

ROBERT ALEXY

***TEORIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS***

tradução de
VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

3ª edição

2022

 EDITORA
*Jus*PODIVM |  MALHEIROS
EDITORES
www.editorajuspodivm.com.br

**DIREITOS A AÇÕES ESTATAIS POSITIVAS
(DIREITOS A PRESTAÇÕES EM SENTIDO AMPLO)**

I – CONCEITOS FUNDAMENTAIS E CONCEPÇÃO FUNDAMENTAL

De acordo com a interpretação liberal clássica,¹ direitos fundamentais são “destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado”.² Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações *negativas* (abstenções) do Estado.³ Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo.⁴ Seu contraponto são os direitos a uma ação *positiva* do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito.⁵ Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir⁶ aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamen-

1. Cf. a respeito Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, pp. 163 e ss.

2. *BVerfGE* 7, 198 (204).

3. Cf. Capítulo 4, II.1.1.1.1.

4. Sobre essa qualificação, cf. Capítulo 5, I.3.

5. Cf. Capítulo 5, I.3.

6. Sobre o conceito de atribuição, cf. Capítulo 2, II.2.

tais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação. Como será demonstrado, esses direitos constituem, de fato, uma importante parte daquilo que é denominado “direitos a prestações”, mas o âmbito desses direitos a prestações é mais amplo.

1. O texto constitucional e a história de sua elaboração

A Constituição alemã é bastante cautelosa ao formular direitos a prestações. Nesse sentido, ela claramente se aparta de uma série de Constituições dos Estados-membros, nas quais, ao lado dos direitos de defesa clássicos, podem ser encontrados direitos como o direito ao trabalho,⁷ o direito à moradia,⁸ o direito a meios de subsistência,⁹ o direito à educação¹⁰ e o direito à participação;¹¹⁻¹² e ela também se aparta de Constituições de outros países.¹³ Baseando-se apenas no texto da Constituição alemã, é possível encontrar como formulação explícita de um direito fundamental social no sentido de um direito

7. Art. 166 da Constituição da Baviera; art. 12 da Constituição de Berlim; art. 8 da Constituição de Bremen; art. 28 da Constituição de Hessen; art. 24 da Constituição da Renânia Setentrional-Vestfália; art. 53 da Constituição da Renânia-Palatinado; art. 45 da Constituição do Sarre.

8. Art. 106 da Constituição da Baviera; art. 19 da Constituição de Berlim; art. 14 da Constituição de Bremen.

9. Art. 168 da Constituição da Baviera; art. 14 da Constituição de Berlim; art. 58 da Constituição de Bremen; art. 28 da Constituição de Hessen.

10. Art. 11 da Constituição de Baden-Württemberg; art. 128 da Constituição da Baviera; art. 27 da Constituição de Bremen; art. 8 da Constituição da Renânia Setentrional-Vestfália.

11. Art. 175 da Constituição da Baviera; art. 17 da Constituição de Berlim; art. 47 da Constituição de Bremen; art. 37 da Constituição de Hessen; art. 26 da Constituição da Renânia Setentrional-Vestfália; art. 67 da Constituição da Renânia-Palatinado.

12. Cf., sobre a questão, Hans Friedrich Zacher, *Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, München/Wien: Olzog, 1968, pp. 11 e ss.

13. Catálogos de direitos a ações estatais positivas são encontrados tanto em constituições de países industrializados ocidentais (cf. a Constituição da República Italiana, de 27.12.1947), quanto em Constituições de países socialistas (cf. a Constituição da Alemanha Oriental, de 6.4.1968), quanto em constituições de países do terceiro mundo (cf. a Constituição da Índia, de 26.11.1949, reproduzida em *JöR N.F.* 4 (1955), pp. 183-254).

subjetivo a uma prestação apenas o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, § 4º, da Constituição alemã).¹⁴ Nesse sentido, uma interpretação dos direitos fundamentais da Constituição alemã que pretenda fundamentar direitos subjetivos a prestações no nível constitucional está obrigada a atribuir tais normas a dispositivos que não expressam normas que garantem direitos subjetivos a prestações.

A renúncia consciente do legislador constituinte à formulação de normas garantidoras de direitos subjetivos a prestações¹⁵ é, no entanto, apenas um lado da questão. O outro consiste na possibilidade de encontrar na Constituição uma série de pontos de apoio, formulados de forma *objetiva*, para uma interpretação orientada a direitos a prestações. Em primeiro lugar devem ser mencionadas “a obrigação de todos os poderes estatais” de “proteger” a dignidade humana (art. 1º, § 1º, 2, da Constituição alemã) e a cláusula do Estado Social (art. 20, § 1º, e art. 28, § 1º, 1). Além disso, são também dignos de menção a garantia de proteção ao matrimônio e à família (art. 6º, § 1º) e o mandamento constitucional no sentido de equiparação de filhos ilegítimos (art. 6º, § 5º). Contudo, esses dispositivos – tanto quanto a possibilidade de que o enunciado geral da igualdade fundamente direitos derivados a prestações, além de poder ser interpretada como um princípio da igualdade fática, o qual, em casos especiais também pode fundamentar direitos originários a prestações¹⁶ – não podem ocultar o fato de que a Constituição, a partir de seu texto e da história de sua elaboração, tem caráter de uma Constituição de um Estado de Direito burguês, precipuamente orientada por direitos de defesa.

2. *A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal*

Isso não impediu o debate sobre os direitos a prestações sob a Constituição alemã. Essa discussão recebeu impulsos fundamentais

14. Cf. *BVerfGE* 55, 154 (157-158).

15. Cf. *JöR N.F.* 1 (1951), pp. 54 e ss.; Hermann v. Mangoldt, “Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes”, *AöR* 75 (1949), pp. 275-276; Werner Weber, “Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderung”, *Der Staat* 4 (1965), pp. 411 e ss.

16. Cf. Capítulo 8, VI.3.

por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Para o problema dos direitos subjetivos a prestações são particularmente interessantes as decisões nas quais se faz menção não somente a um dever objetivo do Estado – o que ocorre com freqüência –, mas também a direitos subjetivos a ações positivas. Três decisões devem necessariamente ser mencionadas: a decisão acerca da assistência social, de 1951; a primeira decisão sobre *numerus clausus*; e a decisão sobre a Lei Provisória sobre o Ensino Superior Integrado na Baixa Saxônia.

Na decisão sobre a assistência social o tribunal manifestou-se, ao mesmo tempo, de forma cautelosa e ambígua. De início afirma-se que o art. 1º, § 1º, da Constituição alemã não obriga o Estado à proteção contra necessidades materiais e que o art. 2º, § 2º, 1, não outorga ao indivíduo um direito fundamental a uma assistência correspondente por meio do Estado. Logo após, contudo, o tribunal salienta que com isso não se pretende dizer “que o indivíduo não tem nenhum direito constitucionalmente garantido à assistência”. Ainda que, em geral, ao dever do legislador de “realização do Estado Social” não correspondam direitos subjetivos, se “o legislador se abstém arbitrariamente, isto é, sem razões objetivas, de realizar esse dever, daí poderia surgir para o indivíduo uma pretensão, assegurável por meio de reclamação constitucional”.¹⁷ Um claro passo adiante foi dado pelo tribunal em uma decisão de 1975, na qual ele afirma: “[c]laro que a assistência aos necessitados é um dos deveres inquestionáveis do Estado Social. Isso necessariamente inclui o auxílio social aos cidadãos que, em virtude de fragilidades físicas ou psíquicas, enfrentam obstáculos para o seu desenvolvimento pessoal e social, e não estão em condições de se sustentar sozinhos. A comunidade estatal tem que lhes garantir no mínimo as condições básicas para uma existência humana digna (...)”.¹⁸ Se se consideram ambas as decisões em conjunto, não há dúvidas de que o Tribunal Constitucional Federal pressupõe um direito fundamental a um mínimo existencial. Nesse sentido, ele acompanha a jurisprudência reiterada do Tribunal Administrativo¹⁹ e a opinião majoritária na literatura jurídica.²⁰ Diante disso, é possível afirmar que existe ao

17. *BVerfGE* 1, 97 (104-105).

18. *BVerfGE* 40, 121 (133).

19. *BVerwGE* 1, 159 (161-162); 5, 27 (31); 27, 58 (63); 52, 339 (346).

20. Cf., por exemplo, Günter Dürig, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde”, in *AöR* 81 (1956), pp. 131-132; do mesmo autor, “Art. 1 Abs. 1”, in Theodor

menos um direito fundamental social não-escrito, isto é, que se funda em uma norma atribuída por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental. Já se afirmou que “seria perder tempo querer iniciar uma polêmica dogmática a partir desse exemplo”.²¹ Se com isso se pretendeu dizer que o direito ao mínimo existencial é dogmaticamente desinteressante, então, não há como concordar com a afirmação. Não é nenhuma obviedade que, sob uma Constituição que não o garante expressamente, a existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial, em nível constitucional, seja maciçamente sustentada pela jurisprudência e pela doutrina. Contudo, seria um conclusão equivocada inferir automaticamente outros direitos a prestações a partir desse exemplo. Embora a existência de *um* direito a prestação, corretamente atribuído a dispositivos constitucionais, implique a rejeição da tese segundo a qual não se pode atribuir *nenhum* direito a prestações a esses dispositivos, daí não decorre que a esses dispositivos possam ser atribuídos *outros* direitos a prestações.

Com o segundo exemplo, a primeira decisão sobre *numerus clausus*, adentra-se um campo extremamente polêmico.²² Nessa decisão o tribunal diferencia entre dois direitos: um direito – como o tribunal o denomina – à “participação” nas instituições de ensino existentes e um direito à criação de novas vagas universitárias. Por enquanto a análise limitar-se-á ao primeiro deles. O tribunal fundamenta esse direito no enunciado da igualdade, em conjunto com o art. 12, § 1º, e com o princípio do Estado Social, bem como na constatação de que o

Maunz/Günter Dürig, *Grundgesetz: Kommentar*, §§ 43-44, e “Art. 2 Abs. 2”, § 27; Josef M. Wintrich, *Zur Problematik der Grundrechte*, Köln: Westdeutscher Verlag, 1957, p. 19; Christian Starck, “Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichungen”, in Christian Starck (Org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 2, Tübingen: Mohr, 1976, p. 522; Rüdiger Breuer, “Grundrechte als Anspruchsnormen”, in Otto Bachof *et al.* (Orgs.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*, pp. 95 e ss.

21. Hans Hugo Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, p. 90 (nota 73), fazendo referência a Günter Dürig, “Art 2 Abs. 2”, in Theodor Maunz/Günter Dürig, *Grundgesetz: Kommentar*, § 26.

22. Cf. as referências bibliográficas reunidas pelo Tribunal Constitucional Federal em *BVerfGE* 43, 291 (314-315); cf. também Fritz Ossenbühl, “Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *NJW* 29 (1976), pp. 2104-2105; Rüdiger Breuer, “Grundrechte als Anspruchsnormen”, p. 112; Gunnar F. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Königstein/Ts.: Athenäum, 1980, pp. 10 e ss.

Estado tomou para si “um monopólio fático, não afastável por pura vontade”, na formação para as profissões acadêmicas, a qual é, “por sua vez, pressuposto necessário para a realização de direitos fundamentais”.²³ Importante para a teoria dos direitos a prestações é, antes de mais nada, que dentre os três dispositivos constitucionais nos quais o tribunal se baseia se encontra – e não poderia ser diferente – um direito de liberdade – formulado pelo art. 12, § 1º – que é imprescindível para garantir o resultado da decisão. Sem uma referência à liberdade de escolha da instituição de ensino e da profissão ficaria de fora uma peça importante da fundamentação do dever de uma utilização exaustiva da capacidade das instituições de ensino.²⁴ Em si mesmo considerado, o enunciado da igualdade, ao menos em sua interpretação como proibição de arbítrio, é compatível também com uma utilização não exaustiva dessa capacidade.²⁵ Nesse sentido, o direito à livre escolha do estabelecimento de ensino e da profissão tem um peso decisivo contra argumentos que podem ser utilizados para justificar um tratamento desigual, como, por exemplo, argumentos ligados à eficiência. Em relação ao princípio do Estado Social, é de se duvidar se ele, isoladamente considerado ou combinado com o enunciado da igualdade, garante um direito à educação para uma carreira acadêmica. É significativa a utilização de um direito de liberdade na fundamentação do tribunal, porque essa utilização pressupõe que o direito de liberdade não tenha sido interpretado apenas como direito de defesa. Apenas como direito de defesa, ele em nada teria como auxiliar a fundamentação. Ele se torna uma parte fundamental da fundamentação apenas quando passa a se referir aos “pressupostos necessários para a realização” do direito de liberdade,²⁶ ou seja, quando interpretado como uma garantia de uma parte da liberdade fática, o que o tribunal fundamenta, entre outras, com as seguintes palavras: “o direito

23. *BVerfGE* 33, 303 (331-332).

24. *BVerfGE* 33, 303 (338); de forma reforçada, cf. *BVerfGE* 43, 291 (326).

25. Sobre isso, cf., com mais detalhes, Rüdiger Breuer, “Grundrechte als Anspruchsnormen”, pp. 115 e ss.; Gunnar F. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, p. 25. Não é possível seguir a concepção de que um recurso ao enunciado geral da igualdade teria sido suficiente (cf. Ernst Friesenhahn, “Der Wandel des Grundrechtsverständnisses”, in *Verhandlungen des fünfzigsten Deutschen Juristentages*, v. II, p. G32; Fritz Ossenbühl, “Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, p. 2.104).

26. *BVerfGE* 33, 303 (337).

de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício”.²⁷ Com isso, no entanto, abre-se uma nova dimensão na fundamentação de direitos atribuídos.

Em relação ao direito à participação nas possibilidades de ensino existentes as conseqüências são relativamente pequenas. A questão fica mais interessante no caso de um direito à criação de novas vagas universitárias. Em sua decisão de 8.2.1977²⁸ o tribunal diferencia, de forma mais clara que na primeira decisão sobre *numerus clausus*, entre um direito abstrato, “garantido constitucionalmente ao cidadão que preencha os pressupostos subjetivos de admissão (...), a ser admitido no curso universitário de sua escolha”, direito, este, submetido “à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”;²⁹ e uma “pretensão individual [*concreta*] e justificável do cidadão a uma ampliação da capacidade das instituições universitárias”.³⁰ Sob a luz da teoria dos princípios, o primeiro direito é facilmente reconhecível como um direito *prima facie*, que se torna definitivo somente se outras razões colidentes não exigirem o contrário.³¹ Isso é expresso de forma precisa pelo tribunal quando afirma que a todo cidadão que tenha concluído o ensino médio é conferido, “*em si*”, ou seja, antes de se levar em consideração as restritas possibilidades jurídicas e fáticas, um direito à admissão em um curso superior de sua escolha.³² Já o segundo direito tem um caráter de direito *definitivo*. O tribunal deixa expressamente aberta a questão sobre “se e sob quais pressupostos” o direito *prima facie* pode “eventualmente” se tornar um direito definitivo.³³ Mas, na medida em que sustenta a existência de um direito *prima facie* e que a possibilidade de um direito definitivo não é excluída, o tribunal, de forma exemplar, deixou a porta aberta para a atribuição de direitos a prestações.

Um caráter muito diferente tem o direito subjetivo a medidas estatais de caráter organizacional, atribuído, na decisão sobre o ensino universitário, ao art. 5º, § 3º, da Constituição alemã. Nessa decisão

27. BVerfGE 33, 303 (331).

28. BVerfGE 43, 291.

29. BVerfGE 43, 291 (313-314); pela primeira vez em BVerfGE 33, 303 (333).

30. BVerfGE 43, 291 (315); 33, 303 (333).

31. Cf. Capítulo 3, I.5.

32. BVerfGE 43, 291 (315).

33. BVerfGE 43, 291 (315, 325); 33, 303 (333).

afirmou-se que: “[a]o indivíduo titular do direito fundamental do art. 5º, § 3º, surge, a partir de uma decisão valorativa, um direito àquelas medidas estatais, também de caráter organizacional, que sejam imprescindíveis para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida, porque só a partir dessas medidas é que se torna possível a atividade científica livre. Se não fosse assim, o efeito protetor da norma fundamental e de suas decisões axiológicas seria em grande parte desconsiderado. Essa capacidade do titular individual do direito fundamental de poder exigir, contra os poderes públicos, o respeito às decisões axiológicas da norma fundamental faz parte do conteúdo do direito fundamental individual, cuja efetividade fica desse modo reforçada”.³⁴ O direito a medidas estatais de caráter organizacional é um direito à criação de determinadas normas jurídicas. Com isso, surge um novo aspecto no círculo dos direitos a prestações: o direito a prestações normativas.³⁵

3. A polêmica sobre os direitos a prestações e sua natureza

As manifestações relevantes do Tribunal Constitucional Federal sobre direitos a prestações estão longe de se esgotar com essas três decisões citadas. Mas elas fazem com que fique claro que sua jurisprudência oferece pontos de apoio para a discussão sobre os direitos a prestações na Constituição alemã que são muito mais ricos que aqueles presentes apenas no texto constitucional ou na história de sua elaboração. Se se inclui o tribunal como um participante dessa discussão, então, é possível afirmar que ele ocupa uma posição intermediária no espectro de pontos de vista, que se estende desde uma rejeição total – “direitos fundamentais não [*podem*] ser as duas coisas ao mesmo tempo (...): pretensões à ação estatal e à sua negação”³⁶ – até uma enfática aceitação – “[e]m uma sociedade industrial extremamente

34. *BVerfGE* 35, 79 (116). Para uma crítica ao reconhecimento de um tal direito subjetivo, cf. sobretudo o voto divergente dos Juízes Simon e Rupp-von Brünneck, *BVerfGE* 35, 148 (155).

35. Cf. Capítulo 4, II.1.1.2.

36. Hans Hugo Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, p. 65.

complexa, os direitos fundamentais ou são direitos à participação ou eles não são nada”.³⁷

A polêmica sobre os direitos a prestações é marcada por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais³⁸ –, bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade. Visto que essa polêmica se relaciona, entre outros, a problemas distributivos, seu “caráter politicamente explosivo”³⁹ é facilmente compreensível. Em quase nenhuma área a conexão entre o efeito jurídico e as valorações práticas gerais ou políticas é tão clara, em quase nenhum campo a polêmica é tão tenaz. Diante disso, é natural que se fale, de forma crítica ou favorável, de uma “mudança na compreensão dos direitos fundamentais”⁴⁰ e que se clame por uma “desdemonização, uma desideologização e uma desemocionalização do conceito de direitos fundamentais sociais”.⁴¹ A isso se soma uma segunda peculiaridade. Na polêmica acerca dos direitos a prestações um acordo é dificultado não apenas em razão de concepções fundamentais diversas, mas também em virtude de obscuridades conceituais e dogmáticas fundamentais, caracterizadas, entre outras coisas, por um caos terminológico freqüentemente criticado.

No que diz respeito ao problema conceitual/terminológico, as considerações a seguir serão feitas no âmbito de uma divisão tripla dos direitos a prestações; no que concerne ao problema da existência e do conteúdo dos direitos a prestações, essas considerações baseiam-se em uma única idéia condutora formal. Ambas serão apresentadas a seguir.

37. Helmut Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1975, p. 216.

38. Cf. Peter Badura, “Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat* 14 (1975), p. 17.

39. Cf. Walter Schmidt, “Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat*, Beiheft 5 (1981), p. 12.

40. Cf., por todos, Ernst Friesenhahn, “Der Wandel des Grundrechtsverständnisses”, p. G1 e ss.; Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel*, 2ª ed., Bern: Stämpfli, 1975; Hans H. Rupp, “Vom Wandel der Grundrechte”, *AöR* 101 (1976), pp. 161 e ss.

41. Luzius Wildhaber, “Soziale Grundrechte”, in Peter Saladin *et al.* (Orgs.), *Der Staat als Aufgabe: Gedenkschrift für Max Imboden*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1972, p. 390.

4. *Conceito e divisão dos direitos a prestações*

Aqui, e como já mencionado, o conceito de direito a prestações será compreendido de forma ampla. Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal.

A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens. Esse conceito de direito a prestações é mais amplo que o usual.⁴² Na maioria das vezes a expressão “direito a prestações” é associada à idéia de um direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente. No entanto, há dois motivos decisivos para estender o conceito de direito a prestações, para além desses direitos a prestações fáticas, também aos direitos a prestações normativas,⁴³ como a proteção por meio de normas de direito penal ou a criação de normas organizacionais e procedimentais.⁴⁴

O primeiro motivo consiste no fato de que, no caso de muitos dos assim chamados direitos fundamentais sociais, que são considerados direitos a prestações por excelência, há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações

42. Isso não significa que a concepção ampla seja inteiramente imprestável. Nesse sentido, Scholz fala de “uma prestação estatal sob a forma de uma intervenção soberana contra terceiros como perturbadores (potenciais)” (Rupert Scholz, “Nichttraucher contra Raucher”, *JuS* 16 (1976), p. 234). Sobre a proposta de uma concepção ampla do conceito de prestação no direito administrativo, cf. Erich Becker, “Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung”, *VVDStRL* 14 (1956), p. 109; Gerd Beinhart, “Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in seinem Verhältnis zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung”, *DVBl* 76 (1961), pp. 612-613.

43. Sobre os conceitos de prestação fática e normativa, cf. Capítulo 4, II.1.1.2.

44. Em última instância, como em toda questão terminológica, trata-se de uma questão funcionalidade; cf. Hans J. Wolff/Otto Bachof, *Verwaltungsrecht*, III, 4ª ed., München: Beck, 1978, p. 181.

normativas. Especialmente claro é o caso do intensamente debatido direito ao meio ambiente,⁴⁵ que não raro é classificado como um direito fundamental social, ou ao menos como algo a ele próximo.⁴⁶ Uma análise mais detida demonstra que esse direito, não importa se introduzido como um novo direito fundamental no catálogo de direitos ou atribuído por interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, tem uma estrutura muito diferente daquela de um direito como o direito à assistência social, que essencialmente se esgota em um simples direito a uma prestação fática. Um direito fundamental ao meio ambiente corresponde mais àquilo que acima se denominou “direito fundamental completo”.⁴⁷ Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática).⁴⁸ Além disso, as posições propostas ou alegadas podem dizer respeito a direitos *prima facie* ou a direitos definitivos. O mesmo vale para outros direitos suscitados por meio da utilização da expressão “direitos fundamentais sociais”. Diante disso, é sintomático que Brunner fale de um “direito ao trabalho, com seus diversos direitos específicos, como a livre escolha da profissão, os direitos a um posto de trabalho, a um salário justo, a

45. Cf., por todos, Dietrich Rauschnig, “Staatsaufgabe Umweltschutz”, *VVDStRL* 38 (1980), pp. 167 e ss., com inúmeras referências adicionais.

46. Cf., por exemplo, Georg Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, Tübingen: Mohr, 1971, p. 12; Luzius Wildhaber, “Soziale Grundrechte”, p. 375; Hans H. Klein, “Ein Grundrecht auf saubere Umwelt?”, in Hans Schneider *et al.* (Orgs.), *Festschrift für Werner Weber*, Berlin: Duncker & Humblot, 1974; Peter Badura, “Das Prinzip der sozialen Grundrechte”, p. 23.

47. Cf. Capítulo 4, III.

48. Sobre a complexa estrutura de um direito ao meio ambiente, cf. Heinhart Steiger, *Mensch und Umwelt*, Berlin: Schmidt, 1975, pp. 40 e ss.

condições de trabalho adequadas, à proteção em favor de determinados grupos de pessoas (mulheres, jovens), ao descanso, a benefícios em caso de desemprego, o direito de sindicalização e de greve, bem como o direito de co-gestão”.⁴⁹ Mesmo que se retirem dessa lista os direitos de defesa, restam ainda direitos estruturalmente muito distintos. Para poder compreender por completo essa variedade e para poder contrapô-la sistematicamente aos direitos de defesa, é recomendável o emprego de um conceito amplo de direito a prestações.

O segundo motivo consiste no fato de que os direitos a ações positivas compartilham problemas com os quais os direitos a ações negativas não se deparam, ou pelo menos não com a mesma intensidade. Direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos. Mas eles não dizem nada sobre que objetivos devem ser perseguidos. Direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos. Sob uma Constituição que submete os direitos garantidos constitucionalmente a um amplo controle judicial de constitucionalidade esse problema é, em essência, um problema de repartição de competências entre o tribunal constitucional e o legislador. O fato de esse problema ser extensível a todos os direitos a ações estatais positivas é uma razão decisiva para agrupar todos eles sob a rubrica “direitos a prestações”. Os direitos a prestações fáticas, ou seja, a prestações que poderiam ser realizadas também por pessoas privadas, são, portanto, apenas uma parte dos direitos a prestações. Quando for relevante, far-se-á menção a *direitos a prestações em sentido estrito* e a *direitos a prestações em sentido amplo*.

Os direitos a prestações (em sentido amplo) podem ser divididos em três grupos: (1) direitos a proteção; (2) direitos a organização e procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito. Um detalhamento e um refinamento dessa divisão serão realizados quando da análise dos direitos pertencentes a cada um desses grupos.

49. Georg Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, p. 11.

Os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se se tratar de direitos *subjetivos* e de *nível constitucional*. Enquanto tais, eles devem ser distinguidos, de um lado, dos direitos subjetivos que não tenham nível constitucional e, de outro, dos direitos de nível constitucional que não outorguem direitos subjetivos e que, nesse sentido, podem ser denominados como “objetivos”. Os direitos subjetivos de nível não-constitucional podem ou ser direitos subjetivos outorgados pelo direito infraconstitucional ou direitos morais, que se fundam não em normas jurídicas, mas em normas morais. No caso das normas que não outorgam direitos subjetivos, elas podem ser normas constitucionais, normas infraconstitucionais ou, ainda, normas morais. E é exatamente a discussão acerca dos direitos a prestações, especialmente dos direitos sociais, que dá ensejo a que se sublinhem essas diferenças, que não raro são desconsideradas, com prejuízo para a clareza e a precisão da argumentação. Ao se sublinhar as diferenças não se quer dizer, contudo, que não haja conexões entre os diversos grupos. É exatamente porque as conexões são estreitas que as diferenças devem ser mais claramente explicitadas. Essas conexões consistem sobretudo no fato de que, em face do conteúdo moral geralmente presente nas normas de direitos fundamentais, não é totalmente excluída a possibilidade de se atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais, por meio de interpretação, direitos morais até então não reconhecidamente de nível constitucional, e também no fato de que toda norma objetiva que seja vantajosa para um sujeito de direito é, em princípio, uma candidata a uma subjetivização.

Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, *em relação* a *a*, o dever de realizar *h*.⁵⁰ Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito. Isso é assim em razão do direito constitucional positivo, por força do art. 19, § 4º, 1, da Constituição alemã. Essa exigibilidade, caracterizada por

50. Sobre a equivalência entre *RasG* e *OsaG*, cf. Capítulo 4, II.1.2.2.

Wolff como “perfeita”,⁵¹ é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um caráter *prima facie*, ou seja, natureza de princípios. O direito de fazer ou deixar de fazer o que quiser não é um direito com menor grau de validade ou exigibilidade apenas em razão da possibilidade de que, ao final, ou seja, definitivamente, o indivíduo, em grande medida, não possa fazer ou deixar de fazer o que deseja. Esse direito, enquanto direito *prima facie*, é simplesmente um direito necessariamente restringível.

Se às normas que conferem um direito *prima facie* é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização – que ocorre geralmente por meio de sopesamentos –, garantem direitos definitivos.⁵² Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. Natureza de princípio e exigibilidade perfeita são, portanto, compatíveis. Isso vale tanto para os direitos de defesa quanto para os direitos a prestações.

5. *Idéia-guia*

É possível recorrer a inúmeros e variados argumentos contra e a favor da atribuição de direitos a prestações a dispositivos de direitos fundamentais. É recomendável, por isso, apreciá-los a partir de uma idéia-guia. Uma possível perspectiva ou idéia-guia seria um conceito geral e formal de direitos fundamentais, que pode ser expresso da seguinte forma: direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. Essa definição está sujeita a uma série de refinamentos. Um deles deve ser feito de imediato: aqui se trata dos direitos fundamentais da Constituição alemã, ou seja, de posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. Por isso, pode-se dizer que os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito

51. Cf. Hans J. Wolff/Otto Bachof, *Verwaltungsrecht*, I, § 40, p. 295.

52. Cf. Capítulo 3, II.3.3.

III – SISTEMA JURÍDICO E ARGUMENTAÇÃO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Direitos fundamentais e a natureza do sistema jurídico

A irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito, um de cujos aspectos mais problemáticos – os efeitos perante terceiros ou efeitos horizontais – acabou de ser analisado, tem amplas conseqüências na natureza do sistema jurídico. Três dessas conseqüências têm significado especial.

A primeira é a limitação dos possíveis conteúdos do direito ordinário. Embora a constituição, enquanto constituição mista material-procedimental, não determine todo o conteúdo do direito ordinário, os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários. Isso vale para todos os procedimentos de criação do direito existentes no sistema jurídico, isto é, também para a competência privada para estabelecer obrigações jurídicas por meio de contratos, necessária do ponto de vista dos direitos fundamentais. Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico tem a natureza de um sistema jurídico *substancialmente determinado* por meio da Constituição.

A segunda conseqüência decorre do tipo de determinação substancial. A determinação substancial seria algo não-problemático se sempre fosse claro aquilo que é devido em razão das normas de direitos fundamentais. Mas esse não é o caso. A razão para tanto não reside apenas na abertura semântica e estrutural das disposições de direitos fundamentais, mas sobretudo na natureza principiológica das normas de direitos fundamentais. Essa natureza principiológica implica a necessidade de sopesamentos. Embora o processo de sopesamento seja, como já foi demonstrado,⁷⁸ um processo racional, ele não é um processo que sempre leva a uma única solução para cada caso concreto. Decidir qual solução será considerada como correta após o sopesamento é algo que depende de valorações que não são controláveis pelo próprio processo de sopesar. Nesse sentido, o sopesamento é um pro-

78. Cf. Capítulo 3, III.2.2.2.

cedimento aberto. Mas a abertura do sopesamento conduz a uma abertura do sistema jurídico substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais. Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico adquire um caráter de sistema jurídico *aberto*, independentemente da extensão dessa abertura.

A terceira consequência diz respeito ao tipo de abertura. A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da Moral*. Isso é perceptível de forma clara no caso dos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais, os conceitos de dignidade, de liberdade e de igualdade. Esses conceitos são, ao mesmo tempo, conceitos fundamentais da Filosofia prática. Com eles, os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo.⁷⁹ A definição desses princípios e o sopesamento entre eles leva ao problema da justiça. Isso fica claro, de forma exemplar, a partir dos princípios da justiça formulados por Rawls,⁸⁰ que nada mais são que uma tentativa de estabelecer uma relação entre a liberdade e a igualdade. Quando o Tribunal Constitucional Federal afirma que o legislador constituinte se esforçou “em realizar a idéia de justiça na Constituição alemã”,⁸¹ isso diz respeito sobretudo aos princípios de direitos fundamentais. A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da idéia de justiça a todos os ramos do Direito.

2. Sobre o problema da competência de controle do tribunal constitucional

A determinação substancial por meio de critérios abertos em face da Moral suscita uma série de questões. Em um sistema jurídico que tem uma jurisdição constitucional abrangente, como é o caso do sistema da República Federal da Alemanha, os problemas que a determi-

79. Cf. Ralf Dreier, *Recht – Moral – Ideologie*, p. 124; Martin Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, p. 124.

80. Cf. John Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 302-303.

81. *BVerfGE* 3, 225 (233). Cf. também Gerhard Robbers, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip*, Baden-Baden: Nomos, 1980.

nação substancial causam para a jurisdição constitucional têm um papel especial. No centro do longo e árduo debate acerca da jurisdição constitucional⁸² encontra-se o problema do equilíbrio entre a competência do tribunal constitucional e a do legislador. Uma solução perfeita existiria em um sistema de regras que fornecesse, em cada caso, uma única resposta à pergunta sobre se o tribunal extrapolou, ou não, sua competência nos casos em que, de alguma forma, tenha agido contra o legislador. No entanto, não apenas não se pode contar atualmente com uma solução desse tipo, como também é possível indagar, tendo em vista o enraizamento do problema em questões fundamentais, se existe alguma possibilidade de tal solução ser algum dia possível. De qualquer forma, uma coisa parece certa: fórmulas gerais como *judicial self restraint* não ajudam muito. Necessária é uma solução diferenciada.⁸³ Quando, na decisão sobre co-gestão, no que diz respeito ao controle dos prognósticos do legislador, o Tribunal Constitucional Federal distingue entre um “controle por evidência”, um “controle de plausibilidade” e um “controle intensificado de conteúdo”,⁸⁴ ele corretamente expressa a direção a ser seguida na busca de uma solução.

Não é possível, aqui, analisar em detalhes os problemas da jurisdição constitucional. Isso significaria a abertura de um novo tema.

82. Sobre isso, cf., de um lado, as conferências de Triepel e Kelsen no congresso da Associação dos Professores Alemães de Direito Público, em 1928: Heinrich Triepel, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 5 (1929), pp. 2 e ss.; Hans Kelsen, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *idem*, pp. 30 e ss.; de outro lado, as conferências de Korinek, Müller e Schlaich no congresso da mesma associação, em 1980: Karl Korinek, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen”, *VVDStRL* 39 (1981), pp. 7 e ss.; Jörg Paul Müller, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen”, *idem*, pp. 53 e ss.; Klaus Schlaich, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen”, *idem*, pp. 99 e ss.; cf. também Peter Häberle (Org.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. II, München: Beck, 1980, pp. 933 e ss.; Josef Mackert/Franz Schneider, *Bibliographie zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, vs. I, II e II, Tübingen: Mohr, 1971, 1976, 1982.

83. Sobre tentativas nesse sentido, cf. Jost Delbrück, “Quo Vadis Bundesverfassungsgericht?”, in Jost Delbrück *et al.* (Org.), *Recht im Dienst des Friedens: Festschrift für Eberhard Menzel*, Berlin: Duncker & Humblot, 1975, pp. 89 e ss.; Gunnar F. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, pp. 1 e ss.; Hans P. Schneider, “Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung”, *NJW* 33 (1980), pp. 2.103 e ss.

84. *BVerfGE* 50, 290 (333).

O que aqui interessa é apenas saber quais são, para esses problemas, as conseqüências de uma visão especificamente ligada aos direitos fundamentais.

O ponto de partida é a idéia de que os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais em face do legislador, são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências. O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação quando constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição.

Isso significa que não está em discussão *se* o tribunal constitucional tem competências de controle no âmbito da legislação, mas apenas qual é a sua *extensão*. Neste ponto, é imprescindível distinguir três níveis de argumentação: o da argumentação material; o da funcional ou relativa a competências; e o da metodológica ou epistemológica.

Está-se no nível *material* quando o Tribunal Constitucional Federal, na mencionada decisão sobre co-gestão, faz com que a “prerrogativa do legislador para fazer estimativas” e, com isso, a competência de controle do tribunal dependam, dentre outros, “da importância dos bens jurídicos em jogo”.⁸⁵ Isso significa que o peso dos princípios materiais relevantes é fator que desempenha um papel na determinação da medida da competência de controle nos casos concretos ou em determinados grupos de casos.

Trata-se de argumentos do nível *funcional* ou *relativo a competências* quando são aduzidas razões para a atribuição de competências decisórias que se baseiem em características, reais ou supostas, dos tomadores de decisão, como, por exemplo, em uma legitimação democrática mais intensa por parte do legislador parlamentar, em sua maior

85. BVerfGE 50, 290 (332-333).

capacidade de avaliar situações fáticas complexas, em uma maior facilidade em corrigir suas decisões e em uma maior aceitação dessas mesmas decisões; ou, de outro lado, em um maior grau de imparcialidade do tribunal constitucional, em sua capacidade para decidir questões jurídicas e em sua menor sujeição a pressões momentâneas.

Por fim, trata-se do nível *metodológico* ou *epistemológico* quando são utilizados argumentos favoráveis ou contrários à possibilidade de fundamentação racional de decisões no âmbito dos direitos fundamentais. As teses a esse respeito vão desde um profundo ceticismo metodológico, segundo o qual questões duvidosas só podem ser resolvidas a partir de uma “decisão por meio de uma eliminação autoritária da dúvida”,⁸⁶ até um abrangente racionalismo metodológico, segundo o qual há sempre uma única resposta correta para cada questão jurídica.⁸⁷

Uma solução adequada para o problema da competência de controle é possível apenas se os argumentos dos três níveis forem suficientemente levados em consideração. As tentativas mais recentes de se chegar a uma solução com o auxílio de um “método teórico-funcional”⁸⁸ pecam pela unilateralidade. Que é necessária uma interação entre os três níveis e que, nessa interação, a partir de uma perspectiva sistemática, não há uma primazia do nível funcional, mas sim dos níveis material e metodológico, é algo que pode ser percebido no fato de que, sempre que se pode fundamentar, com suficiente certeza, a existência de um direito subjetivo do indivíduo contra o Estado, as razões contrárias a uma competência de controle do tribunal têm que ceder. Portanto, a competência de controle do tribunal depende sempre essencialmente da *certeza* com a qual a *existência* de uma posição de direito fundamental possa ser fundamentada. Os próximos tópicos serão dedicados ao problema da certeza na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. Esse problema leva à relação entre argumentação e decisão.

86. Carl Schmitt, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, in Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, p. 81.

87. Cf. Ronald Dworkin, “Hard cases”, in Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 81 e ss.

88. Cf. Hans P. Schneider, “Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung”, p. 2.104; Gunnar F. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, pp. 38 e ss.; Gerhard Zimmer, *Funktion – Kompetenz – Legitimation*, Berlin: Duncker & Humblot, 1979, pp. 68 e ss.

3. *Argumentação e decisão*

O tema da certeza na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais expressa apenas um aspecto do problema geral da existência de critérios e regras que permitam, no âmbito da Ciência do Direito, diferenciar fundamentações jurídicas certas e erradas. Enfrentar essa questão é tarefa da teoria da argumentação jurídica. Já me posicionei sobre isso, com mais profundidade, em outros trabalhos.⁸⁹ Aqui interessam apenas os problemas específicos da argumentação *no âmbito dos direitos fundamentais*.

3.1 *Sobre a teoria geral da argumentação jurídica*

O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. O discurso jurídico é, por isso, um caso especial do discurso prático geral.⁹⁰ Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico,⁹¹ não conduzem a um único resultado em cada caso concreto. Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional.

89. Cf. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978; idem, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", *Rechtstheorie*, Beiheft 2 (1981), pp. 177 e ss.; Aulis Aarnio/Robert Alexy/Aleksander Peczenick, "Grundlagen der juristischen Argumentation", in *Verhandlungen des fünfzigsten Deutschen Juristentages*, v. II, pp. 9 e ss.

90. Cf. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 32 e ss., 263 e ss., 349 e ss.; cf. também Martin Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, pp. 33-34; Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, p. 272.

91. Cf. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 273 e ss. e 364 e ss.

A questão da racionalidade na fundamentação jurídica leva, então, à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos prático ou morais gerais. Desde há muito tempo a discussão acerca dessa questão é prejudicada por uma contraposição infrutífera de duas posições básicas, que reaparecem com frequência sob novas versões; de um lado ficam as posições subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou irracionais; e, de outro, as posições objetivistas, absolutistas, cognitivistas e/ou racionalistas. Não há razões, no entanto, para uma postura baseada no tudo-ou-nada. A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no plano metodológico, pela moderna Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias da argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por idéias kantianas,⁹² demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais *substanciais* que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais *procedimentais*, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática.⁹³ Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional.⁹⁴

A vantagem da teoria do discurso está no fato de que suas regras, enquanto regras da argumentação prática racional, são substancialmente mais fáceis de se serem fundamentadas que as regras morais materiais. Mas é necessário pagar um preço por isso: em si, o procedimento discursivo é compatível com resultados os mais variados. Embora haja resultados discursivamente impossíveis e discursivamente necessários, sempre sobra um amplo espaço para o discursivamente possível. Essa deficiência não pode ser sanada no nível da teoria moral. Para saná-la é necessário associar a teoria moral com a teoria do direito. Essa associação é possível no âmbito de um modelo procedi-

92. Cf., a esse respeito, Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 53 e ss.

93. Cf. Robert Alexy, “Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation”, pp. 178 e ss.; do mesmo autor, “Juristische Argumentation und praktische Vernunft”, *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, 1982, pp. 29-30.

94. Cf. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 221 e ss.; Jürgen Habermas, *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*, pp. 53 e ss.

mental em quatro níveis.⁹⁵ Os quatro níveis do modelo são: (1) o discurso prático geral; (2) o processo legislativo; (3) o discurso jurídico; e (4) o processo judicial.

No primeiro nível está o *discurso prático geral*. Embora seu sistema de regras estabeleça algo como um código geral da razão prática,⁹⁶ ele de forma alguma conduz a apenas um resultado em cada caso. Mas a solução de conflitos sociais exige a definição de um único resultado. Isso torna necessário, no segundo nível, um procedimento institucional de criação do direito, no âmbito do qual não apenas se argumenta, mas também se decide.⁹⁷ Um exemplo paradigmático de um tal procedimento é o *processo legislativo* do Estado Democrático constitucional, o qual é definido por um sistema de regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento.

Mas mesmo por meio do processo legislativo não é possível determinar, de antemão e para cada caso, uma única solução, como demonstram tanto experiências históricas quanto reflexões conceituais. Isso justifica a necessidade de um terceiro procedimento, o procedimento do *discurso jurídico*. Como o primeiro, esse procedimento não é institucionalizado em um sentido estrito; por outro lado, e ao contrário dele, encontra-se sob a vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Essa vinculação tem como consequência uma considerável redução na incerteza quanto ao resultado do discurso prático geral. Mas, em razão da necessidade de uma argumentação prática geral no âmbito da argumentação jurídica, a incerteza quanto ao resultado não é eliminada. Isso leva à necessidade de um quarto procedimento – nes-

95. Cf. Robert Alexy, “Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation”, pp. 185 e ss.

96. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 234. Sobre isso, cf. Marteen Henket, “Towards a Code of Practical Reason?”, *ARSP*, Beiheft 25 (1985), pp. 36 e ss.

97. A esse argumento a favor da institucionalização de um ordenamento jurídico, baseado nos limites da cognição prática, soma-se o argumento da coação. Esse argumento baseia-se no fato de que a concordância de todos os participantes do discurso acerca de uma regra não tem como consequência necessária sua obediência. Uma combinação do argumento da cognição com o da coação, no âmbito de uma fundamentação da necessidade de uma ordem jurídica institucionalizada, pode ser encontrada em Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, p. 312.