

**TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E TEORIA DOS PRINCÍPIOS EM ROBERT ALEXY**

**THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION, THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS
AND THEORY OF PRINCIPLES IN ROBERT ALEXY**

**TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, TEORÍA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES Y TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN ROBERT ALEXY**

 <https://doi.org/10.56238/arev7n7-211>

Data de submissão: 16/06/2025

Data de publicação: 16/07/2025

Raquel Lemos Alves Silva

Mestranda em Direito e Inovação

Instituição: Universidade Federal de Juiz de Fora (FacDIR/UFJF)

Endereço: Minas Gerais, Brasil

E-mail: lemos.raquel02@gmail.com

Lattes: <https://lattes.cnpq.br/3438166502470618>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-7155-9696>

Cláudia Toledo

Professora Titular

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

Endereço: Minas Gerais, Brasil

E-mail: toledo.claudia@direito.ufjf.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5439982757257919>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8687-1717>

Luciana Gaspar Melquiades Duarte

Doutorado em Direito Público

Instituição: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Endereço: Minas Gerais, Brasil

E-mail: luciana.melquiades@ufjf.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9612622153460207>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1321-5313>

RESUMO

O artigo visou examinar como a Teoria dos Princípios formulada por Alexy depende, para sua correta aplicação, da Teoria da Argumentação Jurídica. Utilizando-se do método teórico-dedutivo, a presente pesquisa qualitativa valeu-se de fontes indiretas para abordar analiticamente os aspectos gerais de ambas as teorias e, posteriormente, evidenciar os pontos principais que as interligam. A clareza da relação de dependência entre elas é elemento central para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e garantir a isonomia no seu exercício. Razões são argumentativamente expostas para fundamentar a conclusão de que, para a solução adequada de colisões entre princípios, é indispensável o emprego das regras do discurso e a aplicação racional da ponderação, mediante a correta utilização da máxima da proporcionalidade.

Palavras-chave: Teoria da Argumentação Jurídica. Teoria dos Princípios. Ponderação.

ABSTRACT

The article aimed to examine how the Theory of Constitutional rights formulated by Alexy depends, for its correct application, on the Theory of Legal Argumentation. Using the theoretical-deductive method, this qualitative research used indirect sources to analytically address the general aspects of both theories and, subsequently, highlight the main points that interconnect them. The clarity of the relationship of dependence between them is a central element to ensure the effectiveness of fundamental rights and guarantee equality in their exercise. Reasons are argumentatively exposed to support the conclusion that, for the adequate solution of collisions between principles, it is essential to use the rules of discourse and the rational application of balancing, through the correct use of the law of balancing.

Keywords: Theory of Legal Argumentation. Theory of Constitutional Rights. Balancing.

RESUMEN

El artículo tuvo como objetivo examinar cómo la Teoría de los Principios formulada por Alexy depende, para su correcta aplicación, de la Teoría de la Argumentación Jurídica. Utilizando el método teórico-deductivo, la presente investigación cualitativa se valió de fuentes indirectas para abordar analíticamente los aspectos generales de ambas teorías y, posteriormente, evidenciar los puntos principales que las interrelacionan. La claridad de la relación de dependencia entre ellas es un elemento central para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales y asegurar la isonomía en su ejercicio. Se exponen razones argumentativas para fundamentar la conclusión de que, para la solución adecuada de colisiones entre principios, es indispensable el empleo de las reglas del discurso y la aplicación racional de la ponderación, mediante el uso correcto de la máxima de proporcionalidad.

Palabras clave: Teoría de la Argumentación Jurídica. Teoría de los Principios. Ponderación.

1 INTRODUÇÃO

A investigação relatada no presente artigo propôs-se a analisar, no pensamento de Robert Alexy (2011, 2015, 2017), a relação entre a *Teoria da Argumentação Jurídica*, exposta pelo autor em obra de mesmo título¹, e a *Teoria dos Princípios*, apresentada por Alexy em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*². O texto apresenta os conceitos que embasam ambas as teorias, destacando, especialmente, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Partiu-se da concepção de que as teorias interagem numa relação de complementariedade necessária, de modo que a correta aplicação da Teoria dos Princípios (Alexy, 2015) demanda, de forma interdependente e concomitante, a observância dos critérios expressos na Teoria da Argumentação Jurídica (Alexy, 2017).

Empregou-se o método dedutivo de investigação para o desenvolvimento de pesquisa qualitativa a partir de fontes indiretas. A técnica de pesquisa utilizada foi o estudo dos livros centrais de Alexy sobre a matéria – *Teoria da Argumentação Jurídica* (2017)³ e *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2015)⁴ –, artigos do próprio autor (Alexy, 2001, 2006), nos quais desenvolve aspectos da temática, bem como artigos de demais autores (Klatt, 2012; Toledo, 2017, 2021, 2023), nos quais são criticamente abordadas questões relativas às teorias estudadas, além de trabalhos que estudam o tema sob a ótica do direito fundamental à saúde (Duarte, 2020, 2020; Brandão, 2021).

Não foram localizadas na literatura, análises, especificamente, da relação entre a Teoria da Argumentação Jurídica e Teoria dos Princípios, o que exigiu que, a partir da pesquisa bibliográfica, fossem formuladas inferências sobre a natureza da relação entre tais teorias.

A análise desenvolvida avulta em importância por tratar de tema que impacta de forma direta o exercício de direitos fundamentais, cujas normas, por sua natureza principiológica, colidem frequentemente.

Almejou-se, com a investigação, contribuir para a racionalidade das decisões judiciais, que, conforme será demonstrado, reside no emprego diligente das regras da argumentação jurídica na ponderação de princípios colidentes.

¹ Originalmente publicada em alemão em 1978.

² Originalmente publicado em alemão em 1985.

³ Utilizou-se a 4^a edição do livro *Teoria da Argumentação Jurídica* em sua versão em português, com tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva e revisão técnica da tradução por Cláudia Toledo.

⁴ Utilizou-se a 2^a edição do livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* em sua versão em português, com tradução de Virgílio Afonso da Silva.

2 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Conforme Alexy (2017), o discurso jurídico (ou a argumentação jurídica) é um *caso especial* do discurso prático geral, o qual se apresenta como discurso *normativo*, relativo ao agir humano, em que se discute o que se deve ou não fazer, segundo o que se considera bom ou correto. O discurso jurídico, enquanto caso especial desse discurso, também se apresenta como discurso normativo (Alexy, 2017). O que lhe confere especialidade é o fato de ser vinculado às *leis*, aos *precedentes* e à *doutrina*, ou seja, no discurso jurídico, debate-se como deve ser o agir humano, o que se deve ou não fazer, dentro dos limites estipulados por aqueles parâmetros. Com isso, o discurso jurídico vincula-se ao Direito vigente, situação que o especifica diante do discurso prático geral, que não sofre essa restrição expressa pelas leis, precedentes e doutrina, os quais são possuem caráter institucional e autoritativo.

Com essa tese do caso especial, Alexy (2017) busca demonstrar que é possível que não apenas o discurso *empírico* (descritivo da realidade), mas também o discurso *prático* (prescritivo do agir humano) seja racional, uma vez que a existência de *valores* no conteúdo do discurso não implica necessariamente a inviabilidade de sua *racionalidade* – ao contrário do que, por exemplo, diz Kelsen (1999) quando afirma a inexistência da razão prática.

A Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Alexy (2017) mostra-se como uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico, porquanto trata da estrutura lógica desse discurso e estabelece critérios para sua racionalidade. Tais critérios são expressos no conjunto de regras da argumentação jurídica sistematizadas pelo autor. De sua observância pelos falantes decorre a racionalidade do discurso jurídico ou o aprimoramento dessa racionalidade. Na verdade, ao apresentar essas regras, Alexy (2017) não as cria, apenas as identifica e assim o faz por se basear em elementos da Filosofia Analítica, que busca explicitar o que está implícito no objeto analisado. Tomando o discurso jurídico como objeto, Alexy (2017) racionaliza o que está discursivamente naturalizado, explicitando a estrutura normativa que dirige esta espécie de discurso (Toledo, 2017).

Contudo, como lembra Matthias Klatt (2012), a racionalidade do discurso jurídico é limitada, no sentido de que o discurso jurídico não é apto a apresentar uma única resposta correta. Não obstante, Alexy (2017, p. 276) demonstra que o caráter racional do Direito advém não da segurança da unicidade de resposta, mas, sim, da demonstração de que a *resposta dada, necessariamente, é correta*, por ter sido racionalmente formulada e justificada, ou seja, “não é a produção de segurança o que constitui o caráter racional da ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras”.

Klatt (2012) destaca, ainda, essa (i) possibilidade de argumentação jurídica racional, (ii) a tese do caso especial acima exposta e (iii) a pretensão de correção como os três pontos principais em que a Teoria da Argumentação Jurídica proposta por Alexy (2017) se sustenta.

A pretensão de correção é um dos temas mais controversos do pensamento de Alexy (Toledo, 2023; Sieckmann, 2014). Diferentemente da maior parte dos tópicos abordados pelo autor, o tratamento destinado à pretensão de correção não se apresenta de modo claro e suficiente quando de sua primeira menção em sua obra. O conceito de pretensão de correção apresentou variações ao longo da construção do pensamento alexyan, tendo adquirido complexidade e clareza gradativas. Trata-se de tema que acompanha o desenvolvimento da obra de Alexy desde sua primeira produção de fôlego, sua tese de doutorado, publicada no livro *Teoria da Argumentação Jurídica*. Nessa obra, Alexy (2017) afirma a tese da necessidade, pela qual se entende que o Direito necessariamente levanta a pretensão de correção, a qual se apresenta de três formas: como (i) critério da correção de enunciados normativos, (ii) instrumento de crítica de fundamentações não racionais, e (iii) precisão de ideal a que se aspira.

As duas primeiras perspectivas dizem respeito à *forma* da pretensão de correção, à sua análise do ponto de vista *procedimental*, seja quanto (i) uma das pretensões de validade do discurso prático na situação ideal de fala, formulada por Jürgen Habermas (2003); seja quanto critério de aferição da racionalidade do discurso e, assim, parâmetro de identificação e crítica de fundamentações não racionais. A pretensão de correção, sob o prisma formal, é satisfeita mediante a *fundamentação* das proposições constantes das premissas do discurso jurídico, com a exposição de razões que demonstrem a correção dos argumentos expressos naquelas premissas. Entretanto, como destaca Alexy (2017, p. 206, 306-309), “a racionalidade discursiva não pode determinar o conteúdo da decisão”, ela apenas “aponta o motivo de sua incorreção e a medida de sua crítica”.

Já a terceira perspectiva – precisão de ideal a que se aspira – focaliza a pretensão de correção sob o prisma *material*, remetendo ao seu *conteúdo*, qual seja, a precisão de um *ideal* a que se aspira. Esse ideal representa um *valor*, que Alexy (2017) identifica como o valor *justiça*, afirmindo a pretensão de justiça como caso especial da pretensão de correção. No entanto, após essa asserção, Alexy (2017) não traz nenhum fundamento relativo à pretensão de justiça ou pretensão de correção material, mas segue abordando-a exclusivamente sob o enfoque discursivo, como ele próprio expressa ao dizer que a finalidade de sua Teoria da Argumentação Jurídica (Alexy, 2017, p. 278) é a demonstração da Ciência do Direito como *discurso prático racional* e não o tratamento de temas como a “realização da razão e da justiça” ou a efetivação, no contexto empírico-social, de uma ordem “racional e justa”.

A pretensão de correção foi propriamente abordada pelo autor em seu terceiro livro, *Conceito e Validade do Direito* (Alexy, 2009)⁵, no qual o jurista remete à *tese da necessidade*, pela qual (i) o Direito levanta necessariamente a *pretensão de correção* e (ii) há uma conexão necessária entre *Direito* e *Moral*. A formulação da tese da necessidade evidencia o perfilhamento de Alexy (2009) ao *Não Positivismo*, enquanto corrente do pensamento jurídico que se coloca não apenas como negação, mas como superação do Juspositivismo, na medida em que não simplesmente o refuta, mas conserva os elementos que considera válidos nessa teoria. Para fundamentar a pretensão de correção *material*, Alexy (2009) remete ao *argumento de princípios*, cuja base remonta à distinção das normas jurídicas em princípios e regras, elaborada pela *Teoria dos Princípios* (Alexy, 2015), sobre a qual se passa a expor.

3 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A extensa e aprofundada investigação do discurso jurídico empreendida por Alexy (2017) e a teoria analítico-normativa da argumentação jurídica por ele proposta como conclusão extraída dos resultados daquele estudo mostram-se imprescindíveis para se resolver a colisão entre princípios de modo racional.

Conferir rigoroso tratamento jurídico-científico à distinção das normas jurídicas em *regras* e *princípios*, proposta cujas bases essencialmente jusfilosóficas remontam a Ronald Dworkin (2002), foi uma das grandes contribuições de Alexy (2015) para a Ciência do Direito. O jurista fez isso em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1985)⁶, mediante o desenvolvimento daquela distinção dworkiniana na forma da Teoria dos Princípios, e da aplicação de elementos da Teoria da Argumentação Jurídica à Dogmática Jurídica, precisamente ao Direito Constitucional e ao direito positivo alemão, em especial aos direitos fundamentais da Constituição alemã (Alexy, 2015). O próprio jurista esclarece isso, já na Introdução à sua obra:

Aqui é necessário apenas salientar que essa teoria é uma teoria jurídica, a saber, uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Não se trata, portanto, nem de uma filosofia dos direitos fundamentais, desatrelada do direito positivo, nem de uma teoria sociológica, histórica ou politológica. O que dela se pode esperar pode ser caracterizado, para usar uma terminologia clássica, como uma parte geral da dogmática dos direitos fundamentais (Alexy, 2015, p. 28-29).

⁵ Originalmente publicado em alemão em 1992. Neste livro, Alexy reúne tópicos relacionados à dimensão *ideal* do Direito até então abordados de forma esparsa em artigos, e avança no desenvolvendo da temática, na qual se inclui a *pretensão de correção*. Utilizou-se aqui a 1^a edição do livro *Conceito e Validade do Direito* em sua versão em português, com tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e revisão da tradução por Karina Jannini.

⁶ Como visto, Alexy elaborou a *Teoria da Argumentação Jurídica* em seu doutorado, publicando sua tese no livro de mesmo título (1978) e a Teoria dos Princípios em sua *Habilitation* (espécie de livre-docência), publicando sua tese no livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1985).

Ainda, na conclusão dessa Introdução, Alexy (2015, p. 29) assevera ter sido abordado, no último capítulo da obra, o papel tanto “dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico”, como da *argumentação* e da decisão no âmbito dos direitos fundamentais. Em seguida, Alexy (2015, p. 29) encerra o texto introdutório à obra, enfatizando seu entendimento não positivista do Direito, ao atestar a positivação de direitos fundamentais como a “abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que por ser levada a cabo por meios racionais”.

Com base na Teoria dos Princípios e sua distinção entre regras e princípios, o autor demonstrou a possibilidade de solucionar racionalmente colisões entre princípios, notadamente entre princípios de direitos fundamentais (Alexy, 2015).

Não obstante o empenho de Alexy (2015) e a elevada carga argumentativa por ele utilizada para a comprovação da factibilidade de se solucionar, com racionalidade, colisões principiológicas, ele próprio tem a transparência de afirmar que, embora seja absolutamente possível conduzir racionalmente a resolução dessas colisões, há efetivamente “limites” para essa racionalidade.

Partindo da distinção jusfilosófica dworkiniana entre regras e princípios, Alexy (2015) conferiu rigoroso tratamento à matéria segundo parâmetros estritamente jurídicos (e não jusfilosóficos), extraídos do Direito Constitucional e da Teoria do Direito. Procedendo à análise das normas jurídicas, Alexy (2015) conferiu precisão conceitual e tecnicidade jurídica à distinção entre regras e princípios, apontando seus elementos comuns e especialmente identificando, com objetividade, suas diferenças.

De forma breve – em virtude tanto do fato de não ser essa distinção normativa o objeto deste artigo, bem como por seu conhecimento já ter atualmente se tornado comum no discurso jurídico, em face da disseminação da Teoria dos Princípios em âmbito mundial –, a diferença entre regras e princípios é não apenas quantitativa, mas também qualitativa. Sua diversidade do ponto de vista *quantitativo* é pacífica e secular. Refere-se à distinção no *grau de generalidade* existente entre regras e princípios, sendo as primeiras mais específicas, com menor grau de generalidade, ao contrário dos princípios, normas mais gerais, marcadas por seu alto grau de generalidade.

Segundo Alexy (2015), porém, regras e princípios são distintos não apenas sob o prisma quantitativo do maior ou menor grau de sua generalidade, mas são normas *qualitativamente* diversas, apresentando-se como *tipos normativos* distintos. Os *princípios* são *mandamentos de otimização*, normas que ordenam que algo seja realizado na medida mais ampla possível, considerando as *circunstâncias fáticas e jurídicas* existentes. Caracterizam-se pela possibilidade de satisfação em

graus variados, dependendo a definição dessa medida ótima de satisfação não somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas do caso concreto.

Regras, por sua vez, são normas que, se são válidas e aplicáveis ao caso concreto, simplesmente devem ser cumpridas. Isto é, se a situação em análise se enquadra devidamente na hipótese de fato ou suporte fático da norma, tal norma deve ser aplicada. A aplicação das regras não é, portanto, graduável, mas rege-se por uma lógica binária: ou uma norma jurídica é válida e, se cabível, deve ser aplicada, ou não é.

Alexy (2015, p. 92) acrescenta que, “se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida”. Regras são, assim, *mandamentos definitivos*, operacionalizados segundo uma relação de “tudo ou nada” (Alexy, 2015). Ainda, é correto afirmar que regras veiculam direitos definitivos, enquanto princípios veiculam direitos *prima facie* (Alexy, 1994).

Os direitos fundamentais têm natureza principiológica (Alexy, 2015). Contudo, as prestações mínimas, ou seja, o seu *núcleo essencial* ostenta a natureza de *regra* e, de tal modo, é um comando definitivo. Seu caráter definitivo decorre da impossibilidade de sopesamento, característica definidora das normas-regra.

O núcleo essencial de um direito fundamental evidencia qual o seu patamar mínimo de proteção. Trata-se da parcela do direito que obriga o Estado a seu cumprimento sem que caiba qualquer escusa. O núcleo essencial é a prestação estatal mínima, que deve ser impreterivelmente materializada, caso contrário, despiria de eficácia o princípio que veicula o direito (Castro; Duarte, 2020). Assim, superada a análise de sua validade, o núcleo essencial se torna comando absoluto e de cumprimento obrigatório, inviabilizando, por exemplo, mera a alegação do princípio da reserva do possível (Duarte, 2020; Nascimento, 2022).

Os embates tornam as diferenças entre regras e princípios ainda mais evidentes: enquanto nas regras os conflitos ocorrem na dimensão da validade, as colisões principiológicas, diversamente, têm a validade dos princípios colidentes como pressuposto ou condição de possibilidade de seu conflito, uma vez que somente princípios válidos podem entrar em colisão. Afinal, se o princípio for inválido, ele deve ser retirado do Direito Positivo vigente por revogação expressa ou tácita. As colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.

O conflito entre regras só pode ser solucionado se, em uma delas, houver uma *cláusula de exceção* que elimine o conflito ou se uma das regras for declarada *inválida*.

Por sua vez, quando há colisão entre princípios, um deles deve ceder, sem que isso signifique que ele seja inválido. Os princípios colidentes podem ser atendidos em maior ou menor grau; devem,

porém, ser otimizados, na maior medida possível, consideradas as circunstâncias do caso concreto. Assim, a definição de qual é máxima medida possível é realizada no momento de aplicação do princípio à situação empírica analisada, pois somente após a ocorrência dessa situação na empiria se podem delimitar os princípios envolvidos e as condições fáticas próprias àquela situação.

A colisão de princípios é muito comum. Sua elevada carga axiológica e seu alto grau de generalidade ocasionam embates frequentes. Esses eventos devem ser solucionados pelo estabelecimento de uma relação de *precedência condicionada*, que considera as possibilidades fáticas e jurídicas do caso examinado para fixar condições sob as quais um princípio sobressai sobre outro. Alexy (2015, p. 94) considera que “princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência”. As colisões entre princípios ocorrem, portanto, na dimensão do peso.

A indagação que surge é: no caso concreto, como pode se concluir qual princípio, entre os princípios colidentes, tem precedência? Alexy (2015) responde à pergunta com a formulação da máxima da proporcionalidade, asseverando que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e essa implica a Teoria dos Princípios (2015).

Ao ser utilizada como instrumento para solução de colisões principiológicas, a máxima da proporcionalidade divide-se em três máximas parciais, quais sejam, a máxima parcial da *adequação*, a da *necessidade* e a da *proporcionalidade em sentido estrito* ou da *ponderação* (também traduzida, em português, como *sopesamento*).

Nas duas primeiras máximas parciais, analisam-se as possibilidades *fáticas* do caso concreto, enquanto na última máxima parcial, a *ponderação*, examinam-se as possibilidades *jurídicas* do caso em estudo, verificando os princípios que entram em colisão e identificando o princípio de maior peso relativo (isto é, em relação àquele caso concreto).

Na máxima parcial da *adequação*, analisam-se as medidas empíricas, verificando se são capazes de alcançar o resultado almejado. Ao perguntar se o meio utilizado foi adequado, questiona-se sua propriedade para atingir o fim visado.

Pela máxima parcial da *necessidade*, avalia-se se o meio empregado para satisfação da finalidade buscada era o *menos restritivo* ao princípio colidente, ou seja, se era realmente exigível ou se a mesma finalidade poderia ter sido alcançada utilizando meio ou medida menos lesiva ao princípio contrário. Caso o exame da necessidade seja positivo, ficará demonstrada que a via escolhida era não somente apropriada ou adequada, mas era também exigível para melhor alcançar o fim desejado, ou seja, para atingir a finalidade pretendida da forma menos gravosa possível ao princípio preterido.

Analisadas as medidas ou meios utilizados, passa-se, então, à avaliação das circunstâncias jurídicas, as quais se apresentam na forma dos princípios que entram em colisão no caso concreto. A

solução desse confronto deve seguir a diretriz segundo a qual tão mais afetado será um princípio quanto mais importante for a satisfação do princípio colidente. Tal diretriz foi exposta por Alexy (2015, p. 167) na denominada *lei da ponderação* (ou sopesamento): "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".

Para garantir a racionalidade no sopesamento, Alexy (2015) estabelece três passos na lei da ponderação: o primeiro consiste em aferir o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios. No segundo momento, é necessário avaliar a importância de satisfação do princípio colidente. Já o terceiro passo é o momento de avaliar se a importância da satisfação de um princípio justifica a afetação ou a não satisfação do outro.

É, assim, perceptível a conexão entre a forma como se desenvolve a ponderação entre princípios, expressa na lei da ponderação, e a natureza da norma principiológica. Dotados de caráter *prima facie*, os princípios devem ser otimizados perante as circunstâncias do caso concreto, sendo, portanto, sua graduação *relativa* às singularidades daquela situação. Isso significa dizer que se identifica o princípio prioritário de acordo com as *condições* fáticas e jurídicas do caso concreto, do que decorre sua *precedência condicionada* – nenhum princípio é dotado de precedência absoluta.

O peso das razões apresentadas em demonstração da importância de satisfação do princípio prioritário deve justificar a intensidade da intervenção no princípio preterido. Para afetar um direito fundamental, é necessário justificar racionalmente, seguindo as regras do discurso, demonstrando as premissas nas quais a intervenção se funda. Além disso, o grau de confiabilidade, tanto nas premissas empíricas quanto nas normativas, deve ser elevado. Em relação à discricionariedade epistêmica envolvida no processo de ponderação quando da solução da colisão principiológica no caso concreto, Alexy (2015, p. 617-618) estipulou a denominada *lei epistêmica da ponderação*, segundo a qual "quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia".

A relação de proporcionalidade resta, assim, evidenciada tanto na interação entre os princípios colidentes (lei da ponderação), quanto na consideração das premissas atinentes às condições fáticas e jurídicas do caso concreto (lei epistêmica da ponderação).

Visando à máxima objetivação do processo de ponderação, Alexy (2015) elaborou a Fórmula do Peso, como representação lógico-matemática da estrutura do procedimento ponderativo realizado para a decisão de qual princípio deve ser preponderante na situação em análise. Com ela, o autor pretende evidenciar que, ao sopesar princípios, deve-se considerar o *peso abstrato* de cada princípio em colisão e, também, o *grau de restrição* que cada um deles sofre no caso concreto. Desse modo,

resta claro que a proposta de Alexy (2015) com a fórmula do peso não é “matematizar” o Direito ou lidar com questões jurídicas como se se tratasse de números. As variáveis da fórmula e sua respectiva expressão numérica são simplesmente a *representação lógica da estrutura argumentativa* do discurso jurídico em que se decide a solução de colisões principiológicas. Não há substituição ou redução de argumentos a cálculos matemáticos, mas a mera *representação lógica dos argumentos*, cuja estrutura discursiva é expressa na fórmula (Alexy, 2006). Destarte, a finalidade central da fórmula é explicitar a organização lógica do processo de ponderação, demonstrando que, independentemente das singularidades dos casos concretos e do contexto cultural e linguístico em que eles ocorrem, a estrutura da ponderação realizada na solução da colisão dos princípios jurídicos é a mesma, organiza-se de igual forma, e, exatamente por essa razão, pode ser expressa por meio de uma fórmula lógica, que, como tal, é universalmente válida. Contudo, é importante ressaltar que, mesmo com a ênfase conferida à racionalidade no processo de ponderação integrante da máxima da proporcionalidade, não há um único resultado correto no discurso jurídico – embora, como ressaltado, a resposta dada deva ser correta.

Finalmente, deve-se destacar que, ao elaborar a máxima da proporcionalidade e desenvolvê-la mediante a concepção da lei da ponderação – assim como da fórmula do peso, da lei de colisão e de outros conceitos tratados em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* –, Alexy (2015) procede, em relação ao texto constitucional e ao Direito Constitucional como um todo, da mesma forma que atuou em relação ao discurso jurídico e à Ciência do Direito quando propôs a teoria da argumentação jurídica: aplica os parâmetros da *Filosofia Analítica* ao Direito Positivo, especialmente aos direitos fundamentais constitucionalmente dispostos.

Como visto, essa é vertente da Filosofia que busca explicitar o que está implícito no objeto investigado. A partir da investigação do *discurso jurídico*, foram identificadas as suas *regras* estruturais, as quais são efetivamente pressupostas e seguidas, ainda que não de modo refletido, do que resultou proposta da *Teoria da Argumentação Jurídica* por Alexy (2017). Ao aplicar o modelo filosófico-analítico ao texto constitucional e, em especial, aos direitos fundamentais, o jurista elabora sua *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2015), na qual desenvolve a *Teoria dos Princípios* (2015), e as noções de proporcionalidade e ponderação dela integrante. Esses são conceitos concebidos pelo jurista a partir da análise do processo de solução das colisões principiológicas que frequentemente ocorrem na realidade. Com isso, ressalta-se, uma vez mais, que Alexy não está *criando* as noções de proporcionalidade e ponderação para a avaliação da relação entre os princípios colidentes, mas está propriamente *identificando e descrevendo* procedimentos já praticados pelo intérprete.

Em outras palavras, com a proposta da teoria dos princípios e da máxima da proporcionalidade reunidas em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy (2015) está racionalizando o processo

judicativo desde sempre realizado na prática, ainda que de modo mais intuitivo e mecanizado. Com sua obra, Alexy (2015) busca, então, institucionalizar a razão no discurso jurídico e, ao elencar critérios objetivos norteadores da ponderação, confere maior controlabilidade ao sopesamento entre princípios, proporcionando maior racionalidade e previsibilidade ao processo decisório.

4 MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE ARGUMENTAÇÃO RACIONAL

Sob a ideia da ponderação, paira a crítica robusta de que não se trata de um modelo racional e, por isso, seria carregado de subjetivismo, ensejando o decisionismo judicial.

Alexy (2015, p. 163-164) afirma que a crítica de irracionalidade é procedente se com ela “se quiser dizer que sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco” – essa é, como exposto, questão que o próprio autor deixa claro em sua obra –, mas não é procedente “quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não racional ou irracional”.

O autor deixa claro que a ponderação é uma técnica racional de argumentação e explicita como ela deve ser efetuada, de forma a blindá-la de decisionismo, garantindo, assim, que se apresente como um modelo fundamentado e, por isso, racional.

Relacionar a Teoria da Argumentação Jurídica (Alexy, 2017) à Teoria dos Princípios (Alexy, 2015) e, por conseguinte, à Teoria dos Direitos Fundamentais (Alexy, 2015) é imprescindível para rechaçar a noção equivocada de que o processo de ponderação seria subjetivo por proporcionar o arbítrio na tomada de decisões (Alexy, 2015). Afinal, sendo a ponderação um procedimento argumentativo, os parâmetros normativos apresentados por Alexy (2017) em sua Teoria da Argumentação Jurídica para a garantia da racionalidade do discurso jurídico são integralmente aplicáveis ao processo de ponderação de princípios.

Assim, a aplicação da máxima da proporcionalidade deve seguir o procedimento argumentativo delimitado pela Teoria da Argumentação Jurídica. Para a proteção e promoção da racionalidade discursiva, Alexy (2017) apresenta um conjunto de 22 regras da argumentação a serem observadas, sejam elas atinentes ao discurso prático geral e ao discurso jurídico (como regras fundamentais, regras de razão, regras de carga da argumentação, regras de fundamentação e regras de transição), sejam elas referentes propriamente ao discurso jurídico (regras da justificação interna e da justificação externa).

A seguir, será demonstrado como as máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito devem ser empregadas em uma situação hipotética, evidenciando os tipos de argumentos devem ser apresentados em cada momento da ponderação.

Imagine-se cenário em que o ente estatal é instado a fornecer cirurgia reparadora de mama para paciente que teve câncer e foi submetida à mastectomia. Trata-se de procedimento que decorreu de grave problema de saúde (por isso, foi inevitável) e visa devolver à pessoa afetada os parâmetros estéticos que tinha antes da doença, viabilizando a proteção da saúde mental ao fim do tratamento oncológico, por eliminar ou amenizar a percepção de deformidade, de mutilação, ocasionada pela mastectomia. Entretanto, o Estado rejeita o pedido, alegando que tal procedimento não se caracteriza como tratamento de saúde, não sendo, então, de responsabilidade estatal.

Primeiramente, na apreciação das máximas parciais da adequação e da necessidade, busca-se a otimização na escolha das medidas apropriadas e exigíveis para que se atinjam as finalidades pretendidas. O discurso em que se discorre sobre as circunstâncias fáticas do caso concreto, no qual se descrevem suas singularidades, é chamado discurso *empírico* (Alexy, 2017). Não sendo seus argumentos emanados do Estado, possuem natureza *não institucional* (Toledo, 2021).

Na primeira máxima parcial, a da *adequação*, avaliam-se as medidas empíricas adotadas no caso concreto, averiguando-se a existência de conexão lógica na relação de *meio-fim* na qual se deve pautar a escolha de medidas para a conquista do objetivo pretendido. Assim, na situação hipotética analisada, para se aferir a adequação dos meios ou medidas escolhidas, deve-se questionar se a realização da cirurgia é meio apto a promover saúde mental da mulher que se submeteu à mastectomia. A resposta a essa pergunta é afirmativa, uma vez que pesquisas indicam o melhor restabelecimento da saúde mental de mulheres que recebem a cirurgia reparadora após a necessária realização de mastectomia (Brandão *et al.*, 2021). Nesse ponto, fica clara a necessidade de se trazerem para o discurso jurídico argumentos descritivos da realidade tanto em âmbito científico (segundo as diversas ciências – naturais, exatas, humanas ou sociais), como é o caso do exemplo citado, quanto argumentos baseados no conhecimento vulgar, em que se faz simplesmente referência a fatos da realidade. Ambas as formas de se descrever argumentativamente a realidade integram o discurso empírico.

Na análise da máxima parcial da *necessidade*, verifica-se se os meios utilizados para o alcance das finalidades visadas são exigíveis. Sua exigibilidade é aferida de modo contrafactual: questiona-se se haveria outros meios próprios para se chegar ao fim almejado que afetassem menos os direitos e interesses públicos e privados lesados. No exemplo mencionado, a máxima parcial da necessidade exigiria imperativamente a adoção da referida cirurgia, se não existirem outras formas, menos custosas para os cofres públicos ou menos prejudiciais para a titular do direito afetado, capazes de conduzir ao

mesmo resultado. Os argumentos empregados, nesse momento da fundamentação, também são preponderantemente empíricos, porquanto relatam os meios existentes para se lidar com aquele problema de saúde, buscando averiguar se há, naquele contexto empírico, outros meios igualmente eficazes, mas menos onerosos e lesivos.

Por fim, com o objetivo de solucionar aquela colisão principiológica, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito lida não com as condições fáticas do caso concreto, mas com as condições jurídicas envolvidas, buscando identificar o princípio prioritário na situação em análise. Tal identificação é feita avaliando-se o peso dos princípios colidentes naquelas circunstâncias, isto é, o *peso relativo* daqueles princípios no caso concreto, sendo obviamente preponderante o princípio de maior peso. Por sua vez, a indicação da precedência desse princípio é obtida mediante a relação proporcional que se estabelece entre ele e o princípio preferido segundo a lei da ponderação, isto é, mediante a consideração da importância de sua satisfação, a qual justifica a intervenção no princípio oposto (Alexy, 2015, p. 593).

Ainda analisando o exemplo dado anteriormente, pode-se perceber a relevância da Teoria da Argumentação Jurídica (Alexy, 2017) tanto para a identificação dos tipos de argumento a serem considerados, quanto para a determinação de parâmetros normativos no sentido da racionalidade do discurso.

Quanto aos tipos de argumentos a serem levados em consideração, da análise da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2017), obtém-se classificação que corresponde a uma verdadeira tipologia argumentativa (Toledo, 2021). Alexy (2017) discrimina os argumentos em institucionais (leis, precedentes, doutrina), próprios ao discurso jurídico, e argumentos não institucionais, componentes do discurso empírico (argumentos relativos a fatos da realidade e/ou dados científicos) e do discurso prático geral (argumentos pragmáticos, éticos e morais) (Habermas, 2003).

Por fim, como dito, a Teoria da Argumentação Jurídica (Alexy, 2017) desempenha papel essencial na determinação de parâmetros normativos para direcionar a racionalidade do discurso, mediante a discriminação de 22 regras, classificadas em regras: fundamentais, de razão, de carga da argumentação, de fundamentação, de transição, da justificação interna e da justificação externa (Alexy, 2017).

Retomando a situação hipotética de uma demanda judicial de procedimento médico (cirurgia reparadora de mama) em proteção à saúde mental de mulher que sofrera mastectomia, tem-se a possibilidade de utilização dos três tipos de argumentos institucionais. Como exemplo de *lei*, pode-se citar o art. 196 da Constituição Federal (Brasil, 1988), que garante a saúde como direito de todos e dever do Estado. Enquanto referência a *precedentes*, pode-se fazer menção à decisão do STF no

processo SL 47-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, 17.03.2010, em que é afirmada a competência excepcional do Poder Judiciário para intervenção em políticas públicas relacionadas à proteção dos direitos fundamentais (cuja elaboração é de competência originária dos Poderes Públicos eleitos), em virtude do *sistema de freios e contrapesos* integrante do *princípio da separação dos poderes*, e, neste próprio acórdão do STF, há menção a argumentos doutrinários, entre os quais o entendimento de que a determinação do direito fundamental *definitivo* é uma questão de ponderação entre princípios constante da Teoria dos Direitos Fundamentais (Alexy, 2015).

Por sua vez, argumentos não institucionais empíricos podem ser referenciados, mediante, por exemplo, o recurso aos aludidos dados científicos que comprovam a melhor recuperação da saúde mental por mulheres que receberam a cirurgia reparadora após realização de mastectomia (Brandão *et al.*, 2021).

Por outro lado, a noção de *universalidade* ordenada por *regra de fundamentação* em âmbito discursivo, na forma de *universalidade de acordo* – as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos –, quando trazida para o *discurso jurídico*, assume, entre uma de suas dimensões, a determinação de universalidade de tratamento igual para situações essencialmente semelhantes. Assim, no exemplo hipotético em análise, a prescrição de universalidade ordena o reconhecimento do mesmo direito para todas as pessoas com o mesmo problema, de modo que a solução dada a um caso deve ser universalmente adotada para todas as pessoas na mesma condição. Ou seja, se há necessidade de reparação de mama após uma mastectomia, a demandante naquela ação judicial e todas as mulheres em igual situação devem ser beneficiadas por esse procedimento cirúrgico. Afinal, onde há a mesma razão deve haver a mesmo tratamento.

A razão que justifica reparar dano estético de um indivíduo que foi submetido a procedimento médico necessário, mas cujo resultado inevitavelmente desfigura o corpo humano, deve igualmente fundamentar o direito de qualquer outra pessoa que se encontre em situação essencialmente semelhante. A observância da universalidade exige que seja observado o argumento da igualdade, coibindo o tratamento discriminatório ante a mesma situação jurídica.

Por isso, as prestações de saúde de primeira necessidade (Duarte, 2020), inerentes ao núcleo essencial do direito à saúde, em virtude da vinculação absoluta do Estado, devem, necessariamente, constar das políticas públicas ordinárias, que necessitam ser, por sua natureza, universais. Tratando-se de prestações de saúde de segunda necessidade (Duarte, 2020), para o deferimento do pedido, pleiteado em juízo individualmente, é necessário que o juiz verifique a possibilidade de que elas sejam incluídas em políticas públicas universais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa qualitativa ora relatada foi dedicada à investigação da relação, no pensamento de Alexy, entre a *Teoria da Argumentação Jurídica* e a *Teoria dos Princípios*, exposta em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (Alexy, 2017, 2015). Após breve explanação dos conceitos basilares que as fundam, as teorias foram analisadas sob o lume de revisão bibliográfica.

Observou-se que a Teoria da Argumentação Jurídica e a Teoria dos Princípios (Alexy, 2017, 2015) apresentam clara complementariedade, colaborando para uma decisão coesa, racionalmente fundamentada. Essa complementariedade fica patente no tratamento dos direitos fundamentais, os quais são previstos em princípios constitucionais – que, nesse caso, são denominados *princípios de direitos fundamentais*.

Com lastro nas fontes bibliográficas estudadas, foi possível confirmar a hipótese de que a Teoria da Argumentação Jurídica (Alexy, 2017) oferece balizas para a ponderação racional de princípios colidentes. Os tipos de argumentos considerados integrantes do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral são os mesmos que compõem a abordagem dos direitos fundamentais baseada na Teoria dos Princípios (Alexy, 2015) e exposta no livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* (Alexy, 2015).

Sendo os direitos fundamentais previstos em princípios, sua aplicação envolve não apenas a subsunção silogística do fato à norma, mas o recurso à máxima da proporcionalidade para a solução das frequentes colisões principiológicas ocorridas na concretude dos casos reais cotidianos. Para a condução racional do discurso jurídico nesses casos, em que se faz necessária a análise da adequação e necessidade dos meios utilizados para o alcance dos fins visados, mostram-se imprescindíveis as regras da argumentação formuladas por Alexy (2017), as quais também orientam a construção argumentativa do discurso em que se realiza a ponderação de princípios colidentes, visando à identificação do princípio prioritário e a consequente determinação, no caso concreto, do direito fundamental definitivo. Evidencia-se, assim, a relevância das regras elaboradas por Alexy (2017) na Teoria da Argumentação Jurídica para a concretização dos direitos fundamentais, estruturados segundo a Teoria dos Princípios (2015). Da conjugação de ambas as teorias, decorre a garantia do alcance do maior grau possível de racionalidade nas decisões judiciais cujo objeto são direitos fundamentais, bem como a isonomia não apenas na formalidade da fruição desses direitos, mas na materialidade do seu exercício.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Derechos, Razonamiento Jurdico y Discurso Racional. In: **Isonomia: Revista de Teoria e Filosofia do Direito**, 18, nº. 1, p. 38-50, 1994.

ALEXY, Robert. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: ANDRÉS IBAÑES, Perfecto; ALEXY, Robert (Orgs.). **Jueces y ponderación argumentativa**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, 2006.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução: Gercélia B.O.Mendes. Revisão técnica da tradução: Karine Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução: Cláudia Toledo. 4^a ed. São Paulo: Forense, 2017.

BRANDÃO, Brenda Lopes *et al.* Importância da cirurgia plástica para mulheres mastectomizadas e o papel do Sistema Único de Saúde: revisão integrativa. **Revista Brasileira de Cirurgia Plástica**, v. 36, n. 4, p. 457-465, out.-dez., 2021. <https://www.scielo.br/j/rbcn/a/BRBxNgFJ9jfFDgDs743hc9v/#>. Acesso em: 25 abr. 2024.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; CASTRO, Yuran Quintão. Núcleo essencial do direito à saúde: demandas de saúde de primeira necessidade. In: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Victor Luna. (Orgs.). **Direito à Saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 201-230.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde: Um Contributo para a Dogmática do Direito à Saúde**. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DWORKIN. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – Entre facticidade e validade. Tradução: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, v. 1, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6^a ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLATT, Matthias. Robert Alexy's Philosophy of Law as System. In: KLATT, Matthias (Org.). **Institutionalized Reason — The Jurisprudence of Robert Alexy**. Nova York: Oxford University Press, 2012, p. 1-26.

NASCIMENTO, Isabel Campos. **O Princípio da Reserva do Possível e a Ponderação – Uma proposta de critérios para análise da confiabilidade epistêmica de premissas empíricas e normativas de decisões judiciais.** Belo Horizonte: Dialética, 2022.

SIECKMANN, Jan Reinard. **La Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

TOLEDO, Cláudia. O Pensamento de Robert Alexy como Sistema. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **O Pensamento de Robert Alexy como Sistema.** Rio de Janeiro: Forense, p. 35-53, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3565216>. Acesso em: 01 de nov. 2023.

TOLEDO, Cláudia. Ativismo judicial vs. controle judicial: um estudo a partir da análise argumentativa da fundamentação das decisões do Poder Judiciário brasileiro e do Tribunal Constitucional da Argentina, México e Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (Coord.). **Atual judiciário:** ativismo ou atitude. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 385-422.

TOLEDO, Cláudia. La pretensión de corrección en el pensamiento de Robert Alexy. In: VILLA-ROSAS, Gonzalo; TOLEDO, Cláudia; TOVAR, Alejandro N.; DURÁN, Arnulfo D.M. (Orgs.). **Derecho, Argumentación y Ponderación.** Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2023, p. 97-134.