

ALEXANDRE TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO
MARTIN BOROWSKI
(ORGANIZADORES)

O DEBATE SOBRE A TEORIA
DOS PRINCÍPIOS FORMAIS
DE ROBERT ALEXY

Com Contribuições de

ALEJANDRO NAVA TOVAR,
ALEXANDRE TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO,
GUILHERME AUGUSTO AZEVEDO PALU, JAN-REINARD SIECKMANN,
JOHANNES BADENHOP, JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE,
MARTIN BOROWSKI, PAULA GORZONI, PENG-HSIANG WANG,
ROBERT ALEXY, SHU-PERNG HWANG, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

Prefácios dos organizadores	9
<i>Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Martin Borowski</i>	

Nota sobre as traduções	17
<i>Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Martin Borowski</i>	

Parte I – Introdução à problemática dos princípios formais

1.1. Os principais modelos de princípios formais	24
<i>Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Martin Borowski</i>	
1.2. Discrecionalidade na ponderação na Alemanha e na Convenção Europeia.....	41
<i>Martin Borowski</i>	

Parte II – Modelos fundamentais de princípios formais

2.1. Os Princípios formais e a fórmula do peso	61
<i>Martin Borowski</i>	
2.2. Princípios formais	111
<i>Robert Alexy</i>	
2.3. Competências para ponderar	131
<i>Jan-Reinard Sieckmann</i>	

Parte III – A discussão sobre os princípios formais

3.1. A Ponderação das cortes constitucionais: perigo para as discricionariedades legislativas? Acompanhado de uma crítica aos princípios formais de Alexy	159
<i>Shu-Perng Hwang</i>	
3.2. Análise das objeções contra a existência dos princípios formais.	187
<i>Johannes Badenhop</i>	
3.3. Direitos fundamentais e liberdades legislativas: o papel dos princípios formais	203
<i>Virgílio Afonso da Silva</i>	
3.4. O terceiro modelo de princípios formais de Alexy	225
<i>Martin Borowski</i>	
3.5. Princípios formais como razões de segunda ordem	259
<i>Peng-Hsiang Wang</i>	
3.6. O debate sobre o papel dos princípios formais na ponderação de direitos fundamentais	283
<i>Jorge Alexander Portocarrero Quispe</i>	
3.7. Sopesamento e discricionariedades decisórias	309
<i>Guilherme Augusto Azevedo Palu</i>	
3.8. Discricionariedade e princípios formais na Corte Europeia de Direitos Humanos: margem de apreciação.....	355
<i>Paula Gorzoni</i>	
3.9. A natureza do exame da proporcionalidade e os princípios formais	383
<i>Alejandro Nava Tovar</i>	
3.10. Princípios formais e conceito de direito.....	415
<i>Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno</i>	

PREFÁCIO DOS ORGANIZADORES

A moderna teoria dos princípios se encontra bastante desenvolvida, mas o estudo dos princípios formais ainda é cercado de bastante polêmica. Em 2013, no ensaio *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel* (publicado neste volume: *Os princípios formais e a fórmula do peso*, Capítulo 1 da Parte II), Martin Borowski afirmou, de forma metafórica, que os princípios formais constituíam “o último território não ocupado no mapa da teoria dos princípios”.¹ De lá para cá, vários estudos foram desenvolvidos sobre o tema e, por isso, pode-se dizer que, embora ainda reste muito a se fazer, esse território antes quase não ocupado começou a ser povoado. Constitui o objetivo fundamental desta coletânea disponibilizar aos leitores de língua portuguesa alguns dos mais importantes estudos realizados sobre os princípios formais, nos últimos anos, no âmbito da teoria dos princípios.

A obra está dividida em três partes. A primeira parte, denominada *Parte I – Introdução à problemática dos princípios formais*, contém dois trabalhos. A primeira contribuição, de autoria de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Martin Borowski, inédita, denominada *Os modelos de princípios formais*, aborda os principais modelos de princípios formais desenvolvidos na moderna teoria alemã dos princípios, os modelos de Robert Alexy, Jan-Reinard Sieckmann e Martin Borowski. Os autores apresentam uma sistematização dos modelos, sua evolução e principais características. A segunda contribuição, de autoria de Martin Borowski, denominada *Discricionariedade na ponderação na Alemanha e na Convenção Europeia*, também inédita, aborda importantes conceitos relativos a decisões de ponderação envolvidas no controle de constitucionalidade, tais como as características dos controles amplo e estrito e as características da

1. BOROWSKI, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, p 151; BOROWSKI, *Os Princípios formais e a fórmula do peso* (neste volume), p. 61.

decisão de ponderação do legislador (decisão que é objeto do controle ou, na linguagem de Borowski, “decisão a ser controlada”) e da decisão de ponderação realizada pela corte constitucional no âmbito do exercício de sua competência de controle (“decisão de controle”).

A segunda parte da obra, denominada *Parte II – Modelos fundamentais de princípios formais*, contém três contribuições. Elas se dedicam aos modelos fundamentais de princípios formais, que em nossa opinião são quatro: o modelo da combinação (ou modelo formal-material misto), o modelo dos princípios formais colidentes, o modelo epistêmico, e o modelo formal-material puro.²

O modelo da combinação foi esboçado por Ronald Dworkin e Robert Alexy, tendo porém sido desenvolvido por Martin Borowski, que o defende atualmente. O modelo dos princípios formais colidentes foi desenvolvido e é defendido por Jan-Reinhard Sieckmann. O modelo epistêmico é o modelo atualmente defendido por Robert Alexy como o modelo adequado para reconstrução das decisões de ponderação no âmbito do controle de constitucionalidade exercido pelas cortes constitucionais. Por fim, o modelo formal-material puro não foi defendido por nenhum autor como modelo de reconstrução da ponderação envolvida no controle de constitucionalidade, mas é defendido por Alexy como o modelo próprio da reconstrução da ponderação envolvida no conceito de direito.

O desenvolvimento cronológico desses quatro modelos desenvolvidos pelos representantes da teoria dos princípios alemã obedece à seguinte ordem cronológica:

- (1) primeira fase da teoria dos princípios formais de Alexy (1985) – modelo da combinação (apenas esboço);
- (2) Sieckmann (1990 em diante) – modelo dos princípios formais colidentes;
- (3) Borowski (1998 em diante) – modelo da combinação;
- (4) segunda fase da teoria dos princípios formais de Alexy (2002-2003) – transição;
- (5) terceira fase da teoria dos princípios formais de Alexy (2014 em diante) – modelo epistêmico (controle de constitucionalidade) e modelo formal-material puro (conceito de direito).

Como se percebe, os modelos estão ordenados, nessa lista, de acordo com a ordem cronológica de seu surgimento. Nesta coletânea, as contribuições *não* são, porém, publicadas exatamente de acordo com a ordem da lista apresentada

2. Sobre os modelos de princípios formais e sua evolução, ver BOROWSKI, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, p 158-181; BOROWSKI, *Os Princípios formais e a fórmula do peso* (neste volume), p. 67-88. Ver ainda BOROWSKI; TRIVISONNO, *Os modelos de princípios formais* (neste volume).

acima, ou seja, elas não são publicadas de acordo com a ordem cronológica do surgimento do modelo, mas antes de acordo com a ordem cronológica em que as contribuições que aqui se publicam foram originalmente publicadas. Assim, a primeira contribuição da primeira parte é o ensaio de Borowski *Os princípios formais e a fórmula do peso*, publicado em 2013 (que corresponde, na lista acima, a “[3] Borowski [1998 em diante] – modelo da combinação”); a segunda contribuição é o ensaio de Alexy *Princípios formais*, publicado em 2014 (que corresponde, na lista acima, a “[5] terceira fase de Alexy [2014 em diante] – modelo epistêmico [controle de constitucionalidade] e modelo formal-material puro [conceito de direito]”); por fim, a terceira e última contribuição da primeira parte é o texto *Competências para ponderar*, que constitui originalmente o Capítulo 8 do livro *Filosofia do direito* de Sieckmann, publicado em 2018 (correspondendo, na lista acima, a “[2] Sieckmann [1990 em diante] – modelo dos princípios formais colidentes”).

Portanto, a coletânea que ora se publica não contém os trabalhos correspondentes à primeira e segunda fases da teoria dos princípios formais de Alexy ([1] e [4] na lista acima). Isso se justifica por dois motivos: em primeiro lugar porque os textos correspondentes a esses modelos já estão publicados em língua portuguesa³ e, em segundo lugar, porque o modelo defendido na terceira fase é o mais recente e, nesse sentido, o modelo definitivo defendido por Alexy.

Na terceira parte da obra que ora se publica, denominada, *Parte III – A discussão sobre os princípios formais*, são publicados dez estudos que se dedicam ou à discussão de um dos modelos ou à discussão de temas específicos ligados aos princípios formais. Novamente, a ordem de publicação dos textos nesta coletânea segue a ordem cronológica da publicação dos textos originais.

A primeira contribuição da Parte III, o ensaio *Ponderação e controle de constitucionalidade: perigo para as discricionariedades legislativas? Acompanhamento de uma crítica aos princípios formais de Alexy*, de Shu-Perng Hwang, que foi publicado originalmente em 2008, realiza uma crítica à teoria de Alexy partindo da distinção entre motivação e argumentação. Segundo Hwang, a racionalidade da argumentação judicial não pressupõe a racionalidade da motivação judicial. Assim, a limitação tanto das discricionariedades legislativas quanto do poder de uma corte constitucional em ponderar não se apoia em uma motivação racional, mas antes na racionalidade da argumentação. Na visão de Hwang, a teoria dos princípios formais de Alexy não consegue resolver o problema do caráter contra-majoritário das cortes constitucionais, pois a delimitação das competências do legislador e da corte não pode ser feita com base em princípios formais, devendo antes ser buscada através da racionalidade da argumentação da corte constitucional.

3. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*; ALEXY, *Postscript*; ALEXY, *die Gewichtsformel*.

Em *Análise das objeções contra a existência dos princípios formais*, que foi publicado originalmente em 2010, como uma parte de um livro do próprio autor, e que se publica nesta obra como segunda contribuição da Parte III, Johannes Badenhop ressalta a grande importância que os princípios formais desempenham na teoria dos princípios de Alexy, na medida em que eles servem para a fundamentação de diferentes tipos de discricionariedade e como elemento para a solução de colisões entre regras e princípios. Badenhop analisa então a relação entre os princípios formais e a discricionariedade estrutural, negada por Alexy, bem com sua relação com a discricionariedade epistêmica. Segundo Badenhop, embora possa se dizer que exista uma ponderação entre princípios formais e materiais, não há, na verdade, uma ponderação entre conteúdos formais e materiais. Isso porque pondera-se um princípio formal contra o aspecto formal de um princípio material. Após essa constatação, Badenhop analisa as críticas de Hain e Jestaedt à ponderação de princípios formais e materiais, mostrando que algumas delas podem ser respondidas com base em uma compreensão adequada da própria teoria dos princípios, enquanto outras dependem de uma avaliação sobre a adequação da lei da conexão que Alexy apresentou no *Posfácio da Teoria dos direitos fundamentais*, que afirma que um princípio formal só pode ser ponderado contra um princípio material quando estiver ao lado de outro princípio material. Segundo Badenhop, dessa avaliação resulta a constatação que uma objeção geral contra a possibilidade de ponderar princípios formais e materiais não é adequada.

A terceira contribuição da Parte III, o ensaio *Direitos fundamentais e liberdades legislativas: o papel dos princípios formais*, de Virgílio Afonso da Silva, que foi publicado originalmente em 2012, possui o mérito de ser o primeiro ensaio publicado em língua portuguesa discutindo os limites das competências legislativa e judicial na concretização da constituição no contexto da teoria dos princípios formais. Afonso da Silva parte das ideias de Alexy e Sieckmann sobre os princípios formais para, após isso, analisar tanto a crítica de Jestaedt à ideia de se considerar as competências legislativas como princípios formais quanto a crítica de Hain à ideia de que é possível ponderar princípios formais e princípios materiais. O artigo contém uma resposta às críticas desses autores, defendendo o papel dos princípios formais na elaboração de uma distinção entre a competência do legislador e competência da corte constitucional, sem, contudo, defender a possibilidade de uma divisão precisa entre ambas.

É importante lembrar que essas três primeiras contribuições da Parte III, ou seja, as contribuições Shu-Perng Hwang (2008), Johannes Badenhop (2010) e Virgílio Afonso da Silva (2012), foram produzidas antes de 2014, ou seja, antes de Alexy publicar, em *Princípios formais*, seu modelo epistêmico.

A quarta contribuição da Parte III, o ensaio *O Terceiro modelo de princípios formais de Alexy*, de Martin Borowski, que foi publicado originalmente

em 2017, analisa de forma crítica os modelos defendidos por Alexy ao longo do desenvolvimento de sua teoria, especialmente o último modelo (o modelo epistêmico). Borowski começa estudando os possíveis modelos de princípios formais, identificando o modelo da combinação (ou modelo formal-material misto), o modelo formal-material puro, o modelo epistêmico (o terceiro modelo de Alexy) e o modelo da separação (o modelo de Sieckmann). Ele realiza, então, uma análise do modelo epistêmico de Alexy, incluindo as críticas de Alexy ao modelo formal-material puro e ao modelo da combinação, bem como e sobretudo a relação, no modelo de Alexy, entre princípios formais e discricionariedade. Borowski conclui que o modelo epistêmico é problemático e defende novamente o modelo da combinação como o melhor modelo para reconstrução das ponderações de controle realizadas pela corte constitucional.

Princípios formais como razões de segunda ordem, de Peng-Hsiang Wang, que constitui a quinta contribuição da Parte III e que foi publicado originalmente em 2017, analisa como, no modelo epistêmico de princípios formais de Alexy, princípios formais desempenham o papel de razões de segunda ordem. Wang procura, como ele próprio afirma, “reformular” a teoria de Alexy em termos de razões normativas de ação, defendendo que os princípios formais são um tipo distintivo de razões de segunda ordem que exigem o respeito a decisões de uma autoridade. Segundo Wang, princípios formais são tanto razões que apoiam decisões autoritativas quanto razões para se desconsiderar uma decisão referente a uma ponderação de razões. A consideração de princípios formais exige uma segunda ponderação, uma ponderação de segunda ordem envolvendo princípios formais e materiais.

A sexta contribuição da Parte III, *O debate sobre o papel dos princípios formais na ponderação de direitos fundamentais*, de Jorge Alexander Portocarrero Quispe, inédito, começa analisando os principais modelos teóricos de princípios formais desenvolvidos por representantes da teoria dos princípios. Portocarrero Quispe analisa quatro modelos, a saber o modelo epistêmico de Alexy, o modelo de Sieckmann, que Portocarrero Quispe denomina “concepção de princípios formais como razões interprocedimentais”, o modelo de Borowski, que ele denomina “concepção de princípios formais como razões dinâmicas” e, por fim, o modelo de Klatt, Schmidt e Meister, que Portocarrero Quispe denomina “consideração dos princípios formais como razões que apoiam competências”. Com base nesses modelos, Portocarrero Quispe realiza uma análise do papel dos princípios formais na ponderação de direitos fundamentais, com destaque para duas situações: os casos de impasses epistêmicos estabelecidos por princípios formais na medida em que eles conferem discricionariedade epistêmica ao legislador e o papel dos princípios formais na interação de órgãos decisórios distintos que possuem concepções divergentes sobre aquilo que o direito determina, que Portocarrero Quispe denomina “modelo das opiniões jurídicas concorrentes”. Por

fim, Portocarrero Quispe analisa o papel dos princípios formais na delimitação do conceito de injustiça extrema (fórmula do Radbruch).

A sétima contribuição da Parte III, *Sopesamento e discricionariedades decisórias*, de Guilherme Augusto Azevedo Palu, inédito, usa os princípios formais para responder à crítica de que a teoria dos princípios ameaçaria o estado democrático, na medida em que implicaria um aumento excessivo das competências das cortes constitucionais. Palu ressalta que o modelo de ponderação sugerido pela teoria dos princípios (alemã) não defende, como fez Dworkin, haver sempre uma resposta correta para todo e qualquer caso, o que exigiria, em suas palavras, um nível inatingível de racionalidade na ponderação, ou seja, uma hiperracionalidade. Segundo Palu, a teoria dos princípios condiciona a ponderação a níveis possíveis de racionalidade. Os limites decisórios da ponderação se manifestam, para Palu, através de relações de paridade que levam à discricionariedade decisória. Ao longo do trabalho, Palu analisa os vários tipos de discricionariedade existentes, a conexão entre elas e como elas se fundamentam em relações de paridade entre duas ou mais possibilidades decisórias. Após isso, ele reconstrói o conceito dos vários tipos de discricionariedade, para então concluir que os casos em que há discricionariedade decisória são solucionados pela inclusão, em ponderações, de razões referentes a competências, que são, na visão de Palu, os princípios formais.

Em *Discricionariedade e princípios formais na Corte Europeia de Direitos Humanos: margem de apreciação*, inédito, que constitui a oitava contribuição da Parte III, Paula Gorzoni procura evidenciar a conexão entre a margem de apreciação concebida pela Corte Europeia de Direitos Humanos e a teoria dos princípios. Gorzoni ressalta que se, por um lado, há, nos direitos nacionais, uma tensão entre direitos fundamentais e democracia, por outro lado, no plano internacional, há uma tensão entre a proteção dos direitos fundamentais e a soberania dos estados. Segundo Gorzoni, a margem de apreciação, que é uma construção jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos, pode ser reconstruída com auxílio da teoria dos princípios. Nessa reconstrução, a soberania dos estados e consequentemente a competência das autoridades nacionais pode ser caracterizada como um princípio formal. Após abordar as principais características da margem de apreciação na Corte Europeia de Direitos Humanos, Gorzoni mostra a utilidade dos princípios formais na sua fundamentação.

A nona contribuição da Parte III, *A Natureza do exame da proporcionalidade e os princípios formais*, inédita, de autoria de Alejandro Nava Tovar, faz uma análise do papel dos princípios formais no contexto mais amplo da ponderação de princípios através da máxima da proporcionalidade. Nava Tovar começa ressaltando que, por um lado, a teoria dos princípios vem obtendo bastante sucesso, sendo citada por numerosas cortes constitucionais como prova de um sofisticado exercício argumentativo e doutrinário, mas também, por outro lado,

vem sendo objeto de interpretações que distorcem sua natureza, sustentando que ela justifica, na verdade, uma ampla discricionariedade judicial. Nava Tovar constata, então, que o tema dos princípios formais, devido a sua complexidade, é tratado praticamente apenas por especialistas com grande conhecimento sobre a teoria dos princípios, o que faz que o debate se torne extremamente complexo para pesquisadores que não adotam a teoria dos princípios. Por isso, ele empreende uma análise dos princípios formais no contexto mais amplo do exame de proporcionalidade, explicando seu papel na ponderação. Para isso, ele aborda a distinção entre regras e princípios e o exame da proporcionalidade, passando então a investigar o conceito e os principais modelos de princípios formais. No final, Nava Tovar conclui que a discussão interna sobre os princípios formais, ou seja, a discussão sobre os princípios formais dentro da própria teoria dos princípios, é profunda e encontra-se aberta.

A décima e última contribuição da Parte III, *Princípios formais e conceito de direito*, de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, inédita, investiga a ponderação entre o princípio material da correção material ou justiça e o princípio formal da segurança jurídica quando da definição do conceito de direito. Trivisonno analisa o emprego ao conceito de direito dos vários modelos propostos pela teoria dos princípios para a reconstrução da ponderação de princípios formais no âmbito do controle de constitucionalidade, com ênfase especial à reconstrução de Alexy, apontando suas virtudes e seus problemas.

Enfim, a obra que ora se publica engloba praticamente todos os aspectos da moderna teoria dos princípios no que diz respeito aos princípios formais, contendo alguns dos mais importantes ensaios já escritos sobre o tema. Assim, a escassez de publicações sobre os princípios formais em língua portuguesa, que constituía uma lacuna marcante e indesejável nos estudos da teoria dos princípios, começa a ser suprida, em grande estilo, com a publicação desta coletânea.

Agradecemos aos autores que apresentam suas contribuições, seletos teóricos do direito da Europa – sobretudo da Alemanha – da Ásia e da América Latina, bem como aos tradutores das contribuições que ora se publicam.

Belo Horizonte e Heidelberg, agosto de 2022.

ALEXANDRE TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO

MARTIN BOROWSKI

NOTA SOBRE AS TRADUÇÕES

Esta obra é composta por textos que foram originalmente escritos em línguas diversas. Há textos que foram produzidos originalmente em português, mas há outros, que constituem juntos a maioria, que foram originalmente produzidos em língua estrangeira: alguns em alemão, outros em inglês e outros em espanhol. No caso dos textos produzidos originalmente em língua estrangeira, a língua em que o texto foi produzido e seu título original são apresentados em uma primeira nota de rodapé.

Em virtude de os textos publicados nesta obra terem sido produzidos originalmente em quatro línguas diferentes (português, alemão, inglês e espanhol), pode haver eventuais diferenças terminológicas nas traduções. Procuramos minimizar essas diferenças através de uma revisão que uniformizou, na máxima medida possível, a nomenclatura.

Outra medida importante de uniformização adotada diz respeito à notação da fórmula do peso de Robert Alexy. A primeira notação da fórmula do peso apareceu em 2002, em inglês, no *Posfácio (Postscript)* da edição inglesa da *Teoria dos direitos fundamentais (A theory of constitutional rights)*, p. 408):

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{SP_jC}$$

Nessa primeira notação em inglês, W representa o peso concreto de P_i quando ele colide com P_j , ou seja, o peso concreto de P_i diante das circunstâncias do caso concreto, circunstâncias essas que são representadas por C . IP_i representa o grau da intensidade da interferência no princípio P_i , de modo que IP_iC representa o grau de intensidade da interferência em P_i diante das condições C . SP_j

representa a importância concreta do princípio P_j , de modo que SP_jC representa a importância concreta do princípio P_j diante das condições C .

Após isso, uma versão mais desenvolvida da fórmula apareceu, em alemão, em um artigo publicado em 2003, na coletânea em homenagem a Jürgen Sonnenschein. Nesse artigo, denominado *A fórmula do peso*, a notação em alemão da fórmula do peso reza (*Die Gewichtsformel*, p. 790):

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Nessa notação em alemão, $G_{i,j}$ representa o peso relativo do princípio P_i em relação ao princípio colidente P_j ; I_i representa a intensidade da interferência em P_i e I_j representa a importância do comprimento do princípio colidente P_j ; G_i e G_j representam os pesos abstratos dos princípios P_i e P_j ; S_i e S_j se referem à certeza das suposições que dizem respeito à intensidade da interferência em P_i e à importância do comprimento de P_j e aos pesos abstratos dos princípios P_i e P_j .

O artigo *A fórmula do peso* (*Die Gewichtsformel*) foi traduzido para o inglês, tendo sido publicado, em 2006, sob o título *The weight formula*. A notação da fórmula presente nessa tradução para o inglês reza (*The weight formula*, p. 25):

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Nessa notação em inglês, $W_{i,j}$ representa o peso relativo do princípio P_i em relação ao princípio colidente P_j ; I_i representa a intensidade da interferência em P_i e I_j representa a importância do comprimento do princípio colidente P_j ; W_i e W_j representam os pesos abstratos dos princípios P_i e P_j ; R_i e R_j se referem à certeza das suposições que dizem respeito à intensidade da interferência em P_i e à importância do comprimento de P_j e aos pesos abstratos dos princípios P_i e P_j .

Por razões de uniformização, adotamos a seguinte medida: *nesta coletânea, que ora publicamos, foi empregada, quando da tradução dos artigos originalmente escritos em alemão, em inglês e em espanhol (que usavam a notação em alemão ou em inglês), bem como nos textos inéditos escritos em português, uma nova notação da fórmula do peso, em português, que reza:*

$$PeR_{i,j} = \frac{I_i \cdot PeA_i \cdot C_i}{I_j \cdot PeA_j \cdot C_j}$$

Nessa notação em português, $PeR_{i,j}$ representa o peso relativo do princípio P_i em relação ao princípio colidente P_j ; I_i representa a intensidade da interferência em P_i e I_j representa a importância do cumprimento do princípio colidente P_j ; PeA_i e PeA_j representam os pesos abstratos dos princípios P_i e P_j ; C_i e C_j se referem à certeza das suposições empíricas e normativas que dizem respeito à intensidade da interferência em P_i e à importância do cumprimento de P_j e aos pesos abstratos dos princípios P_i e P_j .

Em 2014, Alexy afirmou que a variável R (*reliability* - certeza) deveria se desdobrar em duas variáveis, uma para a certeza das suposições empíricas e outra para a certeza das suposições normativas (respectivamente R^e e R^n), o que resultou na “fórmula do peso completa refinada”. Assim, na nova notação em português que propomos, a variável C (que corresponde à variável R em inglês) desdobra-se em duas variáveis, uma para a certeza das suposições empíricas (C^e) e outra para a certeza das suposições normativas (C^n).

Assim, a “fórmula do peso completa refinada”, na nova notação em português, reza:

$$PeR_{i,j} = \frac{I_i * PeA_i * C_i^e * C_i^n}{I_j * PeA_j * C_j^e * C_j^n}^4$$

Na fórmula completa refinada, C^e representa a certeza das suposições empíricas e C^n representa a certeza das suposições normativas.

As notação referente às escalas utilizadas por Alexy, nos escritos já mencionados acima, também foram traduzidas. Na versão em inglês, a escala triádica empregada por Alexy possui os valores *leve* (*light* - l), *médio* (*moderate* - m) e *grave* (*serious* - s) para as intensidades de interferências em princípios e também para os pesos abstratos dos princípios, e certo ou seguro (*reliable or certain* - r), plausível (*plausible* - p) e não evidentemente falso (*not evidently false* - e). Na versão em alemão a escala triádica possui os valores *leve* (*leicht* - l), *médio* (*mittel* - m) e *grave* (*schwer* - s) para as intensidades de interferências em princípios e também para os pesos abstratos dos princípios, e certo ou seguro (*gewiß oder sicher* - g), plausível (*vertretbar oder plausibel* - p) e não evidentemente falso (*nicht evident falsch* - e). O resultado da tradução dessas notações dá origem à seguinte notação em português: *leve* - l , *médio* - m e *grave* - g , bem como *certo ou seguro* - s , *plausível* - p e *não evidentemente falso* - e .

4. Cf. ALEXY, *Formal principles – some replies to critics*, p. 514; ALEXY, *Princípios formais* (neste volume), p. 115.

Isso significa que quando da tradução dos dos textos originalmente escritos em inglês, alemão e espanhol, as notações originalmente utilizadas pelos autores (ou seja, as notações em inglês ou alemão) foram traduzidas, o que deu origem a essa nova notação em português. Os autores dos textos originalmente escritos em português que empregaram a fórmula do peso também usaram, atendendo à nossa solicitação, a notação traduzida, ou seja, a nova notação em português.

Essa medida alcança uma uniformização das notações e propicia um maior grau de compreensão da fórmula por parte dos leitores de língua portuguesa.

Belo Horizonte e Heidelberg, agosto de 2022.

ALEXANDRE TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO

MARTIN BOROWSKI

PARTE I

**INTRODUÇÃO À PROBLEMÁTICA
DOS PRINCÍPIOS FORMAIS**

1.1.

OS MODELOS DE PRINCÍPIOS FORMAIS

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Martin Borowski

A ideia de “autoridade” acompanha a filosofia do direito desde sua origem. A defesa de que a decisão de uma autoridade, ou seja, aquilo que hoje se denomina “decisão autoritativa”, deve ser atribuído um certo valor ou respeito é tão antiga quanto a própria ideia de autoridade. A questão, porém, é se o respeito a uma decisão autoritativa está condicionado a sua correção. Essa questão é, novamente, tão antiga quanto a própria ideia de autoridade. Na história da filosofia há exemplos tanto da defesa de um respeito quase incondicionado à decisões autoritativas quanto exemplos de condicionamentos. Vejamos. Sócrates não só defendeu ser justo se submeter a uma decisão autoritativa mesmo quando essa decisão é injusta¹ como de fato se submeteu a uma decisão autoritativa injusta, cujo teor era, como se sabe, drástico,² e Kant defendeu a obediência praticamente incondicionada à autoridade.³ Por outro lado, Santo Agostinho⁴ e Santo Tomás de Aquino⁵ afirmaram que uma lei injusta não é lei, o que sugere que o respeito à autoridade não deve ser absoluto.

1. Sócrates defendia, de modo geral, que as decisões das autoridades deveriam ser criticadas quando injustas, mas não descumpridas.

2. Sobre o julgamento, condenação e execução de Sócrates, cf. PLATÃO, Crítion, p. 50 b.

3. Cf. KANT, *A metafísica dos costumes*, p. 318-321 (AA). Sobre o caráter absoluto do dever de obediência à autoridade em Kant cf. TRIVISONNO, *Kants Rechtslehre und die Beziehung zwischen Recht und Moral*; TRIVISONNO, *É consistente a defesa de Kant da obediência absoluta à autoridade?*; TRIVISONNO, *Obedience to authority and the relation between law and moral: Kant as legal positivist?*.

4. SANTO AGOSTINHO, *Do livre arbítrio*, p. 36.

5. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, IV, p. 576, 594.

Na moderna teoria dos princípios, a importância do respeito a uma decisão autoritativa se expressa através dos denominados “princípios formais”. Esses princípios e, conseqüentemente, uma teoria sobre eles, constituem um importante elemento para a compreensão de como ocorre a vinculação a decisões autoritativas no direito. Mais especificamente, princípios formais são imprescindíveis para se delimitar a amplitude das competências das autoridades às quais o ordenamento jurídico atribui poder para produção e aplicação do direito, bem como para resolver eventuais conflitos de competências entre elas. Dentre os casos de aplicação de princípios formais destaca-se a reconstrução de decisões de ponderação referentes a direitos fundamentais, ou seja, a reconstrução das decisões de ponderação de princípios realizadas tanto pelo legislador, quando da produção de uma lei, quanto pelas cortes constitucionais, quando do exame – no âmbito do controle de constitucionalidade das leis – da correção da ponderação realizada pelo legislador. Além disso, princípios formais são fundamentais também na reconstrução da ponderação entre o princípio da correção material e o princípio da segurança jurídica, quando da elaboração do conceito de direito.

Neste trabalho, pretendemos apresentar os principais modelos de princípios formais que foram desenvolvidos na moderna teoria dos princípios.

I. Quatro Modelos

Em nosso entendimento, são quatro os modelos fundamentais de princípios formais desenvolvidos pela moderna teoria dos princípios: o modelo da combinação ou modelo formal-material misto, o modelo formal-material puro, o modelo dos princípios formais colidentes⁶ e o modelo epistêmico.⁷

De forma sintética, pode-se dizer que o modelo da combinação ou modelo formal-material misto defende a ponderação entre, por um lado, um princípio material e, por outro lado, outro princípio material junto com um princípio formal. Em termos mais simples, o princípio formal é adicionado a um dos dois lados da ponderação entre dois princípios materiais, aumentando assim o peso em um dos lados da ponderação.⁸

O modelo formal-material puro consiste, como seu nome indica, na ponderação entre, por um lado, um princípio formal e, por outro lado, um princípio

6. Esse modelo foi desenvolvido originalmente por Sieckmann, sob a denominação “modelo das concepções jurídicas concorrentes” (cf. abaixo).

7. ALEXY, *Formal principles – some replies to critics*, p. 518, 520; ALEXY, *Princípios formais* (neste volume), p. 119, 121.

8. BOROWSKI, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, p. 70-72. BOROWSKI, *Os princípios formais e a fórmula do peso* (neste volume), p. 161-163; ALEXY, *Formal principles – some replies to critics*, p. 518; ALEXY, *Princípios formais* (neste volume), p. 119.

material. Esse modelo não foi defendido por nenhum autor como modelo de reconstrução da ponderação de princípios no âmbito do controle de constitucionalidade, mas é defendido por Alexy como modelo apropriado para reconstruir a ponderação envolvida na definição do conceito de direito, ponderação essa em que os princípios da correção material e da segurança jurídica estão envolvidos.

O modelo dos princípios formais colidentes defende a ponderação autônoma de princípios formais, ou seja, a ponderação de princípios formais separada da ponderação de princípios materiais. Assim, a ponderação entre princípios materiais realizada por determinados órgãos, por exemplo, mas não exclusivamente, o legislador, é representada por um princípio formal, enquanto a ponderação do órgão de controle, por exemplo, mas não exclusivamente, a corte constitucional, é representada por outro princípio formal. Nesse modelo, dois princípios formais, um representando o peso da autoridade do órgão a ser controlado e outro representando o peso da autoridade do órgão de controle, são ponderados em uma ponderação autônoma.

O quarto e último modelo é o modelo epistêmico, em que a incerteza das premissas referentes tanto ao conhecimento normativo quanto ao conhecimento empírico envolvidos em uma ponderação de princípios gera discricionariedade epistêmica, que é reconstruída como um princípio formal.

II. O desenvolvimento dos modelos em alguns representantes da teoria dos princípios

Apontados os quatro modelos fundamentais, cabe descrever, ainda que de forma resumida, o histórico de cada um deles na moderna teoria dos princípios.

II.1. O modelo da combinação em Dworkin

O modelo da combinação teve sua primeira aparição na teoria de Dworkin, que, embora não tenha chegado a desenvolver um modelo elaborado de princípios formais, concebeu uma ponderação conjunta de princípios formais e materiais. Vejamos. Dworkin defendeu a existência de “princípios conservadores” ao lado de “princípios substantivos”.⁹ Esses princípios conservadores, cujos exemplos citados por Dworkin são “a supremacia do legislativo” e “a doutrina do precedente”,¹⁰ correspondem àqueles princípios que, na teoria dos princípios desenvolvida em língua alemã, são denominados princípios formais. Consequentemente, aos princípios substantivos de Dworkin correspondem aqueles princípios que, na

9. DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 38.

10. DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 38.

teoria dos princípios desenvolvida em língua alemã, são denominados princípios materiais.¹¹ Para Dworkin, um regra estabelecida só poderia ser mudada quando o peso dos princípios substantivos (ou seja, materiais) que justificam a mudança é maior que o peso da combinação entre princípios substantivos (ou seja, materiais) que militam contra a mudança tomados em conjunto com o peso dos princípios conservadores (ou seja, formais).¹² Pode-se dizer, portanto, que Dworkin defendeu a primeira concepção de princípios formais dentro da teoria dos princípios.¹³ Como essa concepção prevê a ponderação entre, por um lado, um princípio material e, por outro lado, um princípio material junto com um princípio formal, ela constitui um primeiro esboço do modelo da combinação mencionado acima.

II.2. Os diferentes modelos defendidos por Alexy

Na teoria dos princípios de Robert Alexy, o curso da evolução da abordagem dos princípios formais é mais complexo, havendo às vezes a apresentação de ideias fundamentais sem a elaboração de um modelo desenvolvido e outras vezes a formulação das ideias centrais acompanhada do desenvolvimento de um modelo. Para sistematizar essa evolução, propomos distinguir três fases da teoria dos princípios formais de Alexy:

- primeira fase – 1985 – modelo da combinação;
- segunda fase – 2002 e 2003 – concepção mista;
- terceira fase – 2014 até hoje – modelo epistêmico.¹⁴

A primeira fase, na qual Alexy adota o modelo da combinação, é constituída pelas ideias sobre os princípios formais expressadas na *Teoria dos direitos fundamentais*,¹⁵ obra publicada originalmente em 1985, que, como se sabe, estabelece as bases da moderna teoria dos princípios desenvolvida em língua alemã.¹⁶ Na *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy menciona a existência de princípios como aquele que determina que regras produzidas por uma autoridade legítima devem ser seguidas e aquele que determina não se dever abandonar uma

11. BOROWSKI, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, p. 161-163; BOROWSKI, *Os princípios formais e a fórmula do peso* (neste volume), p. 70-72.

12. DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 38. BOROWSKI, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, p. 162; BOROWSKI, *Os princípios formais e a fórmula do peso* (neste volume), p. 71.

13. BOROWSKI, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, p. 163; BOROWSKI, *Os princípios formais e a fórmula do peso* (neste volume), p. 72.

14. BOROWSKI, *Alexys drittes Modell formellen Prinzipien*, p. 457, nota 52, 475; BOROWSKI, *O terceiro modelo de princípios formais de Alexy* (neste volume), p. 233, nota 52.

15. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*.

16. Na verdade, antes da *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy já havia publicado, em 1979, um importante esboço de sua teoria dos princípios, no artigo *Sobre o conceito de princípio jurídico* (cf. ALEXY, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*; ALEXY, *Sobre o conceito de princípio jurídico*).

prática tradicional sem uma boa razão, denominando-os princípios *formais*.¹⁷ Além disso, ele parece conceber a possibilidade de um princípio formal ser ponderado junto com um princípio material contra outro princípio material.¹⁸ Assim, pode-se afirmar que Alexy concebe, na *Teoria dos direitos fundamentais*, o modelo da combinação,¹⁹ sem contudo desenvolvê-lo detalhadamente.

A segunda fase da teoria dos princípios formais de Alexy é constituída por alguns escritos publicados em 2002 e 2003, que se dedicam mais intensamente ao estudo dos princípios formais. Como ressalta Borowski,²⁰ três trabalhos de Alexy desse período sobre princípios formais devem ser destacados: o *Posfácio* à edição em inglês da *Teoria dos direitos fundamentais*, publicado em 2002,²¹ a palestra de Alexy na Associação dos Teóricos do Estado Alemães, denominada *Direito constitucional e direito infraconstitucional – jurisdição constitucional e jurisdição comum*, que foi publicada em 2002,²² e o ensaio *A fórmula do peso*, publicado em 2003.²³

No *Posfácio* à edição inglesa da *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy afirma que o problema da discricionariedade epistêmica pode ser resolvido por meio de uma ponderação entre princípios formais e materiais,²⁴ o que, como ressalta Borowski, parece sugerir a adoção do modelo da combinação.²⁵ Contudo, no próprio *Posfácio* e em outros escritos de 2002 e 2003 em que Alexy aborda o problema da discricionariedade legislativa, ele não desenvolve um modelo que insere um princípio formal na ponderação de dois princípios materiais. Isso significa que, nos escritos de 2002 e 2003, a concepção de Alexy é diversa daquela sugerida em 1985, na *Teoria dos direitos fundamentais* (o modelo da combinação). Essa concepção que aparece no *Posfácio* contrapõe o princípio de direito fundamental que exige *prima facie* que não se conceda discricionariedade epistêmica ao legislador e o princípio democrático como princípio formal que exige *prima facie* que seja dada, em casos de incerteza epistêmica em relação às premissas empíricas, a última palavra ao legislador democraticamente legi-

17. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 117, 120.

18. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 120.

19. BOROWSKI, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, p. 163 s.; BOROWSKI, *Os princípios formais e a fórmula do peso* (neste volume), p. 72.

20. BOROWSKI, *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, p. 165-166; BOROWSKI, *Os Princípios formais e a fórmula do peso* (neste volume), p. 74-75.

21. ALEXY, *Postscript*.

22. ALEXY, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, p. 7-33.

23. ALEXY, *Die Gewichtsformel*, p. 771-792.

24. ALEXY, *Postscript*, p. 414: “o problema da discricionariedade epistêmica ou cognitiva deve ser solucionado por meio de ponderações entre princípios formais e princípios materiais”.

25. BOROWSKI, *Alexys drittes Modell formellen Prinzipien*, p. 453; BOROWSKI, *O Terceiro modelo de princípios formais de Alexy* (neste volume), p. 229.