

ROBERTO JOSÉ LUDWIG

Doutor em Direito.
Licenciado em Filosofia.
Juiz de Direito.

**A NORMA DE DIREITO
FUNDAMENTAL ASSOCIADA**

**Direito, moral, política e
razão em Robert Alexy**

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre, 2014

© Roberto Jose Ludwig

Editoração eletrônica: *Formato Artes Gráficas*

L948n Ludwig, Roberto José

A norma de direito fundamental associada : direito, moral, política e razão em Robert Alexy / Roberto José Ludwig. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. 616 p. ; 15,5 x 22 cm.

ISBN 978-857525-622-X

1. Filosofia do Direito. 2. Norma Jurídica. 3. Hermenêutica. 4. Alexy, Robert : Crítica e Interpretação. I. Título.

CDU – 340.12

Bibliotecária Responsável : Inês Peterle, CRB-10/631.

Reservados todos os direitos de publicação, total ou parcial, a
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR
Rua Riachuelo, 1238 – Centro
Telefone (0xx51) 3227-5435
CEP 90010-273 – Porto Alegre – RS
E-mail: fabriseditor@terra.com.br
Site: www.fabriseditor.com.br

Sumário

Prefácio	17
Introdução	25
1 Da apresentação do conceito	31
1.1 Da norma associada enquanto objeto linguístico	31
1.1.1 Do afloramento do conceito	31
1.1.2 Da evolução do conceito em Alexy	32
1.1.3 Da expressão “norma de direito fundamental associada” (<i>zugeordnete Grundrechtsnorm</i>) em Alexy	33
1.1.4 Da correspondência entre <i>zugeordnete</i> <i>Norm</i> e norma associada	34
1.1.5 Da recepção do conceito	39
1.1.6 Abordagens diretas	41
1.2 Exemplificações do conceito	44
1.3 Análise do conceito	47
1.3.1 Considerações preliminares	47
1.3.1.1 Distinções	47
1.3.1.2 Definição provisória	50
1.3.1.3 Espécies ou sentidos de norma associada	50
1.3.1.3.1 NADF latissimo sensu	51
1.3.1.3.2 NFDA stricto sensu	54
1.3.1.3.3 NDFA em sentido próprio	55
1.3.1.3.4 NDFA própria em sentido estendido	55
1.3.1.3.5 NDFA própria irradiada	56
1.4 Resultado parcial (item 1.3.)	56

2 Da problematização do conceito.....	57
2.1 Considerações gerais.....	57
2.2 Primeiras referências críticas.....	58
2.3 Utilidade do conceito em face das abordagens tradicionais.....	60
2.3.1 Teoria das fontes.....	61
2.3.2 Teoria das lacunas.....	66
2.3.3 Princípios implícitos.....	71
2.3.4 Direito não-escrito.....	72
2.3.5 Discricionariedade judicial?.....	84
2.3.6 Interpretação no marco normativo: Kelsen.....	87
2.3.7 Legislação intersticial: Hart.....	92
2.3.8 Integração mediante princípios: Dworkin.....	96
2.3.9 Resultado parcial (item 2.3.).....	104
2.4 Perspectivas e problemas para a proposta da NDFA.....	106
2.4.1 Dos problemas epistemológicos da proposta.....	109
2.4.2 Do problema metodológico da proposta.....	110
2.4.3 Do problema filosófico-jurídico da proposta.....	114
3 Base filosófico-prática da NDFA: a teoria da argumentação.....	115
3.1 Considerações iniciais.....	115
3.2 Filosofia prática, moral e argumentação.....	116
3.2.1 Considerações gerais.....	116
3.2.1.1 Discurso e nova retórica.....	120
3.2.1.2 Argumentação e tópica.....	127
3.2.2 Razão prática aristotélica.....	130
3.2.2.1 Considerações gerais sobre a possibilidade de novas leituras.....	130
3.2.2.2 Argumentação e hermenêutica.....	130
3.2.3 Resultado parcial (item 3.2.2.).....	141
3.2.4 Teoria do discurso e razão prática.....	144
3.2.4.1 Alternativas disponíveis.....	144
3.2.4.2 O caminho da razão alexyana.....	149
3.2.4.2.1 A identificação do legado kantiano.....	149
3.2.4.2.2 Razão institucionalizada.....	159
3.2.4.2.3 Da possibilidade de argumentação racional.....	167
3.2.4.2.4 Razão institucionalizada e linguagem.....	168
3.2.4.2.5 Da argumentação em Alexy.....	172
3.2.4.2.5.1 Da herança habermasiana.....	172
3.2.4.2.5.2 Do caráter procedimental: ambiguidade ou diferenciação?.....	177

3.2.4.3 Da teoria da argumentação prática.....	180
3.2.4.3.1 Ideia geral.....	180
3.2.4.3.2 Fundamentação das regras do discurso	180
3.2.4.3.3 Entre a pragmática universal e a transcendental.....	187
3.2.4.4 Discussão crítica	189
3.2.4.5 Frutos da argumentação: direitos naturais, humanos ou fundamentais?.....	204
3.2.4.6 Resultado parcial (item 3.2.4.).....	206
3.2.5 Da tese do caso especial	208
3.2.5.1 Traves da tese do caso especial	208
3.2.5.2 Discussão da tese do caso especial.....	212
3.2.5.2.1 Das críticas à relação entre discurso geral e jurídico.....	212
3.2.5.2.2 Das críticas quanto à unidade do discurso.....	217
3.2.5.3 Resultado parcial (item 3.2.5.).....	231
3.2.6 Da especificidade da justificação das proposições normativas judiciais	234
3.2.7 Formas da argumentação e interpretação judiciais.....	240
3.2.7.1 Considerações gerais	240
3.2.7.2 Da dogmática.....	242
3.2.7.3 Do precedente.....	246
3.2.7.4 Da vinculação à lei.....	247
3.2.8 Reflexos da dupla face da tese do caso especial.....	248
3.2.9 Do modelo procedimental de quatro níveis.....	251
4 Base filosófico-política da NDFA:	
a teoria do estado e da política.....	253
4.1 Considerações gerais	253
4.2 Razão prática discursiva e implicações na teoria política.....	254
4.2.1 Considerações gerais.....	254
4.2.2 Representação e democracia	260
4.2.3 Democracia e poder.....	280
4.2.4 Poder, direitos fundamentais e representação	286
4.2.5 Da representação argumentativa e suas condições	290
4.2.6 Da ideia regulativa pressuposta.....	297
4.3 Da discussão da teoria política	301
4.3.1 Da crítica político-ideológica	301
4.3.1.1 Da exposição da crítica	301
4.3.1.2 Da resposta.....	302
4.3.2 Resultado parcial(item 4.).....	306

5 Base filosófico-jurídica da NDFA: a teoria da norma	309
5.1 Considerações iniciais.....	309
5.2 Da normatividade.....	310
5.2.1 Da deonticidade.....	310
5.2.2 Da proposicionalidade.....	315
5.3 Da juridicidade ou da teoria da norma jurídica em geral.....	319
5.3.1 Da norma de direito e sua relação com a moralidade.....	319
5.3.2 Do conceito de direito: essência e dualidade.....	325
5.3.3 Discussão do conceito de direito de Alexy.....	329
5.3.3.1 Da exposição das críticas.....	329
5.3.3.2 Da resposta.....	334
5.4 Resultado parcial (item 5.).....	350
6 Da teoria de direito fundamental	353
6.1 Considerações gerais.....	353
6.2 Do direito fundamental.....	353
6.2.1 Da base conceitual.....	353
6.2.2 Do desenvolvimento do conceito de direito fundamental.....	357
6.2.2.1 Do aspecto cognitivo da teoria do direito fundamental.....	357
6.2.2.1.1 Concepção de direito fundamental.....	357
6.2.2.1.2 Conceitos de direito fundamental.....	361
6.2.2.1.3 Direitos humanos e fundamentais <i>qua</i> direitos.....	362
6.2.2.1.4 Resultado parcial (item 6.2.2.1.).....	368
6.2.2.2 Do aspecto orgânico do conceito: o direito fundamental como um todo.....	368
6.2.2.3 Do aspecto estrutural da teoria da NDFA.....	374
6.2.2.3.1 Considerações gerais.....	374
6.2.2.3.2 Da indivisibilidade da ponderação na interpretação.....	375
6.2.2.3.3 Da explicitação da estrutura das normas: teoria dos princípios.....	378
6.2.2.3.4 Teoria do tipo e barreira.....	390
6.2.2.4 Discussão da teoria dos princípios.....	397
6.2.2.4.1 Considerações prévias.....	397
6.2.2.4.2 Críticas conceituais.....	398
6.2.2.4.2.1 Crítica radical: inexistência de princípios.....	398
6.2.2.4.2.2 Negação da normatividade.....	401
6.2.2.4.2.3 Críticas quanto à natureza e função dos princípios.....	401

6.2.2.4.2.3.1 Deontologia ou axiologia?.....	402
6.2.2.4.2.3.2 Da otimização.....	403
6.2.2.4.2.4 Objeção normativo-sistemática.....	407
6.2.2.4.2.5 Resposta às críticas conceituais.....	412
6.2.2.4.2.6 Resultado parcial (item 6.2.2.4.2.).....	418
6.2.2.4.3 Críticas à adequação da teoria dos princípios.....	419
6.2.2.4.3.1 Inadequação filosófica.....	419
6.2.2.4.3.2 Inadequação científica.....	422
6.2.2.4.3.3 Inadequação teórico-normativa.....	423
6.2.2.4.3.4 Inadequação do critério de distinção.....	424
6.2.2.4.3.5 Inadequação metodológica.....	429
6.2.2.4.3.6 Inadequação dogmática.....	431
6.2.2.4.4 Resultado parcial (item 6.2.2.4.3).....	433
7 Da dinâmica da NDFA.....	437
7.1 Considerações gerais.....	437
7.2 NDFA e princípio da proporcionalidade.....	438
7.3 Proporcionalidade em ação: a ponderação.....	441
7.4 Modelos de argumentação com o princípio da proporcionalidade.....	447
7.4.1 Proporcionalidade como proibição de excesso na intervenção em direitos fundamentais (<i>Übermassverbot</i>)...	448
7.4.2 Proporcionalidade como proibição de insuficiência em deveres de proteção de direitos fundamentais (<i>Untermassverbot</i>).....	451
7.4.3 Proporcionalidade como barreira nos princípios da igualdade (<i>Schranke der Gleichheitssätze</i>).....	454
7.5 Discussão do princípio da proporcionalidade.....	456
7.5.1 Considerações gerais.....	456
7.5.1.1 Questões terminológicas.....	457
7.5.1.2 Questões conceituais.....	458
7.5.1.2.1 Princípio ou postulado?.....	458
7.5.1.2.2 Princípio ou regra? Ou ambos?.....	462
7.5.1.2.3 Respostas.....	465
7.5.1.2.4 Resultado parcial (item 7.5.1.2.).....	467
7.5.1.3 Questões quanto ao desempenho da proporcionalidade.....	469
7.5.1.3.1 Da suposta irracionalidade do princípio da proporcionalidade.....	470
7.5.1.3.1.1 Da alegada falta de pontos de referência.....	470
7.5.1.3.1.2 Da aventada ausência de clareza conceitual.....	472

7.5.1.3.1.3 Da suposta incomensurabilidade	472
7.5.1.3.1.4 Da dificuldade de identificar os direitos e bens objeto da ponderação.....	472
7.5.1.3.1.5 Da dita inevitabilidade da degradação numa jurisprudência do caso concreto	473
7.5.1.3.1.6 Da alegada ilegitimidade do tribunal constitucional.....	474
7.5.1.3.2 Resposta	475
7.5.1.3.2.1 Considerações preliminares.....	475
7.5.1.3.2.1.1 Considerações gerais sobre	475
proporcionalidade e racionalidade.....	475
7.5.1.3.2.1.2 Respostas mais específicas aos argumentos ...	476
7.5.1.3.2.1.2.1 Da suposta irracionalidade do princípio da proporcionalidade.....	476
7.5.1.3.2.1.2.1.1 Da suposta falta de pontos de referência normativos e objetivos para a aplicação do princípio da proporcionalidade	476
7.5.1.3.2.1.2.1.2 Da suposta falta de clareza conceitual do referido princípio	480
7.5.1.3.2.1.2.1.3 Da alegação de incomensurabilidade.....	480
7.5.1.3.2.1.2.1.4 Da dificuldade de identificar os direitos e bens objeto da ponderação.....	481
7.5.1.3.2.1.2.1.5 Da aventada inevitabilidade da degradação numa jurisprudência do caso concreto.....	482
7.5.1.3.2.1.2.2 Da questão da legitimidade do tribunal	482
7.5.1.3.2.1.2.3 Dos critérios alternativos.....	485
7.5.1.3.3. Resultado parcial (item 7.5.1.3.)	485
8 NDFA e regulatividade	489
8.1 Considerações iniciais.....	489
8.2 Conteúdo de fixação.....	490
8.3 Estruturabilidade formal.....	491
8.4 Universalidade.....	492
8.5 Subsumibilidade.....	497
8.5.1 Indispensabilidade da subsunção	497
8.5.2 Dos esquemas básicos	502
8.5.3 Da interação entre os esquemas básicos.....	506
8.5.4 Da mecânica da subsunção.....	509
8.5.5 Espaços semânticos no precisar	511
8.6 Resultado parcial (item 8.).....	513

9 Peculiaridades da regulatividade da NDFA	515
9.1 Considerações gerais	515
9.2 Características regulativas especiais da NDFA	515
9.2.1 Externalidade quanto à fundamentação	515
9.2.2 Indeterminabilidade <i>a priori</i>	516
9.2.3 Variabilidade	518
9.2.4 Novidade	520
9.2.5 Status de norma fundamental e/ou constitucional?	527
9.3 Profilaxia: fatores para uma correta extração de NDFA	529
9.3.1 Princípios formais na ponderação	530
9.3.2 Da dogmática dos espaços	537
9.3.3 Precisão na ponderação: a fórmula peso	541
9.3.3.1 Apresentação da fórmula	541
9.3.3.2 Discussão da fórmula peso	543
9.3.3.2.1 Das objeções	543
9.3.3.2.2 Da resposta	545
9.4 Resultado parcial (item 9.)	546
9.5 Resultado parcial adicional quanto à definição da NDFA	547
10 Aplicação prática da NDFA	549
10.1 Considerações gerais	549
10.2 Espaço da NDFA	549
10.2.1 Ambiente e oportunidade da construção da NDFA	549
10.2.1.1 NDFA e justiciabilidade	550
10.2.1.2 NDFA e controle de constitucionalidade	552
10.2.1.3 NDFA e irradiação	554
10.2.2. Resultado parcial (item 10.2.)	558
10.3 Estudo de casos	559
10.3.1 Das uniões homoafetivas	559
10.3.2 Da chamada “marcha da maconha”	568
10.3.3 Da política pública do meio ambiente	571
10.3.4 Da progressão de regime em crimes hediondos	574
10.3.5 Benefício para ex-governador	578
10.3.6 “Ficha limpa” para candidatos políticos	581
10.4 Resultado parcial (item 10.3.)	584
Conclusão	585
Referências	589
Anexo: ementas de decisões do STF	609