

## Sumário

Introdução.....	1
I. Princípios formais como objeto da pesquisa .....	2
1. A teoria dos princípios dos direitos fundamentais.....	3
2. Competências estatais e lacunas substanciais do Direito.....	4
3. Discrecioniedades decisórias.....	4
4. Principais teses da pesquisa.....	5
II. Curso da pesquisa .....	6

### *Primeira parte – Fundamentos*

Capítulo 1 – Possibilidades Dogmáticas de Construção de Direitos.....	11
I. Diferenciação entre as teorias interna e externa.....	11
1. Teoria externa .....	12
2. Teoria interna.....	16
II. Teorias externa e interna na dogmática dos direitos fundamentais .....	20
1. A teoria das restrições imanentes .....	22
a) Restrições imanentes no plano do suporte fático .....	22
aa) Inadmissibilidade de restrições externas .....	23
bb) Admissibilidade de restrições externas.....	23
b) Restrições imanentes no plano das restrições.....	25
2. Conclusão parcial.....	26
III. Relevância da disputa entre as teorias interna e externa.....	28
1. Necessidade de justificação e ônus argumentativo.....	28
2. Teoria normativa e teoria construtivista.....	30
3. Etapas argumentativas e ganhos de racionalidade .....	33
4. Regras e princípios .....	34

IV. Elementos de um direito construído com base na teoria externa.....	34
1. Âmbito de proteção.....	35
2. Intervenção.....	37
2. Suporte fático.....	39
3. Restrição .....	41
4. Cláusula da restrição.....	46
5. Restrição das restrições .....	48
V. Conclusão.....	48
Capítulo 2 – Teoria Filosófico-Jurídica dos Princípios e Direitos Fundamentais.....	49
I. Diferenciação entre regras e princípios .....	49
II. Tese forte da separação e o desenvolvimento da teoria filosófico-jurídica dos princípios.....	53
1. Concepção de Ronald Dworkin .....	54
a) Positivismo jurídico e o modelo de princípios de Ronald Dworkin.....	54
b) A diferenciação entre regras e princípios.....	57
aa) Tese da aplicação tudo-ou-nada.....	57
bb) Tese da dimensão do peso .....	58
c) Crítica à concepção de Ronald Dworkin.....	59
2. Concepção de Robert Alexy .....	62
a) Tese da otimização .....	62
aa) Definição tradicional da teoria dos princípios e mandamentos de otimização.....	63
bb) Diferenciação entre mandamentos de otimização e mandamen- tos a serem otimizados.....	64
aaa) Mandamentos a serem otimizados .....	65
bbb) Descrição da crítica de Ralf Poscher ao conceito de “dever-ser ideal” e refutação a ela .....	66
cc) Diferenciação entre princípios e valores .....	70

b) Lei da colisão.....	71
aa) Conflito entre regras.....	72
bb) Colisão entre princípios.....	73
cc) Colisão entre regras e princípios.....	76
dd) O caráter <i>prima facie</i> de princípios e regras.....	77
ee) Princípios e regras como razões de diferentes tipos.....	79
c) Lei do sopesamento.....	81
3. Concepção de Jan-Reinard Sieckmann.....	83
a) A diferença entre argumentos normativos e enunciações normativas.....	84
aa) Análise dos argumentos e enunciações normativos e do conceito de “mandamentos reiterados de validade”.....	84
bb) Crítica.....	86
b) As diferentes classes de normas jurídicas.....	87
aa) Normas jurídicas e suas formas de validade.....	87
bb) Critério da dependência de um sopesamento.....	87
cc) Critério da capacidade de ser sopesada.....	88
dd) Classificação como regra ou princípio das diferentes classes de normas jurídicas.....	88
ee) Crítica.....	89
4. Conclusão parcial.....	91
III. Principais objeções à tese forte da separação.....	92
1. Objeções dos principais defensores da tese fraca da separação.....	92
a) Objeção de Ulrich Pensi.....	93
b) Objeção de Joseph Raz.....	95
2. Objeções dos principais defensores da tese da equivalência.....	98
a) Objeção de Aulis Aarnio.....	98
b) Objeção de Klaus Günther.....	100
3. Objeção de Giovanni Sartor.....	102

4. Objeção de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero.....	105
IV. Aplicação da teoria filosófico-jurídica dos princípios aos direitos fundamentais.....	108
V. Conclusão.....	110
Capítulo 3 – Teoria dos princípios e sopesamento.....	113
I. Métodos de aplicação de normas jurídicas .....	114
1. Conteúdo determinado por normas jurídicas.....	114
2. Diferenciação entre subsunção e sopesamento .....	117
a) Procedimento da subsunção .....	117
b) Procedimento do sopesamento .....	119
II. Racionalidade dos métodos de aplicação do Direito.....	121
1. Justificativa interna .....	121
2. Justificativa externa.....	123
III. Modelo de sopesamento da teoria dos princípios .....	125
1. Sopesamento e a regra da proporcionalidade em sentido amplo .....	126
a) Sub-regras da adequação e necessidade .....	127
b) Sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito .....	129
2. Análise estrutural do procedimento de sopesamento .....	130
a) Primeira lei (material) do sopesamento .....	131
b) Resultado do sopesamento e lei da colisão .....	131
aa) Relação de precedência condicionada e lei da colisão.....	132
bb) Coerência e ônus argumentativo.....	133
c) Avaliação das premissas no sopesamento .....	135
aa) Metrificação e escolha entre ordem cardinal e ordinal .....	136
bb) O escalonamento limitado e o infinitesimal.....	138
cc) Representação matemática das premissas por meio de seqüências numéricas aritméticas ou geométricas .....	139
d) Fórmula do peso.....	140

aa) Forma básica da fórmula do peso .....	140
bb) Fórmula do peso estendida.....	145
IV. Principais objeções ao procedimento de sopesamento.....	147
1. Crítica de Jürgen Habermas.....	147
a) Apreensão dos direitos fundamentais como valores.....	148
b) Irracionalidade do procedimento de sopesamento .....	149
c) Sacrifício dos direitos individuais .....	150
d) Refutação das críticas de Jürgen Habermas .....	150
2. Crítica de Bernhard Schlink.....	152
3. Crítica da incomensurabilidade .....	156
a) Incomensurabilidade de princípios .....	156
b) Refutação da crítica da incomensurabilidade .....	158
aa) Conceitos de incomensurabilidade e incomparabilidade .....	158
bb) Comparabilidade e incomparabilidade .....	161
aaa) Comparabilidade, parâmetro de comparação e direitos fundamentais .....	161
bbb) Incomparabilidade e direitos fundamentais .....	164
aaaa) A pretensa incomparabilidade de valores essenciais .....	164
bbbb) Direitos fundamentais e os variados graus de satisfação de parâmetros de comparação .....	167
cccc) Direitos fundamentais, incomparabilidade e relações de paridade.....	168
IV. Conclusão .....	171
Capítulo 4 – Sopesamento e discricionariedades decisórias.....	173
I. O perigo da excessiva juridificação da política.....	174
1. O “Estado judiciário” constitucional.....	175

2. Compreensão da constituição como ordem-moldura e ordem-fundamento.....	177
a) Constituição como ordem-moldura .....	178
b) Constituição como ordem-fundamento .....	179
3. Refutação da crítica de Ernst-Wolfgang Böckenförde .....	180
II. Dogmática da discricionariedade de Robert Alexy.....	182
1. Discricionariedades estruturais .....	183
a) Discricionariedade para definir objetivos.....	184
b) Discricionariedade para escolher meios .....	186
c) Discricionariedade para sopesar .....	188
2. Discricionariedades epistêmicas .....	190
a) Possibilidades de fundamentação das discricionariedades epistêmicas .....	190
aa) Solução da divergência .....	191
bb) Solução da convergência .....	192
cc) Conclusão parcial .....	193
b) Tipos de discricionariedades epistêmicas.....	195
aa) Discricionariedade epistêmica empírica.....	195
bb) Discricionariedade epistêmica normativa.....	199
c) Segunda lei (epistêmica) do sopesamento e fórmula do peso .....	202
aa) Formulação da segunda lei (epistêmica) do sopesamento.....	202
bb) Interação da primeira e a segunda lei do sopesamento.....	204
aaa) Sinergia cruzada entre as leis do sopesamento.....	204
bbb) Sinergia paralela entre as leis do sopesamento .....	207
aaaa) Relação paralela entre certeza epistêmica e intensidade da intervenção .....	207
bbbb) Sopesamento para avaliação .....	208

ccc) Crítica .....	211
cc) Escalonamento das variáveis epistêmicas (S) .....	213
aaa) A escala epistêmica de Alexy .....	213
bbb) A escala epistêmica de Klatt e Schmidt .....	215
ccc) Comparação das escalas epistêmicas .....	215
dd) A forma básica da fórmula do peso e sua extensão epistêmica .....	217
III. Conexão das diferentes formas de discricionariedade .....	219
1. As relações entre as diferentes discricionariedades decisórias .....	219
a) Discricionariedades decisórias e relações de paridade .....	220
b) Impasse no sopesamento em sede de decisão global e de decisão parcial.....	225
aa) Sopesamento em sentido amplo e estrito.....	225
bb) Decisão global no âmbito de um sopesamento entre direitos fundamentais colidentes.....	227
cc) Decisões parciais no âmbito de um sopesamento entre direitos fundamentais colidentes.....	228
c) Conexão das diferentes discricionariedades decisórias que surgem no âmbito de sopesamentos de direitos fundamentais.....	229
2. Reconstrução de todos os tipos de discricionariedade à luz das conclusões acima .....	232
a) Reconstrução das discricionariedades estruturais .....	232
aa) Reconstrução da discricionariedade para sopesar .....	232
bb) Reconstrução da discricionariedade para escolher meios .....	233
cc) A questionável classificação da discricionariedade para definir objetivos como tipo de discricionariedade decisória nos termos da teoria dos princípios.....	237
b) Reconstrução das discricionariedades epistêmicas.....	238
aa) Reconstrução da discricionariedade epistêmica empírica .....	239
bb) Reconstrução da discricionariedade epistêmica normativa .....	243
IV. Conclusão .....	245

## ***Segunda parte – Princípios formais***

Capítulo 1 – Competências.....	249
I. Características das competências.....	249
1. Conceito de competência.....	250
2. Competência, sujeição e o esquema de suas relações lógicas.....	251
3. Conflitos de competência.....	254
II. Tipos de competências estatais.....	256
1. Competência para aplicar o Direito.....	257
a) Competência para aplicar o Direito na forma de competência para decidir.....	261
b) Competência para aplicar o Direito na forma de competência de controle.....	264
2. Competência para criar o Direito.....	267
III. Interação das competências estatais.....	268
1. Controle da correção de uma decisão impositiva.....	268
2. Conflito de competências.....	272
IV. Conclusão.....	273
Capítulo 2 – O debate sobre princípios formais.....	275
I. Evolução do conceito de princípios formais.....	275
1. Ronald Dworkin e os “conservative principles”.....	275
2. Robert Alexy e os princípios formais.....	277
3. Comparação entre a concepção de Ronald Dworkin e a concepção inicial de Robert Alexy.....	278
II. Principais concepções sobre princípios formais.....	279
1. Classificação das concepções sobre princípios formais.....	279

2. Descrição e crítica das principais	
concepções sobre princípios formais .....	280
a) Modelo epistêmico .....	280
aa) Concepção de Robert Alexy .....	281
aaa) Clarificações feitas por Robert Alexy	
nos anos de 2002 e 2003 .....	281
bbb) A recente alteração de Robert Alexy em sua concepção ....	283
ccc) Crítica à atual concepção de Robert Alexy .....	286
aaaa) O problemático sopesamento no plano meta.....	286
bbbb) Conexão de princípios formais com insegurança	
epistêmica e a questionável limitação de sua função .....	288
bb) Concepção de Jorge Portocarrero Quispe.....	289
aaa) Fundamentos da concepção de	
Jorge Portocarrero Quispe .....	289
bbb) Crítica à concepção de Jorge Portocarrero Quispe .....	291
b) Modelo de dois níveis .....	293
aa) Concepção de Jan-Reinard Sieckmann.....	293
aaa) Fundamentos da concepção de Jan-Reinard Sieckmann....	294
aaaa) Conceito de princípios formais de Sieckmann .....	294
bbbb) Estrutura dos princípios formais .....	295
cccc) Funções dos princípios formais .....	296
bbb) Crítica à concepção de Jan-Reinard Sieckmann.....	301
bb) Concepção de Matthias Klatt e Johannes Schmidt.....	304
aaa) Matthias Klatt e Johannes Schmidt	
e o modelo de dois níveis.....	304
aaaa) Função dos princípios formais .....	304
bbbb) Dissociação dos planos material	
e formal dos princípios.....	305
bbb) O refinamento proposto por Matthias Klatt.....	306
ccc) Crítica à concepção de Matthias Klatt e Johannes Schmidt	
e ao refinamento proposto por Klatt .....	310

c) Modelo combinatório.....	313
aa) Concepção de Martin Borowski .....	313
aaa) Características dos princípios formais .....	313
bbb) Princípios formais não acessórios.....	315
ccc) Princípios formais acessórios.....	317
aaaa) Conceito de princípios formais acessórios.....	317
bbbb) Peso dos princípios formais acessórios .....	320
bb) Crítica à concepção de Martin Borowski .....	323
III. Principais críticas à ideia de princípios formais.....	324
1. Objeções de Matthias Jestaedt .....	324
a) Fundamentos jurídicos dos princípios formais.....	324
aa) Inexistência de fundamento jurídico para os princípios formais .....	324
bb) Crítica .....	325
b) Colisão entre princípios material e formal .....	326
aa) Impossibilidade de colisão entre princípios material e formal.	326
bb) Crítica .....	327
c) Modelo de princípios formais concorrentes .....	328
aa) O problemático sopesamento de dois princípios formais .....	329
bb) Crítica .....	330
d) Sopesamento de princípios como procedimento de cognição do Direito.....	331
aa) A questionável equiparação do sopesamento de princípios a mero procedimento de cognição do Direito .....	331
bb) Crítica .....	332
2. Objeções de Karl-Eberhard Hain.....	333
a) Objeções à ideia de princípios formais .....	333
b) Crítica.....	334
3. Objeções de Shu-Perng Hwang .....	335
a) Objeções à ideia de princípios formais .....	336
b) Crítica.....	337

4. Objeções de Arno Scherzberg.....	338
a) Objeções à ideia de princípios formais .....	338
b) Crítica.....	339
5. Objeções de Trevor R.S. Allan.....	340
a) Objeções à ideia de princípios formais .....	341
b) Crítica.....	342
IV. Conclusão .....	343
Capítulo 3 – Reconstrução da ideia de princípios formais.....	345
I. Fundamentos dos princípios formais.....	345
1. A natureza dupla do Direito e a necessária existência de princípios formais .....	345
2. Correção procedimental, racionalidade jurídica e princípios formais .....	349
3. Conceito de princípios formais .....	351
4. Positivização dos princípios formais e democracia .....	352
5. Estrutura lógica dos princípios formais .....	356
II. Funções dos princípios formais no sistema jurídico .....	358
1. Princípios formais independentes.....	360
a) Função dos princípios formais independentes.....	360
b) Sopesamento dos princípios formais.....	364
aa) Lei do sopesamento.....	365
bb) Fórmula do peso .....	365
2. Princípios formais dependentes .....	368
a) Funções dos princípios formais dependentes.....	368
aa) Dissolução das discricionariedades decisórias .....	369
bb) Fundamentação da força vinculante de decisões impositivas pretéritas .....	372
aaa) Força vinculante de decisões que criam o Direito (vinculação à lei).....	372

bbb) Força vinculante de decisões que aplicam o Direito (vinculação a precedentes) .....	374
b) Sopesamento material e princípios formais dependentes .....	376
aa) Papel dos princípios formais dependentes no âmbito do sopesamento material .....	377
bb) Peso dos princípios formais dependentes e fórmula do peso ...	380
aaa) Determinação do peso dos princípios formais dependentes ...	380
aaaa) Intensidade da intervenção .....	380
bbbb) Peso abstrato .....	381
cccc) Insegurança epistêmica .....	383
dddd) Segurança quanto à existência de uma relação de paridade .....	383
bbb) Fórmula do peso e princípios formais dependentes.....	389
c) Princípios formais e intensidades de controle do Tribunal Constitucional Federal alemão.....	389
2. Fórmula da intolerabilidade de Radbruch e a impossibilidade da colisão de um princípio formal diretamente com um princípio material .....	392
III. Exemplos de dissolução de todos os tipos de discricionariedade por meio dos princípios formais .....	400
1. Dissolução das discricionariedades estruturais.....	400
a) Dissolução da discricionariedade para sopesar .....	401
b) Dissolução da discricionariedade para escolher meios.....	402
2. Dissolução das discricionariedades epistêmicas.....	404
a) Dissolução da discricionariedade epistêmica empírica .....	405
b) Dissolução da discricionariedade epistêmica normativa .....	409
IV. Conclusão .....	413
Conclusão final da pesquisa .....	415
Bibliografia.....	419