

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

Fausto Santos de Moraes

Ponderação e
Arbitrariedade:
a Inadequada Recepção
de Alexy pelo STF

3ª edição
Revista e atualizada

2022

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy publica em 1986 a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (*Theorie der Grundrechte*) tornando-se um marco teórico para os estudos sobre a estrutura normativa dos Direitos Fundamentais na Constituição alemã¹. Já na introdução, o autor indica a consequência de se ter os Direitos Fundamentais previstos na lei máxima de um Estado, visto que a sujeição dos poderes executivo, legislativo e judiciário a eles teria como garantia a possibilidade de atuação do tribunal constitucional. Nesse contexto, não se pode negar que a proposta teórica está influenciada pelo reconhecimento do constitucionalismo contemporâneo como modelo jurídico idealizado.

Embora a positivação dos Direitos Fundamentais deva ser considerada como algo importante, principalmente nas culturas jurídicas notadamente originárias da *civillaw* que privilegiam o direito positivado em textos, coloca-se como centro da discussão o alcance dessas normas jurídicas, isto é, qual o limite interpretativo das normas de Direitos Fundamentais.

Alexy acaba reconhecendo a relevância dessa discussão. Vai dizer o autor alemão que existem inúmeros dispositivos da Constituição Alemã que estabelecem uma regulamentação “aberta”². Isto é, haveria dispositivos

1. Uma das qualidades que pode ser ressaltada do trabalho de Robert Alexy é a sua contribuição à sistematização e consistência teórica sobre os Direitos Fundamentais, principalmente, exaltando a atuação do Tribunal Federal Constitucional alemão na concretização dessas normas. Pode-se considerar, assim, Alexy como pioneiro na sustentação teórica da utilização do princípio da proporcionalidade como elementos normativos imanente às normas de Direitos Fundamentais, o qual é visto na sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, publicada em 1986. O estudo de Alexy implica a compreensão do princípio da proporcionalidade como exigência decorrente do reconhecimento da substancialidade dos Direitos Fundamentais, como objeto normativo do Tribunal Federal Constitucional alemão. Isso é feito de tal maneira que Alexy vai afirmar que as normas de Direitos Fundamentais implicariam a máxima de proporcionalidade, fazendo com que a proteção de tais direitos acontecesse da maneira mais extensa possível (cita, nesse contexto, as decisões BVerfGE 5, 85 (204), BVerfGE 7, 377 (403), BVerfGE 13, 97 (195)).
2. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 26.

constitucionais que não permitiriam um consenso fácil sobre o alcance do seu sentido. Tais dissensos, por sua vez, colocariam em evidência a disputa pela preponderância dos sentidos possíveis.

Assim, deve-se reconhecer que, além do texto constitucional, as disputas pelo alcance do sentido normativo da Constituição envolvem outros elementos, quais sejam, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Observando isso, Alexy sustenta que o Tribunal Constitucional Alemão atuou criando normas sobre as possibilidades da Constituição Alemã o que, na opinião do autor, foi algo preponderando para o reconhecimento normativo dos Direitos Fundamentais, tanto que deveria a Ciência do Direito assumir como seu objeto de investigação as decisões do Tribunal Constitucional Alemão.

Mesmo o Tribunal Constitucional Alemão agindo através da sua jurisprudência para reduzir a “abertura” das disposições de Direitos Fundamentais, não seria humanamente possível prever todas as condições fáticas que reclamariam a proteção aos Direitos Fundamentais. Para tanto, Robert Alexy entende que juntamente com as decisões do tribunal constitucional, seria necessário conhecer quais as respostas poderiam ser consideradas racionalmente fundamentadas. É assim que Robert Alexy define o principal objetivo teórico da sua obra, qual seja: elaborar uma teoria jurídica que dê conta na *fundamentação racional dos direitos fundamentais da Constituição alemã*³.

O que pretende o autor é apresentar uma adequada dogmática dos direitos fundamentais, considerando a teoria dos princípios, como desafio para reabilitação da chamada *teoria valorativa dos direitos fundamentais*⁴.

Em breve síntese, pode-se dizer que a obra de Alexy pretende teorizar sobre duas questões: a forma como são decididas as questões relacionadas aos Direitos Fundamentais pelo Tribunal Constitucional Federal e o necessário desenvolvimento dogmático sobre essas questões. De um lado, a decisão jurídica, principalmente, aquela orientada aos Direitos Fundamentais, envolveria a discussão sobre ordem de valores. De outro, a dogmática deveria promover estudos e debates sobre as decisões, aferindo a sua legitimidade mediante a possibilidade de uma fundamentação racional. Não é demais dizer, a partir disso, que Alexy entende ser possível conciliar decisão (juízos de valor) e fundamentação racional – o que se daria mediante uma Teoria da Argumentação Jurídica.

É para comprovar tal tese que se pode observar o empenho de Robert Alexy na fundamentação (justificação) racional das decisões judiciais, feito teórico apresentado em sua obra publicada em 1978 intitulada *Teoria da Ar-*

3. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 29.

4. *Ibid.*, p. 29.

gumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica (Theorie der juristischen Argumentation). Naquela oportunidade, a motivação de Robert Alexy foi a exigência do Tribunal Constitucional Alemão ter resolvido em julgado de 14 de fevereiro de 1973 que as decisões dos juízes deveriam fundar-se em argumentos racionais (BVerfGE 34, 269 (287)⁵. Assim, torna-se lógico reconhecer que a validade da decisão judicial guardaria íntima relação com a sua fundamentação racional. Ou melhor, a legitimidade das decisões judiciais estaria atrelada a sua possibilidade de fundamentação racional. Como qualquer pesquisador, Alexy orientou-se para estabelecer as bases teóricas para dizer se era possível obter a fundamentação racional e qual seria o seu alcance⁶.

Conclui-se que à época do desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais, notadamente orientada pelo reconhecimento de valores ao texto constitucional alemão, as decisões do tribunal constitucional somente contariam com legitimidade – validade jurídica, se fundamentadas racionalmente.

Essa breve indicação serve para referir a função da Teoria dos Direitos Fundamentais para Robert Alexy como produto da Ciência do Direito (ou dogmática). Para ele, a dogmática serviria para indicar as três dimensões necessárias da Ciência do Direito que procura desenvolver racionalmente os problemas jurídicos. Tais dimensões seriam: analítica, empírica e normativa. Cabe destacar, preliminarmente, que a relação entre as três dimensões seria multidimensional⁷. Isto é, a Ciência do Direito teria como tarefa *analítica* a elucidação e discussão de conceitos elementares do Direito vigente, precisando conceitualmente, por exemplo, o papel dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica vigente, os efeitos produzidos por tais direitos no sistema jurídico, bem como a maneira que dever-se-iam fundamentar as decisões sobre direitos fundamentais. Esta primeira faceta analítica se encontra com um elemento *empírico*, o Direito vigente/válido. Assim, a análise dogmática fundar-se-ia tanto no texto constitucional bem como na jurisprudência do tribunal constitucional que indicam a vigência/validade de disposições constitucionais e de direitos fundamentais como ponto de partida da análise dogmática. Por fim, seria tarefa da Ciência do Direito elucidar e criticar a prática judiciária, colocando em evidência a necessidade de discussão da tarefa prática do Direito – qual seja, determinar individualmente aquilo que *deve-ser*, fornecendo respostas às necessárias valorações adicionais exigidas pela ordem jurídica. Ou seja, o conhecimento das decisões do tribunal sobre

5. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 5.

6. ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, op. cit., p. 5.

7. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit, p. 48.

valorações não feitas previamente pela ordem jurídica positiva (empírica), seriam alvo do conhecimento dogmático que, mediante discussões e críticas, indicariam as condições para a decisão com fundamentação racional⁸.

Sobre esses pressupostos, a Teoria dos Direitos Fundamentais faz parte da Ciência do Direito com o ideal teórico de apresentar a ordenação clara de enunciados gerais, verdadeiros ou corretos sobre as três dimensões da dogmática jurídica dos Direitos Fundamentais⁹. A partir de então, a Teoria dos Direitos Fundamentais deve servir de suporte teórico ao intérprete para decisões no âmbito dos Direitos Fundamentais.

Pode-se especular, a partir de então, que a *Teoria dos Direitos Fundamentais* conjuga-se à *Teoria da Argumentação Jurídica*, na tentativa de Robert Alexy apresentar uma teoria geral dos Direitos Fundamentais que possa ir além do texto constitucional alemão, indicando teoricamente a existência de elementos verificáveis sobre o Direito válido e vigente, da mesma forma que serviria para explicar e criticar a fundamentação racional das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão que reconhecem a normatividade dos Direitos Fundamentais, sejam eles positivados ou não no texto constitucional.

Na busca da construção dogmática dos Direitos Fundamentais e a sua possibilidade de fundamentação racional, Alexy elege a distinção entre regras e princípios jurídicos como elemento estruturante para tal empreitada. Quer dizer, a partir da diferença entre regras e princípios como estruturas¹⁰ duma teoria normativo-material sobre as questões correlatas aos Direitos Fundamentais – tal como direito de liberdade, igualdade, proteção jurídica,

8. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 48. Embora Alexy indique a importância da dimensão analítico-conceitual, entende ele que a Ciência do Direito não poderia se reduzir a esta dimensão. Portanto, diz o autor: “Na medida em que se critica [...] uma redução da Ciência do Direito à dimensão analítica, é de se concordar com elas. A Ciência do Direito somente pode cumprir a sua tarefa prática sendo uma disciplina multidimensional. [...] A análise lógica demonstra exatamente que, nos casos minimamente problemáticos, a decisão não tem como ser tomada com base apenas nos meios da Lógica, a partir de normas e conceitos jurídicos pressupostos. Para tanto, são necessários valores adicionais e, como fundamento desses valores, conhecimentos empíricos”. Parece, assim, que Alexy reconhece a importância da dimensão empírica e normativa, mas ressalta que a Ciência do Direito tem uma função primordial, visto que “sem uma compreensão sistemático-conceitual a Ciência do Direito não é viável como uma disciplina racional. A medida de racionalidade do Direito depende em grande parte do nível alcançado pela dimensão analítica. Sem clareza analítica nem mesmo seriam possíveis enunciados precisos e fundamentados sobre a intenção das três dimensões. Seria impossível falar de um controle racional das valorações indispensáveis à Ciência do Direito e de uma aplicação metodologicamente controlada do saber empírico. Se há algo que pode livrar ao menos um pouco a ciência dos direitos fundamentais da retórica política e das idas e vindas das lutas ideológicas é o trabalho na dimensão analítica.” Cf. *Ibid.*, p. 49.

9. *Ibid.*, p. 39.

10. Especula-se, aqui, diante da inclinação do autor à fundamentação racional das normas jurídicas como elemento primordial da sua legitimidade/validade, que a diferença estrutural conduziria a diferentes encaminhamentos teóricos à argumentação jurídica necessária para justificar racionalmente a aplicação das respectivas espécies normativas regras/princípios. Algo, que será explorado à frente de maneira mais detida.

organização e procedimento – poder-se-ia amparar um esquema de fundamentação racional sobre as possibilidades e limites no âmbito de aplicação dos Direitos Fundamentais¹¹.

Todavia, a Teoria dos Direitos Fundamentais pensada por Alexy para o texto constitucional alemão ganhou, no decorrer do tempo, espaço em diferentes campos teóricos da Ciência do Direito. Isto é, de uma teoria geral dos Direitos Fundamentais da Constituição alemã, passou a ser uma teoria geral dos Direitos Fundamentais, teoria geral das normas jurídicas e/ou teoria da metodologia jurídica.

Juntamente com a sua expansão nas diferentes disciplinas teóricas do Direito, a Teoria dos Direitos Fundamentais – aqui está inserida a possibilidade de fundamentação racional das decisões – ganhou um caminho globalizado. Nesse sentido, passou a servir de ponto teórico-comparativo para outras ordens jurídicas. A evidência disto é a tradução da obra para a língua inglesa, espanhola e portuguesa¹².

A partir da facilidade promovida pela tradução em várias línguas, a proposta teórica de Robert Alexy adquiriu papel de destaque nas ordens jurídicas ocidentais que reconhecem ao campo constitucional a sua fonte de validade, condicionando, por decorrência, a substancialização do Direito a partir da positivação e constante expansão das normas de Direitos Fundamentais.

2.1. DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO EMPREGADO POR ALEXY

A noção de Constituição adotada por Robert Alexy permite que o seu pensamento possa ser inserido no contexto dos juristas que reclamam o paradigma constitucionalista, principalmente, ao reconhecer o poder das Constituições que contemplam normas de Direitos Fundamentais.

Nesse contexto, falar de Constituição é reconhecer a característica de um modelo *sui generis*, denominado pelo autor como ordem moldura e fundamento¹³. A caracterização poderia ser explicada como definidora de questões fundamentais na ordem jurídica, indicando o que seria proibido, necessário e facultado. Daí resultaria a ordem jurídica moldura, em

11. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 85.

12. No ano de 2008 a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy foi traduzida por Virgílio Afonso da Silva para o português, sendo publicada e ganhando circulação no Brasil. Vale referir, ainda, que a tradução de outros textos de Robert Alexy já foi feita no idioma português e circulam no Brasil, com os títulos: Teoria da Argumentação Jurídica; Constitucionalismo Discursivo; Direito, Razão e Discurso; e Direito Natural, Direito Positivo e Direito Discursivo.

13. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 584.

que seria previsto um espaço estrutural deixado pelas normas de Direitos Fundamentais.

Por sua vez, o fundamento da ordem jurídica, empregado no sentido qualitativo, designa que as questões decididas por meio da Constituição seriam questões fundamentais à sociedade¹⁴. Assim, quando uma Constituição incorpora os Direitos Fundamentais na sua disposição, acaba por colocá-los no centro de validade da ordem jurídica. Seguindo o argumento, afirma Alexy que as constituições democráticas gozariam de dois tipos normativos: 1) aqueles que constituem e organizam o Estado, nos seus três poderes, dotando-lhes de autorização; 2) normas que conduziriam e limitariam a atuação estatal – e particular¹⁵. Os Direitos Fundamentais, por sua vez, encontrariam guarida na segunda categoria. E como tal, gozariam do poder de irradiar os seus efeitos sobre todos os ramos do Direito¹⁶, tendo, como consequências:

a) limitar os conteúdos do direito infraconstitucional, vinculando substancialmente o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) como os particulares;

b) a substancialidade referida faria com que as disposições constitucionais se deparassem com o problema do seu alcance, decorrente de questões semânticas, estruturais (devido, proibido, permitido) e da natureza principiológica das normas de Direitos Fundamentais. Essas questões que prejudicariam a clareza absoluta sobre as condutas devidas por interpretação das normas de Direitos Fundamentais exigiria uma metodologia própria, qual seja, o *sopesamento*. Tal metodologia, na condição de um *procedimento aberto*, teria como consequência a abertura do sistema jurídico em virtude das normas de Direitos Fundamentais; e,

c) Por incorporar normas de Direitos Fundamentais, abertas ao procedimento de sopesamento, a vigência dos Direitos Fundamentais indicaria que o sistema jurídico seria aberto *em face da Moral*. Diz Alexy: *os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo*¹⁷.

A referida abertura moral, em que os conteúdos substanciais da Constituição fossem determinados pelo Tribunal Constitucional, traria à tona o problema sobre a extensão do controle pelo Poder Judiciário – sendo pacífico para o autor o poder de jurisdição do tribunal.

14. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 584.

15. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 105.

16. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 543.

17. *Ibid.*, p. 544.

Ainda, o reconhecimento dos efeitos dos Direitos Fundamentais sobre toda a ordem jurídica representaria a sua condição de fundamentalidade formal e substancial¹⁸. Pelo viés formal, as normas de Direitos Fundamentais ao se posicionarem no ápice do sistema jurídico teriam como efeito a vinculação direta dos demais poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Ainda, a vinculação formal seria exercida de maneira procedimental e material, no seguinte sentido: a primeira vinculação estabeleceria normas de organização e procedimento enquanto a segunda importaria na existência de normas constitucionais que proporcionariam o conhecimento do conteúdo jurídico-constitucional¹⁹.

Afirma Alexy que o modelo seguido pela Constituição Alemã envolveria a natureza mista, material procedimental, pela qual os Direitos Fundamentais juntamente com os dispositivos que estabeleceriam objetivos corresponderiam ao componente material da Constituição, ao passo que o seu exercício estaria disciplinado pelas normas procedimentais de atuação do Poder Legislativo²⁰.

A combinação entre as condições formais e materiais demarcariam âmbitos significativos do Direito, sobre aquilo que seria necessário, impossível ou possível. As normas de Direitos Fundamentais serviriam para estabelecer materialmente aquilo que é necessário e impossível, deixando ao legislador, por obediência ao procedimento, a regulamentação das matérias possíveis. Nessa questão, o legislador estaria dentro do interior de uma moldura determinada pelo obrigado e proibido, deixando-lhe a discricionariedade para definir aquilo que é facultado²¹.

A partir de então, não seria forçoso concluir que o legislador possuiria um poder discricionário, definido por Alexy como de natureza estrutural. Isto é, decorrente do espaço de faculdade existente na estrutura modal deontológica da Constituição entre aquilo definitivamente obrigatório e proibido²². Seria um espaço discricionário ínsito às normas de Direitos Fundamentais guiadas pela obrigatoriedade e proibição.

Por sua vez, haveria outro tipo de discricionariedade que não estaria ligado à faculdade do legislador na imposição normativa, mas, sob a perspectiva dos limites de alcance sobre o que seria proibido e ordenado, conhecido por elementos de cognição normativa e empírica²³. Alexy qualifica a primeira

18. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 520.

19. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 521.

20. *Ibid.*, p. 522.

21. *Ibid.*, p. 582.

22. *Ibid.*, p. 583.

23. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 583.

discricionariedade como estrutural e a segunda como epistêmica²⁴. Não é objeto da presente seção aprofundar a noção de discricionariedade utilizada pelo autor, algo que terá espaço próprio no decorrer do presente trabalho.

O que se deve concluir, a partir do que foi visto nesta seção, é que o conceito de Constituição de Robert Alexy guarda intrínseca relação com um modelo de ordem jurídica que, além de prever regras de organização e competência, agrega questões substanciais como a exigência de proteção aos Direitos Fundamentais. Como supra referido, um dos grandes problemas que Robert Alexy procura enfrentar é como definir ou fundamentar – em virtude da abertura à moral supra indicada, uma norma como de Direito Fundamental. Esse assunto será desenvolvido na próxima seção.

2.2. AS NORMAS E OS RECLAMES DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de prosseguir na exposição, deve-se apresentar o que Robert Alexy considera como normas de Direito Fundamental. Ao analisar as normas de Direitos Fundamentais, Alexy entende que esse rótulo poderia ser designado na Constituição (Alemã) no caso de haver expressa disposição constitucional. Isto é, a própria Constituição estabeleceria formalmente a diferença dessas normas com as demais presentes no texto constitucional²⁵.

Não deve haver equívoco, todavia, que leve a considera que haveria uma simples redução das normas de Direitos Fundamentais àquelas dispostas expressamente no texto constitucional. Trata-se, ao contrário de reconhecer outras normas porque tratariam sobre questões fundamentais de proteção ao cidadão. Essas normas, afirma Alexy, decorreriam logicamente das disposições do texto constitucional²⁶.

Pensando sobre aquilo que foi apresentado anteriormente, mais precisamente, quanto à abertura do Direito à Moral, bem como as condições estruturais, semânticas e principiológicas das normas de Direitos Fundamentais, seria possível ao Tribunal Constitucional Alemão atribuir ao dispositivo textual da Constituição Alemã outros comandos. Esses comandos, tidos como materialmente fundamentais, também gozariam da condição de normas de Direitos Fundamentais por decisão do Tribunal Constitucional Alemão. Por sua vez, seriam legítimos desde que fundamentados racionalmente.

24. *Ibid.*, p. 584.

25. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 66.

26. Um dispositivo da Constituição Brasileira que implica na possibilidade de se atribuir várias interpretações seria a previsão feita no artigo 5º, § 2º, estipulando que a ordem jurídica brasileira estaria aberta a direitos e garantias além daqueles expressos, provenientes do regime ou princípios adotados ou dos tratados firmados.

Vale aqui destacar, para adiante, que a dogmática dos Direitos Fundamentais exerceria a função de estabilizar ou criticar as decisões do Tribunal Constitucional Alemão na caracterização de outras normas de Direitos Fundamentais decorrentes dos dispositivos textuais da Constituição. A indicação de outras normas, a partir do texto constitucional, significaria definir o alcance dos Direitos Fundamentais.

Alexy vai afirmar que a indicação de outras normas decorrentes do texto constitucional, mas que não poderiam ser consideradas formalmente expressas por ele²⁷, seriam consideradas normas de Direito Fundamental atribuídas ou aditadas²⁸.

Para se chegar às normas de Direitos Fundamentais atribuídas, Alexy demonstra que as disposições que enunciam na Constituição normas de direitos fundamentais poderiam apresentar indeterminações do tipo semântico ou estrutural.²⁹ A ideia central de que parte o autor é de que os direitos fundamentais previstos na constituição (alemã) regulam de forma muito aberta as questões que estruturam as relações do Estado e da sociedade.³⁰ Comparativamente, essa condição não seria apenas um privilégio da Constituição Alemã, sendo possível identificar na Constituição Brasileira uma série de dispositivos que possuem uma abertura nos termos propostos por Alexy.³¹

Entende Alexy que as disposições dos direitos fundamentais previstos na Constituição Alemã, por si só, permitiriam uma luta política interminável para estabelecer as suas possibilidades interpretativas. Para resolver essa tarefa, o Tribunal Constitucional Alemão surge como órgão político-jurídico que apresenta determinações sobre o texto constitucional, reduzindo a sua margem de incerteza e dando significado concreto aos direitos fundamentais.³² De acordo com Alexy, mesmo com a atuação comprometida do Tribunal Constitucional, a jurisprudência construída sobre as disposições de Direitos Fundamentais também é contaminada por uma abertura.³³ Isto é, apesar do esforço do Tribunal Constitucional em refinar os dispositivos de Direitos Fundamentais previstos na Constituição Alemã, seria possível verificar a

27. Alexy exemplifica como normas de Direitos Fundamentais formais aquelas que estão dispostas como tais na Constituição Alemã, como as do artigo 1º ao 19º, juntamente com as garantidoras de direitos individuais, artigo 20, § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104, bem como outros tipos de normas, que poderiam ser expressas por elas.

28. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 69.

29. *Ibid.*, p. 70.

30. *Ibid.*, p. 26.

31. Como, por exemplo, as expressões ou enunciados: “dignidade da pessoa humana”, CF, art. 1º, III; “é livre a manifestação de pensamento [...]”, CF, art. 5º, IV; “são assegurados o contraditório e a ampla defesa”, CF, art. 5º, LV.

32. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 27.

33. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 28.

impossibilidade de eliminar uma condição de abertura proporcionada pelas normas (lidas, aqui, tanto os dispositivos constitucionais quanto a jurisprudência), o que mostra, indiscutivelmente, que os Direitos Fundamentais e as normas derivadas ou atribuídas a eles sempre farão com que o sistema jurídico apresente uma abertura ao sistema moral.³⁴

Portanto, um dos trabalhos do Tribunal Constitucional Federal Alemão seria a criação de regras semânticas quanto ao emprego de várias expressões previstas na Constituição alemã, procurando reduzir a indeterminação apresentada por ela.³⁵ Ao fazer isso, não se poderia negar que o Tribunal Constitucional Alemão estaria estabelecendo o que é uma norma de Direito Fundamental. Ou seja, o esclarecimento feito pelo Tribunal Constitucional Alemão quanto às expressões semanticamente abertas seria um ato de fixação normativa. Ao fazê-lo, o tribunal estaria dizendo que o enunciado derivativo da norma expressamente disposta na constituição, mas semanticamente aberta, também deveria ser considerada como norma de Direito Fundamental.

Existiriam, portanto, normas na Constituição Alemã que apresentariam uma abertura estrutural. Esta condição não possibilitaria dizer se uma norma obriga a realização de uma ação ou abstenção, e mais, se estes atos permitiriam o reconhecimento da existência de um direito subjetivo do cidadão.³⁶ Para exemplificar a discussão, Alexy apresenta o artigo 5º, §3º, 1, da Constituição Alemã, que determinava que “Ciência, pesquisa e ensino devem ser livres”.³⁷ No entanto, foi possível através do Tribunal Constitucional Alemão oferecer normas que refinassem a indeterminação estrutural oferecida pela disposição constitucional. Esse refinamento com vistas ao caso concreto, conforme expõe Alexy, permite que se expresse aquilo que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o dispositivo Constitucional.

Alexy parece querer chegar ao fato de que existiriam normas que não derivariam diretamente do texto constitucional, mas poderiam ser atribuídas a ele. Com isso, as normas atribuídas ao texto constitucional acabam por permitir a remissão de um número infinito de normas. Ficaria assim, em evidência, a seguinte pergunta: como se pode saber se uma norma atribuída ao texto constitucional é ou não uma norma de Direito Fundamental?

Para tanto, o autor desenvolve como critério a condição de que a norma atribuída possa ser considerada como norma de Direito Fundamental sempre

34. Nas palavras de Alexy: “[...] a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais.” ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit, p. 29.

35. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 70.

36. *Ibid.*, p. 71.

37. *Ibid.*, p. 72.

que for validada “mediante uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.”³⁸ Isto é, a validade da norma seria conferida pela conjugação de três fatores: o texto das disposições de direitos fundamentais, os precedentes do Tribunal Constitucional Alemão e os argumentos práticos gerais utilizados na fundamentação.³⁹ Parece que o autor pretende estabelecer que, para se conhecer uma norma de Direito Fundamental, mais especificamente as atribuídas, seria necessário reconhecer os fundamentos/argumentos a favor de tal reconhecimento. A ressalva é feita, pois permite compreender a conexão que estabelece Alexy entre norma e argumentação jurídica, ficando ao encargo desta dar o fundamento jurídico à norma⁴⁰.

Além da abertura semântica até aqui tratada, as normas de Direitos Fundamentais presentes na Constituição alemã teriam uma estrutura também aberta por sua natureza estrutural dúbia de regras e princípios, o que conduziria a um tipo de abertura valorativa. De certa forma, a distinção entre regras e princípios traçada por Alexy seria uma forma de organizar a fundamentação dos Direitos Fundamentais para lidar com a referida abertura valorativa.

Nesse sentido específico, não se pode descurar que Robert Alexy reconhece ao conceito de princípio jurídico a condição de norma decorrente da estrutura dos Direitos Fundamentais. Isto é, na interpretação dos direitos fundamentais presentes no texto constitucional alemão haveria hipóteses de que uma norma exclusiva poderia ser deduzida. Seriam casos em que a construção semântica feita no texto constitucional permitiria entender o sentido do seu alcance normativo.

Nesses casos em que o texto se mostra “claro”, estar-se-ia diante de um *enunciado normativo de direito fundamental* ou uma *disposição de direito fundamental*.⁴¹ Em situações como esta em que o texto constitucional não demandasse maiores questionamentos interpretativos, estar-se-ia diante de uma regra jurídica.

Existiriam, contudo, outros tipos de enunciados do texto constitucional alemão que não poderiam ser considerados como “enunciado normativo de direito fundamental” (sic), pois a simples proposição jurídica não expressaria

38. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 74.

39. *Ibid.*, p. 74.

40. Poderia estabelecer-se uma tarefa diferente em fundamentar uma norma que tem a sua evidência vinculada de forma direta com a disposição do direito fundamental daquela que tem a sua condição atribuída, mas, ambas, poderiam ser fundamentadas validamente. Acontece que a norma diretamente derivada das disposições constitucionais poderia ser fundamentada simplesmente com a remissão do dispositivo legal. Enquanto a norma atribuída, de outra maneira, exigiria um esforço de demonstração da sua vinculação aos dispositivos constitucionais.

41. *Ibid.*, p. 66.

a norma.⁴² Isto é, existiriam proposições cuja condição de norma somente poderia ser reconhecida mediante um refinamento, levando em consideração os problemas concretos e as questões empíricas a serem analisadas. Seriam *normas atribuídas* ao texto constitucional.⁴³ Normas produzidas mediante um *refinamento*⁴⁴ do texto constitucional.

Mas que relação o estudo das proposições do texto constitucional teria com os princípios jurídicos aqui tratados? Alexy responderia: quando as proposições constitucionais mostram-se semântica ou estruturalmente abertas a tradicional dedução não seria suficiente para encontrar o sentido normativo. Quando as proposições do texto constitucional fossem indeterminadas, seja semântica ou estruturalmente, o seu sentido não dependeria tão somente do texto constitucional, mas apelaria a atuação do Tribunal Constitucional alemão para determinação. Seria sempre válida a atuação do Tribunal Constitucional alemão na designação de normas de *direito fundamental atribuídas*, quando a fundamentação utilizada encontrasse amparo nos direitos fundamentais.

Abordar a classificação proposta por Alexy entre normas de Direito fundamental direta e atribuída é apresentar a noção de que a expressa proposição no texto constitucional, ou seja, a sua positivação, seria a referência necessária à fundamentação da norma como fundamental.

Portanto, parece que reconhecer a qualidade de norma de Direito fundamental seria, para Alexy, num primeiro momento, questão de análise da linguagem utilizada. Far-se-ia a verificação sintático-semântica e, a partir daí, seria possível dizer que aquela proposição existente no texto constitucional seria norma jurídica.

A própria classificação normativa-estrutural entre regras e princípios jurídicos acabaria ficando condicionada a elementos linguísticos-semânticos. Seriam regras jurídicas aquelas proposições normativas cuja dimensão sintático-semântica poderia ser facilmente entendida pelo intérprete sobre o proibido, obrigado ou permitido.

Na oportunidade em que as proposições do texto constitucional alemão não teriam a mesma qualidade linguístico-semântica, apresentando certo grau de indeterminação, deparar-se-ia o jurista com a necessidade de

42. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 71.

43. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 73: "Normas (que) não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, elas serão atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição. Isso justifica chamá-las de "normas atribuídas". As normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas."

44. *Ibid.*, p. 72.