são aplicáveis às preferências que obedecem à transitividade.

Exatamente a questão da inexistência de transitividade é determinada por Alexy como uma das oposições aos princípios (2008b, p.158). Essa oposição é considerada problemática na medida em que não indica como os valores a serem hierarquizados podem ser delimitados e, também, a forma ordinal ou cardinal de ordenação desses valores (ALEXY, 2008b, p.159). De qualquer modo Alexy (2008b) considera “[...] impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008b, p.162). Ou seja: os princípios não estão sujeitos à transitividade. Isto pode ser percebido com clareza. Na medida em que a prevalência de um princípio sobre outro se dá na medida da lei de colisão e da argumentação (ALEXY, 2008b, p.173), não há uma hierarquia prévia dentre eles.

Pode ser arguida a possibilidade de aplicação das considerações de Von Wright aos princípios. A resposta para esse questionamento é imediata. Pode-se primeiramente argumentar a fundamentação da distinção entre valores e princípios nos conceitos de Von Wright e a impossibilidade de separação desses conceitos a qual, conseqüentemente, iguala valores e princípios. Em segundo lugar, menciona-se outra passagem da obra *The logic of preference* na qual são apresentadas as seguintes considerações: “Parece ser uma diferença característica entre noções normativas e valores-conceito que as primeiras não admitem graus, mas os últimos

os admitem” (VON WRIGHT, 1963, p.9)²². Este pensamento é a síntese daquilo que Alexy (2008b) expõe ao definir princípios, nos termos seguintes:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008b, p.90).

Resta clara a impossibilidade de se distinguirem valores de princípios. Essa impossibilidade é verificada com dúplice fundamento na obra de Von Wright. O primeiro deles é a impossibilidade de se separar o conceito axiológico do conceito deontológico e do conceito antropológico. O segundo fundamento é a plena identidade da descrição dada por Alexy à característica dos princípios e à característica descrita por Von Wright como apta para diferenciar as noções normativas do conceito de valor.

É curioso o fato de Alexy mencionar a obra e a autoridade de Von Wright para distinguir valores de princípios e não mencioná-las quando seria possível aproximá-los.

3.2.1.3 The varieties of goodness

Em trabalho anterior a *The logic of preference*, denominado *The varieties of goodness*, Von Wright já tratara da distinção entre o conceito deontológico, o conceito axiológico e o conceito antropológico. Ele desenvolveu essa obra como uma das partes das *lectures* apresentadas em suas *Gifford lectures*. Esses trabalhos foram apresentados sob o nome comum de *Norms and values, an inquiry in to the Conceptual Foundations of Morals and Legislation*. Hoje o conteúdo da obra se encontra disponível para consulta na internet²³. Essa obra se faz relevante em razão do exposto por Alexy na p.161 do capítulo 3 de sua *Teoria dos direitos fundamentais*

²² “It seems to be a characteristic difference between normative notions and value-concepts that the former do not admit of degrees, but the latter do so admit.”

²³ <<http://www.giffordlectures.org/Browse.asp?PubID=TPVARG&Cover=TRUE>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

(2008b, p.145). Ali ele menciona que o conceito deontológico, o conceito axiológico e o conceito antropológico são objeto de uma terminologia vacilante. Segundo Alexy, *antropológico*, em algumas situações, seria substituído por *psicológico*; *deontológico* é substituído por *normativo* e axiológico seria substituído por *conceitos valorativos*.

É a seguinte a passagem à qual Alexy (2008b) se refere:

Os conceitos os quais são relevantes para a ética podem, para a finalidade de uma primeira aproximação, ser divididos em três grupos principais. Ao primeiro grupo pertence o conceito de valor. O membro mais importante deste grupo, o qual é de interesse para a ética, é o conceito de bom (e seus opostos mau e maldade). Conceitos do segundo grupo eu devo denominar normativos. Aqui pertencem, em primeiro lugar, as noções de uma obrigação, uma permissão, uma proibição e um direito. Ao terceiro grupo de conceitos pertence a noção de um ato humano e as noções as quais são relevantes para a ação, como escolha, deliberação, intenção, motivo, razão e vontade. De relação próxima com eles estão a noção de desejo, fim, necessidade e querer. Conceitos do terceiro grupo são de vez em quando chamados psicológicos (VON WRIGHT, 1958, p.6)²⁴.

Esses conceitos estão muito próximos aos expostos por Von Wright em *The logic of preference*. É possível, até mesmo, criar uma correspondência, maior ou menor, entre eles. Ao conceito de valor é possível corresponder o conceito axiológico. Aos conceitos normativos é possível corresponder os conceitos deontológicos. Aos conceitos antropológicos é possível corresponder os conceitos psicológicos.

Pode-se, portanto, considerar, sim, a terminologia de Von Wright vacilante, mas essa oscilação pode ser atribuída ao fato de uma obra ser subsequente à outra.

Na verdade, dois pontos importantes permanecem inalterados. O primeiro desses pontos é a existência dos três grupos, o que será, segundo Alexy (2008b), também verificado em Raz (2010). O segundo ponto é a impossibilidade de separar

²⁴ "The concepts which are relevant to ethics may, for the purpose of a first approximation, be divided into three main groups.

To the first group belong value-concepts. The most important member of this group, which is of interest to ethics, is the concept good (and its opposites bad and evil).

Concepts of the second group I shall call normative. Here belong, in the first place, the notions of an obligation, a permission, a prohibition, and a right.

To the third group of concepts belong the notion of a human act and the notions which are relevant to action, such as choice, deliberation, intention, motive, reason, and will. Closely related to them are the notions of desire, end, need, and want.

Concepts of the third group are sometimes called psychological."

esses conceitos. Ainda que não mencionada na passagem acima reproduzida, ela também é referida por Von Wright no texto mais antigo, nos termos seguintes: “Em seguida devemos notar que há conceitos ou grupos de conceitos os qual ficam entre os três grupos e possuem um pé de apoio em dois ou mais deles” (VON WRIGHT, 1958, p.6).²⁵

Não restam, portanto, alteradas pelo conteúdo de *The varieties of goodness* as verificações realizadas na obra *The logic of preference*. Pelo contrário. É possível considerar que o conteúdo dessa obra é um desenvolvimento de conceitos pela primeira vez expostos naquela.

Resta, então, o último ponto de distinção entre os conceitos axiológicos, deontológicos e antropológicos mencionado por Alexy: a argumentação de Joseph Raz em sua obra *Practical reason and norms*²⁶.

3.2.2 A determinação dos conceitos antropológico, axiológico e deontológico em Joseph Raz

A obra de Raz (2010) recebeu edição brasileira, em português, no ano de 2010. Ela trata da teoria das normas, consideradas estas como um sistema. Elas são explicadas a partir do conceito de razões para a ação (RAZ, 2010, p.1).

Raz (2010, p.3) sugere a divisão da filosofia prática a partir do tipo de problema prático discutido. Disto resultariam três ramos mais importantes na filosofia prática. Esses ramos são similares aos conceitos de Von Wright, com pequenas divergências. Considerando essas divergências, para determinar as similitudes entre as exposições dos dois autores, serão expostos os conteúdos relevantes da obra de Raz (2010) e em seguida a identificação dos mesmos com aqueles constantes da obra de Von Wright (1963).

O primeiro desses ramos é a teoria do valor. Segundo Raz (2010), ela:

25 “Next we have to notice that there are concepts or groups of concepts, which fall ‘between’ the three groups and have a ‘foothold’ in two or more of them.”

26 Há um equívoco de grafia na edição brasileira da obra *Teoria dos direitos fundamentais*, de Alexy. Ali a obra de Raz se encontra identificada como *Reasons and norms* (2008b, p.145). Essa obra não consta da bibliografia, ao final do livro. Ali temos somente duas obras de Raz, *Practical reason and norms* e *The concept of a legal system* (ALEXY, 2008b, p.649). Ainda contribui para solução a versão alemã da *Teoria dos direitos fundamentais*. Na mesma nota do capítulo 3, a obra de Raz citada é *Practical reason and norms* (ALEXY, 1994, p.126).

[...] se ocupa, primordialmente, de comparar diferentes situações reais ou hipotéticas para determinar qual é a melhor dentre elas e para identificar as características que as fazem boas ou más. Os conceitos mais importantes da teoria do valor são valor bom, mau e melhor e pior (RAZ, 2010, p.3).

Bom, mau, melhor e pior são, para Von Wright (1962, p.7), ideias pertencentes ao conceito de valor ou axiologia.

A segunda teoria exposta por Raz é a teoria normativa. Ela:

[...] se ocupa, primordialmente, de estabelecer o que as pessoas deveriam fazer, ela pressupõe alguma teoria do valor e dela derivam os requisitos impostos ao comportamento dos indivíduos, como quem deveria realizar quais valores e como é o problema central da teoria normativa. Seus conceitos mais importantes são dever, razão para a ação, regras, obrigações e direitos (RAZ, 2010, p.3).

Nota-se aqui a primeira divergência dos conceitos de Raz em relação aos conceitos expostos por Von Wright (1962, p.7). Aquilo que as pessoas deveriam fazer, para Von Wright (1962, p.7), é objeto da deontologia e se manifesta de forma ordenada, permitida ou facultada. As razões para a ação não são expressamente mencionadas por Von Wright (1962, p.7), mas entre os elementos que compõem o conceito antropológico, tem-se os motivos. Fica evidente uma confusão de classificação entre Raz e Von Wright.

Como última teoria exposta por Raz (2010), aparece a teoria da imputação, que

[...] se ocupa das condições em que se pode imputar responsabilidade ou culpa a alguém. [...] A função da teoria normativa é a de determinar de quem é a responsabilidade de realizar esse ou aquele valor, quem é responsável por cuidar dos doentes, etc. A teoria da imputação trata da imputação da culpa e do louvor, às pessoas que cumpriram ou deixaram de cumprir suas responsabilidades [...] (RAZ, 2010, p.3).

Não há uma relação direta entre essa teoria e os conceitos expostos por Von Wright (1962). Entretanto, se se considera a ação realizada por quem deseja alcançar um bem, tem-se a certeza de que ela se faz por vontade do sujeito e da forma mais eficiente possível. Se se considera-se que esta escolha pelo meio mais

eficiente é a escolha racional, consequentemente ela será tida como um dever e, assim, se apresenta o aspecto deontológico mencionado por Von Wright (1963).

3.2.3 Da resposta à primeira questão remanescente

Há, portanto, entre os conceitos de Raz e de Von Wright, o uso de termos iguais com sentidos diferentes. Aquilo que é identificado de uma maneira por um é tomado de maneira diferente pelo outro, ainda que seja possível uma aproximação entre as duas exposições.

Este fato somente reafirma a necessidade de se considerar em conjunto, e nunca isoladamente, o conceito axiológico, o conceito deontológico e o conceito antropológico, nos termos afirmados por Von Wright (1962). Qualquer separação levará a uma percepção parcial e consequentemente errônea dos conceitos.

Assim, responde-se de forma negativa ao questionamento: justifica-se distinguir valores de princípios com fundamento na atribuição de uma relação dos primeiros com o que é melhor e dos segundos com aquilo que é devido.

Mais: separar o conceito deontológico do conceito axiológico importa em erro e desconsidera o exposto por Von Wright. O erro se dá na medida em que a percepção isolada do aspecto deontológico não é possível, pois ambos são interdependentes na medida em que a melhor ação para alcançar um fim também é aquela à qual está obrigado o agente. A desconsideração do exposto por Von Wright resulta da menção realizada por este autor da impossibilidade de separar o caráter axiológico do caráter deontológico.

3.3 O caráter *prima facie*

Considerando a impossibilidade de se distinguirem os princípios dos valores com fundamento no conceito deontológico e no conceito axiológico de Von Wright, a resposta à questão sobre a natureza do caráter *prima facie* fica prejudicada, pois não sendo possível separar os dois conceitos, certamente não será possível aplicar o caráter *prima facie* para justificar essa distinção. Deve-se lembrar, ainda, que o

caráter *prima-facie* não pode ser utilizado para distinguir os princípios dos valores, uma vez que se aplica a ambos indistintamente.

Entretanto, se abandonado o questionamento neste momento, pode ser arguida em desfavor do presente trabalho a incompletude metodológica, uma vez que dentro do caráter *prima facie* pode restar algum elemento suficiente para habilitar a distinção realizada por Alexy e refutada por Von Wright.

Portanto, adiante busca-se responder a seguinte questão: o que é o caráter *prima facie*? Além disso, pretende-se também verificar a existência de algum elemento apto a validar a distinção entre axiológico e deontológico percebida por Alexy.

3.3.1 A definição de Ross

Sir David Ross é apontado por Alexy como a principal bibliografia sobre o conceito do caráter *prima facie*. Outras bibliografias citadas por Alexy, como Baier e Hare, se valem do conceito de Ross (2008, p.103).

Ross (2002, p.1) expõe o seu conceito de *prima facie* dentro da obra *The right and the good*. Dividido em sete partes, o livro trata da natureza, relações e implicações de três concepções as quais parecem ser fundamentais na ética: o certo (*right*), o bom (*good*) em geral e o moralmente bom (*morally good*).

Ao iniciar a segunda parte de sua exposição, Ross (2002) apresenta um questionamento e o situa entre o hedonismo e o utilitarismo. Ele interroga o que faz um ato certo (*right*) de modo geral. Ross (2002, p.16) se inclina pela teoria de Moore, para quem uma ação é correta se ela é produtora de mais bem (*good*) do que qualquer outra ação possível ao agente.

Esta explanação não apresenta nada que seja contrário à ideia de valor verificada anteriormente. Nela temos, de fato, uma confirmação do que foi percebido: para alcançar um fim o sujeito deve escolher a melhor ação para levá-lo até lá. Entretanto, não é este o caminho trilhado por Ross para explicar o conceito de *prima facie*.

Avançando em sua explanação, Ross (2002) nos apresenta um exemplo: “Se eu prometi encontrar um amigo em um horário qualquer para um propósito trivial, eu

devo me considerar justificado ao quebrar o meu compromisso se fazendo isso eu poderia evitar um sério acidente ou trazer alívio às vítimas” (ROSS, 2002, p.18).²⁷

Ross (2002, p.19) então coloca a sua percepção sobre duas teorias as quais considera relevantes para determinar o dever e, conseqüentemente, a ação a ser realizada. A primeira dessas teorias ele atribui a Kant. Nela os deveres precisariam ser cumpridos como obrigações perfeitas. A segunda teoria é atribuída ao Prof. Moore e ao Dr. Rashdall. Nela somente existe um dever: a produção do bem (*good*). Eventuais conflitos de deveres seriam resolvidos com o seguinte questionamento: “[...] por qual ação será produzido mais bem?”²⁸.

Nota-se uma alternância de conceitos. Enquanto no exemplo mencionado, envolvendo a quebra da promessa feita ao amigo, a escolha se dava entre duas situações distintas, com ações e fins distintos, na pergunta a ser respondida para determinar como se produzir mais bem tem-se como referência uma ação e não uma situação.

Essa alternância se faz relevante por levar à falsa percepção de que a escolha entre duas ações que buscam o mesmo fim se dá da mesma forma que a escolha de duas situações, ambas contemplando ações e fins próprios. A alternância não pode ser realizada, pois implicaria a aplicação de procedimentos inadequados. Os procedimentos aplicáveis na escolha de uma ação não são os mesmos aplicáveis na escolha de situações.

A escolha de uma ação para alcançar um fim integra o conceito de valor e se dá de maneira interna, mantendo-se o fim a ser alcançado e determinando em seguida qual dentre as ações possíveis é a mais adequada para alcançá-lo.

A escolha entre situações não se opera dessa maneira. Além de contemplar a ação e a possibilidade de sua variação, considera-se também o fim e este também pode variar.

Fica clara a diferença. Enquanto se lida com valores, tem-se somente uma variável; ao lidar com ações, têm-se duas variáveis. No primeiro caso somente a ação pode variar, enquanto no segundo caso existe a possibilidade de variação da

²⁷ “If I have promised to meet a friend at a particular time for some trivial purpose, I should certainly think myself justified in breaking my engagement if by doing so I could prevent a serious accident of bring relief to the victims of one.

²⁸ “[...] by which action will most good be produced?”

ação e do fim. Quando a escolha é da ação, há algo interno ao valor e fica mantido o fim, enquanto quando tem-se a escolha entre situações, há a possibilidade de alternar tanto o fim quanto a ação.

Ou seja: Ross alterna entre os procedimentos para a verificação de um valor com aqueles aplicáveis à escolha de um entre dois valores.

Isso ocasiona um problema em relação aos valores. Como visto anteriormente, se ocorre a alteração do fim a ser alcançado, altera-se o valor. Assim, os raciocínios de Ross somente podem ser tomados como válidos em relação aos casos em que há conflitos entre valores e não em relação ao valor em si.

A escolha do meio mais adequado para alcançar determinado fim é o que determina o valor. Assim, a natureza dos valores não seria compatível com o conceito de *prima facie*, uma vez que alterado o fim está também se alterando o valor.

As deduções aqui realizadas são ratificadas pelo conceito de *prima facie* exposto por Ross (2002). Duas passagens demonstram isso com clareza. A primeira delas é a seguinte: “[...] um dever *prima facie*, o qual é mais ou menos incumbente a mim de acordo com as circunstâncias do caso.”²⁹ (ROSS, 2002, p.19).

A segunda das passagens aponta:

Eu sugiro “deveres *prima facie*” ou “deveres condicionais” como um modo breve de se referir às características (completamente distintas daquelas próprias de ser um dever comum) a qual um ato possui, em virtude de ser de uma determinada espécie (e. g. a manutenção de uma promessa) de ser um ato o qual seria um dever comum se ele não fosse de outra espécie que é moralmente significativa (ROSS, 2002, p.19)³⁰.

²⁹ “[...] of a *prima facie* duty, which is more or less incumbent on me according to the circumstances of the case.”

³⁰ “I suggest ‘*prima facie* duty’ or ‘conditional duty’ as a brief way of referring to the characteristic (quite distinct from that of being a duty proper) which an act has, in virtue of being of a certain kind (e. g. the keeping of a promise) of being an act which would be a duty proper if it were not at the same time of another kind which is morally significant.”

A primeira dessas passagens deixa claro que o caráter *prima facie* não se aplica a valores, mas a situações, casos ou circunstâncias. A segunda passagem explicita os deveres *prima facie* como possuidores de caracteres especiais em relação aos deveres comuns.

Outra passagem volta a este mesmo ponto. É ela:

É necessário dizer algo para esclarecer a relação entre deveres *prima facie* e os deveres atuais ou absolutos de realizar um ato em determinadas circunstâncias. Se quase todo moralista exceto Kant concorda, e todo homem comum pensa, é correto eventualmente contar uma mentira ou quebrar uma promessa, deve ser mantido que existe uma diferença entre deveres *prima facie* e deveres atuais ou absolutos.³¹

Reforça-se a especificidade dos deveres *prima facie* e a sua aplicação a circunstâncias, deixando claro que os deveres *prima facie* somente podem ser assim considerados em relação a outros deveres.

A relação entre valores e dever é imediata. Ela se dá na medida em que a ação para alcançar o fim para o qual determinado objeto é valioso deve se dar na forma mais direta. Caso seja escolhida outra forma, há, necessariamente, a escolha de outro fim. Se isso não resta reconhecido, se aceita um dever irracional, pois qual razão seria suficiente para justificar outra forma de ação que não a mais direta?

O Professor Doutor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno apresenta uma forma sintética de definir os deveres *prima facie*: seriam eles os deveres que podem ser excepcionados. Essa definição contempla as duas características percebidas por Ross: a especificidade e a necessidade de situações, casos ou circunstâncias para sua verificação.

3.3.2 O conceito de *prima facie* e a resposta da questão: o que é *prima facie*?

³¹ “It is necessary to say something by way of clearing up the relation between *prima facie* duties and the actual of absolute duty to do one particular act in particular circumstances. If almost all moralist except Kant are agreed, and as most plain men think, it is sometimes right to tell a lie or to break a promise, it must be maintained that there is a difference between *prima facie* duty and actual or absolute duty.”

Já é possível, então, definir o que é *prima facie*, respondendo à questão remanescente. Trata-se do dever que pode ser excepcionado ou do dever cuja observância considera situações, casos ou circunstâncias.

Dessa resposta não é possível extrair qualquer elemento que justifique o uso para distinguir, dentre os conceitos de Von Wright, o caráter axiológico do caráter deontológico. Pelo contrário. A impossibilidade de separação daquilo que é deontológico daquilo que é axiológico com base no conceito de *prima facie* não se faz possível.

Essa impossibilidade decorre dos requisitos de aplicação do caráter *prima facie*. Ele somente é aplicável nas situações em que dois valores ou princípios se fazem presentes e isto torna impossível a distinção de princípios e valores com base nas suas características.

Fica, portanto, prejudicada, mais uma vez, a distinção que Alexy realiza dos princípios para os valores.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a obra de Robert Alexy para identificar e situar o conceito de princípio por ele criado e trabalhado. Para tanto, foram analisadas diversas obras, entre livros e artigos, determinando o conceito de princípios de Alexy como mandamentos de otimização. Em *Teoria dos direitos fundamentais* (2008b), Alexy diferencia princípios de valores com base em dois critérios: o caráter *prima facie* e a natureza deontológica de um em oposição à natureza axiológica de outro.

Para verificação da pertinência dos ensinamentos de Alexy, formularam-se três perguntas. Seguem elas em ordem, acompanhadas da metodologia utilizada para respondê-las e da resposta alcançada.

A primeira pergunta é: há distinção entre princípios e valores, de forma a diferenciar os resultados da colisão verificada entre dois princípios do resultado da colisão verificada entre dois valores? Para responder a essa questão foram abordados os caracteres gerais do valor em seu conteúdo, em sua relação com a atividade e em sua fundamentação. Os caracteres gerais do valor, tanto em seu conteúdo quanto em sua relação com a atividade e em sua fundamentação, não se mostraram suficientes para diferenciar os dois conceitos. O capítulo é concluído respondendo-se a questão de modo negativo. Ou seja: não há distinção entre princípios e valores em razão de conteúdo, atividade ou fundamentação.

A segunda e a terceira questões referem-se às particularidades mencionadas por Alexy para distinguir princípios dos valores. Por essa razão foram analisadas em duas partes de um mesmo capítulo, sem prejuízo das perguntas remanescentes.

O segundo questionamento é: justifica-se distinguir valores de princípios com fundamento na atribuição de uma relação dos primeiros com o que é melhor, ou seja, o caráter axiológico, e dos segundos com o caráter deontológico, os deveres, aquilo que é devido? Para responder a essa questão, foram consultadas as mesmas obras utilizadas por Alexy para fundamentar seus estudos e encontraram-se dados e conclusões divergentes daquelas apresentadas por Alexy em sua obra. Surpreendentemente, o autor utilizado por Alexy para fundamentar seus textos não autoriza a separação dos conceitos axiológicos e deontológico por ele realizada.

Mais do que isso: a separação proposta desconsidera o próprio conceito de valor. Por esses motivos, a segunda questão formulada também recebe resposta negativa.

A terceira questão a ser respondida é: o que é o caráter *prima facie*? Essa questão trata do segundo elemento utilizado por Alexy para distinguir os princípios dos valores. Novamente, para verificação da pertinência do que foi determinado por Alexy, é consultada a mesma bibliografia por ele utilizada para fundamentar seu texto. Mais uma vez, foi encontrada uma objeção às conclusões por ele alcançadas. Alexy utiliza o caráter *prima facie* para distinguir o caráter deontológico do caráter axiológico. Essa distinção, como já visto, não é possível. Mas não somente isso impede o uso do caráter *prima facie* para distinguir os princípios dos valores. Como determinado por Ross (2009), o caráter *prima facie* somente pode ser utilizado em situações em que se apresentam dois valores ou dois princípios e não para distinguir as características dos princípios em si.

Por tudo isso, chega-se à conclusão de que o conceito de princípios de Alexy não se distingue do conceito de valores.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Vocabulário ortográfico da língua portuguesa**. 5.ed. São Paulo: Global, 2009. 877p.

ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Trad. Idalina A. da Silva et al. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALEMANHA. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Deutscher Bundestag. Berlin. 2012. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10060000.pdf>>. Acesso em: 17 out. de 2013.

ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips. **Rechtstheorie**, Beiheft 1 (1979), S.59-87.

ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. **Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie**, Beiheft NF 25 (1985), S.13-29.

ALEXY, Robert. Rechtssystem und praktische Vernunft. **Rechtstheorie** 18 (1987), S.405-419.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Doxa** 5 (1988), S.139-151 (Übersetzung ins Spanische von Manuel Atienza). Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cua_derno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2013.

ALEXY, Robert. **Theorie der grundrechte**. Baden Baden: Suhrkamp, 1994.

ALEXY, Robert. Individuelle Rechte und kollektive Güter. In: ALEXY, Recht; VERNUNFT, Diskurs. **Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt/M. 1995, S. 232-261.

ALEXY, Robert. Discourse Theory and Human Rights. **Ratio Juris** 9 (1996), S. 209-235.

ALEXY, Robert. My philosophy of law: the Institutionalisation of reason. In: WINTGENS, Luc J. **The law in philosophical perspectives: my philosophy of law**. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1999. p.23-45.

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris** 13 (2000), S. 294-304.

ALEXY, Robert. Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hg.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte**: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexy. Baden-Baden, 2007, S. 105-121.

ALEXY, Robert; NIELSEN, Morten Ebbe Jull. **Legal philosophy**: 5 questions. Estados Unidos: Automatic Press. 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2.ed. São Paulo: Landy, 2008a.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008b. 669p. (Teoria & direito público).

ALEXY, Robert. Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia** 17 2008c, S. 339-357.

ALEXY, Robert. Ideales Sollen. In: L. Clérico/J.-R. Sieckmann (Hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2009, S. 21-38.

ALEXY, Robert. Two or Three?. In: BOROWSKI, Martin (Hg.). **On the Nature of Legal Principles**, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 119, 2010, S. 9-18.

ALEXY, Robert. Deber Ideal. In: ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: 2010. S. 39-68.

ALEXY, Robert. The Construction of Constitutional Rights. **Law and Ethics of Human Rights** 4, 2010, S. 20-32.

ALEXY, Robert. **Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years**. 2011. S. 1-17. Disponível em: <<http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>>. Acesso em: 31 de jan. de 2012.

ALLEN, R. T. **The Structure of Value**. Inglaterra: Avebury. 1993.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Aristóteles; tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. 3.ed. Bauru, SP: Edipro, 2009. 322p.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía Del Derecho. Alicante, n.24, p.671-687, 2001. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2012.

BÄCKER, Carsten. Rules, Principles and Defeasibility. BOROWSKI, Martin (Hg.). **On the Nature of Legal Principles**, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 119 (2010), S. 79 – 92.

BARROS, Lúcio Alves de. Reflexões sobre o individualismo metodológico no pensamento social. **Fragmentos de Cultura**, Goiânia - GO, v.12, n.02, p.261-288, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 808p.

BRASIL. **RE 104654**, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 11/03/1986, DJ 25-04-1986 PP-06514 EMENT VOL-01416-02 PP-00241.

BOROWSKI, Martin (Hg.). **On the nature of legal principles**. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 119 (2010).

BOROWSKI, Martin. The structure of formal principles: Robert Alexy's 'law of combination'. In: BOROWSKI, Martin (Hg.). **On the nature of legal principles**, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 119 (2010), S. 19 – 36.

BOUDON, Raymond. **The origin of values: sociology and philosophy of beliefs**. New Brunswick, Estados Unidos: Transaction Publishers, 2001.

BOYER, Carl. B.; MERZBACH, Uta C. **História da matemática**. 3.ed. São Paulo: E. Blucher, c2012. 504p.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. **RE 398041**, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2006, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-09 PP-02007 RTJ VOL-00209-02 PP-00869.

BRASIL. **ADI 3510**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-0004.

BRASIL. **RE 477554 AgR**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220- PP-00572.

BRASIL. **ARE 639337 AgR**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

BRASIL. **ADPF 132**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001).

BRASIL. **ADI 4277**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212.

CHRISTIAN-ALBRECHTS-UNIVERSITÄT ZU KIEL. **Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie am Juristischen Seminar: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy**. Disponível em: <<http://www.alexey.jura.uni-kiel.de/>>. Acesso em: 30 jan. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DUDEN, Konrad. Dudenredaktion (Bibliographisches Institut). Wissenschaftlicher Rat. Dudenredaktion (Bibliographisches Institut) **Duden deutsches Universalwörterbuch**. CD-ROM. Mannheim: Alemanha, 2011.

DUDEN, Konrad; DROSDOWSKI, Gunther. Duden das grosse **Wortebuch der Deutschen Sprachen in sechs Banden**. Mannheim: Alemanha, Bibliographisches Institut, 1976 – 1981. 6v.

ÊXODO. In: **Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Paulus. 2004.

FERRATER MORA, José. **Dicionário de filosofia**. 4.ed. São Paulo: Loyola, 2001. Tomo IV.

FRONDIZI, Risieri. **Que son los valores?: introduccion a la axiologia**. 3.ed. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1990.

GAY, Peter; SOUZA, Paulo Cesar de; LANDO, Isa Mara. **Sigmund Freud & o gabinete do Dr. Lacan**. São Paulo: Brasiliense, 1989. 224p. (broch.).

GRAEBER, David. **Toward an anthropological theory of value**: the false coin of our own dreams. Estados Unidos: Palgrave, 2001.

HACKER, P. M. S. **Georg Henrik von Wright**. The Guardian, Inglaterra, Londres, 04 de julho de 2003. Obituary. s/p. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/news/2003/jul/04/guardianobituaries.highereducation>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

HALL, Everett W. **What is value?**. New York: The Humanities Press Inc. 1963.

HARRIS, JOHN. The value of life. Londres, Inglaterra: Routledge & Kegan Paul Plc., 1985.

HOEPNER, Lutz; KOLLERT, Ana Maria Cortes; WEBER, Antje. **Langenscheidt dicionário de bolso português**: português-alemão, alemão-português. Berlim: Langenscheidt, c2011. [2v. em 1.]. (broch.).

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001a. 2922p.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva: Instituto Antônio Houaiss, 2001b.

JAEGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 1413p. Xviii.

JAKAB, András. Re-Difining Principles as 'Important Rules' – A critique of Robert Alexy *in* Martin Borowski (Hg.). **On the Nature of Legal Principles**, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119 (2010), S. 145 - 160.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa, Portugal: Edições 70. 2011.

KELSEN, Hans. **O que é justiça**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 404p.

KIMMINICH, Otto. Jurisdição constitucional e princípio da divisão de poderes. **Revista de Direito Público**. PG. 16 - 33. RT, out./dez. 1989.

LALANDE, Andre. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 1336p.

MARTINI, Stefan. **Vortragsskript eines im WiSe 2005/06 gehaltenen Referats im Rahmen des rechtsphilosophischen Seminars "Die aktuelle Werte-Debatte" bei Prof. Klaus Adomeit (Freie Universität Berlin)** Disponível em: <<http://akj.rewi.hu-berlin.de/projekte/seminararbeiten/marini2.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2012.

MCDONALD, Hugh P. **Radical axiology**. Estados Unidos, New York: Rodopi, 2004.

MACINTYRE, Alasdair C. **Depois da virtude**. São Paulo: EdUSC, 2001. 477p. (Filosofia & política).

MORENO VILLA, Mariano. **Dicionário de pensamento contemporâneo**. São Paulo: Paulus, 2000.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: DIFEL, 1965. 2v.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2010. xvii, 222p. (Teoria e filosofia do direito).

ROSS, David. **The right and the good**. New York: Oxford University Press, 2002.

RUYER, Raymond. **Filosofia del valor**. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v.1, p.607-630, 2003.

TOSI, Giuseppe. Aristóteles e a escravidão natural. **Boletim do CPA**, Campinas, n.15, p.71-100, jan./jun.2003. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_aristoteles.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2013.

VON WRIGHT, Georg H. Deontic logic. **Mind, New Series**. Oxford, Reino Unido, v.60, n.237, p.1-15, jan. 1951.

VON WRIGHT, Georg H. **The varieties of goodness**. s/l: Routledge and Kegan Paul, 1958. Disponível em: <<http://www.giffordlectures.org/Browse.asp?PubID=TPVARG&Cover=TRUE>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

VON WRIGHT, Georg H. **The logic of preference**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1963.