

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO**

JULIANA VENTURELLA NAHAS GAVIÃO

**O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO:**  
**APLICAÇÃO, PONDERAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO**

Porto Alegre

2017

**JULIANA VENTURELLA NAHAS GAVIÃO**

**O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO:  
APLICAÇÃO, PONDERAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito para  
obtenção do título de mestre pelo Programa de  
Graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

**Porto Alegre**

**2017**

**JULIANA VENTURELLA NAHAS GAVIÃO**

**O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO:  
APLICAÇÃO, PONDERAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito para  
obtenção do título de mestre pelo Programa de  
Graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

**BANCA EXAMINADORA**

**Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior**

**Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza**

**Prof. Dr. Jayme Weingertner Neto**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu marido, Anizio, por todo o suporte e carinho, e ao meu orientador, Marcelo Schenk Duque, pela acolhida e apoio.

## RESUMO

O direito à educação é um direito fundamental social porque requer a realização de prestações estatais positivas normativas e materiais. No Brasil, o direito à educação encontra justificção jusfundamental nas proposições normativas das disposições dos arts. 6º e 205 da Constituição Federal. As sentenças jurídicas nesse âmbito podem encontrar melhor justificção racional se assentadas no modelo de direitos sociais de Alexy, na ponderação e na argumentação no âmbito dos direitos sociais. O modelo de direitos sociais estabelece a ideia de que uma colisão de princípios envolvendo o direito fundamental à educação deve ser resolvida pela ponderação. O direito à educação, antes um direito *prima facie*, somente pode se tornar definitivo pela ponderação e a extração de uma norma de direito fundamental associada ao direito fundamental à educação. Essa norma associada constitui uma das posições fundamentais jurídicas que formatam o direito fundamental à educação, constituído de um feixe de posições fundamentais jurídicas. A ponderação como forma de aplicação do direito fundamental à educação deve ser realizada por um procedimento que possui regras e passos que devem ser observados rigorosamente, para que possa ser um procedimento racional. A partir disso é possível verificar quais os interesses que, abstratamente com mesma hierarquia, tem peso maior no caso concreto. A ponderação, uma vez levado a sério seu procedimento, constitui forma de argumento do discurso racional, enfraquecendo qualquer alegação acerca de sua irracionalidade. Se direitos fundamentais são princípios que podem colidir e se deixam solucionar pela ponderação, e se a racionalidade das decisões depende da argumentação jurídica para sua justificção, resta demonstrada a conexão entre ponderação e argumentação. O resultado disso será a existência de uma ponderação racional que conduza a resultados corretos. A argumentação jurídica tem o papel de assegurar a racionalidade à ponderação a partir da correção das premissas e da fundamentação correta de cada passo do procedimento. Esta investigação pretende deixar justificado que a interpretação e aplicação das normas do direito fundamental social à educação para fins da imposição judicial de deveres jurídicos definitivos a prestações estatais materiais constitui empresa passível de racionalidade.

Palavras-chave: direito fundamental, educação, ponderação, argumentação.

## ABSTRACT

The right to education is a fundamental social right because it requires the realization of positive normative and material state benefits. In Brazil, the right to education finds justification in the normative propositions of the provisions of arts. 6 and 205 of the Federal Constitution. Legal decision in this area can find a better rationale if they are based on Alexy's social rights model, on social rights weighting and argumentation. The social rights model establishes the idea that a collision of principles involving the fundamental right to education must be resolved by weighing. The right to education, rather a *prima facie* right, can only become definitive by weighing and extracting a rule of fundamental right associated with the fundamental right to education. This associated rule is one of the fundamental legal positions that shape the fundamental right to education, which is a bundle of fundamental legal positions. A procedure that has rules and steps that must be strictly observed so that it can be a rational procedure must perform weighting as a form of application of the fundamental right to education. From this, it is possible to verify which interests that, abstractly with the same hierarchy, have greater weight in the concrete case. Weighting, once taken seriously, constitutes a form of rational discourse argument, weakening any claim about its irrationality. If fundamental rights are principles that can collide and can be solved by weighing, and if the rationality of decisions depends on the legal argumentation for their justification, the connection between weighting and argumentation remains. The result of this will be the existence of a rational weighting leading to the correct results. The legal argument has the role of ensuring rationality to the weighting from the correction of the premises and the correct foundation of each step of the procedure. This investigation intends to justify that the interpretation and application of the norms of the fundamental social right to education for the purpose of the judicial imposition of definitive legal obligations to material state benefits constitutes an enterprise that is rational.

Keywords: fundamental right, education, weighing, argumentation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY.....</b>	<b>13</b>
1.1 A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO TEORIA ESTRUTURAL.....	14
<b>1.1.1 O conceito semântico de norma.....</b>	<b>15</b>
<b>1.1.2 Norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental.....</b>	<b>17</b>
<b>1.1.3 A vinculatividade das normas de direitos fundamentais.....</b>	<b>19</b>
<b>1.1.4 O conceito de direito fundamental.....</b>	<b>21</b>
1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS.....	25
<b>1.2.1 Norma e posição.....</b>	<b>25</b>
<b>1.2.2 Um sistema de posições jurídicas fundamentais: direito a algo, liberdades e competências.....</b>	<b>26</b>
<b>1.2.3 Direito fundamental como um todo.....</b>	<b>28</b>
1.3 A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	29
<b>1.3.1 Duas construções de direitos fundamentais.....</b>	<b>30</b>
<b>1.3.2 Regras e princípios.....</b>	<b>31</b>
<b>1.3.3 Colisões de direitos fundamentais.....</b>	<b>34</b>
<b>1.3.4 Tipos de princípios.....</b>	<b>36</b>
<b>1.3.5 A ponderação.....</b>	<b>36</b>
1.3.5.1 Significado.....	37
1.3.5.2 Críticas.....	38
1.3.5.3 Estrutura.....	43
1.3.5.4 Fórmula peso.....	51
1.3.5.5 Ponderação na regra.....	53
1.3.5.6 A dogmática dos espaços.....	54
1.4 A NORMA ASSOCIADA COMO RESULTADO DA PONDERAÇÃO.....	57
<b>1.4.1 O espaço para extração da norma associada: abertura semântica e estrutural dos direitos fundamentais.....</b>	<b>60</b>
<b>1.4.2 Relação de precisão e fundamentação.....</b>	<b>63</b>
<b>1.4.3 Procedimento de extração de normas associadas.....</b>	<b>67</b>
<b>1.4.4 O caráter de regra da norma associada, subsunção e ponderação.....</b>	<b>68</b>
1.5 ARGUMENTAÇÃO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	75
<b>1.5.1 Ponderação e argumentação.....</b>	<b>75</b>
<b>1.5.2 A estrutura do fundamentar jurídico.....</b>	<b>80</b>
<b>1.5.3 Base e procedimento da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais.....</b>	<b>86</b>
<b>2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....</b>	<b>96</b>
2.1 DIREITOS SOCIAIS.....	96
2.2 O MODELO DE ALEXY.....	100

<b>3. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>104</b>
3.1 O CONTEÚDO DA EDUCAÇÃO.....	104
3.2 A DISPOSIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	107
3.3 A VINCULATIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.....	111
3.4 O DUPLO CARÁTER E A NATUREZA DAS NORMAS QUE REGULAMENTAM O DIREITO À EDUCAÇÃO.....	114
3.5 O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....	117
<b>4. ANÁLISE CRÍTICA DE CASOS.....</b>	<b>123</b>
4.1 O DIREITO À VAGA EM CRECHE DE CRIANÇA EM LISTA DE EXCEDENTE...	124
<b>4.1.1 Análise da decisão sob o ponto de vista da construção de regras: a justificação interna e a estrutura do fundamentar jurídico.....</b>	<b>131</b>
<b>4.1.2 Análise da decisão sob o ponto de vista da construção de princípios.....</b>	<b>133</b>
4.1.2.1 O direito à educação como um feixe de posições fundamentais jurídicas.....	134
4.1.2.2 O modelo de direitos sociais e ponderação.....	135
4.1.2.3 Inexistência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclui direitos fundamentais.....	137
4.1.2.4 A natureza das normas que podem ser retiradas das proposições normativas que normalizam o direito fundamental à educação.....	139
4.1.2.5 A norma associada ao direito fundamental à educação.....	143
4.2 O DIREITO À MERENDA ESCOLAR.....	145
<b>4.2.1 Análise da decisão sob o ponto de vista da construção de regras: a estrutura do fundamentar jurídico.....</b>	<b>150</b>
<b>4.2.2 Análise da decisão sob o ponto de vista de construção de princípios.....</b>	<b>152</b>
4.2.2.1 A merenda escolar como uma posição fundamental jurídica do direito à educação..	152
4.2.2.2 A primazia incondicionada do direito fundamental à educação.....	153
4.2.2.3 Ponderação e norma associada.....	153
4.2.2.4 O argumento da fundamentalidade do direito à educação.....	154
4.3 O DIREITO AO TRANSPORTE.....	155
<b>4.3.1 Análise da decisão sob o ponto de vista da construção de regras.....</b>	<b>158</b>
<b>4.3.2 Julgamento por ementas.....</b>	<b>159</b>
<b>4.3.3 Análise da decisão sob o ponto de vista da construção de princípios: colisão de princípios e ausência de ponderação.....</b>	<b>161</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>162</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>166</b>



## INTRODUÇÃO

O direito à educação é um direito fundamental que encontra justificação jusfundamental nas proposições normativas das disposições dos arts. 6º e 205 da Constituição Federal. Cuida-se de um direito fundamental social porque requer a realização de prestações estatais positivas normativas e materiais. As discussões em torno dos direitos fundamentais e sociais e, notadamente, sobre o direito fundamental à educação não são poucas. Evidentemente, uma investigação científica muito dificilmente poderia tratar ao mesmo tempo e no mesmo lugar de todas delas, mas apenas de algumas. Por isso, aqui, serão recortadas para análise apenas aquelas entendidas como centrais para a resolução da hipótese de trabalho proposta.

A hipótese de investigação aqui colocada diz com a justificação racional das proposições normativas concretas que são resultado da interpretação e aplicação pelos juízes e tribunais das normas do direito fundamental social à educação na resolução de demandas em que são deduzidas, em face dos entes estatais, a realização de prestações matérias concretas. Tem-se, assim, como objeto, o exame da concretização do direito fundamental social à educação, com recorte na fundamentação ou justificação das decisões do Supremo Tribunal Federal.

A importância desse problema de trabalho se acha comprovada pelo expressivo número de demandas e decisões judiciais que podem ser rastreadas na prática jurídica dos juízes e tribunais nas quais pretensões materiais são exigidas definitivamente dos entes estatais com fundamentação jurídica na interpretação e aplicação direta das normas constitucionais do direito fundamental social à educação.

Essas decisões judiciais dos juízes e tribunais brasileiros são legítimas e passíveis de justificação racional? Os juízes e tribunais tem autoridade democrática, legitimidade e competência para determinar que um determinado ente da federação como um município ou estado construa uma escola ou creche, realize concurso público ou contrate emergencial professores, forneça alimentação para crianças matriculadas em uma escola ou proceda à matrícula de duas ou mais crianças?

Essas questões colocam em discussão a questão sobre a consequência jurídica de alguém ser titular do direito fundamental social à educação.

O assunto remete para uma questão central sobre as normas constitucionais e notadamente as normas constitucionais de direitos fundamentais. Essa questão indaga sobre a

vinculatividade da norma constitucional do direito fundamental à educação, especialmente quanto ao controle que tanto a jurisdição ordinária como a jurisdição constitucional podem exercer.

Os pressupostos e fundamentos teóricos desta investigação estão na teoria e filosofia do direito de Robert Alexy, que se acha construída sobre a base de três escritos centrais<sup>1</sup> e inúmeros artigos publicados em periódicos e livros organizados em inúmeros países<sup>2</sup>. A escolha desse referencial teórico se acha justificada pela acolhida e representatividade da obra de Robert Alexy na dogmática constitucional e prática jurídica dos juízes e tribunais brasileiros<sup>345</sup>.

<sup>1</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação; Conceito e validade do direito; Teoria dos direitos fundamentais**.

<sup>2</sup> As principais obras de Robert Alexy são “A Teoria da Argumentação Jurídica” e a “A Teoria dos Direitos Fundamentais”, as quais contêm as principais formulações que embasam o pensamento do autor, complementado posteriormente por escritos mais recentes. ALEXY, Robert. **Direitos individuais e bens coletivos**. In: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 176-198, 2009; ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 41-54, 2007; ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social**. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-69, 2007; ALEXY, Robert. **Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada**. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 71-92, 2007; ALEXY, Robert. **A institucionalização da razão**. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19-40, 2007; ALEXY, Robert. **Fundamentação jurídica, sistema e coerência**. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 117-130, 2007; ALEXY, Robert. **A fórmula peso**. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 131-153, 2007; ALEXY, Robert. **Ponderação, jurisdição constitucional e representação**. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 155-165, 2007; ALEXY, Robert. **Thirteen Replies**. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 333-366, 2007; ALEXY, Robert. **On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique**. *Ratio Juris*, v. 12, n. 13, Jun., p. 138-147, 2000; ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing and Rationality**. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, Jun. p. 131-140, 2003; ALEXY, Robert. **The Nature of Legal Philosophy**. *Ratio Juris*, v. 17, n. 2, Jun., p. 156-167, 2004; ALEXY, Robert. **The Special Case Thesis**. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, Dec., p. 374-384, 1999; ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, Sept., p. 294-304, 2000; ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison**. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, Dec. p. 433-449, 2003.

<sup>3</sup> Ainda mais recentes, importante citar também os seguintes escritos: ALEXY, Robert. **Minha Filosofia do direito**. Trad. Org. Ver. Luís Afonso Heck. **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derechos: La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derechos y moral**. Trad. Paula Gaido. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoria jurídica y filosofía del derechos n. 18., 2005; ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Bogotá: Ed. Comares, 2005.

<sup>4</sup> É irrefutável a enorme influência da obra de Alexy no Direito brasileiro, compreendido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demais tribunais e pela dogmática jurídica, sendo objeto de inúmeros escritos por vários autores.

<sup>5</sup> Ainda, é inegável sua influência no Direito europeu, o que se pode depreender das obras de Neil MacCormik, Aulis Aarnio, Martin Borowski, Mathias Klatt, Jaap Hage e vários outros. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e**

Esta investigação se acha desenvolvida em quatro capítulos.

O Capítulo I trata da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Esse tema é central e decisivo para a estrutura da investigação. Neste lugar, são analisados cinco pontos. A dogmática dos direitos fundamentais; direitos fundamentais como direitos subjetivos; a estrutura das normas de direitos fundamentais; a norma associada como resultado da ponderação e argumentação no âmbito dos direitos fundamentais. Entende-se que a compreensão desses temas é necessária para qualquer proposta séria de discussão sobre a justiciabilidade das normas dos direitos fundamentais sociais, como é o caso da norma do direito fundamental social à educação.

A teoria e filosofia do direito de Robert de Alexy, como deixa saber publicação recente em que se acham delineadas as suas principais formulações nos últimos anos de sua obra<sup>6</sup>, tem como centrais uma teoria dos direitos fundamentais que diz que as normas de direitos fundamentais são princípios, que são aplicados mediante ponderação, princípio parcial do princípio da proporcionalidade, que coloca a exigência de uma argumentação racional. Com isso, ficam unidos definitivamente, a teoria dos direitos fundamentais como princípios, a teoria da norma, o princípio da proporcionalidade e a argumentação jurídica.

O Capítulo II cuida dos direitos fundamentais sociais, quando são recortados os apontamentos necessários para uma compreensão dos direitos fundamentais e, notadamente, o modelo dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Essas formulações são justificadas exatamente para dar base às discussões sobre o direito fundamental à educação. O enlace se dá porque o direito fundamental à educação é um direito social. Neste ponto, então, a justificação desse enlace tem lugar.

O Capítulo III busca colocar as traves do direito fundamental social à educação conforme a Constituição Federal brasileira. Nesse lugar, merecem atenção a questão do conceito de educação, a disposição do direito fundamental à educação, o problema da vinculatividade na norma do direito fundamental à educação, o duplo caráter e a natureza da norma do direito fundamental à educação e o direito à educação como direito fundamental social. Exatamente esse é lugar da justificação da vinculatividade jurídica do direito

---

**democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005; AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, p. 20-21. (série de Teoria Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 25); HAGE, Jaap C. *Reasonig with rules*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.

<sup>6</sup> Cf. ALEXY. *Reflections on How My Thinking about Law has changed over tha Years*. Disponível em <http://www.tampereclub.org/wordwordpress/wp-content/uploads/2011/09/Alexy-Robert.pdf> – Acesso em 15 ag. 2017.

fundamental à educação como direito judicial com implicação direta sobre a questão da justiciabilidade da demanda e imposição judicial de prestações estatais matérias. É neste ponto que esta investigação pretende justificar a correção da teoria e filosofia de Robert Alexy em relação ao direito fundamental social à educação da Constituição Federal brasileira.

O Capítulo IV cuida do estudo de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal em que restaram interpretadas e aplicadas as disposições da Constituição Federal brasileiro do direito fundamental social à educação. Neste ponto, são analisadas as decisões do tribunal sob o ponto de vista de sua estrutura e justificação, com o filtro da filosofia e teoria de Robert Alexy, notadamente, a partir do apresentado no Capítulos I, II e III.

Com essas formulações, esta investigação pretende deixar justificado que a interpretação e aplicação das normas do direito fundamental social à educação para fins da imposição judicial de deveres jurídicos definitivos a prestações estatais materiais constitui empresa passível de racionalidade.

## 1. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY

Respostas às questões sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação e o que a realização de direitos fundamentais exige do estado, são temas de grande importância na filosofia prática e central nas discussões sobre disputa política, no passado e no presente. Quando a Constituição vincula os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a normas de direitos fundamentais que possuem imediata aplicabilidade (*directly applicable law*), e isso constitui objeto de amplo controle por parte de um tribunal constitucional, essas questões tornam-se problemas jurídicos.<sup>7</sup>

Os problemas jurídicos que surgem a partir da existência de um catálogo de direitos fundamentais são, em grande parte, problemas de interpretação das normas jurídicas de direitos fundamentais. E a abertura das disposições do catálogo de direitos fundamentais, associada a um significativo dissenso sobre o seu conteúdo, que em grande parte reflete questões referentes à estrutura normativa básica do estado e da sociedade, tornam o tema dos direitos fundamentais bastante controverso.<sup>8</sup>

Desse modo, o significado atual dos direitos fundamentais passa a ser dado, em grande parte, pela jurisprudência do tribunal constitucional.<sup>9</sup> Assim, a ciência dos direitos fundamentais tornou-se, consideravelmente, uma ciência da jurisprudência constitucional.<sup>10</sup> Isso não significa que tenha cessado a controvérsia sobre os tantos temas que surgem para o enfrentamento da jurisprudência nesse âmbito e, diante disso, cabe à teoria dos direitos fundamentais dar respostas fundamentadas racionalmente às questões que dizem respeito a esses direitos.<sup>11</sup>

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy objetiva auxiliar no cumprimento dessa tarefa, e por isso alguns temas principais em relação a ela serão aqui enfrentados, já que o objeto da presente investigação diz respeito à solução de questões jurídicas relacionadas aos direitos fundamentais, mais especificamente ao direito fundamental social à educação. Sua

<sup>7</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 1.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>9</sup> Sobre isso, ver SCHWABE, Jürgen (Col. Orig.) **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal**. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Biggeli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Galdes Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. Ver também KOMMERS, Donald P. and MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3 ed., rev. and expanded. Durham and London: Duke University Press, 2012. .

<sup>10</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 3.

<sup>11</sup> *Idem*.

base é composta pela teoria dos princípios e das posições fundamentais jurídicas, e a partir disso alguns dos problemas principais da dogmática dos direitos fundamentais serão investigados, dentre os quais os direitos fundamentais sociais, colisões e a ponderação. Após, ainda será examinada a argumentação no âmbito das decisões cujo objeto é os direitos fundamentais.<sup>12</sup>

### 1.1 A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO TEORIA ESTRUTURAL

Teorias filosóficas, sociológicas, históricas, e de muitas outras espécies podem ser formuladas sobre os direitos fundamentais. No entanto, a teoria desenvolvida por Alexy, e que será aqui, em parte, estudada, como principal fundamento da discussão que se propõe, diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais.<sup>13</sup> Uma teoria dos direitos fundamentais de uma constituição é uma teoria sobre determinados direitos fundamentais positivos vigentes. Uma teoria jurídica dos direitos fundamentais de uma constituição é uma teoria dogmática. Ainda, uma teoria geral dos direitos fundamentais é uma teoria que se ocupa de todos os problemas relacionados a todos os direitos fundamentais, ou a todos os direitos fundamentais de uma determinada espécie, como os direitos de liberdade, de igualdade, ou os direitos a prestações positivas.<sup>14</sup>

A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico, tendo como objetivo central uma teoria integradora, que compreende, mais amplamente possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, que podem ser formulados no âmbito das três dimensões da dogmática jurídica<sup>15</sup> e que podem ser combinados entre si de modo otimizado.<sup>16</sup> O objetivo, portanto, é fazer ciência do direito que torne possível a busca de fundamentação de juízos jurídicos concretos de dever-ser. A vinculação dessas dimensões é pressuposto da racionalidade da ciência do direito enquanto disciplina prática, diante do fracasso das teorias unidimensionais.<sup>17</sup> Isso, no entanto,

---

<sup>12</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 5.

<sup>13</sup> Alexy desenvolveu a teoria dos direitos fundamentais como uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã, sendo que seu objeto e natureza decorrem de três atributos: trata-se de uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, e trata-se de uma teoria jurídica e, por fim, de uma teoria geral. Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 5.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 6-8.

<sup>15</sup> A dogmática jurídica, como ciência jurídica, possui três dimensões distintas: uma analítica, uma empírica e uma normativa. A analítica trata da consideração sistemático-conceitual do direito positivo vigente, a empírica possui como base o conhecimento daquilo que é positivamente válido e eficaz e, por fim, a normativa objetiva o alcance da decisão correta. Sobre isso, ver: ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 6.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>17</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 14.

pressupõe clareza no que tange à estrutura das normas de direitos fundamentais, bem como de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes à fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. Por essa razão, além de integrativa e pluridimensional, a teoria dos direitos fundamentais é estrutural.<sup>18</sup> Não havendo clareza sobre a estrutura dos direitos fundamentais e de suas normas, não pode haver clareza na fundamentação nesse âmbito.<sup>19</sup>

Com isso, o que foi colocado permite a compreensão da dogmática dos direitos fundamentais enquanto teoria estrutural. Em continuidade, no intuito de investigar a estrutura dos conceitos de direito fundamental, sua influência no sistema jurídico e a fundamentação dos direitos fundamentais, Alexy desenvolve o estudo sobre o conceito de normas de direitos fundamentais. Isso sugere a busca de um modelo de norma que, de um lado, seja sólido para a construção da base das análises que aqui serão feitas, e de outro, suficientemente frágil para que seja compatível com o maior número possível de decisões no âmbito dos problemas relacionados à definição do conceito de norma.<sup>20</sup> Tais exigências são satisfeitas por um modelo semântico, compatível com as mais variadas teorias sobre validade.<sup>21</sup> Desse modo, o que segue pretende examinar o conceito semântico de norma, imprescindível ao estudo da norma de direito fundamental e da dogmática dos direitos fundamentais.

### 1.1.1 O conceito semântico de norma

A palavra norma é frequentemente utilizada nessa investigação, tratando, inclusive, o objeto da presente investigação de normas de direitos fundamentais, especificamente daquelas que regulamentam o direito fundamental à educação. Desse modo, o que segue tem a pretensão de examinar o que deve ser entendido pela palavra *norma*. Para esclarecer isso, o conceito semântico de norma deve ser apresentado.

A discussão sobre o conceito de norma como conceito fundamental da ciência do direito não tem fim. Isso porque toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre seu próprio caráter. Nesse sentido, a fundamentação daquilo que será sustentado vai variar conforme se entenda norma como o “sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite, especialmente, se autoriza uma conduta” ou uma “expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada”, como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, possui como consequência certa

<sup>18</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 13-14.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>20</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...*, p. 20-21.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 19-20.

reação social, como uma expressão como uma forma determinada ou uma regra social. Esses problemas sugeridos são importantes para as discussões sobre o conceito de norma e a norma de direito fundamental. Por outro lado, esse não é seu objeto. Assim, um conceito de norma adequado deve ser alcançado para o que aqui se propõe discutir.<sup>22</sup>

Entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há fortes semelhanças. A um direito fundamental sempre corresponde uma norma que o garanta. Contudo, a recíproca não é verdadeira quando existem normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos. A questão que se coloca é se pode haver normas de direitos fundamentais que não necessariamente outorgam direitos fundamentais. Ocorre que às disposições previstas nos catálogos de direitos fundamentais são atribuídas, muitas vezes, normas às quais não corresponde nenhum direito subjetivo. A correção disso, no entanto, não pode ser dar por uma simples definição, mas sim pela interpretação do direito positivo. Uma definição que estabeleça apenas a existência de normas de direitos fundamentais que outorguem direitos subjetivos poderia ter como consequência a existência de normas que, ainda que dispostas por disposições compreendidas pelo catálogo de direitos fundamentais, não poderiam ser consideradas como normas de direitos fundamentais. E isso não parece adequado. Dessa forma, segundo Alexy, é recomendável que uma definição de norma de direito fundamental seja considerada como mais ampla do que a definição de direito fundamental. Assim, isso e o fato de que toda a pretensão à existência de uma norma de direito fundamental pressupõe a validade de uma norma de direito fundamental correspondente justificam o exame do conceito de norma de direito fundamental.<sup>23</sup>

O modelo semântico de norma diferencia norma e proposição normativa. A norma pode ser expressa por diferentes proposições normativas. Por esta razão os critérios para identificação de normas devem ser obtidos no nível da norma, e não do enunciado normativo. As modalidades deônticas, como, por exemplo, do dever, da proibição e da permissão, auxiliam nos critérios de identificação da norma. Assim, aquilo que for identificado é uma identidade semântica, ou seja, um conteúdo de significado que contém uma modalidade deôntica.<sup>24</sup>

Heck aqui diferencia norma de direito fundamental e determinação de direito fundamental. Norma de direito fundamental corresponde à norma, enquanto determinação de

---

<sup>22</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 20-21.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 23.



direito fundamental corresponde à proposição normativa.<sup>25</sup>

Uma questão importante que decorre da concepção semântica de norma é a diferenciação que se faz entre o conceito de norma e o conceito de sua validade. Isso porque o conceito de norma não pode ser estabelecido de modo a pressupor a validade e existência da norma.<sup>26</sup>

Além disso, o conceito semântico de norma é compatível com as diversas teorias da validade, além de ser pressuposto por elas. Cada teoria que pretenda afirmar a validade de uma norma deve ter algo que justifique que esta formação é possível, e, para isso, a norma em seu conceito semântico é o mais adequado.<sup>27</sup>

O modelo semântico autoriza distinguir entre a norma enquanto objeto semântico e os argumentos valorativos, empíricos, prejudiciais, dogmáticos, e outros que podem alegados para fundamentar uma proposta de interpretação. Essa distinção não somente é possível como é igualmente recomendável para o alcance de uma imagem clara da fundamentação jurídica.<sup>28</sup>

### 1.1.2 Norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental

Investigado o conceito de norma em geral, agora deve ser questionado o que são normas de direitos fundamentais. E uma resposta sobre isso pode ser formulada sob um duplo viés: abstrato ou concreto. Abstrato, quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, pertencendo ou não a um ordenamento jurídico ou a uma constituição, pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental. Concreto, quando se questiona que normas de um ordenamento jurídico ou de uma constituição são normas de direitos fundamentais.<sup>29</sup> A questão que se quer aqui responder, no entanto, é a segunda, já que o objeto da presente investigação é o direito fundamental à educação.

Uma resposta simples a isso poderia ser dada: normas de direitos fundamentais são aquelas normas estabelecidas por disposições de direitos fundamentais. E disposições de direitos fundamentais são os enunciados, ou proposições, contidos na constituição. Assim, é importante distinguir a norma de direito fundamental e a proposição normativa de direito fundamental. Norma de direito fundamental corresponde a essa norma e disposição de direito

<sup>25</sup> Cf. HECK, Luís Afonso. **A ponderação no Código de Processo Civil**. In: HECK, Luis Afonso (org., trad., ver.). *Direito positivo e direito discursivo*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2017, p. 116.

<sup>26</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 26.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>28</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 41. Ver, ainda, sobre isso: HECK, **A ponderação no Código de Processo Civil...** p. 116-117.

<sup>29</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 30.

fundamental a essa proposição normativa.<sup>30</sup>

Contudo, dessas asserções resultam dois problemas: um deles denota a necessidade de haver um critério que permita dividir as proposições da constituição entre aquelas que expressam normas de direitos fundamentais e aquelas que não, já que nem todas as proposições da constituição dizem respeito a normas de direitos fundamentais; o outro problema consiste em saber se normas de direitos fundamentais são tão somente aquelas expressas diretamente por proposições normativas contidas na constituição.<sup>31</sup>

O conceito de disposição, aqui, possui papel decisivo. Um exemplo pode ser a disposição do art. 6º da Constituição Federal, que afirma que o direito à educação é um direito social. Dessa disposição pode ser retirada uma norma de direito fundamental, constituindo ela, assim, uma proposição normativa. Então o que se tem, por conseguinte, é uma disposição de direito fundamental.<sup>32</sup>

A relação que existe entre proposição normativa e norma corresponde àquela que existe entre disposição e afirmação. Ainda que seja possível afirmar-se que a diferença entre as proposições normativas e as disposições seja a de que somente estas podem ser verdadeiras ou falsas, o que mais importa nessa distinção é que pelas disposições se expressa o estado de coisas objetivamente, e pelas proposições normativas se expressa algo que é proibido, permitido ou ordenado. E normas de direitos fundamentais, assim, segundo Alexy, são as normas diretamente expressas por essas disposições.<sup>33</sup>

No entanto, essa definição de que são normas de direitos fundamentais somente aquelas normas expressas na constituição é bastante estreita. O problema maior advém do fato de que normas de direitos fundamentais são em sua maioria indeterminadas. E essa indeterminação pode ser de duas espécies, semântica ou estrutural.<sup>34</sup> Essa indeterminação pode ser enfrentada pelo estabelecimento de regras semânticas. E a questão aqui é saber quais normas, em face disso, podem ser associadas às normas de direito fundamental expressamente dispostas no texto da constituição.<sup>35</sup>

Uma associação é correta quando a norma associada pode ser classificada como válida.<sup>36</sup> E uma norma associada é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para a

---

<sup>30</sup> Ibidem, p. 30-31.

<sup>31</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 30-31.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>33</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...*, p. 33.

<sup>34</sup> Sobre a indeterminação semântica e estrutural das disposições de direitos fundamentais, ver Capítulo 1, item 1.4.1.

<sup>35</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 34. Ainda, sobre a norma associada, ver Capítulo 1.4.

<sup>36</sup> Sobre a norma associada ver, a seguir, Capítulo I, item 4.

associação a uma norma diretamente expressa na constituição, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.<sup>37</sup>

A definição do conceito de norma de direito fundamental formulada com base no conceito de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais diz respeito, assim, não somente às normas associadas, mas pode igualmente ser estendida às normas de direitos fundamentais em geral e pode, assim, ser generalizada. Dessa forma, uma definição geral pode estabelecer que, “normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”<sup>38</sup>. Isso, no entanto, não elimina a diferença entre normas de direito fundamental estabelecidas direta e indiretamente na constituição. Quando se está diante de uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida, uma fundamentação correta é sempre diversa da fundamentação no caso de uma norma associada a direito fundamental.<sup>39</sup>

Mais além do conceito de norma de direito fundamental, é possível identificar a fundamentalidade das normas de direito fundamental sob um duplo viés, um formal e um substancial. Esses, juntos, representam a centralidade do papel das normas de direito fundamental no sistema jurídico. A fundamentalidade formal decorre da posição das normas de direito fundamental no topo do ordenamento jurídico, as quais vinculam de forma direta a atuação do Executivo, Legislativo e Judiciário. A essência da fundamentalidade formal desses direitos está exatamente no fato de que as normas de direitos fundamentais possuem a função de definir quais os conteúdos são constitucionalmente necessários e importantes para um sistema jurídico. A fundamentalidade substancial consiste no fato de que direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais exercem o papel de tomada de decisões sobre a estrutura normativa básica do estado e da sociedade, sem embargo do quanto de conteúdo é dado a eles.<sup>40</sup>

### **1.1.3 A vinculatividade das normas de direitos fundamentais**

Examinado o conceito de norma de direito fundamental e seu significado para o sistema jurídico, deve agora ser investigada a questão mais importante sobre um catálogo de direito fundamentais, qual seja, a vinculatividade das normas jurídicas que estabelecem esses

---

<sup>37</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 36.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>39</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 38.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 349-351.

direitos. A importância disso é ainda maior quando o que se pretende é investigar a fundamentação de decisões no âmbito dos direitos fundamentais.

O conceito de vinculação jurídica é determinado de maneira diversa na doutrina do direito geral. Em um ordenamento jurídico que reconhece a divisão de poderes e o poder Judiciário como terceiro poder, considera-se como juridicamente vinculativas somente aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação, por qualquer que seja o procedimento, pode ser comprovada por um tribunal e que, assim, são *justiciáveis*. O correto é que essa comprovação seja efetuada, em última instância, por um tribunal constitucional. Do contrário, normas de direitos fundamentais, cuja violação não puder ser comprovada por nenhum tribunal têm um caráter não justiciável, podendo ser vinculativas não juridicamente, mas tão-somente moral ou politicamente. Trata-se, assim, de meras proposições programáticas.<sup>41</sup>

O problema da colisão não faria sentido uma vez declaradas todas as normas de direitos fundamentais como não vinculativas.<sup>42</sup> As colisões se traduziriam em problemas de ordem política ou moral, não sendo, portanto, problemas da competência de tribunais. Na Alemanha, esse problema é excluído pelo art. 1, alínea 3, da Lei Fundamental, o qual vincula todos os poderes do estado aos direitos fundamentais como direito vigente de forma imediata. No Brasil ocorre o mesmo. Problemas referentes à não vinculatividade dos direitos fundamentais não devem ocorrer, em face do que determina o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual as prescrições de direitos fundamentais previstas neste artigo possuem aplicabilidade imediata.<sup>43</sup>

Contudo, também independente de tais ordenações de vinculação jurídico-positivas a justiciabilidade dos direitos fundamentais deve ser exigida. Direitos fundamentais são direitos do homem positivados em ordenamentos jurídicos. Como direitos do homem, direitos fundamentais insistem em sua institucionalização. Desse modo, não existe somente um direito à vida, mas um direito do homem à existência de um estado que impõe esses direitos. A institucionalização, assim, abarca necessariamente a justicialização.<sup>44</sup>

Assim, todas as tentativas de afastar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade devem ser afastadas. Até porque isso significaria solucionar problemas

---

<sup>41</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social**. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

<sup>42</sup> Sobre as colisões de direitos fundamentais, ver Capítulo I, item 3.3.

<sup>43</sup> Sobre a vinculatividade das normas de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, ver Capítulo I, item 1.1.4.

<sup>44</sup> Cf. ALEXY, **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social...** p. 63.

jurídico-constitucionais mediante a abolição de direito constitucional. Ainda, isso constituiria uma afronta e uma ameaça à dissolução da constituição. Dessa forma, a primeira decisão fundamental aos direitos fundamentais é reconhecer sua força jurídica ampla em forma de justiciabilidade.<sup>4546</sup>

### 1.1.4 O conceito de direito fundamental

Independentemente da teoria adotada – histórica, filosófica ou jurídica -, para o exame do conceito de direitos fundamentais, não se pode negar que existe uma conexão interna entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental, uma vez que todo direito fundamental é expresso por uma norma de direito fundamental, ainda que o inverso não ocorra sempre, já que se pode cogitar de normas de direito fundamental que não expressam direitos subjetivos.<sup>47</sup>

Assim, compreendida a norma de direito fundamental e sua vinculatividade, o que segue pretende examinar o conceito de direito fundamental.

O exame do conteúdo possível das determinações de direito fundamental pode ser realizado sob distintas perspectivas. Para a compreensão do conceito de direito fundamental, convém examinar, antes, as duas concepções de direito fundamental.

Para isso deve-se compreender, primeiramente, o que Alexy denominou de concepção formal de direito fundamental. A concepção formal de direito fundamental diz respeito à forma de seu assecuramento, e não ao seu conteúdo.<sup>48</sup>

A concepção formal de direito fundamental está ligada diretamente com a possibilidade de associação de normas a normas de direitos fundamentais estatuídas no texto constitucional, o que faz transbordar o conceito àquilo determinado na esfera legislativa. Alexy afirma, ao tratar da concepção geral dos direitos fundamentais, que “direitos

<sup>45</sup> Cf. ALEXY, **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social...** p. 63.

<sup>46</sup> Cabe aqui, ainda, fazer menção ao fato de que, uma positivação perfeita, assim, no que toca à imposição, ocorre quando os direitos fundamentais sociais vinculam todos os três poderes do estado: o executivo, o legislador - e assim o direito imediatamente vigente -, e a submissão dessa vinculação a um amplo controle por um tribunal constitucional. E aqui surge um dos problemas centrais dos direitos fundamentais, qual seja, o ponto de tensão entre direitos fundamentais e democracia. Os direitos fundamentais regulamentam objetos de extrema importância aos cidadãos, constituindo por isso normas de grau de hierarquia extrema, com extrema força de vinculação, com uma medida máxima de abertura para adequação e complementação em face da história e das necessidades do homem. E essa abertura promove inarredavelmente uma concorrência entre o dador de leis e o tribunal constitucional, a quem cumpre a garantia da plena realização desses direitos. Cf. ALEXY, Robert. **Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha.** In: *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, p. 96.

<sup>47</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 353-354.

<sup>48</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 288 ss.

fundamentais são posições tão importantes que sua concessão ou não concessão não pode ser confiada à simples maioria parlamentar”.<sup>49</sup>

A concepção formal, ainda, reconhece uma competência legislativa importante, já que o conteúdo dos direitos fundamentais não é pré-determinado materialmente, e nem tudo poderá ser passível de decisão novamente. Além disso, ainda resta assegurada a supremacia dos direitos fundamentais.<sup>50</sup> A concepção formal de direitos fundamentais expressa, assim, um problema central dos direitos fundamentais em um estado democrático: a colisão existente entre direitos fundamentais e democracia.<sup>51</sup>

Ao lado da concepção formal, tem-se o que pode ser denominado de concepção material de direito fundamental. Ainda que demonstrada uma maior coerência para a adoção da concepção formal de direitos fundamentais, até por permitir a utilização da ponderação para evitar abusos ideológicos e o arbítrio de intérpretes, não pode ser deixado de lado o conteúdo dos direitos fundamentais e a sua conexão com outros direitos fundamentais, com direitos humanos e com a justiça.<sup>52</sup>

Para além da diferenciação entre as concepções formal e a material de direito fundamental, Alexy propõe o conceito de direito fundamental, dividindo-o em três espécies: o conceito formal, que define os direitos fundamentais a partir de um critério formal, como a sua inclusão em um catálogo correspondente; o conceito material, que estabelece um critério relacionado ao conteúdo dos direitos fundamentais como forma de sua identificação como tal; e ainda um terceiro, o conceito procedimental, que liga as duas formas anteriores, identificando os direitos fundamentais como aqueles que, por sua importância, não podem ter sua asseguuração deixada ao arbítrio do legislador, devendo ser confiada à jurisdição constitucional a sua salvaguarda, por constituir esta instância independente de disputas parlamentares. Esse conceito abarca a dupla relação entre democracia e direitos fundamentais.<sup>53</sup> E parece, de fato, ser o mais adequado dos conceitos de direito fundamental,

---

<sup>49</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*...., p. 297-298.

<sup>50</sup> Cf. LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2014, p. 359.

<sup>51</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 298-300.

<sup>52</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada**... p. 360.

<sup>53</sup> Alexy critica o conceito formal de direito por possuir efeito de distorção e mutilação, e o conceito material por sua estreiteza. Cf. Alexy, Robert. **Teoria do discurso e direitos fundamentais**. Trad. Maria Cláudia Cachapuz. In: HECK, Luís Afonso (org). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 123-127. Segundo Borowski, a concepção material ainda pode, por outro lado, ser inconveniente por sua força excessiva, por atrair aos direitos fundamentais a polêmica dos direitos humanos e sua visão sob diferentes perspectivas. Cf. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*... p. 33 ss. Ainda, Alexy realiza importante reflexão entre a relação de direitos fundamentais e democracia, questionando-se como duas coisas boas, como essas, podem colidir. Porém, o reconhecimento de que vivemos

na medida em que permite, para o processo de identificação desses, uma abertura ao procedimento argumentativo à instância jurisdicional, que exerce importante papel, de forma mais independente, no trato dos direitos fundamentais no estado democrático.

Também pode ser colocada aqui outra diferenciação nesse âmbito, qual seja, entre as concepções de direitos fundamentais positivista e não positivista. Ambas sustentam que direitos fundamentais são direito positivo. No entanto, e nisto consiste a diferença entre ambas, segundo a concepção positivista, os direitos fundamentais somente são direito positivo, enquanto que, segundo a concepção não positivista, a positividade é somente um lado dos direitos fundamentais, qual seja, seu lado real ou fático. Mais além, os direitos fundamentais possuem, conforme a concepção não positivista, também um lado ideal. Isso porque os direitos fundamentais, assim como o direito genericamente considerado, necessariamente promovem uma pretensão de correção. E essa pretensão de correção estabelece uma união necessária entre direitos fundamentais e direitos do homem, e dessa união surge a natureza dupla dos direitos fundamentais.<sup>54</sup>

A natureza dupla dos direitos fundamentais reconhece que os direitos fundamentais constituem direito positivo, uma vez que positivados na constituição, porém sustenta a insuficiência disso para explicar a natureza dos direitos fundamentais. A positivação constitui apenas o lado real dos direitos fundamentais.<sup>55</sup>

Isso se dá em face de serem os direitos fundamentais expressos intencionalmente na constituição na pretensão de se transformarem direitos humanos em direito positivo. E, para além dessa compreensão, constitui pretensão necessariamente colocada por aqueles que estabelecem um catálogo de direitos fundamentais. Aqui, verifica-se uma pretensão objetiva.

O que mais importa, contudo, é o caráter moral dos direitos humanos. Pode-se afirmar a existência de um direito por sua validade, e um direito é válido se ele pode ser justificado. Segundo Alexy vem tentando demonstrar, a justificação dos direitos humanos

---

em um mundo caracterizado pela finitude e escassez, pode responder à indagação. Em uma visão real de mundo pode-se afirmar que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, extremamente democráticos, na medida em que visam assegurar, pelos direitos de liberdade e igualdade, a existência e o desenvolvimento das pessoas, asseguradas inclusive as condições de funcionamento do processo democráticos; e totalmente antidemocráticos, pois suspeitam do processo democrático. Alexy tenta encontrar um caminho entre essas duas posições extremas pela tese da representação argumentativa. Sobre isso, ver: ALEXY, *Teoria discursiva do direito...* p. 132 ss.

<sup>54</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Um conceito não-positivista de direitos fundamentais**. In: HECK, Luis Afonso (trad. org. rev.) *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 15; e ALEXY, Robert. *Social Constitutional Rights and Balancing*. Artigo original que me foi passado pelo professor Luis Afonso Heck, obtido por esse pessoalmente junto a Robert Alexy. Versão em português, ver: ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade**. In: ALEXY, Robert. *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Neri da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 167.

<sup>55</sup> Cf. ALEXY, *Social Constitutional Rights and Balancing...* p. 3.

pode se dar a partir da teoria do discurso.<sup>56</sup>

Os direitos humanos, portanto, em sendo direitos morais, fazem parte da dimensão ideal do direito. Isso tem implicação direta na interpretação dos direitos fundamentais enquanto direito positivo. Ou seja, se existem direitos humanos, como direitos morais, e eles podem justificados, mas não constam do catálogo de direitos fundamentais estatuídos na constituição, tal catálogo não promove a necessária pretensão de correção. Nesse caso, o tribunal constitucional possui o dever de adequar essa falta, sob pena de total incorreção do sistema.<sup>57</sup>

Assim, a análise comparativa dos conceitos e concepções de direitos fundamentais referidos permite observar que a formulação mais adequada não é nem aquela norteadas diretamente pelo conteúdo, nem aquela estabelecida exclusivamente pela forma, o que poderia acarretar a eliminação de todas as vantagens de uma teoria procedimental diferenciada já alcançada no plano da teoria do discurso e da argumentação.<sup>58</sup>

Portanto, o que parece estabelecer o mais adequado conceito de direitos fundamentais é o procedimental diferenciado, por não ser nem puramente formal nem puramente material, e assim permitir a identificação de um direito fundamental a partir de um procedimento argumentativo perante uma instância institucionalizada, mas diferente do âmbito parlamentar.<sup>59</sup>

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy ainda se ocupou, ao lado do estudo das concepções e dos conceitos de direito fundamental, em estabelecer uma classificação das espécies de direitos fundamentais e, ainda, em organizar o conceito de direitos fundamentais a partir da teoria dos *status* de Jellinek, desenvolvida à luz da ideia de direito público subjetivo.<sup>60</sup> A partir disso, Alexy elaborou o conceito de direito fundamental de forma estrutural e ordenadamente. E disso decorre, ainda, o conceito de direito fundamental como um feixe de posições fundamentais jurídicas<sup>61</sup>.

Isso, no entanto, será examinado no próximo passo, cujo objeto é o estudo dos direitos fundamentais como direitos subjetivos.

---

<sup>56</sup> Cf. ALEXY, *Social Constitutional Rights and Balancing...* p. 4.

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada...* p. 362.

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> Sobre a teoria do *status*, ver: ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais...* p. 254 ss.

<sup>61</sup> Sobre o sistema de posições fundamentais jurídicas ver Capítulo I, item 1.2.2.



## 1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS

Até este ponto a análise concentrou-se no exame da norma de direito fundamental. A partir de agora, o que segue pretende demonstrar que os direitos fundamentais são direitos subjetivos passíveis de exigibilidade judicial, uma vez que são garantidos por normas jurídicas vinculantes. Direito subjetivo, sob um viés conceitual, não traduz um poder da vontade e nem um interesse juridicamente protegido, mas sim uma posição jurídica. A existência de direitos subjetivos no sentido de posições jurídicas pressupõe o poder de vontade e o interesse juridicamente protegido como razões para tanto.<sup>62</sup>

O conceito de posição jurídica, no entanto, deve ser examinado, e isso exige a compreensão da distinção entre os conceitos de norma e posição.

### 1.2.1 Norma e posição

Ao tratar sobre a discussão acerca dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, Alexy refere três tipos de questões que são suscitadas em conexão com o conceito de direito subjetivo, quais sejam, questões normativas, empíricas e analíticas.<sup>63</sup>

No entanto, em uma teoria estrutural dos direitos fundamentais importam, sobretudo, questões analíticas. Para um tratamento analítico dos direitos subjetivos, é central a diferenciação entre norma e posição. Uma norma é aquilo que um enunciado normativo estabelece. O enunciado expresso no art. 5º, § 1º, 1, da lei fundamental alemã é o seguinte: “Todos têm o direito de expressar livremente a sua opinião (...)”. Esse enunciado expressa uma norma universal, e com base nele, em face da clareza de que expressa um direito em face do estado, uma norma individual pode ser extraída: *a* possui, em face do estado, o direito de expressar livremente sua opinião.<sup>64</sup>

Se esse enunciado é correto, pode-se dizer que *a*, em face do estado, está em uma posição que consiste no direito de expressar livremente sua opinião. E a importância de falar-se em posições está determinada a partir de um ponto de vista, qual seja, da perspectiva que se interessa pelas características normativas de pessoas e de ações e pelas relações normativas entre pessoas ou entre pessoas e ações. Desse modo, é aconselhável que direitos subjetivos sejam concebidos como posições e relações desse tipo.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Cf. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales...* p. 56.

<sup>63</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 114.

<sup>64</sup> Idem.

<sup>65</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 114-115.

A principal contribuição analítica da discussão sobre direitos subjetivos está na análise e classificação daquelas posições jurídicas denominadas de “direitos”. Assim, é importante conhecer a estrutura das diferentes posições. Por essa razão, a expressão “direito (subjetivo)” deve ser utilizada como um conceito geral para posições em si diferentes, a fim de que, a partir disso, distinções e classificações terminológicas sejam possíveis.<sup>66</sup>

Colocada a diferença entre norma e posição, o que segue é o exame do sistema de posições fundamentais jurídicas.

### **1.2.2 Um sistema de posições jurídicas fundamentais: direito a algo, liberdades e competências**

A base da teoria analítica dos direitos é formada por uma divisão em três partes das posições em: direitos a algo; liberdades e competências.<sup>67</sup>

Uma forma geral definidora de um direito a algo pode ser assim formulada: *a* possui, em face de *b*, um direito a *G*. Desse enunciado pode ser compreendido que um direito a algo constitui uma relação triádica composta pelo *titular* do direito, pelo *destinatário* do direito e pelo *objeto* do direito. O objeto de um direito a algo é sempre uma ação do destinatário. E a referência a uma ação e a estrutura triádica não são expressas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais. Um exemplo é o art. 2º, § 1º, 1, da Lei Fundamental alemã, que dispõe: “Todos têm, direito à vida (...)”. Assim, ainda que pudesse disso ser extraída uma relação apenas diádica entre um titular e um objeto (estar vivo), a menção a esse tipo de relação posta pelo enunciado nada mais é do que uma designação abreviada para um complexo de direitos a algo, liberdade e competências. Desse modo, essa determinação da lei fundamental alemã significa tanto “negativamente um direito à vida”, no sentido da exclusão de um homicídio estatalmente organizado, como também “positivamente um direito a que o estado intervenha para a efetiva proteção e fomento dessa vida. Portanto, aqui se tem dois direitos de *a* em face do estado: um direito a que esse não o mate e um direito a que esse proteja sua vida contra intervenções indevidas de terceiros.<sup>68</sup>

A distinção entre ações negativas e positivas é o critério fundamental para a divisão dos direitos a algo a partir de seus objetos. Ao direito às ações negativas correspondem os chamados direitos de defesa, que se dividem em três espécies: em direitos a que o estado não impeça ou dificulte ações referentes ao exercício do direito; em direitos a que o estado não

<sup>66</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...*, p. 120.

<sup>67</sup> Idem.

<sup>68</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...*p. 121.

afete determinadas situações do titular do direito; e por fim, em direitos a que o estado não elimine posições jurídicas do titular do direito.<sup>69</sup>

Nesse sentido, o estado pode não somente impedir o exercício do direito, como pode tornar o direito juridicamente impossível, sem realizar a organização jurídica pela dação de normas imprescindíveis a viabilizar juridicamente esse direito, ou dificultando o ajuizamento de ação para garantia do direito. Ainda, o titular do direito possui o direito a que o estado não derogue normas que garantam posições jurídicas já previstas no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.<sup>70</sup> Inclusive aqui, principalmente no caso de determinados direitos sociais, deve ser obstada qualquer tentativa de supressão ou esvaziamento de normas que consolidam posições jurídicas, sob pena de violação à proibição de retrocesso.

Ao direito às ações positivas correspondem, na maioria das vezes, os direitos a prestações. Os direitos dos titulares a ações positivas do estado podem ser divididos em dois grupos: um cujo objeto é uma ação fática, e outro cujo objeto é uma ação normativa. No primeiro grupo o direito é realizado com a prestação material de um fato.<sup>71</sup> E aqui podem ser exemplo a construção de escolas; a realização de programas suplementares de material didático, transporte escolar e alimentação aos estudantes; a oferta de vagas em creches e pré-escola para as crianças de até 5 anos. Na verdade, as ações positivas fáticas concentram possivelmente maior demanda quando se está diante de direitos sociais.

Os direitos a ações positivas normativas são direitos a atos de criação de normas que garantam o exercício do direito.<sup>72</sup> Um exemplo é a Lei nº 9.394/96 (LDB), que regulamenta as medidas a serem realizadas pelos entes federados e a forma do cumprimento das metas e objetivos traçados pela Constituição Federal para que sejam de fato efetivados todos os direitos compreendidos pelo direito fundamental à educação.<sup>73</sup>

Os direitos a prestações geralmente significam direitos a ações positivas fáticas, que são ações que poderiam ser realizadas também por particulares, devendo ser designados como direitos a prestações em sentido estrito. Contudo, ao lado desses direitos a prestações fáticas, há também os direitos a prestações normativas, que igualmente possuem o caráter de direitos a prestações, mas devem ser designados de direitos a prestações em sentido amplo.<sup>74</sup>

Além da posição de direitos a algo, estão as liberdades. Essas são divididas em

<sup>69</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 122.

<sup>70</sup> Idem..

<sup>71</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 122, p. 126.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> Sobre isso ver Capítulo II, item 1.

<sup>74</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 127.

liberdades armadas e não armadas, o que vai depender, respectivamente, de que modalidade deôntica da permissão para determinada ação esteja ou não acompanhada de um mandamento de proteção dirigido ao estado.<sup>75</sup>

Por fim, estão as competências. Essas, são posições que podem ser definidas como poder de modificar uma dada posição jurídica. Assim, por determinadas ações do titular ou dos titulares da competência, uma situação jurídica é alterada. A alteração de determinada situação jurídica por meio de uma ação pode ser descrita de duas formas diversas: como a criação de normas individuais ou gerais, válidas em face dessa ação; e como alteração das posições jurídicas dos sujeitos de direito submetidos à norma.<sup>76</sup> As competências, assim, não são somente uma mera permissão de fazer. E elas possuem, mais além, caráter de ação institucional, na medida em que são formadas a partir de regras constitutivas que, uma vez não observadas, isso não configura ilicitude, mas mera deficiência ou nulidade do ato.<sup>77</sup>

O conceito de competência é fundamental para a compreensão da estrutura dos direitos fundamentais. E isso vale tanto no que toca às competências do indivíduo, como às competências do estado, sendo que nessas as normas entram em jogo como normas negativas de competências.<sup>78</sup>

### 1.2.3 Direito fundamental como um todo

Até agora o que se investigava eram as posições de direitos fundamentais vistas sob um viés individual. Quando se está diante de um direito fundamental, como o direito à vida, à saúde ou à educação, normalmente não se olha uma posição individual, mas um direito fundamental como um todo. E um direito fundamental como um todo é um feixe de posições fundamentais jurídicas.<sup>79</sup>

O direito fundamental como um todo é um objeto complexo, mas de modo algum intransponível. Ele é composto de elementos de estrutura bem definida – das posições individuais dos cidadãos e do estado -, e entre essas posições há relações definíveis de forma clara – as relações de especificação, de meio-fim e de ponderação. A relação de ponderação é a mais importante, uma vez que estabelece a relação entre uma posição *prima facie* e uma posição definitiva, à luz da lei da ponderação. Ainda, a relação de ponderação demonstra que

<sup>75</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p.139 ss.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>77</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 149.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 156-159.

<sup>79</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 160-161.

existe dentro do feixe de posições jurídicas algumas que apresentam caráter *prima facie*, ou seja, além das posições definitivas, há também posições que podem entrar em colisão com posições *prima facie* e com princípios que compreendem posições jurídicas de indivíduos ou bens coletivos.<sup>80</sup>

O que faz efetivamente parte do feixe de posições que integram um direito fundamental pode ser polêmico. E a questão consiste em saber quais as normas devem ser associadas às normas que configuram um direito fundamental, como normas de direito fundamental. Isso remete a um problema, que diz respeito ao reconhecimento da existência de normas associadas que possam ser justificadas racionalmente, o que conduz também a todos os problemas que dizem respeito à interpretação dos direitos fundamentais.<sup>81</sup>

Desse modo, compreendida a norma de direito fundamental e os direitos fundamentais como direitos subjetivos, a análise da estrutura das normas de direitos fundamentais é o próximo passo.

### 1.3 A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para o exame da estrutura das normas de direitos fundamentais, é possível utilizar inúmeras diferenciações teórico-estruturais. No entanto, para teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e da solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.<sup>82</sup>

O sistema de normas jurídicas é um modelo de princípios e regras, e isso deve ser compreendido para identificar as normas de direitos fundamentais como princípios, que ordenam que algo seja alcançado na melhor medida possível, cumpridos em diferentes graus, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Disso resulta que os direitos fundamentais são passíveis de colisão e de ponderação, e assim configuram posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*.<sup>83</sup>

Sem a distinção de regras e princípios não pode haver nem uma teoria adequada acerca das restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre as colisões de direitos fundamentais, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais

<sup>80</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 160-161.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 162. Para mais detalhes sobre o processo de associação de normas, a relação de precisão e de fundamentação e a norma associada como resultado da ponderação, ver Capítulo I, item 1.4.

<sup>82</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 44.

<sup>83</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, Anízio. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 29.

no sistema jurídico. Essa distinção, ainda, é elemento fundamental da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, assim como também o é dos direitos à proteção, organização e procedimento e dos direitos a prestações.<sup>84</sup>

Essas formulações demonstram a essencialidade do modelo de regras e princípios na dogmática dos direitos fundamentais, devendo ser apresentados, assim, os critérios para tal distinção e sua utilização sistemática no âmbito dos direitos fundamentais, a partir das duas construções possíveis desses direitos.

### 1.3.1 Duas construções de direitos fundamentais

As constituições democráticas modernas são formadas por duas categorias de normas. Da primeira delas fazem parte as normas que constituem e organizam o estado, ou seja, o poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Da segunda categoria fazem parte as normas que limitam e conduzem o poder do estado. E aqui estão os direitos fundamentais, com papel de destaque. Essa dicotomia parece possuir validade universal no âmbito dos estados constitucionais democráticos. A universalidade é decorrente da abstratividade, e imediatamente abaixo dessa entram em cena diferentes possibilidades. Essas possibilidades dizem respeito às competências estatais, por um lado, e aos direitos individuais, por outro. Esses últimos serão agora considerados.<sup>85</sup>

Duas construções de direitos fundamentais são possíveis e fundamentalmente distintas: uma estreita e uma larga e ampla. A primeira é a “construção de regras”, a segunda, a “construção de princípios”. Ambas as construções em lugar algum estão realizadas de forma pura. Porém, elas representam tendências fundamentais diversas, e saber qual é a mais adequada constitui uma questão central da interpretação de cada constituição, conforme a determinação dos direitos fundamentais e a forma como são colocados pela jurisdição constitucional.<sup>86</sup>

Conforme a construção estreita e rigorosa, normas que estabelecem direitos fundamentais não são diferentes, em essência, das demais normas do ordenamento jurídico. Elas possuem, por sua natureza de normas constitucionais, seu lugar no grau extremo do ordenamento jurídico e, além disso, trazem como objeto direitos extremamente relevantes e abstratos. Mas isso não permite qualquer diferenciação no que tange à sua estrutura. Trata-se

---

<sup>84</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 44.

<sup>85</sup> Cf. ALEXY, **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 105.

<sup>86</sup> Cf. ALEXY, **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade...** p. 105.

de normas jurídicas e, assim, sua aplicabilidade é a mesma das demais normas jurídicas. No entanto, sua peculiaridade está no fato de que protegem determinadas posições dos indivíduos, postas de forma abstrata, contra o estado.<sup>87</sup>

Conforme a construção mais ampla, normas de direitos fundamentais ultrapassam esses limites, de apenas proteger determinadas posições dos indivíduos em face do estado, para inserir-se em um contexto mais amplo. Três ideias enformam fundamentalmente essa concepção mais ampla de direitos fundamentais. A primeira delas está no fato de que a garantia jurídico-constitucional de direitos individuais não se esgota em uma garantia de direitos de defesa do cidadão em face do estado. Eles personificam também um ordenamento objetivo de valores. E isso significa dizer que os direitos fundamentais possuem o caráter de regras e, igualmente, o caráter de princípios. A segunda ideia, ligada à primeira de modo estreito, está na asserção de que os valores ou princípios jurídico-fundamentais transbordam os limites de sua validade tão-somente em nome dos cidadãos em face do estado, para valerem igualmente para todo o direito. Isso acarreta o denominado “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais para todo ordenamento jurídico. Por fim, a terceira ideia está na estrutura dos valores e princípios. Valores enquanto princípios podem colidir. E uma colisão de princípios somente pode ser solucionada pela ponderação.<sup>88</sup>

Assim, ao invés de opostas reciprocamente uma construção ampla e larga e uma construção estreita e rigorosa de direitos fundamentais, poderia contrapor-se a um modelo de ponderação um modelo de subsunção. Com isso surge o problema: qual das duas formas de construção conduz a uma maior racionalidade as decisões no âmbito dos direitos fundamentais? Aquela que aplica a subsunção ou aquela que aplica a ponderação?<sup>89</sup>

Para o enfrentamento dessas questões é essencial a compreensão da distinção entre regras e princípios.

### 1.3.2 Regras e princípios

A distinção teórico-normativa entre regras e princípios constitui o cerne de ambas as construções.<sup>90</sup> Tanto regras como princípios são compreendidos como normas, uma vez que

<sup>87</sup> Cf. ALEXY, **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**, p. 106.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>89</sup> Cf. ALEXY, **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**, p. 108.

<sup>90</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights*...p. 85 s. A distinção entre regras e princípios e suas implicações para a teoria da aplicação do direito, a dogmática jurídica e sobretudo a teoria de direitos fundamentais foram e ainda são objetos de larga discussão na doutrina. Alguns escritos nesse sentido merecem destaque, como o artigo “The model of rules”, de Dworkin, e posteriormente a própria obra de Alexy, a “Teoria

ambos estabelecem o que é ordenado, permitido e proibido.<sup>91</sup>

Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo definitivamente, sendo, portanto, mandamentos definitivos. Sua aplicação se dá pela subsunção. Assim, se a regra é válida, ela é aplicada, e seu comando deve ser cumprido. Princípios são normas que determinam que algo seja cumprido na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, constituindo, portanto, mandamentos de otimização.<sup>92</sup> A determinação da medida de cumprimento de um princípio em oposição a outro será definida pela ponderação. A ponderação, portanto, é a forma de aplicação dos princípios.<sup>93</sup>

Tanto regras quanto princípios podem servir de fundamentos para sentenças de dever concretas, muito embora constituam fundamentos de natureza de tipo bastante diferente. As regras, se não houver exceção, são fundamentos definitivos, enquanto que os princípios são fundamentos *prima facie*. Os princípios, considerados de forma isolada, estabelecem somente direitos *prima facie*. A transformação dos princípios enquanto direitos *prima facie* para o direito definitivo ocorre pela definição de uma relação de preferência. E a definição de uma relação de preferência é, de acordo com a lei da ponderação, a definição de uma regra.<sup>94</sup>

Regras e princípios revelam com maior clareza sua diferença pela diferenciação de planos em que ocorrem as colisões de princípios, e os conflitos de regras. No conflito de regras há uma contradição no plano da validade, sendo que, na ausência de uma exceção, uma regra invalida a outra, pois ambas não podem ter validade ao mesmo tempo. Na colisão de princípios se descarta uma solução no plano da validade, já que ambos são válidos, sendo utilizada uma dimensão de peso, a partir da definição de uma relação de precedência condicionada entre ambos. O estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro.<sup>95</sup>

A teoria dos princípios de Alexy é o sistema das implicações de tal distinção, e a

---

dos direitos fundamentais". Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, e ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 44 ss. Ver, também, o artigo de Heck sobre o tema, que apresenta de forma sistemática o pensamento de Alexy nesse sentido. Cf. HECK, Luís Afonso. **Regras, Princípios Jurídicos e a estrutura no pensamento de Robert Alexy**. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.

<sup>91</sup> Cf. HECK, *A Ponderação no Código de Processo Civil...* p. 106.

<sup>92</sup> Numerosos critérios para a distinção de regras e princípios são propostos. Contudo, o tema não será desenvolvido aqui por falta de espaço e de necessidade, dado o objetivo do estudo. Sobre isso, ver: ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais...* p. 87 ss. Importa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Cf. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais...* p. 91.

<sup>93</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 57-58.

<sup>94</sup> Idem.

<sup>95</sup> Alexy explica detalhadamente com se dá o exame das condições e a definição da relação de precedência condicionada, a partir de fórmulas e denominações. Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 51-52.



relevância disso tem reflexos em todos os âmbitos do direito. Na teoria dos direitos fundamentais, a disputa sobre a teoria dos princípios se resume à disputa sobre o princípio da proporcionalidade, e ainda mais especificamente sobre a ponderação.<sup>96</sup> Ainda, não se trata apenas de uma teoria, mas de um grupo de teorias que tomam para si a ideia de que princípios constituem uma categoria de normas com propriedades lógicas e específicas e, a partir disso, tratam de reconstruir um sistema jurídico em seu conjunto, especialmente à luz dos direitos fundamentais.<sup>97</sup>

A teoria dos princípios, assim, pode ser entendida como uma tentativa de reflexão e reconstrução do direito a partir de seus próprios fundamentos normativos, tendo como ideia central a solução de conflitos normativos mediante a ponderação de princípios. Para sua compreensão, no entanto, faz-se imprescindível a compreensão da tese da separação entre regras e princípios.<sup>98</sup>

Para Heck, isso resta demonstrado pelas vantagens que pode trazer a teoria dos princípios, principalmente no que tange à colisão de direitos fundamentais e a aplicação da ponderação como procedimento de solução. Direitos fundamentais e bens jurídicos podem ser coordenados proporcionalmente ao limitarem outros direitos fundamentais. Dessa forma, tanto o direito fundamental como o bem jurídico limitador podem chegar à eficácia ótima, ou seja, uma determinação proporcional que não deve ser efetuada de uma maneira que limite uma garantia de direito constitucional além do que necessário para sua eficácia na vida da coletividade.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights*, p. 87-88.

<sup>97</sup> Cf. SIECKMANN, Jay-R. **Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales**. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R e OLIVER-LANANA, Daniel (Coords.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación: Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy...* p. 38.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 39.

Sieckmann, examinando o conceito e as ideias centrais da teoria dos princípios, desenvolve a possibilidade de caracterizá-la mediante alguns postulados básicos, dentre os quais: *a tese da normatividade*, uma vez que a teoria dos princípios avoca para si a concepção de direito que leva a sério seu caráter normativo e sua necessidade de justificação; *a tese dos direitos*, tendo em vista que a justificação do direito exige o reconhecimento dos direitos fundamentais; *a tese da ponderação*, já que a aplicação dos direitos exige a ponderação de princípios; *a tese da separação*, em face das propriedades lógicas diferentes entre as regras e princípios; *regra como determinações normativas*, uma vez que as regras possuem conteúdo normativo prefixado, na medida em que constituem determinações normativas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas; *a tese da graduação do cumprimento dos princípios*, já que eles devem ser cumpridos na maior ou menor medida, enquanto as regras são ou não cumpridas; e, por fim, *a tese da estrita separação*, segundo a qual toda norma é um regra ou um princípio. Cf. SIECKMANN, *Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales...* p. 39-41. Interessante, neste ponto, a exposição da teoria dos princípios por Sieckmann porque aponta, em poucas linhas, as ideias centrais da teoria dos direitos fundamentais de Alexy e a interconexão entre elas, muito embora, segundo ele, haja alguns pontos de divergência na sua colocação. Cf. SIECKMANN, *Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales...* p. 40.

<sup>99</sup> Cf. HECK, Luís Afonso. **O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais**. *Direito e Democracia*. Canoas: 2001, v. 1, n. 1, p.113-122.

### 1.3.3 Colisões de direitos fundamentais

A distinção entre regras e princípios mostra-se com maior clareza diante de casos de colisões de princípios e de conflitos de regras. Comum a ambos os casos, de colisão de princípios e de conflito de regras, é o fato de que duas normas, uma vez aplicadas isoladamente, conduziriam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídicos contraditórios. A diferença aqui se dá exatamente pela forma de solução do conflito.<sup>100</sup>

A grande parte das constituições dos estados de direito constitucional democráticos apresenta um catálogo de direitos fundamentais. Cabe à ciência dos direitos fundamentais como uma disciplina jurídica a complexa tarefa de interpretar esses catálogos. Para isso, as regras tradicionais de interpretação jurídica podem ser utilizadas. O problema é que desde logo essas regras alcançam limites, e isso se dá em face da colisão de direitos fundamentais.<sup>101</sup>

Há duas formulações possíveis de colisão de direito fundamentais, uma mais restritiva, segundo a qual a colisão somente se dá entre direitos fundamentais, e uma mais ampla, que estabelece que a colisão pode ocorrer entre direito fundamental e algumas normas ou princípios cujo objeto são bens coletivos. Em ambos os sentidos as colisões de direitos fundamentais exercem papel central na dogmática dos direitos fundamentais, e seu enfrentamento somente é possível a partir da compreensão de todos elementos que compõem essa disciplina.<sup>102</sup>

O que importa aqui, contudo, é que não pode existir um catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais, e essa não pode existir sem aquele.

As colisões podem se dar entre direitos fundamentais idênticos, e podem ocorrer entre direitos fundamentais e um bem coletivo, o que as tornam mais complexas. Essa complexidade acarreta a necessidade de identificação clara dos elementos fundamentais que as constituem.<sup>103</sup>

As colisões podem igualmente se dar entre direitos fundamentais distintos. Aqui pode ser citado o caso da colisão de liberdade de manifestação de opinião com direitos fundamentais daquele que sofre com a manifestação da opinião. Esse era o objeto da decisão

<sup>100</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 49.

<sup>101</sup> Cf. ALEXY, *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social...* p. 56.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>103</sup> Cf. ALEXY, *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social...* p. 58.

paradigmática do Tribunal Constitucional Federal do caso Lüth.<sup>104</sup> A decisão foi de irrefutável importância para definição do ordenamento de valores pela jurisprudência alemã, levando a duas conclusões centrais para a problemática dos direitos fundamentais: a irradiação dos direitos fundamentais para todo sistema jurídico, e a ubiquidade da ponderação.<sup>105</sup>

Além da colisão de direitos de liberdade distintos, de titulares de direitos fundamentais distintos, como no caso Lüth, e ainda, a colisão de direitos fundamentais distintos e titulares distintos, como entre direitos de liberdade e igualdade – o que constituem colisões de direitos fundamentais em sentido restrito -, podem ainda existir outras espécies de colisões, que ingressam na classificação das colisões de direitos fundamentais em sentido amplo. Aqui podem ser referidas as colisões entre direitos fundamentais com bens coletivos.<sup>106</sup>

Os bens coletivos podem ser adversários de direitos individuais, e podem também ser pressuposto ou meio para sua realização. O exemplo aqui é a obrigação de indústrias tabagistas de colocar nas embalagens dos produtos o perigo de dano que podem causar à saúde, o que constitui uma intervenção na liberdade do exercício da profissão, ou seja, em um direito fundamental. Essa intervenção pode ser justificada diretamente na proteção à saúde da população, o que constitui, de um lado, um bem coletivo, e de forma reflexa na proteção da saúde e da vida de cada um, ou seja, de direitos individuais. O dever do estado de proteção da população deve se dar na maior medida possível, o que não é possível sem a intervenção na liberdade de quem pode prejudicar ou ameaçar de prejuízo a segurança de todos.<sup>107</sup>

A colisão de direitos fundamentais evidencia a existência de conjunturas bastante diferentes, que, no entanto, possuem algo semelhante: todas as colisões somente podem ser solucionadas se de um dos lados, ou em ambos, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. O problema é de que forma isso deve ocorrer. E uma resposta pode ser encontrada na dogmática dos direitos fundamentais.<sup>108</sup>

Dito isso, tem-se que, ainda, uma diferenciação entre os tipos de princípios é necessária para a completa compreensão da colisão de princípios.

---

<sup>104</sup> Cf. BVerfGE 7, 198; SCHWABE, **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal...** p. 381 ss.

<sup>105</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social...** p. 59

<sup>106</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>107</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social...** p. 60.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 62.

### 1.3.4 Tipos de princípios

Primeiramente deve ser aqui estabelecido que princípios podem significar direitos individuais ou bens coletivos.<sup>109</sup>

Os princípios que significam direitos individuais ou bens coletivos são assim definidos quanto ao conteúdo, sendo por isso denominados princípios materiais. Ao lado desses, há os princípios formais ou procedimentais, como aquele que estabelece que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático. Esse princípio formal pode, junto com um princípio material que diz respeito somente a interesses secundários da sociedade, ser ponderado contra um princípio que configura um direito individual.<sup>110</sup>

Posteriormente Alexy estabeleceu um conceito de princípios formais.<sup>111</sup> Esses, como os demais, são mandamentos de otimização, no sentido em que constituem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível em face das possibilidades fáticas e jurídicas. A diferença desses para com demais reside no objeto da otimização. Enquanto nos princípios materiais o objeto de otimização é um conteúdo, como a saúde, a educação, a vida, nos princípios formais diz respeito às decisões legais sem que seja considerado o conteúdo propriamente dito.<sup>112</sup>

Para saber se uma intervenção em direitos fundamentais pode ser justificada, essa é uma pergunta que deve ser respondida pela ponderação, fundamentada argumentativamente pelas regras da argumentação jurídica. Assim, em um próximo passo será examinada a ponderação e, posteriormente, a argumentação jurídica no âmbito dos direitos fundamentais.<sup>113</sup>

### 1.3.5 A ponderação

O sistema jurídico é um sistema de normas jurídicas. Essas podem ser regras ou princípios. As regras se aplicam pela subsunção, os princípios se aplicam pela ponderação.<sup>114</sup>

<sup>109</sup> Cf. HECK, *A Ponderação no Código de Processo Civil...* p. 117. Outros exemplos de direitos sociais podem ser encontrados no art. 6º da Constituição brasileira, como a saúde, a alimentação, a segurança, o trabalho, a moradia, a proteção à maternidade, a previdência social.

<sup>110</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 81-82.

<sup>111</sup> Para isso ver ALEXY, Robert. *Formal principles: some replies to critics*. In: I-COM (2014), Vol. 12 nº 3, S. 515 f.

<sup>112</sup> Cf. HECK, *A Ponderação no Código de Processo Civil...* p. 119.

<sup>113</sup> Sobre isso, ver Capítulo I, item 1.5.1.

<sup>114</sup> Sobre a distinção teórico-normativa das regras e princípios ver, supra, Capítulo I, item 15.1.

A questão aqui investigada diz respeito à aplicação de direitos fundamentais, cujas normas possuem natureza de princípios. Desse modo, a ponderação deve ser conhecida em todos os seus aspectos, para a correta compreensão acerca da aplicação das normas de direitos fundamentais, principalmente em face da colisão dessas com outros princípios. Para isso, alguns temas devem ser agora desenvolvidos.

#### 1.3.5.1 Significado

A ponderação é o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, que diz respeito ao cumprimento do mandamento de otimização de acordo com as possibilidades jurídicas. O objetivo da ponderação enquanto forma de solução de colisões de princípios está estabelecido na lei da ponderação. Segundo ela, quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro<sup>115</sup>. Disso resulta o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios.

É vital aqui a compreensão de que o exame da ponderação possui uma função totalmente diferente dos exames da idoneidade e da necessidade. O exame da idoneidade e da necessidade deverá eliminar limitações ineficientes a direitos fundamentais, buscando a alternativa que realizará o direito fundamental com menos custo possível para aquele colidente. Do contrário, o exame da ponderação é essencialmente valorativo. Aqui será aferido se a combinação de certos níveis de realização de direitos fundamentais em prol de outros em que se deve intervir para tanto é boa ou aceitável. O foco da ponderação se dá, portanto, na relação entre os benefícios da realização de um direito e os danos da intervenção no direito oposto.<sup>116</sup>

Segundo Barak, a ponderação é central para vida e para o direito. É central para as relações que se estabelecem entre direitos fundamentais e interesse público, ou entre direitos fundamentais diversos. A ponderação reflete a natureza multifacetada do ser humano, da sociedade em geral, e da democracia em particular. É uma expressão do entendimento de que o direito não é uma questão de “tudo ou nada”.<sup>117</sup>

O ordenamento jurídico é um sistema complexo de valores e princípios, que alberga em si situações de fácil solução, mas também situações de conflitos que requerem avaliações

<sup>115</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 101 s.

<sup>116</sup> Cf. BARAK, Aharon. *Proportionality*. New York: Cambridge, 2012, p. 344-345.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 346.

e resoluções mais aprofundadas. A estrutura complexa da ponderação reflete exatamente isso. No nível constitucional, a ponderação permite a contínua existência de colisões de direitos fundamentais e valores, intrínseca à democracia, bem como o reconhecimento de que estas são inerentes à dogmática dos direitos fundamentais e que de alguma forma precisam ser solucionadas.<sup>118</sup>

Ainda, a ponderação constitui técnica não formal de aplicação do direito, e contribui para mostrar que esse lado desprovido de formalidade do direito não é, de forma alguma, irracional. A formalidade do direito também tem sua finalidade, o que fica demonstrado a partir das leis escritas e do processo de raciocínio jurídico alcançado pela subsunção. Contudo, na tentativa de realizar o raciocínio jurídico com extremo rigor, é possível sucumbir na pretensão mais atrativa do lado formal do direito.<sup>119</sup>

### 1.3.5.2 Críticas

Apesar da importância e do espaço da ponderação no direito, muitas objeções são lançadas a ela. Desse modo, tendo em vista que a ponderação é o principal fundamento utilizado na construção da análise crítica das decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito do direito fundamental à educação, objetivo principal dessa investigação, essas críticas devem ser conhecidas. Ainda, aqui se quer demonstrar que as objeções dirigidas contra a ponderação podem ser suficientemente respondidas.<sup>120</sup>

Dentre essas objeções, argumenta-se que a ponderação é irracional e não pode ser controlada intersubjetivamente.

Dos grupos que se ocupam das objeções teórico-argumentativas acerca da ponderação, aqueles que se insurgem contra sua irracionalidade constituem o mais importante.

Autores como Habermas refutam a racionalidade da ponderação de forma bastante enfática. Segundo Habermas, a crítica central à ponderação seria a ausência de um critério racional para sua aplicação, o que demonstra que sua execução se dá de forma arbitrária ou

<sup>118</sup> Cf. BARAK, *Proportionality...*, p. 346.

<sup>119</sup> Cf. SCHAUER, Frederik. *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*. In: KLATT, Mathias (Ed). *Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University, 2012, p. 316.

<sup>120</sup> O tema das críticas que são dirigidas à ponderação é bastante extenso, não sendo aqui o lugar apropriado para esgotá-lo, uma vez que não interesse nisso, senão somente o de apresentar algumas delas e mostrar que elas podem ser superadas. A importância disso reside no fato de que ponderação é o principal argumento utilizado para o desenvolvimento do último capítulo dessa investigação, qual seja, a análise de casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do direito fundamental à educação, o que pressupõe o conhecimento completo da ponderação. Sobre as críticas ver, de forma mais aprofundada: LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada...* p. 469 ss; e TREVISAN, *Ponderação, argumentação e racionalidade...* p. 131 ss.

irrefletida, de acordo com padrões e ordens normalmente utilizados pelo direito.<sup>121</sup>

Ainda, sustenta-se que a ponderação não possui um ponto de referência jurídico que sirva de suporte à sua aplicação e que lhe alcance clareza conceitual, prevalecendo o modelo da solução justa do caso. Ao lado disso, outra crítica é lançada pela incomensurabilidade dos direitos e bens juridicamente protegidos pelo direito<sup>122</sup>.

A ausência do ponto de referência jurídico à aplicação do princípio da proporcionalidade estaria exatamente na inexistência de critérios de objetividade e racionalidade necessariamente utilizados pelo juiz na decisão de aplicação da ponderação. A ponderação, inclusive, poderia levar ao “ponto zero da dogmática jurídica” uma vez ensejaria a aplicação do direito a partir de uma fundamentação trazida basicamente à luz dos elementos concretos trazidos a partir da colisão dos direitos fundamentais em questão. Jestaedt, em face disso, argumenta que a ponderação não alcança ao aplicador do direito nada além de proposições abstratas sem a menor importância<sup>123</sup>.

No que tange à objeção de incomensurabilidade do conceito, essa atinge o cerne da ponderação, na medida em que diz respeito à alegação de que é impossível comparar aquilo que é insuscetível de comparação<sup>124</sup>. A ponderação seria, pois, um método de atribuição de graus de intensidade de satisfação e de intervenção em princípios, que apenas poderia ser realizada racionalmente quando os graus são referidos por um padrão comum. E não seria sequer possível estabelecer essas comparações entre princípios ou direitos. Não existe um sistema de metrificação ou padrão objetivo para estimar os graus de vantagens e desvantagens e ainda definir qual princípio vale mais em determinado caso concreto<sup>125</sup>.

Barak igualmente trabalha algumas críticas sobre a aplicação da proporcionalidade, mais especificamente da ponderação (*balancing*), nos conflitos de direitos fundamentais, dividindo-as, metodologicamente, em críticas internas e externas. As críticas internas dizem respeito à ausência de um denominador comum para realização de uma legítima ponderação, e da ausência de comensurabilidade nos lados opostos da ponderação. Assim, em razão desta

<sup>121</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 321.

<sup>122</sup> Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 161.

<sup>123</sup> Cf. JESTAEDT, Mattias. *La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades*. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *La ponderación en derecho*. Trad. Irmgard Kleine. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 101-102.

<sup>124</sup> Jestaedt e Pulido manifestam essa opinião. Cf. JESTAEDT, *La teoría de la ponderación...*, p. 98-99; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 178.

<sup>125</sup> Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 180.

incomensurabilidade, a ponderação seria irracional, meramente intuitiva<sup>126</sup>, subjetiva e improvisada.<sup>127</sup>

As críticas externas possuem várias formas, dentre as quais a alegação de que a ponderação exige excessiva discricionariedade por parte do juiz, o que prejudica a certeza e proteção dos direitos fundamentais. Ainda, que o papel da ponderação seria do legislador, havendo, no caso da ponderação realizada pelo julgador, violação à separação dos poderes e ao princípio democrático.<sup>128</sup>

Autores como Kumm, Dworkin e Habermas referem que a ponderação geraria o enfraquecimento dos direitos fundamentais, uma vez que perderiam a condição de *trumps*, na medida em que causariam o rompimento do muro de fogo que representam.<sup>129</sup> Dessa forma, sendo passíveis de ponderação e, assim, de restrição em face de outros direitos, restaria abalado o próprio significado de ser titular de direitos fundamentais.<sup>130</sup>

No entanto, essas críticas podem ser superadas.

Barak fala de uma “cultura de justificação” (*culture of justification*) que emerge exatamente da necessidade de fundamentação suficiente das decisões que operam com direitos fundamentais, e que nasce da própria ideia de democracia. Isso, porque democracia é baseada em direitos fundamentais, e não pode haver qualquer restrição a direito fundamental sem uma contínua justificação baseada no interesse público. Ou seja, a ponderação, desde que lastreada em uma decisão bem estruturada e clara, é um processo que oferece inúmeras vantagens, principalmente por oferecer transparência, na medida em que estabelece seus próprios passos a serem rigorosamente seguidos, visando à construção de um processo

---

<sup>126</sup> Segundo o intuicionismo, as proposições sobre o bom e o devido não são observáveis empiricamente, mas sim propriedades não naturais mas sim propriedades não naturais que não podem ser apreendidas pela observação empírica ou por um simples processo de análise de demonstração. Assim, o bom é indefinível e os deveres são impostos como uma coisa evidente em si. Então, juízos morais são intuitivos e autoevidentes. O intuicionismo sustenta que a condições de verdade consiste na posse de propriedades especificamente morais. Desse modo, a justificação das proposições normativas é alcançada por um sexto sentido ou uma capacidade intelectual apriorística, não havendo espaço para outros argumentos. Sobre isso, ver: MOORE, G. E. *Principia Ethica*. New York: Dover Publications, Inc., 2004, p. 144; e HARE, R. M. *The Language of Morals*. Oxford: Clarendon Press, 1952, p. 83 ss.

<sup>127</sup> Cf. BARAK, Aharon. *Proportionality*. In: ROSENFELD, Michel e SAJÓ, András (Edited by). *The Oxford Handbook of comparative law*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 750. Ao fazer referência às críticas internas da ponderação, Barak cita Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason (1997)*, and the symposium on law and incommensurability at (1998) 146 *University of Pennsylvania Law Review* 1168.

<sup>128</sup> Idem.

<sup>129</sup> Cf. HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade...*p. 321.

<sup>130</sup> Cf. KUMM, Matthias. *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 131. Ver também, nesse sentido DWORKIN, Ronald. *What Rights do we have?* In: DWORKIN, *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 266-278.



objetivo.

O próprio Alexy reconhece que a teoria dos princípios e a ponderação encontram-se ainda em evolução, o que se pode notar com trabalhos mais recentes como a lei epistêmica da ponderação, ou segunda lei da ponderação, e com a constatação da própria natureza dos princípios como mandamentos a serem otimizados e expressões de dever-ser ideal de otimização e, ainda, com a dogmática dos espaços.<sup>131</sup>

Barak afirma a existência de um denominador comum que viabiliza a construção de uma ponderação racional, o que consiste na importância social de se perceber quando a realização de um princípio pode ser justificada em detrimento de outro. A contextualização desta estrutura da ponderação, baseada na busca, sobretudo, de um benefício social de resultado, permite a criação de uma base racional comum para aquela.<sup>132</sup>

Barak admite, em um primeiro momento, que a ponderação permite ao julgador certa margem de discricção. Contudo, não há como provar que um sistema que opera com a proporcionalidade possui uma discricionarieidade mais ampla que aqueles que não a utilizam, já que esta é uma peculiaridade do próprio sistema jurídico e dos métodos tradicionais de julgamento.<sup>133</sup>

Duas questões devem ser colocadas em respeito à proteção dos direitos fundamentais. Primeiro, que não há qualquer razão *a priori* para afirmar que o juiz que utiliza a ponderação realizará um julgamento com menor proteção a direitos fundamentais do que aquele que julga a partir de outras alternativas. A ponderação possui uma estrutura que deve ser preenchida corretamente, permitindo, assim, em vários degraus a proteção necessária ao direito fundamental. Segundo, as objeções não oferecem qualquer prova de que a ponderação, como uma ferramenta prática na operação de direitos fundamentais, seria um instrumento que oferecesse menos proteção a estes direitos que em outros sistemas jurídicos padrões. E uma

---

<sup>131</sup> Cf. LUDWIG, Robert. A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy. **Direito Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: escritos em homenagem a Robert Alexy...** p. 205. Ainda sobre isso, ver: ALEXY, Robert. **A fórmula peso**. In: *Constitucionalismo Discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 71-92. Quanto aos princípios enquanto mandamentos a serem otimizados, ver: ALEXY, Robert. **A institucionalização da razão**. In: *Constitucionalismo Discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 19-40. A respeito do dever-ser ideal e real, ver: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Org. Trad. E Estudo introdutório: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 301-321. Ainda, a dogmática dos espaços foi objeto de profunda investigação por Klatt e Schmidt, sendo que sugeriram um refinamento da segunda lei da ponderação ao trabalharem a relação dos espaços e a fórmula peso. Cf. KLATT, Mathias e SCHMIDT, Johannes. **Espaços no direito público: para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015. Sobre a dogmática dos espaços ver, ainda, Capítulo I, item 1.3.5.6.

<sup>132</sup> Cf. BARAK, **Proportionality**... p. 750.

<sup>133</sup> Idem.

resposta precisa para isso somente seria viável a partir da análise profunda de todo e qualquer direito em todos os níveis teóricos e pragmáticos possíveis.<sup>134</sup>

Ainda, uma resposta substancial à alegação de que a ponderação operada pelo juiz é antidemocrática é que esta, ao contrário, promove a defesa da democracia e da divisão dos poderes, uma vez que protege a constituição e assegura que qualquer restrição a direitos fundamentais apenas se dará proporcionalmente<sup>135</sup>. Esta proteção, inclusive, é papel do Judiciário a partir do sistema de separação de poderes. O legislador também exerce uma ponderação entre direitos individuais e interesse público. Mas o juiz é responsável pela decisão final acerca da constitucionalidade desta ponderação no caso concreto, primeiramente dada pelo legislador. A missão do tribunal de dar a palavra final na ponderação assegura a proteção constitucional aos direitos fundamentais e garante a realização dos ideais da democracia. A estrutura institucional do tribunal, sua independência e sua atividade realizada sem qualquer pressão política torna a ponderação judicial mais próxima do que qualquer outra ponderação nos termos exigidos pela constituição.<sup>136</sup>

Por fim, quanto à crítica de suposta ausência de instrumentos por parte do tribunal para operar a ponderação, deve, da mesma forma, ser refutada, uma vez que o sistema, ao contrário, permite o total acesso aos fatos e propõe um caminho que permite a verificação do caso de uma maneira proporcional. O objetivo do tribunal não é de forma alguma substituir a ponderação já realizada pelo legislador, mas sim verificar a constitucionalidade desta ponderação, jamais exercendo o exame e decisão acerca de prioridades nacionais, mas sim examinando se a criação da lei se deu de forma proporcional. O tribunal, com isso, não está pretendendo proteger seu próprio poder e sua autoridade, mas sim proteger a democracia e a própria constituição. Mais ainda, se a constituição tivesse a pretensão de excluir do judiciário a atividade de implementação da proporcionalidade em geral e da ponderação em particular, isso deveria estar expresso em seu texto.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> Cf. BARAK, *Proportionality*... p. 751.

<sup>135</sup> Heck, em análise aos princípios constitucionais na jurisdição constitucional federal alemã, notadamente examinando a vinculação da proporcionalidade com os direitos fundamentais, refere que o Tribunal Constitucional Alemão entende o preceito da proporcionalidade como resultante da própria essência dos direitos fundamentais, constituindo critério de controle de intervenções estatais. Cf. HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 176-177.

<sup>136</sup> Cf. BARAK, *Proportionality*... p. 751.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 751. Importante também aqui citar as críticas diversas de Julian Rivers e Jan Sieckmann (além de outros) lançadas à proporcionalidade e à ponderação, o que inclusive foi objeto de resposta por parte de Alexy em artigo próprio. Cf. RIVERS, Julian. *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 167-188. Cf.

Esses argumentos deixam saber que o verdadeiro problema não está na ponderação em si, mas sim na forma como ela é aplicada para decidir nos casos em que há uma colisão de princípios fundamentais. As objeções de irracionalidade da ponderação podem ser superadas, mais ainda, na medida em que for conhecida de forma profunda sua estrutura e respeitadas suas regras e suas razões.<sup>138</sup>

### 1.3.5.3 Estrutura

Uma ponderação racional é possível, desde que a atividade de interpretação e aplicação do direito pela sua utilização siga o procedimento da ponderação. Esse procedimento possui regras e passos que devem ser rigorosamente observados. Somente assim uma decisão judicial fundamentada na ponderação alcançará racionalidade, ou seja, todos os passos definidos a partir de sua estruturação devem ser seguidos e explicitados, de modo a garantir o fiel cumprimento das regras da estrutura e das regras das razões da ponderação.<sup>139</sup>

A tensão que se coloca entre dois princípios, quando colidem, podendo ser eles um direito fundamental, como o direito à educação, e um princípio financeiro ou um dever de garantia do estado em relação à realização do direito, por exemplo, não pode ser resolvida por uma primazia absoluta, pois nenhum princípio goza “absolutamente da primazia”. O conflito jurídico estabelecido, pelo contrário, deve ser resolvido pela ponderação dos interesses antagônicos. Na ponderação, vai se verificar quais os interesses que, abstratamente com mesma hierarquia, tem peso maior no caso concreto. Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão dos princípios em questão.<sup>140</sup>

A solução de uma colisão de princípios consiste na fixação de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, conforme as circunstâncias do caso dado. A fixação dessa relação de primazia será feita a partir da verificação, no caso concreto, das condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras condições, é possível que a

---

ALEXY, Robert. *Thirteen Replies*. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 333-366. Cf. SIECKMANN, Jan. *Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy*. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 189-205.

<sup>138</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio. **Regras da ponderação racional**. In: *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Org., trad. e rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergi Antonio Fabris Ed., 2015, p. 152.

<sup>139</sup> Idem.

<sup>140</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 50-52.

questão de precedência seja resolvida de forma contrária.<sup>141</sup>

O conceito de relação de primazia condicionada é de importância fundamental para que se possa compreender a colisão de princípios e, assim, a ponderação e a teoria dos princípios.<sup>142</sup>

A ponderação operada pelo tribunal constitucional vai consistir exatamente na alusão às condições de precedência e na fundamentação da tese que concluiu, sob tais condições, por afirmar a precedência de um determinado princípio sobre o outro.<sup>143</sup>

Mais além, a partir da compreensão do modelo de fundamentação, contraposto por Alexy ao modelo de decisão, uma ponderação é racional quando ela conduz a uma proposição de preferência fundamentada racionalmente.<sup>144</sup>

O resultado obtido por esse modelo de fundamentação é uma proposição de preferência condicionada para a qual, conforme a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Esse modelo de ponderação de Alexy corresponde ao princípio da concordância prática de Hesse.<sup>145</sup> Ainda, o modelo de ponderação como um todo estabelece um critério ao unir a lei da ponderação com a argumentação jurídica, sendo que a lei da ponderação conduz a um resultado fundamentado racionalmente.<sup>146</sup>

Quanto à estrutura da ponderação, tem-se que esta decorre de exigência do próprio princípio da proporcionalidade e de sua ideia de otimização. Dessa forma, ao que se refere às circunstâncias fáticas, definidas pelos subprincípios da idoneidade e da necessidade, a ponderação segue a otimalidade de Pareto, que busca excluir todas as intervenções em direitos fundamentais evitáveis sem custo para outros princípios.<sup>147</sup>

Antes de prosseguir no exame da ponderação, necessário situá-la no contexto do princípio da proporcionalidade.

A ponderação está no subprincípio da proporcionalidade, ao lado dos subprincípios da idoneidade e da necessidade. Os três subprincípios expressam uma ideia de otimização, e eles não são ponderados frente a algo, mas sim satisfeitos ou não segundo as circunstâncias do caso dado. E a consequência da não satisfação de uma delas é a ilegalidade. Desse modo, os

<sup>141</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 52.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 52 ss.

<sup>143</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 52 ss..

<sup>144</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>145</sup> Cf. HECK, *A ponderação no Código de Processo Civil...*p. 122.

<sup>146</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 107-108. Ainda sobre isso, ver: HECK, *A ponderação no Código de Processo Civil...*p. 123.

<sup>147</sup> Cf. ALEXY, *Teoria discursiva do direito...* p. 153.

subprincípios podem ser classificados como regras.<sup>148</sup>

Os subprincípios da idoneidade e da necessidade cuidam das possibilidades fáticas, enquanto o princípio da proporcionalidade, que é o campo da ponderação, se refere às possibilidades jurídicas, que são os princípios ou normas de direitos fundamentais que estão integram a colisão.<sup>149</sup>

O subprincípio da idoneidade verifica se a medida interventiva em um direito fundamental promove efetivamente o fim de realizar o outro direito fundamental ou bem coletivo protegido constitucionalmente. Após, o segundo subprincípio, da necessidade, determina que, se duas medidas idôneas podem promover a realização de um direito fundamental, deve ser escolhida aquela que intervém de modo menos intenso no outro direito fundamental.<sup>150</sup> Assim, a escolha da medida menos prejudicial ao outro princípio pode ser mais facilmente justificada.<sup>151</sup>

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é o lugar da ponderação. E o ponto de partida é a primeira lei da ponderação, que estabelece que quanto maior o grau de intensidade de intervenção em um princípio, maior deve ser o grau de importância de realização do outro princípio. Essa regra estabelece de que forma o juiz deve se utilizar da ponderação diante de uma colisão de princípios.<sup>152</sup>

Neste ponto deve ser estabelecida a exigência de atribuição de graus de intensidade em um princípio e de importância do outro princípio colidente. A definição desses graus da mesma forma coloca a exigência de escalas mais ou menos refinadas de intervenção e importância, o que deve ser realizado a partir dos passos da ponderação.<sup>153</sup>

Dessa forma, a ponderação será estruturada em três passos que deverão investigar sobre os graus de intensidade de intervenção em um princípio e os graus de importância de realização de outro princípio<sup>154</sup>. Em cada passo dessa investigação, os graus devem ser escalados em três níveis. Quando possível um refinamento de cada grau em três níveis, os graus podem ser escalados em nove níveis.<sup>155</sup>

Os dois primeiros passos da estrutura da ponderação se referem à atribuição do grau de intensidade de intervenção em um princípio e do grau de importância de realização de

<sup>148</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 66-69.

<sup>149</sup> Cf. ALEXY, *A fórmula peso...* p. 132.

<sup>150</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional rights...* p. 67.

<sup>151</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...* p. 244.

<sup>152</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, *Regras da ponderação racional...* p. 153.

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> Cf. ALEXY, *A fórmula peso...*, p. 133.

<sup>155</sup> Idem.

outro princípio. Assim, deve ser verificado o grau de intensidade da intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio. O terceiro e último passo da estrutura da ponderação é reservado para relacionar esses graus. Nesse momento, deverá ser comprovado se a importância da realização de um princípio justifica a intensidade da intervenção em outro princípio<sup>156</sup>.

As seguintes regras da estrutura da ponderação poderão então ser assim formuladas: a primeira regra diz que o grau de intensidade de intervenção em um princípio deve ser atribuído e justificado; a segunda, diz que o grau de importância de realização em um princípio deve ser atribuído e justificado; e a terceira, diz que o grau de intervenção em um princípio deve ser justificado pelo grau de importância de realização de outro princípio.<sup>157</sup>

Dessa forma, essas regras, com exceção da terceira, estarão definindo diretamente a ação da ponderação, estabelecendo de forma rigorosa a forma que ela deve ser realizada pelo juiz.

O juiz, então, deverá demonstrar de que forma irá atribuir o grau de intensidade da realização em um princípio e o grau de importância de realização do outro princípio para que sua decisão seja justificada racionalmente.<sup>158</sup>

A terceira regra diz respeito ao núcleo da ponderação, na medida em que estabelece qual deve ser o resultado da aplicação dos graus atribuídos nos passos anteriores. Desse modo, a fim de viabilizar a existência de decisões racionais baseadas na intensidade de intervenção e graus de importância dos princípios em colisão, Alexy cria uma escala com os graus leve, médio e grave para melhor definir a intensidade da intervenção em um princípio e, da mesma forma, com os graus leve, médio e grave para aferir a importância de realização ou satisfação do outro princípio.<sup>159</sup>

Portanto, a ponderação proposta por Alexy apresenta uma estrutura apresentada em três graus, sendo possível atribuições de graus de intensidade de intervenção e de importância de realização, o que conduz a um resultado mais preciso e de maior racionalidade.<sup>160</sup>

O modelo triádico simples apresentado define os graus em leve, médio e grave. O grau leve ainda pode ser definido como mínimo ou o fraco, assim como o grau grave pode ser em alto ou forte. Já em um modelo triádico duplo, os graus leve, médio e grave são, um a um, definidos em leve, médio e grave. Dessa forma, o grau leve pode ser graduado em leve, médio

---

<sup>156</sup> Cf. ALEXY, **A fórmula peso...** p. 133.

<sup>157</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Regras da ponderação racional...** p. 153

<sup>158</sup> Cf. ALEXY, **A fórmula peso...** p. 132.

<sup>159</sup> Ibidem, p. 133.

<sup>160</sup> Cf. ALEXY, **A fórmula peso...** p. 133.

e grave, o grau médio pode ser graduado em leve, médio e grave e o grau grave pode ser escalado em leve, médio e grave. Assim, o modelo é constituído de nove graus, quais sejam, leve, leve; leve, médio; leve, grave; médio, leve; médio, médio; médio, grave; grave, leve; grave, médio e grave, grave<sup>161</sup>. Os graus de intensidade de intervenção e os graus de importância de realização podem ser classificados como leve, médio e grave. Terminologicamente, fala-se em grau de intensidade de intervenção, de prejuízo ou de não cumprimento de um princípio<sup>162</sup>.

Com relação então aos passos que são determinados na estrutura da ponderação, o primeiro deles diz com a verificação e atribuição da intensidade da intervenção em um princípio, ou seja, aqui será investigada uma grandeza concreta, de acordo com as circunstâncias do caso que sejam importantes para a obtenção do resultado correto. Assim, nesse momento será determinada a intensidade da intervenção concreta em um princípio, que será realizada em grau leve, médio ou grave, sendo possível ainda a utilização de uma escala mais sofisticada, o modelo triádico duplo<sup>163</sup>.

A regra que concerne ao dever de atribuição e justificação do grau de intensidade de intervenção em um princípio, determina que as circunstâncias do caso concreto sejam consideradas nas razões apresentadas para justificar o grau de intensidade de intervenção atribuído. Essas razões serão válidas na medida em que possam ser sustentadas por meio de premissas empíricas confiáveis e seguras.<sup>164</sup>

Ainda, é possível a formulação da regra, a qual estabelece que, quanto mais grave a intensidade da intervenção em um princípio, maior deve ser a segurança das premissas apoiadoras justificadoras dessa gravidade. E isso decorre da segunda lei da ponderação, segundo a qual quanto mais grave a intensidade de uma intervenção em um princípio, maior deve ser a segurança das premissas apoiadoras dessa intervenção<sup>165</sup>. Todavia, dessa regra não resulta necessariamente que premissas apoiadoras inseguras sejam suficientes à indicação e justificação de uma intervenção leve. Do contrário, a regra estabelece que devem ser apresentadas as mais seguras premissas apoiadoras possíveis. Dessa forma aumenta-se a carga da argumentação no que diz respeito às premissas fáticas.<sup>166</sup>

Pode-se ainda formular a regra segundo a qual pode ser aferido o grau de intensidade

<sup>161</sup> Cf. ALEXY, **A fórmula peso...** p. 147.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>163</sup> Cf. ALEXY, **A fórmula peso...** p. 139.

<sup>164</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...** p. 268-269.

<sup>165</sup> Cf. ALEXY, **A fórmula peso...** p. 139.

<sup>166</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...** p. 269.

da intervenção de uma medida em um princípio comparativamente com o grau de intensidade de intervenção de uma ou de outras medidas em outro princípio da mesma forma possíveis. E ainda, pode ser formulada outra regra para a verificação de que, quanto mais intensamente é afetada a fundamentalidade de um princípio, maior deve ser o grau de intensidade da intervenção<sup>167</sup>.

Seguindo os passos estruturais da ponderação, o segundo passo é dado com a atribuição e justificação da importância da realização de um princípio. Aqui a intenção é a de se determinar o grau de importância de realização ou cumprimento do outro princípio colidente no caso concreto. Então, o grau de importância de realização de um princípio deve ser tido exclusivamente como uma grandeza concreta. O problema adjacente disso é a forma como será definida a importância concreta da realização ou cumprimento de um princípio ou direito protegido pela constituição<sup>168</sup>.

Na medida em que aqui se está diante de princípios em colisão, a determinação dependerá dos efeitos da omissão ou da não efetivação da medida interveniente em um princípio com relação ao cumprimento daquele princípio colidente.

Assim, para aferir-se a importância da realização ou cumprimento de um princípio deverão ser perquiridas as repercussões que a omissão da intervenção no princípio colidente teria para aquele<sup>169</sup>. Em face disso, Alexy propõe que a importância concreta de um princípio deve ser calculada de acordo com a intensidade com que a não intervenção em outro princípio pode intervir naquele princípio. Para isso, pode ser formulada a regra que estabelece que a importância concreta de um princípio deve ser atribuída e justificada pela intensidade com que a não intervenção em outro princípio intervém naquele princípio.<sup>170</sup>

Em uma escala de graus de importância de realização de princípios estes podem ser considerados leve, médio e grave. Pode ainda haver um refinamento nesta escala a partir da escala triádica dupla. Em sendo a importância da realização de um princípio uma grandeza concreta, que depende das circunstâncias da situação concreta em exame, essas circunstâncias são decisivas como razões para atribuição e justificação do respectivo grau de importância de realização. Desse modo, a regra que diz respeito ao dever de atribuição e justificação do grau de importância de realização de um princípio, determina que as circunstâncias da situação concreta sejam consideradas nas razões apresentadas para justificar o grau de importância de

<sup>167</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...** p. 269.

<sup>168</sup> Cf. ALEXY, **A fórmula peso...** p. 140.

<sup>169</sup> Cf. ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, Dec., 2003, p. 441.

<sup>170</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Regras da ponderação racional...** p. 157.



realização estabelecido. E essas razões devem ser possivelmente sustentadas por premissas apoiadoras seguras. Disso pode ser formulada regra que determina que, quanto maior a importância de realização de um princípio, maior deve ser a segurança das premissas apoiadoras de tal importância.<sup>171</sup>

Essa regra é, da mesma forma, obtida a partir da segunda lei da ponderação. E ela estabelece que devem ser apresentadas as premissas apoiadoras mais seguras possíveis.<sup>172</sup>

Ainda seguindo a estrutura a ser seguida na ponderação, é no terceiro passo que os graus atribuídos em cada um dos passos anteriores serão colocados em relação um com outro. Definido então o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio, estes serão relacionados de forma a viabilizar o alcance da resposta para a seguinte indagação: se a importância da realização de um princípio justifica a intensidade de intervenção em outro princípio. Dessa forma, Alexy formula a seguinte regra da ponderação: determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio, eles devem ser postos em uma relação de prevalência<sup>173</sup>.

O resultado obtido pelo cumprimento dessa regra será a resposta relativa a se o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio podem ser comparados. Uma vez possível essa comparação, pode-se refutar a objeção da incomensurabilidade da ponderação. Alexy vai mais adiante ao afirmar que não se trata de comparabilidade imediata de alguns objetos, mas da comparabilidade de seu significado para a constituição.<sup>174</sup>

A partir desse raciocínio podem ser estabelecidos dois elementos que justificam a comensurabilidade da ponderação, sendo o primeiro baseado em um ponto de vista uniforme, dado pelo “ponto de vista da constituição”. Aqui pode ser aferido o que é “correto por causa da constituição”<sup>175</sup>. Portanto, na medida em que um discurso racional sobre o que é válido para a constituição é possível, então um ponto de vista uniforme é, da mesma forma, possível. Neste ponto se verifica a ideia regulativa do que seja correto em razão da constituição. Uma vez negado isso, também pode ser negada a possibilidade de um discurso racional sobre avaliações no quadro interpretativo constitucional<sup>176</sup>.

<sup>171</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Regras da ponderação racional...** p. 158.

<sup>172</sup> Cf. ALEXY, **A fórmula peso...** p. 141.

<sup>173</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...**, p. 273.

<sup>174</sup> Cf. ALEXY, **A fórmula peso...** p. 142.

<sup>175</sup> Idem.

<sup>176</sup> Cf. ALEXY, **On balancing and Subsumption...** p. 442.

O segundo elemento que fundamenta a comensurabilidade é a criação das escalas triádica simples e dupla, que possibilitam a definição em graus para a avaliação da realização e intervenção dos princípios colidentes. E a definição das perdas e ganhos dos princípios em graus mais ou menos refinados, a partir de um ponto de vista uniforme da constituição, constitui elemento formador da comensurabilidade<sup>177</sup>.

O terceiro passo da ponderação, portanto, será obtido a partir de três configurações. Na primeira configuração a intervenção em um princípio é mais intensa do que aquela realizada no segundo princípio. Da mesma forma existem três configurações, nas quais a intervenção neste outro princípio é mais intensa do que aquela que se dá no primeiro princípio. E ainda, existem três configurações em que ocorrerá empate. Aqui a ponderação não obterá qualquer resultado.<sup>178</sup>

É neste ponto que se verifica a existência de um espaço de ponderação estrutural para delimitação das competências da jurisdição constitucional, do legislador e dos tribunais ordinários<sup>179</sup>.

Em última análise, a lei da ponderação constitui uma estrutura com três níveis. No primeiro será aferido o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio. No segundo, será identificada a importância do cumprimento do princípio oposto. E por fim, no terceiro nível, será verificado se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento ou intervenção no outro princípio. Uma vez não sendo possível a formulação de juízos racionais acerca da intensidade da intervenção, do grau de importância da razão que justifica a intervenção, e, por fim, da relação de uma com a outra, não seria possível a superação das objeções lançadas à ponderação.<sup>180</sup>

O que se mostrou até aqui é que existem casos em que, racionalmente, por meio de uma ponderação de princípios colidentes, pode-se obter um resultado. Com isso, resta demonstrada a tese de que o ponderar, em razão da falta de critérios racionais, tudo admite em todos os casos. Contudo, a estrutura da ponderação se mostra realmente completa quando vai mais além.<sup>181</sup> O resultado de uma ponderação mais além é a fórmula peso.<sup>182</sup>

<sup>177</sup> Cf. ALEXY, *On balancing and Subsumption*... p. 442.

<sup>178</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, *Regras da ponderação racional*... p. 158.

<sup>179</sup> Cf. ALEXY, *On balancing and subsumption*... p. 443.

<sup>180</sup> Cf. ALEXY, *Teoria discursiva do direito*... p. 154.

<sup>181</sup> Cf. ALEXY, *A fórmula peso*... p. 137.

<sup>182</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Um conceito não-positivista de direitos fundamentais**. In: HECK, Luís Afonso (trad., org., rev.) *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 13.

#### 1.3.5.4 Fórmula peso

Mesmo constituindo, a ponderação, uma das duas operações fundamentais da aplicação do direito, ao lado da subsunção, muitas questões sobre ela ainda estão em aberto. E elas estão centradas, basicamente, em três problemas: o da estrutura, o da racionalidade e o da legitimidade. Esses problemas, de certa forma, encontram-se conectados. A legitimidade da ponderação no direito depende de sua racionalidade. Quanto mais racional é a ponderação, mais legítima se torna a atividade de ponderar. Contudo, no que diz respeito à racionalidade da ponderação, é a sua estrutura que decide. Se o seu exame mostra que ponderar é nada mais do que um decidir arbitrário, então a sua racionalidade é colocada em dúvida, e assim, de forma simultânea, sua legitimidade na aplicação do direito, especialmente na jurisprudência constitucional. Em face disso, o problema da estrutura da ponderação forma o núcleo do problema da ponderação no direito.<sup>183</sup>

A lei da ponderação constitui a essência da ponderação e possui grande importância na prática do direito constitucional. Em face disso, Alexy foi mais além e construiu a chamada fórmula peso, que vem alcançar à estrutura da ponderação uma análise ainda mais precisa e completa.<sup>184</sup> Ela pode ser representada pelo esquema a seguir:

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

A primeira grandeza “ $G_i$ ” representa o peso concreto do princípio  $P_i$  em relação ao princípio oposto  $P_j$ . A fórmula define esse peso concreto como o cociente de três fatores de cada lado da ponderação.  $I_i$  representa a intensidade da intervenção em  $P_i$ , e  $P_j$  representa a importância do cumprimento do princípio oposto.  $I_j$  diz respeito à intensidade da intervenção em  $P_j$  por não intervenção em  $P_i$ .  $G_i$  e  $G_j$  são os pesos abstratos dos princípios em colisão. Uma vez iguais os pesos de  $G_i$  e  $G_j$ , o que geralmente ocorre na colisão de direitos fundamentais, podem  $G_i$  e  $G_j$  ser reduzidos.  $S_i$  e  $S_j$  referem-se à segurança das suposições empíricas e normativas no que tange à intensidade da intervenção em  $P_i$  e à intensidade de intervenção em  $P_j$  caso a intervenção em  $P_i$  não fosse realizada. Isso diz respeito, porém, a uma grandeza epistêmica, ou seja, relacionada ao conhecimento. Ainda, a

<sup>183</sup> Cf. ALEXY, **A fórmula peso...** p. 131.

<sup>184</sup> Idem e ALEXY, **Um conceito não-positivista de direitos fundamentais...** p. 13. Ver, ainda: HECK, **A ponderação no Código de Processo Civil...** p. 124. Ver sobre isso, também: ALEXY, Robert. **A fórmula peso...** p. 144 ss.

segurança das suposições normativas pode igualmente ser relacionada com a classificação dos pesos abstratos, ou seja, com  $G_i$  e  $G_j$ .<sup>185</sup>

A fórmula peso ganha ainda maior conveniência em sua representação por números. Isso permite a graduação ou escalação das grandezas. Alexy propôs uma escala discreta, portanto não contínua, que trabalha com consequências geométricas. Essa escala atribui à intensidade de intervenção e aos pesos abstratos os graus “leve”, “médio” e “grave”, por sua vez representado pelos valores  $2^0$ ,  $2^1$  e  $2^2$ , portanto, por 1, 2 e 4. No que tange ao lado epistêmico,  $S_i$  e  $S_j$  podem ser utilizados os graus “certo”, “plausível” e “não evidentemente falso”, devendo ser a isso atribuídos os valores  $2^0$ ,  $2^{-1}$  e  $2^{-2}$ , e assim,  $1^{1/2}$  e  $1/4$ .<sup>185</sup> Essas tríades deixam compreender-se a maioria das decisões dadas no âmbito constitucional. Ainda, se necessário, a escala pode ser mais refinada, podendo ser ampliadas para escalas triádica duplas.<sup>186</sup>

A fórmula peso mostra que a ponderação não é um procedimento abstrato e geral. Não se trata de uma questão tudo-ou-nada, mas sim de uma questão de princípios que, uma vez em choque, devem ser ponderados a fim de que bens jurídicos protegidos pela constituição não sejam realizados uns às custas de outros. Desse modo, o modelo de ponderação oferece critérios quando vincula seu procedimento com a teoria da argumentação jurídica. A atribuição de números às grandezas somente faz sentido se acompanhada da interpretação e justificação da escolha das premissas e de seus graus.<sup>187</sup>

Jestaedt apresentou objeção à fórmula peso no sentido de que ela promete uma medida em exatidão na aplicação e na segurança dessa que não pode ser cumprida. A exatidão prometida seria, segundo o autor, uma mera exatidão fictícia ou uma quimera metodológica.<sup>188</sup> Ainda, Alexy refere que outros autores, como Somek e Tsakyrakis igualmente rejeitam a fórmula peso, em face de não passar de uma formalização, analiticamente cuidadosa, do intuicionismo moral, e um mito da precisão matemática, o que não é possível quando se trata de argumentação judicial. Ou seja, as objeções cingem-se na afirmação de que a fórmula peso promove pretensões que ela não pode cumprir.<sup>189</sup>

A resposta de Alexy a essas objeções estão centradas, em síntese, no fato de que, se direitos fundamentais estão unidos necessariamente com a moral por constituírem direitos do

<sup>185</sup> Cf. ALEXY, *A fórmula peso...* p. 151-152 e ALEXY, *Um conceito não-positivista de direitos fundamentais...* p. 13-14.

<sup>186</sup> Cf. ALEXY, *Um conceito não-positivista de direitos fundamentais...* p. 13-14.

<sup>187</sup> Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...* p. 365-366.

<sup>188</sup> Cf. JESTAEDT, Matthias. *The doctrine of balancing – strenghts and weaknesses*. In. KLATT, Matthias. *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 155 ss.

<sup>189</sup> Cf. ALEXY, *Um conceito não-positivista de direitos fundamentais...* p. 14.

homem, então essa união também na ponderação possui um significado. Esse significado está em que a fórmula peso é uma forma de argumentação jurídico-fundamental e, assim, genericamente, de argumentação jurídica; e ainda, em que a argumentação jurídica apresenta um caso especial da argumentação prática geral e, assim, igualmente da moral.<sup>190</sup>

Assim, com a observância das regras da ponderação e da necessidade de apresentação clara das premissas, e ainda da questão dos espaços epistêmicos, passa a ser possível a justificação racional de decisões que aplicam a ponderação como forma de solução de casos no âmbito dos direitos fundamentais. O que segue examina a questão da ponderação na regra, o que igualmente aqui deve ser colocado para a compreensão da ponderação de forma completa.

#### 1.3.5.5 Ponderação na regra

Duas construções de ponderação são possíveis no direito. A primeira é uma ponderação abertamente construída, situada no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais. Uma construção aberta significa que, na análise de violação de um direito fundamental, por exemplo, em um recurso de natureza constitucional, é colocado que um direito fundamental protege determinada atuação de liberdade, pela sua estrutura de princípio, mas o exercício desse direito pode ser restringido em face de uma lei, se essa for idônea, necessária e proporcional. Dessa forma, se a lei é proporcional, devem ser ponderados de forma recíproca o significado da restrição ao direito fundamental e a importância do objetivo da lei.<sup>191</sup>

A segunda construção da ponderação pode ser dar no âmbito da aplicação de normas com caráter de regras. E aqui deve ser entendido que essas normas são aplicadas a partir de uma estrutura lógico-dedutiva de fundamentação, complementada por uma concepção da fundamentação das premissas postas no quadro dedutivo. Diferentemente da primeira forma de construção da ponderação, nesta a ponderação ocorre no plano da subsunção, que é bem diferente do plano da ponderação abertamente construída. Assim, no segundo caso, o campo de aplicação da norma em si é fixado estruturalmente e a ponderação vai ocorrer somente com base nos elementos do tipo da norma a ser aplicada. Aqui, portanto, não se trata de ponderação aplicada na colisão de princípios. Ponderações, no âmbito da regra, podem ser realizadas no quadro da interpretação dos elementos do tipo. Contudo, em ambos os casos da

---

<sup>190</sup> Cf. ALEXY, **Um conceito não-positivista de direitos fundamentais...**, p. 19-20.

<sup>191</sup> Cf. HECK, **A ponderação no Código de Processo Civil...** p. 134.

trata-se da ponderação propriamente dita.<sup>192</sup>

Alexy, da mesma forma, reconhece a possibilidade de haver ponderação na regra. Isso em razão de que o esquema da subsunção carece da saturação por argumentos substanciais. E dentre os demais argumentos que podem ser utilizados para essa saturação está a ponderação, como também a comparação de casos. Isso se dá na primeira das três propriedades da fórmula da subsunção, qual seja, a propriedade formal.<sup>193</sup>

#### 1.3.5.6 A dogmática dos espaços

A ponderação de princípios é, na dogmática dos direitos fundamentais, necessária. As inseguranças na valoração da ponderação de princípios, a abertura na argumentação jurídica, e até mesmo a própria limitação quanto à eficácia na interpretação das normas constitucionais justificam a existência de espaços no quadro da ponderação de princípios. Assim, para a completa compreensão da ponderação, a questão dos espaços deve ser conhecida.

Dentro deste contexto, é importante observar a tarefa do tribunal constitucional de preservar o conteúdo e a autoridade da constituição, observados o princípio democrático e as prerrogativas de cada função estatal, sendo possível o reconhecimento de normas de direito fundamental associadas, e que não estão expressas diretamente no texto constitucional, desde que observados os limites espaciais. Dessa forma, fica evidenciada a irrefutável relevância da observância e respeito à questão dos espaços estruturais na ponderação, para justificação racional da norma associada.<sup>194</sup>

Klatt, em desenvolvimento ao tema da ponderação e da teoria dos princípios, trata da questão dos espaços epistêmicos<sup>195</sup> no direito constitucional, afirmando que estes podem se originar de duas causas: das premissas empíricas ou normativas inseguras. Fala-se, então, de um espaço de conhecimento empírico e um espaço de conhecimento normativo, respectivamente.<sup>196</sup>

Klatt tratou de questões centrais da dogmática dos espaços, como a que examina de

<sup>192</sup> Cf. HECK, *A ponderação no Código de Processo Civil...* p. 135.

<sup>193</sup> Idem.

<sup>194</sup> Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada...* p. 540.

<sup>195</sup> Sobre os espaços epistêmicos, ver: KLATT, Matthias; JOHANES, Schmidt. **Espaços no direito público: Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios.** Trad. e rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 26. Ainda sobre o tema ver: ALEXY, Robert. **Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada...** p. 78 e ss.

<sup>196</sup> Cf. KLATT; JOHANES, **Espaços no direito público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios...** p. 26.

que forma estão unidas a gravidade de intervenções em direitos fundamentais e a medida de segurança no conhecimento, e qual significado cabe a inseguranças no conhecimento em garantias jurídico-fundamentais positivas. Ainda, como os espaços de conhecimento empírico podem ser construídos como categoria separada e quais exigências resultam para a ponderação quando o saber jurídico é inseguro.<sup>197</sup>

Três resultados essenciais são obtidos. Primeiro, que as inseguranças empíricas podem levar a espaços de conhecimento empíricos; segundo que a segunda lei da ponderação pode ser aplicada em garantias jurídico-fundamentais positivas; e por fim, que a segunda lei da ponderação deve ser aplicada estritamente na dependência de perspectivas.<sup>198</sup>

As inseguranças empíricas terminam por influenciar duplamente o procedimento da ponderação. Primeiramente a insegurança se dá pela presença de dois princípios colidentes, e isso será levado em consideração na fórmula peso. As inseguranças aqui são determinantes para decisão. Isso é imaginável em intervenções mais e menos intensivas. Dadas as inseguranças empíricas várias medidas imagináveis aqui são possíveis. Esta situação ocorre na denominada “segunda situação de insegurança”<sup>199</sup>. Neste caso fica evidenciada a partir das próprias inseguranças empíricas a intensidade de intervenção em um dos princípios. Por essa razão se justifica a necessidade de se ponderar entre várias intensidades de intervenção que são consideradas com o grau equivalente em insegurança empírica. O produto da intensidade de intervenção e segurança empírica constitui a “força de ataque”. É a força de ataque da primeira medida maior que a força de ataque da segunda, então coercitivamente essa medida de ataque que resulta da primeira a ser colocada na ponderação de acordo com a fórmula peso. A escolha será livre, enfim, quando a força de ataque de duas ou mais medidas possíveis puderem ser consideradas igualmente fortes.<sup>200</sup>

Ainda, a segunda lei da ponderação é igualmente aplicável quando em colisão princípios que constituem garantias positivas, como o que ocorre nos direitos sociais, que denotam uma prestação positiva pelo poder público. Aqui, fala-se em um prejuízo advindo da não prestação, o que vem a substituir a intervenção em direito fundamental quando se está diante de uma garantia negativa.<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup>Cf. KLATT; JOHANES, **Espaços no direito público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios...** p., p. 22 ss.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>199</sup> Aqui a segunda situação de insegurança é a insegurança sobre a intensidade da intervenção a um dos princípios em colisão. Ibidem, p. 44 e 70.

<sup>200</sup> Cf. KLATT; JOHANES, **Espaços no direito público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios...**p. 50-51.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 70.

Em todos os casos o importante é eliminar faltas de clareza, o que pode ser alcançado a partir de uma nova formulação da segunda lei da ponderação, que estabelece a sua dependência de perspectiva. Assim, “quanto mais gravemente pesa a intervenção em um princípio, tanto mais seguras têm de ser aquelas premissas que apoiam a classificação da intensidade da intervenção.”<sup>202</sup> Então, quando da colisão de dois princípios opostos, a segunda lei da ponderação deve ser aplicada duas vezes, para cada um deles.<sup>203</sup>

Por outro lado, inseguranças empíricas podem dizer respeito também a premissas normativas. Inseguranças normativas podem surgir quando a escala de classificação para a intensidade de intervenção em um princípio ou o peso abstrato de um princípio possuem mais de um valor. Aqui se trata de saber quais valores para o peso abstrato e a intensidade da intervenção serão estabelecidos normativamente na fórmula peso.

Desse modo, a segunda lei da ponderação pode também aqui ser aplicada uma vez que as inseguranças normativas podem ser avaliadas de acordo com sua segurança epistêmica. Klatt propõe aqui que na fórmula peso deveria diferenciar-se as variáveis para a insegurança de premissas empíricas e de premissas normativas.<sup>204</sup>

Assim, espaços de conhecimento normativos são reflexos de insegurança nos valores postos na fórmula peso. Para evitá-los, também nesse caso, como quando da existência de inseguranças empíricas, deve ser feita em um primeiro momento uma ponderação de classificação. Um espaço epistêmico-normativo poderia resultar somente em caso de um empate de classificação.<sup>205</sup>

O estudo dos espaços revela o papel decisivo da aplicação da lei da ponderação tanto nas premissas empíricas como normativas, na medida em que busca esclarecer de forma mais rigorosa a conexão entre intensidade de intervenção e segurança epistêmica.

O que se demonstrou até aqui é que existe uma clara conexão entre espaços e ponderação. Os três espaços distintos podem ser identificados de forma inequívoca. O surgimento de um espaço estrutural surge quando o resultado da fórmula peso leva a um empate. Nas inseguranças normativas ou empíricas na classificação dos valores na fórmula peso podem, no caso de um empate de classificação na ponderação da classificação, ensejar

---

<sup>202</sup> Cf. KLATT; JOHANES, **Espaços no direito público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios...**p. 69.

<sup>203</sup> Klatt esclarece a partir de dois casos concretos que tinham como objeto diretos a prestações a dependência de perspectivas. Os casos não serão aqui tratados por falta de espaço. Ibidem, p. 60-67.

<sup>204</sup> Cf. KLATT; JOHANES, **Espaços no direito público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios...**p. 89-90.

<sup>205</sup> Ibidem, p. 90.



espaços epistêmico-empíricos ou epistêmico-normativos.<sup>206</sup>

A importância disso, portanto, está no fato de que a dogmática dos espaços é central para a legitimidade da jurisdição na ponderação de direitos fundamentais. Isso porque ela fundamenta a conciliação entre direitos fundamentais e democracia ao estabelecer uma constitucionalização adequada, entre uma sobreconstitucionalização e uma subconstitucionalização. A partir da dogmática dos espaços, os princípios formais e, assim, a dimensão formal dos direitos fundamentais exercem um papel fundamental no jogo de princípios guiados pelas leis da ponderação.<sup>207</sup>

#### 1.4 A NORMA ASSOCIADA COMO RESULTADO DA PONDERAÇÃO

Como resultado de toda ponderação que seja correta sob o ponto de vista dos direitos fundamentais uma norma de direito fundamental associada pode ser formulada, a qual tem estrutura de uma regra e à qual o caso concreto pode ser subsumido. Dessa forma, mesmo que todas as normas de direito fundamentais diretamente estabelecidas tivessem o caráter de princípios, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com caráter de princípios e outras com caráter de regras.<sup>208</sup> A partir dessas formulações, a norma de direito fundamental associada, por sua importância na dogmática dos direitos fundamentais e na fundamentação de decisões no âmbito dos direitos fundamentais sociais, deve ser agora examinada.

A norma de direito fundamental associada<sup>209</sup> ganha espaço no direito constitucional atual em face da indeterminação normativa da maioria das disposições de direitos fundamentais expressas na constituição, bem como da insuficiente fundamentação da ponderação operada pelos tribunais em face da colisão de princípios.

Na medida em que o conceito de norma associada representa a ideia de melhor respaldar a conjugação da ponderação, por seu método e fundamentação rigorosos, em busca da formação de uma nova regra, a integrar o mundo jurídico, sua função está longe da trivialidade.<sup>210</sup>

<sup>206</sup> Cf. KLATT; JOHANES, *Espaços no direito público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios...*, p. 151.

<sup>207</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...* p. 301.

<sup>208</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 56. Sobre o duplo caráter das normas de direitos fundamentais ver, a seguir, Capítulo III, item 3.4.

<sup>209</sup> Será aqui utilizada a expressão resumida “norma associada”, ao invés de “norma de direito fundamental associada”, a fim de facilitar a escrita e a leitura do texto.

<sup>210</sup> Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy...* p. 184. Não se pode deixar de referir a importância e completude da obra de Roberto Ludwig, que procurou esgotar de forma profunda e muito bem elaborada o exame teórico-dogmático da norma associada

A norma associada exerce o papel fundamental de alcançar a necessária estrutura e raciocínio à operação com princípios, constituindo método jurídico adequado a operar com a colisão de direitos fundamentais de forma a justificar racionalmente as decisões. Dessa forma, possui operabilidade e eficiência suficientes a refutar críticas de insustentabilidade dogmática e ausência de critérios científicos.<sup>211</sup> Ela surge, ainda, como ponto fulcral da teoria de Alexy, na medida estabelece uma conexão da teoria dos direitos fundamentais e da teoria da argumentação jurídica.<sup>212</sup>

Mais além, para Ludwig, a norma associada, mais do que constituir elemento imprescindível no trato com os direitos fundamentais, é instrumento capaz de, a partir de sua formatação, projetar reflexos também em outras áreas, uma vez que viabiliza soluções em questões de filosofia prática, metodologia jurídica e teoria do direito em geral.<sup>213</sup>

A contemporaneidade do conceito se deve às lacunas adjacentes à abertura semântica e estrutural das normas e a insuficiência da teoria do direito centrada no positivismo jurídico, e, ainda, à sua definição como instrumento operador de princípios, formatado a partir de uma base sólida autoritativa e argumentativa, consistindo em uma “promessa de racionalidade” no âmbito da jurisdição constitucional.<sup>214</sup>

Há, todavia, muitas críticas lançadas ao conceito de norma associada, como a possibilidade de se tratar de instrumento de conceituação volátil, passível de gerar a hiperconstitucionalização do sistema jurídico, e macular o universo teórico existente, trazendo ainda mais confusão à pragmática jurídico-constitucional<sup>215</sup>.

Jestaedt examina o conceito de norma associada e o critica diretamente como ferramenta de obtenção e alteração de direitos fundamentais não estatuídos diretamente no texto constitucional, por não haver a devida observância da competência para modificação.<sup>216</sup> A partir do momento em que todo resultado da ponderação alcançar *status* de norma de direito fundamental haveria a constitucionalização total do sistema jurídico, podendo ser a norma

---

a partir da obra de Robert Alexy – o que carecia de uma suficiente investigação no plano teórico-normativo disponível na dogmática atual. Para isso, ver: LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2014.

<sup>211</sup> Cf. LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy**. In HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: escritos em homenagem a Robert Alexy*. Porto Alegre Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 178.

<sup>212</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 33; e LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy...** p. 178.

<sup>213</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 26.

<sup>214</sup> *Idem*.

<sup>215</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 29.

<sup>216</sup> A crítica central do autor é a de que o espaço de abertura do direito não pode ser unicamente compreendido na colisão de princípios, passível de resolução apenas pela ponderação. Cf. JESTAEDT, *The doctrine of balancing – strenghts and weaknesses...* p. 152 ss.

associada denominada o “ovo do mundo jurídico”.<sup>217</sup>

Além disso, o autor atribui à norma associada a variabilidade do conteúdo do direito constitucional, em face da inexistência de uma resposta correta a todo procedimento da ponderação. Isso porque não admite que a norma resultante da ponderação tenha a mesma pretensão de validade da norma de direito fundamental diretamente expressa no texto constitucional.<sup>218</sup>

Poscher critica a norma resultante da colisão de princípios, muito embora não faça menção explícita ao conceito de norma associada. A objeção do autor alcança o conceito de regra aplicado na norma associada enquanto resultado da ponderação, o qual teria um sentido tão limitado e específico que sua fundamentação seria intuitiva, sem a necessidade de maiores argumentos racionais e hermenêuticos. Dessa forma, em razão da norma associada receber esse mesmo conceito de regra, sua utilização poderia configurar um retrocesso metodológico.<sup>219</sup>

Alexy, após um balanço geral das indagações de ordem teórico-normativas lançadas à norma associada, concluiu que esta possui consistência suficiente capaz de justificar sua existência, na medida em que se mostra um instrumento eficaz e útil na operação com direitos fundamentais, superando, suas boas razões, as inseguranças que podem resultar de seu procedimento. Uma das vantagens ao conceito de norma associada é o fato de se tratar de norma nova de direito fundamental, uma vez que contém em si um desenvolvimento do direito em sentido amplo e em sentido específico, enquanto resultado da ponderação, caracterizando, pois, um novo elemento do sistema jurídico. Assim, como norma nova e universal pode ter em si subsumidos novos casos cuja justificação externa se justifica na realização da ponderação, consistindo, portanto, a novidade da norma associada em sua expansão para além do caso concreto de sua origem.<sup>220</sup>

Alexy inclusive maneja o balanço entre os prós e contras do conceito de norma associada referindo que a existência de críticas como a incerteza do procedimento e a falta de critérios objetivos e controláveis de sua aferição não se tratam de incertezas novas, nem graves ou insuperáveis, sendo que os bons motivos para o uso do conceito militam a favor de

<sup>217</sup> Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luís Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 113, 131 e 135-136.

<sup>218</sup> Cf. JESTAEDT, *The doctrine of balancing – strengths and weaknesses...* p. 167.

<sup>219</sup> Cf. POSCHER, Ralf. *The Principles Theory: How Many Theories and what is their Merit?* In: KLATT, Matthias. *Institutionalized reasons: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 218 ss.

<sup>220</sup> Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy...* p. 209-210.

sua utilização.<sup>221</sup>

Assim, tem-se que é possível construir uma argumentação suficiente a demonstrar os bons motivos para a utilização da norma associada na dogmática constitucional, a ponto de se tornar elemento imprescindível à teoria dos direitos fundamentais.<sup>222</sup>

#### **1.4.1 O espaço para extração da norma associada: abertura semântica e estrutural dos direitos fundamentais**

Um problema a ser enfrentado pela dogmática dos direitos fundamentais consiste no alto grau de indeterminação das proposições normativas que os definem na constituição. E é neste exato espaço, que se origina dessa indeterminação normativa, que se torna possível a edificação de normas de direito fundamental associadas.

Para Alexy, essa indeterminação pode ser de dois tipos: as normas podem ser semanticamente abertas, ou estruturalmente abertas.<sup>223</sup>

A norma de direito fundamental é semanticamente aberta quando há indeterminação nos termos que a constituem. A solução para esta indeterminação se encontra a partir da aplicação de regras semânticas.<sup>224</sup>

O exemplo dado por Alexy para a compreensão das indeterminações de ambas as espécies está no artigo 5º, § 3º, 1, da Constituição alemã, que reza: “A ciência, a pesquisa e o ensino são livres”.<sup>225</sup>

Assim, a abertura semântica se dá em face do conteúdo indeterminado dos termos da disposição, o que enseja diferentes interpretações. Diante disso, o tribunal constitucional cria regras semânticas quando afirma, por exemplo, que a atividade científica é tudo aquilo “que, por seu conteúdo e forma, pode ser encarado como uma tentativa séria de e planejada de descobrimento da verdade”. Essa e outras interpretações são adjacentes à margem de indeterminação da norma. O que importa verificar é se os resultados dessas interpretações, formuladas a partir da norma, constituem normas de direito fundamental. A questão, contudo, somente pode ser solucionada pelo enfrentamento, anterior, do problema da abertura estrutural da norma.<sup>226</sup>

A abertura estrutural se dá quando a norma não esclarece de que forma a disposição

<sup>221</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p 36-37.

<sup>222</sup> Idem.

<sup>223</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights ...* p. 33.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>225</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights ...* p. 34.

<sup>226</sup> Idem.

colocada na norma deve ser realizada, se por meio de ações positivas ou negativas do estado, ou, no caso da disposição examinada, se a existência ou a realização dos fins previstos na norma pressupõe a existência de direitos subjetivos dos cientistas ligados à questão da liberdade científica.<sup>227</sup>

O problema da indeterminação está no fato de que, na resolução de casos concretos, há de ser eliminada a indeterminação da norma no sentido de sua estrutura e assim se chega a resultados que guardam necessariamente mais que uma relação casual com o texto constitucional. Alexy cita o exemplo de uma decisão sobre a lei provisória sobre o ensino superior integrado na Baixa Saxônia, em que o Tribunal Constitucional Federal interpreta o dispositivo de direito fundamental referido da seguinte forma: “O Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e sua transmissão às gerações futuras por meio da disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais.”<sup>228</sup>

Como se pode verificar, se normas desse tipo não fossem aceitas, não restaria claro o que de fato está obrigado, proibido ou permitido pela disposição de direito constitucional diretamente posta. Essa relação entre a norma referida pelo Tribunal e o texto constitucional é denominada de relação de refinamento. Outra relação importante é aquela que há com a norma estatuída pelo texto constitucional. Uma vez que o Tribunal aceita a norma mencionada, ele reconhece que esta deve ser aceita porque a constituição contém o dispositivo de direito fundamental estatuído diretamente. Aqui se tem o que se pode chamar de relação de fundamentação entre a norma a ser refinada e a norma que a refina.<sup>229</sup>

Assim, as normas de direito fundamental podem ser de duas espécies: as normas de direito fundamental estatuídas diretamente na constituição e as normas de direito fundamental associadas.<sup>230</sup>

No entanto, ao definir a posição de normas de direito fundamental às normas associadas, alguns problemas são colocados. Isso ocorre pela diversidade de normas que podem ser associadas às disposições de direitos fundamentais.<sup>231</sup>

Inclusive, a discussão sobre direitos fundamentais é, em grande parte, uma discussão sobre quais são as normas que podem ser associadas às normas de direito fundamental

---

<sup>227</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* ... p. 35.

<sup>228</sup> Idem.

<sup>229</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 36.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 37. A norma associada é, pois, o resultado da ponderação. Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 74. Ver, ainda: LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada*... p. 31.

<sup>231</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 35.

contidas na constituição.<sup>232</sup>

Para superar esse entrave deve haver um critério que possa fazer a distinção: dentre aquelas normas possivelmente candidatas a uma associação, quais delas são de fato normas de direito fundamental. Uma possibilidade seria um critério empírico, o qual pudesse definir como norma de direito fundamental aquelas normas associadas a disposições de direito fundamental pela jurisprudência e pela dogmática jurídica. Todavia, definir como norma de direito fundamental uma norma associada por simples referência àquilo já afirmado ou decidido não seria adequado à teoria jurídica dos direitos fundamentais.<sup>233</sup>

Uma associação correta se verifica quando a norma associada pode ser classificada como válida. Para verificar a validade das normas de direito fundamental estabelecidas na constituição faz-se referência à sua positivação. No entanto, isso não ocorre com a norma associada, razão pela qual não é possível classificá-la como norma de direito fundamental pelo critério jurídico da validade.<sup>234</sup>

O mesmo ocorre quanto aos critérios sociológico e ético. O fato de a norma ser válida por critérios éticos e sociais não significa que ela pode ser associada corretamente a uma norma de direito fundamental.

Os três critérios de validade colocados não são adequados para identificar uma norma associada. No entanto, eles podem ser considerados quando da análise de um outro critério: uma norma associada é válida, e ganha o *status* de norma de direito fundamental, quando a associação a uma norma associada pode ser justificada a partir de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Os demais critérios são utilizados juntamente com esse último ao ser considerado o papel que possuem o texto da norma que gerou a associação, os precedentes e os argumentos práticos gerais na fundamentação correta colocada para asserção da norma associada.<sup>235</sup>

O problema está no fato de que a argumentação referida a direitos fundamentais, que afirma a existência da norma associada, não garante um procedimento que encontre sempre uma única resposta. Disso decorre, muitas vezes, a insegurança de quais normas associadas são normas de direitos fundamentais. Contudo, segundo Alexy, tal impasse não parece tão sério, uma vez que essa dúvida não ocorre em todas as hipóteses, além de constituir um

---

<sup>232</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 35.

<sup>233</sup> Ibidem, p. 35-36.

<sup>234</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...*, p. 36.

<sup>235</sup> Idem.

problema de difícil solução, ainda que se decidisse pela não utilização do conceito.<sup>236</sup>

Ainda, a definição de norma de direito fundamental baseada na necessidade de uma correta fundamentação que a justifique pode ser estendida para as normas associadas e as normas de direito fundamental diretamente estatuídas no texto constitucional. Essa generalização da definição, no entanto, não exclui a diferença que há entre as normas direta e indiretamente expressas na constituição, sendo que em cada caso a fundamentação correta será diversa.<sup>237</sup>

Ludwig, ao tratar da questão de a norma associada integrar ou não o conjunto de direitos fundamentais do ordenamento jurídico-constitucional, refere que a resposta depende de uma distinção de sentidos que se faz necessária. O primeiro sentido de integrar ou não o conjunto de direitos fundamentais possui uma conotação formal, ou seja, uma vez não inscrita a norma associada na constituição, o que significa dizer que não foi proveniente do poder constituinte originário ou derivado, não integra o conjunto formalmente o direito constitucional.<sup>238</sup>

Contudo, em um segundo sentido, a norma associada integra o direito constitucional como expressão da jurisprudência constitucional, e assim como direito judicial. Assim, a norma associada é proposição normativa com a força que é alcançada a toda manifestação formal expressa pelo Judiciário encarregado que exerce a jurisdição constitucional. Dessa forma, resta demonstrado o caráter de norma de direito fundamental e constitucional da norma associada.<sup>239</sup>

#### 1.4.2 Relação de precisação e fundamentação

Uma vez que a problemática dos direitos fundamentais gira exatamente em torno de quais são as normas que podem estar associadas às normas de direito fundamental imediatamente estatuídas no ordenamento jurídico-constitucional, pode-se dizer que uma resposta correta somente pode ser alcançada mediante uma argumentação racional e bem fundamentada.

<sup>236</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...*, p. 36.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>238</sup> Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada...* p. 529.

<sup>239</sup> *Idem*. Ludwig coloca a diferença entre direito fundamental e direito constitucional, lembrando que, muito embora a íntima relação entre tais categorias jurídicas, elas diferem no que tange à natureza, função e titulares, podendo inclusive serem positivados em documentos diversos. Contudo, no caso da norma associada, em razão de ser associada à norma de direito fundamental expressa na constituição, tem-se a expansão simultânea de ambas as categorias de direito. Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada...* p. 528.

Dessa forma, a norma associada exige mais que uma fundamentação, mas uma fundamentação correta, apoiada em argumentos racionais e justificados, dada a necessidade de toda solução jurídica colocar uma pretensão de correção e, assim, uma fundamentação adequada.<sup>240</sup>

As normas associadas mantêm com as normas diretamente estatuídas do texto constitucional uma relação de *precisão* e de *fundamentação*, na medida em que decorrem do trabalho de se precisarem as normas estatuídas do texto, que as justificam e lhes servem de fundamento.<sup>241</sup> A necessidade das normas associadas se justifica quando a norma diretamente estatuída no texto deve ser aplicada em casos concretos. A relação de precisão da norma diretamente expressa permite retirar-se o que está sendo ordenado, permitido ou proibido. A relação de fundamentação se dá uma vez que a norma diretamente expressa é a razão de ser das normas associadas.<sup>242</sup>

Para a correta compreensão da norma associada, deve ser colocado que esta integra a categoria de normas não estatuídas diretamente do texto constitucional, mas que têm natureza de norma de direito fundamental, mantendo com aquelas diretamente postas uma relação de natureza específica.<sup>243</sup>

A partir destas características, a norma associada se insere na definição unitária de norma de direito fundamental, qual seja, toda norma que pode alcançar uma fundamentação jurídico-fundamental correta.<sup>244</sup>

À norma associada será então alcançado o *status* de norma de direito fundamental na medida em que sua validade possa ser fundamentada de forma correta a partir de uma decisão racionalmente justificada.

A norma associada, assim, pode ser definida como uma norma que se associa a uma

<sup>240</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...* p. 37.

<sup>241</sup> Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy...* p.31.

<sup>242</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...* p. 37.

<sup>243</sup> Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy...* p.179.

<sup>244</sup> Importante referir que a norma associada encontra outras terminologias, como norma de direitos fundamental *adscrita*, *atribuída* ou *derivativa*. Cf. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales...* p. 49 ss. Cf. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais...* p. 66 ss. Ainda, cf. ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights...* p. 33 ss. Importante também referir que o termo norma associada empregada em português pode ser encontrado na obra de Ludwig e Gavião Filho, e também em escritos de Heck, que traduziu o termo *zugeordnete Norm*, em alemão, por norma de direito fundamental associada. Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy*; GAVIÃO FILHO, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...* p. 35-37; HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: GAVIÃO FILHO, *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 8; HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 10 ss.



norma de direito fundamental diretamente estatuída no texto constitucional a partir da agregação de elementos de interpretação que possam alcançar concretude à norma, por apresentar um conjunto de estruturas normativas que a ela se associam mediante uma relação de precisão e de fundamentação.<sup>245</sup>

Neste ponto reside a linha de conexão da norma associada e as teorias dos direitos fundamentais e da argumentação jurídica, uma vez que a decisão que vai afirmar a existência de uma associação albergará a ponderação fundamentalmente correta e justificada à luz dos elementos da argumentação jurídica.

Desta forma, a norma associada será utilizada quando a metodologia tradicional não puder oferecer os cânones necessários à atividade interpretativa, passando a valer-se do plano estrutural da argumentação jurídica, notadamente na seara do discurso jurídico, em busca da formação da regra, assentada em uma justificação racional e correta.

Para a norma associada, a interpretação jurídica tem dimensão pragmática uma vez que não se limita ao plano semântico, mas também assume uma atividade prática. Ela apresenta dimensão normativa em face de sua própria natureza, que a vincula a um determinado sistema na busca de obter uma resposta correta.<sup>246</sup>

O elemento de ligação destes aspectos se dá pelo fenômeno que Alexy chamou de *indesviabilidade da ponderação* pela natureza dupla dos direitos fundamentais, que podem se constituir em regras e princípios. Enquanto princípios, estes direitos podem colidir, e aqui o sistema deve apresentar soluções diversas no âmbito normativo, devendo a ponderação ser a técnica de solução nestes casos.<sup>247</sup>

A norma associada reclama um modelo misto no que tange à teoria da norma, sendo imprescindível que sua técnica conjugue o modelo puro de regras e o modelo de princípios, sendo que a própria norma resultado da ponderação que vai fundamentar a existência da associação possui caráter de regra, na medida em que constitui um mandamento definitivo.<sup>248</sup>

Assim, a partir de cada resultado obtido de uma ponderação jurídico-fundamental correta<sup>249</sup>, uma norma de direito fundamental associada é formulada com caráter de regra, sob

<sup>245</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy...** p. 38-39.

<sup>246</sup> Ibidem, p.184.

<sup>247</sup> Cf. ALEXY, **A Theory of Constitutional Rights...** p. 44 ss.

<sup>248</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy...** p.185-186.

<sup>249</sup> Quando se fala em uma ponderação jurídico-fundamental correta quer-se dizer que todos os passos da operação prevista por Alexy devem ser seguidos, para bem justificar o resultado daquela. Importante citar aqui LOTHAR, que investigou com profundidade os modelos de argumentação com o princípio da proporcionalidade. Cf. LOTHAR, Michael. **As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a**

a qual pode ser realizada uma subsunção no caso concreto.<sup>250</sup>

Ainda, para viabilizar a subsunção da regra consistente na norma associada, esta deve conter determinações definitivas. E para isso, é necessária a existência de conteúdos de fixação completos, ou seja, que possibilitem a decisão de um caso por uma norma definida, e que tenha levado em consideração todos os princípios colidentes que ingressaram na ponderação, bem como todas as condições fáticas relevantes na operação.<sup>251</sup>

Para alcançar a justificação correta da norma associada deve ser aferida a relação de precisão dessa, intrínseca à própria estruturação das normas associadas, e que lhe confere a condição de indispensabilidade. Esta relação de precisão é a relação necessária que deve existir entre a norma associada e a norma estatuída diretamente no texto constitucional, o que deve ser fundamentado suficientemente em argumentos normativos, que terão a função de isolar os casos relacionados àquela norma das demais.<sup>252</sup>

A base científica que atribui seriedade e racionalidade à norma associada será formulada a partir da aferição dos possíveis pontos de chegada do procedimento de precisão e também de fundamentação, o que somente pode ser alcançado pela conexão da teoria da norma com a teoria do direito fundamental mediante o conceito de direito fundamental como um todo.<sup>253</sup>

Como já demonstrado, o direito fundamental como um todo consiste em um feixe de posições jurídicas<sup>254</sup> reunidas por uma proposição de direito fundamental. E o que reúne essas diversas posições jurídicas em um mesmo direito fundamental como um todo é a sua associação a uma disposição de direito fundamental. Assim, podemos dizer que há uma relação de precisão necessária entre as normas de direito fundamental e as posições fundamentais jurídicas que as correspondem.<sup>255</sup>

Os direitos fundamentais serão então ponderados e a norma associada será obtida a partir da fundamentação correta, baseada na relação de precisão e fundamentação necessária, tornando-se um mandamento definitivo dentre o feixe de posições jurídicas e,

**dogmática da proibição do excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade.** Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189-206.

<sup>250</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 56.

<sup>251</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy...** p.190-191.

<sup>252</sup> Ibidem, p.194.

<sup>253</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy...** p.195. Sobre o conceito de direito fundamental como um todo, ver, supra, Capítulo I, item 1.2.3.

<sup>254</sup> Sobre isso ver, especificamente, supra: Capítulo I, itens 1.2.2 e 1.2.3.

<sup>255</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...** p. 40.

assim, devidamente justificada.<sup>256</sup>

### 1.4.3 Procedimento de extração de normas associadas

O resultado de toda ponderação de princípios que seja correta do ponto de vista dos direitos fundamentais pode gerar uma norma associada, a qual apresenta estrutura de regra e à qual pode ser subsumido o caso concreto.<sup>257</sup> Essa dinâmica, pois, a partir da qual se estabelece a extração da norma associada, se dá pela ponderação de princípios.

A questão está, segundo Ludwig, em verificar a possibilidade de se operar com princípios, aplicando a ponderação, conforme exige a norma associada, com a fiel observância das exigências colocadas pelo sistema jurídico no que diz respeito à validade e à pretensão de correção.<sup>258</sup>

Assim, a questão da dinâmica da norma associada se estabelece basicamente na aplicação do princípio da proporcionalidade e, desse modo, mais especificamente, pela ponderação. Isso, pela relação congênita da norma associada com esse princípio, e pelas implicações da aplicação desse no campo dos direitos fundamentais.<sup>259</sup>

Dessa forma, a ponderação ocupa posição central no processo de extração da norma associada, na medida em que constitui a estrutura de sua fundamentação, a partir dos passos que estabelece para sua execução, os quais constituem argumentos racionais e normativos a favor e contra a validade da norma associada.<sup>260</sup>

Inclusive a ponderação ingressa na tarefa interpretativa, já que a norma associada não pode ser extraída diretamente, por mera derivação, do texto constitucional. Isso em face da imprescindibilidade da estrutura oferecida pela ponderação e pelo princípio da proporcionalidade na obtenção do resultado da operação com princípios, da qual resulta a norma associada.

A ponderação, assim, deverá realizar-se racionalmente para que a norma associada que daí resulte possa desempenhar corretamente a sua função na estrutura do direito fundamental a fim de conduzir a resultados corretos. Nisso reside a importância de se

---

<sup>256</sup> Ludwig conclui bem a questão ao referir que o enfeixamento e a associação de normas são fenômenos jurídico-fundamentais que se implicam mutuamente. Cf. LUDWIG, Roberto. **A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy...** p.196.

<sup>257</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 56.

<sup>258</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 437.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 438.

<sup>260</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 438.

estruturar de forma adequada a ponderação.<sup>261</sup>

A teoria dos princípios, por sua configuração estrutural e sua multidimensionalidade, consegue abarcar as questões tanto de conteúdo quanto de validade dos direitos fundamentais, a partir da distinção entre as espécies normativas e suas peculiaridades. Além disso, pela diferenciação entre semântica e pragmática, alcança melhores repostas às especificidades da lógica do direito, a única que pode explicar a necessidade da norma associada e sua relação de precisão com o que está estatuído pelo direito.<sup>262</sup>

Ainda, o caráter normativo dos princípios justifica a própria existência da norma associada, uma vez que a normatividade desta decorre dos princípios.<sup>263</sup>

A definição do caráter de regra da norma associada é imprescindível à sua compreensão, especialmente porque disso subjaz a sua possibilidade de subsunção no caso dado. A subsunção se torna possível na medida em que a norma associada constitui um conteúdo de fixação.<sup>264</sup>

Ainda, a operação de extração da norma associada igualmente deve servir-se da argumentação jurídica para sua justificação racional.<sup>265</sup>

Compreendido isso, tem-se que a subsistência da norma associada igualmente depende da maneira como atua enquanto regra, além da dinâmica estabelecida pela correta operação da ponderação.<sup>266</sup>

#### **1.4.4 O caráter de regra da norma associada, subsunção e ponderação**

A norma associada é uma norma jurídica na medida em que evidente sua deonticidade, uma vez que contém determinações deonticas.<sup>267</sup> Isso porque a norma associada é constituída de uma das possibilidades deonticas que constituem o feixe de posições fundamentais jurídicas que compõem o direito fundamental que ensejou a associação. A norma associada determina o que a constituição está ordenando, proibindo ou permitindo além daquilo que está determinado pela norma de direito fundamental diretamente estatuída.<sup>268</sup>

<sup>261</sup> Ibidem, p. 442. Com relação à estrutura da ponderação, ver, supra: Capítulo I, item 1.3.5.3.

<sup>262</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 390-391.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 381.

<sup>264</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 385.

<sup>265</sup> A argumentação jurídica o âmbito dos direitos fundamentais será objeto de exame, a seguir, no Capítulo I, item 1.5.

<sup>266</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 487.

<sup>267</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 310.

<sup>268</sup> Ibidem, p. 310.

O caráter de norma no sentido semântico da norma associada resta indubitado uma vez que esta apresenta quatro características que integram o conceito de norma jurídica no sentido deontico e em outros. A primeira é a sua natureza deontica, que decorre do fato de se tratar de proposição prescritiva. A segunda é pelo fato de serem fundamentadas a partir de uma disposição de direito fundamental. A terceira por apresentarem conteúdo constitucional – uma vez proveniente indiretamente do texto constitucional ou da jurisprudência do tribunal constitucional. Disso, pode-se dizer que a norma associada forma parte *prima facie* do conteúdo normativo das disposições de direito fundamental e, assim, possui validade de conteúdos constitucionais *prima facie*. Por fim, a quarta e última característica é a sua vinculatividade.<sup>269</sup>

Essas características representam a relação de precisão e fundamentação da norma associada com a norma diretamente estatuída na constituição, a qual ensejou a associação.<sup>270</sup>

A norma associada, assim, constitui um dever-ser, cuja validade pode ser perquirida. Não se trata, assim, de um fato existente no universo do ôntico, cuja verdade pode ser questionada.<sup>271</sup>

Importante notar, todavia, que a norma associada se insere em um contexto prático jurídico, regido pelos elementos da argumentação e do universo deontico, e cujo descobrimento da verdade se dá não somente pela dimensão semântica, mas da mesma forma pela dimensão pragmática. Isso porque a justificação de juízos normativos, neste contexto, extrapola a lógica jurídica puramente dedutiva e o silogismo e busca as técnicas adjacentes de uma visão mais ampla e moderna do direito construída a partir dos ditames da teoria da argumentação e dos direitos fundamentais, na busca de uma fundamentação racional.<sup>272</sup>

Mais além, a norma associada pode ser definida como sendo uma regra para solução de casos concretos envolvendo direitos fundamentais, a partir do uso do procedimento da ponderação.

Como uma regra, a norma associada é dotada de determinação e fixação de conteúdo suficiente para ser aplicada a casos concretos. Dessa forma, para que possa ser aplicada na forma do “tudo ou nada”<sup>273</sup>, contendo determinações definitivas como as demais regras, é

<sup>269</sup> Cf. PULIDO, *El principio del proporcionalidade y los derechos fundamentales* ... p. 121-122.

<sup>270</sup> Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada*... p. 311.

<sup>271</sup> Idem.

<sup>272</sup> Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada*... p. 311.

<sup>273</sup> Essa expressão é utilizada por Alexy na diferenciação entre regras e princípios como espécies de norma. Ver: ALEXY, Robert. *Sistema jurídico e razão prática*. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 167.

necessário que apresente alguns pressupostos.<sup>274</sup> Esse conjunto de pressupostos recebeu de Ludwig o conceito amplo de regulatividade, o que tem por objeto o exame da qualidade específica de regra da norma associada a partir de suas qualidades.<sup>275</sup>

Alguns destes pressupostos são indispensáveis à compreensão da norma associada enquanto regra e, assim, enquanto um dever-ser concreto com as determinações fáticas e jurídicas suficientes à verificação de sua aplicação ou não no caso concreto.

Assim, constituindo a norma associada uma proposição normativa do tipo condicional, ela resta formalizada a partir da saturação das premissas e sua justificação interna e externa. A configuração da norma associada enquanto proposição normativa se dá pelo conjunto de condições que determinam uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes de forma suficiente a determinar uma consequência jurídica. As condições fáticas serão objeto de ponderação e será assim determinada uma relação de precedência. Desse modo, pode-se afirmar que a norma associada atende ao primeiro pressuposto de sua condição de regra, o da proposicionalidade.<sup>276</sup>

Dessa forma, uma vez preenchidas as características típicas representadas pelas condições determinantes da relação de precedência, pode-se afirmar que a norma associada pode ser utilizada para decidir se uma certa ação está proibida, permitida ou ordenada sob o ponto de vista do direito fundamental.<sup>277</sup>

Outro pressuposto que igualmente é alcançado pela norma associada é sua universalidade. Isso decorre do fato de que ela permite sua aplicação a casos da mesma espécie, na medida em que é resultado de uma construção fundamentada racionalmente, muito embora seja uma regra relacionada a um caso concreto.<sup>278</sup>

A característica da especialidade da norma associada em relação ao caso concreto é compatível com o caráter de universalidade. Isso porque a norma associada decorre da ponderação realizada em atenção à natureza universal de uma decisão tomada diante de algumas possibilidades jurídicas.

De acordo com Sieckmann, além da referenciabilidade da norma associada ao caso concreto não afastar sua universalidade, isso se traduz em um ajuste de racionalidade. Juízos de ponderação fixam normas universais, uma vez que realizadas fundamentadamente em

---

<sup>274</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 490.

<sup>275</sup> *Idem.*

<sup>276</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 492. Ludwig propõe a estruturação formal da norma associada a partir de uma fórmula, que facilita a compreensão da proposicionalidade sustentada. Ver: LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 491.

<sup>277</sup> *Idem.*

<sup>278</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 493.

todas as circunstâncias do caso concreto, o que não exclui que o resultado seja aplicado aos demais casos. Inclusive, constitui determinação da racionalidade que seja fixada uma regra universal no que tange à sua forma. A amplitude do âmbito de aplicação da norma associada se justifica por um critério de coerência.<sup>279</sup>

Entretanto, obviamente que a aplicação da norma associada em casos análogos não prescinde de nova fundamentação.<sup>280</sup>

Ainda, segundo Sieckmann, a norma associada deve preencher os critérios da vinculabilidade e da aceitabilidade geral, o que é próprio das normas em discurso prático geral. Vale, aqui, o que chamou de critério da possibilidade de aprovação, que é a possibilidade da norma associada, como norma fixada a partir da ponderação de princípios, obter reconhecimento geral acerca de seu poder vinculante.<sup>281</sup>

Além desses critérios, Sieckmann fala na necessidade de haver a convergência racional, para justificar a validade vinculante da norma associada. Desse modo, tem-se que, por um lado, para haver a validade vinculante a norma deve ultrapassar na fundamentação de um mero juízo normativo individual; mas por outro, se sua vinculabilidade é exigência da convivência social, não pode depender da aceitação de cada um individualmente. Assim, na medida em que seja necessária uma norma vinculante coletivamente, haverá que ser regido pelo critério da convergência razoável. Ou seja, em se tratando de uma norma associada resultante de um procedimento de argumentação racional e da análise profunda das premissas individuais, justifica-se a determinação de sua vinculabilidade.<sup>282</sup>

Assim, Sieckmann reconhece que os juízos de ponderação constituem procedimentos racionais de justificação uma vez que respondem aos critérios de correção das apreciações empíricas, da otimalidade de pareto, da universalidade, da coerência e da convergência razoável. A partir desses critérios é possível diferenciar uma ponderação racional de uma ponderação irracional.<sup>283</sup>

Outra característica da norma associada quanto à regulatividade é a sua subsumibilidade. A forma como ocorre subjaz ao problema da subsunção e sua relação com os princípios.

Toda espécie normativa deve ser aplicada pela subsunção, muito embora isso possa, de certa forma, contradizer a ideia central da argumentação jurídica, que exatamente extravasa

<sup>279</sup> Cf. SIECKMANN, *Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales...* p. 50-51.

<sup>280</sup> Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada...* p. 494.

<sup>281</sup> Cf. SIECKMANN, *Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales...* p. 50-51.

<sup>282</sup> Idem.

<sup>283</sup> Cf. SIECKMANN, *Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales...* p. 51.

os cânones tradicionais da interpretação para além do enquadramento do fato à norma genérica prevista pelo ordenamento jurídico, em um procedimento lógico-dedutivo.<sup>284</sup>

Muito embora a subsunção seja insuficiente para o alcance de soluções jurídicas, ela é inevitável, pois uma decisão deve ser fundamentada a partir de uma regra que tenha aplicação ao caso, e que possa se encaixar aos fatos e produzir o resultado então previsto pela regra.<sup>285</sup>

O caminho a percorrer para a aplicação da norma ao caso é longo, e inclui a subsunção. O primeiro passo é reconhecer que entre o estado de coisas e a norma há interações e ao mesmo tempo há um abismo. Este abismo pode ser transportado pela justificação interna. Depois, há o espaço reservado à justificação externa, em que se busca a justificação das premissas usadas no processo de justificação interna, definindo os critérios que devem preponderar nesse caminho entre fato e norma.<sup>286</sup>

O processo de justificação jurídica levado a sério visa exatamente assegurar a universalidade da regra a ser formada, o que interessa à norma associada e sua operabilidade.

Segundo Ludwig, a indispensabilidade da subsunção resulta de elementos dogmáticos básicos da teoria da argumentação, da teoria da norma e da ciência do direito, como a concepção argumentativa do direito e, portanto, sua natureza proposicional; o conceito semântico de norma, que viabiliza a estruturação das normas jurídicas, a partir da teoria dos princípios; o modelo de normas constituído de regras e princípios, importante para a estruturação das norma de direito fundamental, e a conexão desses elementos entre e com outros elementos da dogmática jurídica.<sup>287</sup>

A construção da norma associada, mesmo decorrente de uma ponderação de princípios colidentes, deve ser submetida à subsunção, já que assentada a indispensabilidade geral da subsunção na aplicação das normas jurídicas. Dessa forma, a subsunção da norma associada implica, particularmente, o encaixe do modelo de ponderação com o da subsunção.<sup>288</sup>

Alexy passou a ter uma visão pouco diferenciada ao longo de sua obra sobre a subsunção, passando a enxergar o seu procedimento como algo mais complexo. Essa

---

<sup>284</sup> Alexy trabalha na argumentação jurídica exatamente essa necessidade de se buscar outros elementos para a aplicação do direito, consubstanciados em juízos de valor, que desbordam dos cânones tradicionais de interpretação, sem, no entanto, eliminá-los. Ver: ALEXY, **Teoria da argumentação jurídica...** p.17 ss.

<sup>285</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 498.

<sup>286</sup> Cf. ALEXY, **Teoria da argumentação jurídica...** p. 218 ss. Sobre a justificação interna e externa ver, supra: Capítulo I, itens 4.2 e 4.3.

<sup>287</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 501.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 502-503.



complexidade, no entanto, não priva a subsunção de seu caráter básico.<sup>289</sup>

A subsunção constitui uma operação com três características: ela é formal, necessária e específica. Específica uma vez que ela se desenvolve de acordo com um tipo específico de regra, qual seja, regras da lógica. Necessária porque deve ser aplicada, ainda que em diferentes versões, em todos os casos em que regras jurídicas são aplicadas. A formalidade decorre da exigência de saturação mediante argumentos substanciais normalmente de estrutura diversa da subsunção. Esses argumentos podem ser a ponderação e a comparação.<sup>290</sup>

A ponderação possui um esquema básico, que é a fórmula peso.<sup>291</sup> Essa fórmula representa uma estrutura argumentativa complexa, na qual a subsunção tem lugar no início e no final. E essa relação entre subsunção e ponderação não retira o caráter básico daquela. A ponderação funciona primeiro conforme um tipo específico de regra; depois, ela deve ser empregada em todos os casos em que há colisão de princípios; e por fim, a ponderação pode ser conectada com todos os outros argumentos de diversas formas, do que se denota sua formalidade.<sup>292</sup>

Alexy referiu-se à subsunção e à ponderação como estruturas de aplicação do direito, sendo que suas respectivas fórmulas são equivalentes a dimensões diferentes da argumentação racional. E ao lado disso, com o reconhecimento da dimensão argumentativa da comparação, a analogia passou a ser considerada como outro esquema básico de aplicação do direito, ao lado da subsunção e da ponderação.<sup>293</sup>

Desse modo, fica claro o reconhecimento de Alexy do fenômeno da interação entre os esquemas, formados por diferentes estruturas de aplicação do direito que se enlaçam e convivem entre si, sob o fundamento maior da teoria da argumentação jurídica.<sup>294</sup>

A interação das diferentes estruturas do direito denota uma ainda maior importância à subsunção, uma vez que é em torno dela que ocorre essa ligação.<sup>295</sup>

A norma associada, como proposição normativa, há que ser passível de subsunção, ou seja, deve possibilitar o enquadramento de um caso concreto a partir de fixações necessárias e suficientes para isso. Isso significa dizer que a norma associada constitui uma regra que deve ter determinação normativa suficiente a viabilizar a solução jurídica para o

<sup>289</sup> Cf. ALEXY, **Teoria discursiva do direito...** p. 227.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>291</sup> Sobre a fórmula peso ver, *supra*, Capítulo I, item 1.3.5.4. Ainda, sobre isso, ver: ALEXY, Robert. **A fórmula peso...** p. 155-165.

<sup>292</sup> Cf. ALEXY, **Teoria discursiva do direito...** p. 228.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 236-238.

<sup>294</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 506.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 509.

caso dado.<sup>296</sup>

Segundo Ludwig, é uma regra, por seu caráter universal<sup>297</sup>, que estabelece as razões para a aceitação de um juízo normativo e, assim, de uma decisão jurídica, conforme as regras da argumentação jurídica. Dessa forma, é uma regra, ou um conjunto delas, que vai justificar a regra que servirá de fundamento para lastrear a decisão.<sup>298</sup>

Regras semânticas, assim, são necessárias para estabelecer a relação de precisão da norma associada, o que ocorre por uma relação interna entre subsunção e substanciação de uma regra.<sup>299</sup>

Alexy discutiu a relação de precisão e atualização para fins de demarcação da substanciação a partir da análise do caso Lebach e sua estruturação segundo regras da lógica.<sup>300</sup> A relação de precisão consiste no isolamento dos casos que se encaixam na regra e aqueles que não possuem enquadramento. E este conceito é de significativa importância no exame da norma associada, que, para encontrar justificação, deve ver estabelecida a relação de precisão que possui em face da norma de direito fundamental estatuída diretamente do texto, da qual decorre sua associação.<sup>301</sup>

O problema da precisão está nos espaços que surgem a partir abertura semântica das normas, em que regras pragmáticas atuam no desempenho das regras semânticas.<sup>302</sup>

A questão dos espaços ocorre nos casos em que o silogismo não se mostra suficiente para a solução do caso, em face das várias consequências jurídicas possíveis diante da norma, e as diferentes interpretações possíveis a partir de sua determinação.<sup>303</sup>

Contudo, o que importa aqui é que, dada a necessidade de subsumibilidade da norma associada, a subsunção constitui técnica imprescindível à sua aplicação, sendo muito mais do que mera questão de lógica, apresentando estrutura argumentativa que se desenrola em diversos momentos, interagindo com a ponderação e definindo a relação de precisão da norma associada com a norma de direito fundamental que gera a associação.<sup>304</sup>

<sup>296</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 509.

<sup>297</sup> O princípio da universalidade, correspondente ao princípio da justiça formal, vai excluir que em dois casos, nos quais os aspectos relevantes para a decisão sejam descritos de forma igual, sejam dadas diferentes soluções jurídicas. Ele impede, assim, o arbítrio na relação entre os fundamentos e a decisão final. Ele é, assim, condição para a realização de uma série de objetivos importantes, como a certeza jurídica, a justiça e a consistência e racionalidade das decisões judiciais. Cf. ALEXY, **A análise lógica de decisões jurídicas...** p. 21.

<sup>298</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 510.

<sup>299</sup> Ibidem, p. 510.

<sup>300</sup> Cf. ALEXY, **A análise lógica de decisões jurídicas...**p. 27 ss.

<sup>301</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 510.

<sup>302</sup> Idem. Sobre a questão dos espaços, ver, supra, Capítulo I, item 1..3.5.6.

<sup>303</sup> Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 511.

<sup>304</sup> Ibidem, p. 513.

Assim, o que deve ser aqui compreendido é que a norma associada encontra sua dinâmica e justificação não somente na subsunção e na semântica, mas sim, e em grande parte, na ponderação. A fundamentação da norma associada ocorre no universo da justificação externa, que consiste na justificação das premissas do raciocínio jurídico pela utilização de vários argumentos constituídos em precedentes, na dogmática, no discurso prático geral, entre outros.

Com isso, fica justificado tratar da argumentação.

## 1.5 ARGUMENTAÇÃO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se direitos fundamentais são princípios que podem colidir e se deixam solucionar pela ponderação, e se a racionalidade das decisões depende da argumentação jurídica para serem justificadas, então deve ser estabelecida uma conexão entre a ponderação e a argumentação jurídica. Assim, o resultado será a existência de uma ponderação racional que conduza a resultados corretos.

Desse modo, deve ser agora enfrentado o tema da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais.

### 1.5.1 Ponderação e argumentação

Muito embora a mitigação às objeções feita pela otimização de Pareto e as duas leis da ponderação, que reduzem a margem de discricionariedade do juiz, os problemas da ponderação não estão tecnicamente superados no que tange a seus limites e operacionalidade técnica. Em face disso Alexy passou a se ocupar do conceito de “espaço estrutural”<sup>305</sup> e construiu a denominada fórmula peso, a fim de criar elementos de autocontenção da ponderação e novas ferramentas para sua mais segura operação e controle.<sup>306</sup>

Ao lado do refinamento das leis da ponderação e do desenvolvimento da dogmática dos espaços, a racionalidade da ponderação também está em sua natureza argumentativa, que pode ser controlada e justificada a partir da fiel observância das regras da argumentação, que permitem a escolha dos melhores argumentos possíveis para justificar a realização do passo a passo do procedimento.<sup>307</sup>

<sup>305</sup> Cf. ALEXY, **Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada...** p. 71-92.

<sup>306</sup> Sobre isso, ver, Capítulo I, itens 3.5.4 e 3.5.6.

<sup>307</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...**, p. 314.

Na teoria da argumentação jurídica Alexy parte da ideia de que a aplicação de prescrições legais não mais se ajusta ao modelo de subsunção. Isso fica evidente quando valorações são necessárias para solução do caso, que não pode ser resolvido a partir do material dado com autoridade. O problema disso é como essas valorações podem ser fundamentadas racionalmente. E exatamente para responder a esse problema, do qual depende o caráter científico da ciência do direito e a legitimidade da resolução de conflitos sociais por sentença judicial, é que Alexy desenvolveu a *teoria da argumentação jurídica*.<sup>308</sup>

A tarefa da teoria da argumentação jurídica é responder se a ciência do direito possui critérios e regras que permitem verificar se as fundamentações jurídicas são corretas ou falsas.<sup>309</sup> Ainda, a pretensão de correção que se busca a partir do discurso jurídico é, da mesma forma, papel central da teoria da argumentação.<sup>310</sup> A pretensão de correção exige que as decisões sejam fundamentadas racionalmente.<sup>311</sup> Os procedimentos que asseguram a racionalidade na aplicação do direito sempre serão objeto de uma teoria da argumentação jurídica.<sup>312</sup>

Assim, o papel da argumentação jurídica, de assegurar a racionalidade à ponderação a partir da correção das premissas e da fundamentação correta de cada passo do procedimento, fica bastante claro.

Desse modo, tem-se que as objeções contra a racionalidade da ponderação não podem ser respondidas apenas pela estrutura formal da ponderação. A atribuição de graus às grandezas concretas e abstratas dadas pela ponderação não é suficiente para justificar racionalmente a ponderação. O que ocorre é que a estrutura do procedimento estabelece ao juiz a forma de ponderar e, assim, pode ser garantida a racionalidade em parte da ponderação.

---

<sup>308</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987; Trad. para a língua portuguesa: *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001. Ver, ainda, sobre isso HECK, **A Ponderação no Código de Processo Civil**... p. 131.

<sup>309</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 369.

<sup>310</sup> Aquele que apresenta uma proposição normativa juridicamente vinculante, coloca, sempre, a pretensão de correção quanto à sua proposição, tendo sempre o dever, assim, de apresentar as razões para sua justificação. A pretensão de correção guarda relação com a inclusão da moralidade aos elementos formadores do conceito de direito, a facticidade e a validade. A pretensão de correção está ligada, ainda, com questões de justiça. E ela remete, no plano da aplicação do direito, a uma união necessária de direito e moral. O direito promove, necessariamente, uma pretensão de correção, a partir de três elementos: a afirmação de uma correção; a garantia da justificação e a esperança do reconhecimento da correção. Dessa forma, colocar a pretensão de correção de uma decisão judicial é dizer que ela está correta, garantir que pode ser justificada e ter a expectativa de que todos os destinatários irão aceitá-la. A compreensão, interpretação e aplicação de normas jurídicas pelos juízes sempre carregam a necessária colocação de pretensão de correção. Cf. LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada**... p. 311 e ALEXY, **A institucionalização da razão**... p. 20-21.

<sup>311</sup> Cf. ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*... p. 212.

<sup>312</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 173.

São as razões da ponderação que lançarão a outra parte da racionalidade ao procedimento. Sem razões a ponderação não poderá ser justificada racionalmente.<sup>313</sup>

A atribuição de graus às grandezas envolvidas na ponderação, notadamente os graus de intensidade de intervenção em um princípio e de importância de realização de outro, pressupõe a apresentação de razões que justifiquem a definição dos graus.

Disso se origina a necessária conexão entre ponderação e argumentação. Determinar uma relação de precedência condicionada entre princípios, mediante a atribuição de graus para as variáveis da fórmula peso, sem as respectivas razões que justifiquem tais escolhas, não seria um procedimento racional, mas aí sim discricionário e subjetivista. Em face disso, tem-se que a ponderação não é simplesmente a construção de uma decisão com base em uma regra de preferência, mas também e principalmente a sua fundamentação<sup>314</sup>.

A ponderação, portanto, jamais pode prescindir da argumentação racional.

A ponderação será racional se a regra de preferência for justificada racionalmente por meio de uma argumentação racional.<sup>315</sup>

A racionalidade da ponderação passa a significar a justificação racional das proposições que determinam as relações de precedências condicionadas entre os princípios. E a justificação da própria regra que define a relação de preferência condicionada se diferencia daquela dada pela própria ponderação<sup>316</sup>. Assim, as razões da justificação da ponderação sustentam a justificação da regra de preferência condicionada.<sup>317</sup>

A regra de precedência estabelece condições aptas a determinar a consequência do princípio que possui a primazia. A justificação da definição das precedências condicionadas e das regras utilizadas para sua obtenção pode ser posta de acordo com as regras da argumentação jurídica, notadamente os argumentos dogmáticos, de interpretação, uso de precedentes, argumentos práticos e empíricos e ainda outros argumentos jurídicos específicos<sup>318</sup>.

Na medida em que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral, as regras do discurso prático geral podem, da mesma forma, contribuir para a justificação da regra de precedência condicionada. Na justificação da proposição de precedência e, assim, da regra correspondente, são válidas as referências à vontade do

<sup>313</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...** p. 251 ss.

<sup>314</sup> Cf. HECK, **Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Roberto Alexy...** p. 97.

<sup>315</sup> Cf. ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais...**, p. 173-174.

<sup>316</sup> Ibidem, p. 175.

<sup>317</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Regras da ponderação racional...** p. 161.

<sup>318</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...**, p. 190-238.

legislador, as consequências negativas de uma medida alternativa, os consensos obtidos pela dogmática jurídica e as decisões judiciais precedentes<sup>319</sup>.

Os argumentos específicos da ponderação, no entanto, não devem se limitar a dizer que uma intervenção com alto grau de intensidade em um princípio somente pode ser justificada quando mais alto o grau de importância do cumprimento do outro princípio, sem fundamentar com razões o motivo de tal conclusão.

A racionalidade da ponderação poderá ser alcançada se as razões específicas demonstrarem o motivo da atribuição dos graus das grandezas definidos durante o procedimento. As razões da ponderação são aquelas que justificam a decisão do juiz na determinação dos graus de intensidade de intervenção e de importância de realização.<sup>320</sup>

As razões da ponderação devem ser colocadas conforme as regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica. A definição de graus às variáveis da fórmula peso deve ser fundamentada por razões definidas pelas exigências da teoria do discurso racional<sup>321</sup>.

Por exemplo, as razões da ponderação devem observar as exigências da justificação interna e da justificação externa<sup>322</sup>. Isso garante a sinceridade na apresentação das razões do procedimento, sem inconsistências lógicas.

Ainda, as razões da ponderação devem estar de acordo com a regra da justificação interna, segundo a qual uma decisão deve resultar logicamente, pelo menos, de uma norma universal juntamente com outras proposições. Dessa forma as razões da ponderação serão apresentadas como uma cadeia de argumentos estruturados em premissas que sustentam, por implicação lógica, uma conclusão. Essas premissas somente serão válidas se justificadas racionalmente.<sup>323</sup>

Coloca-se, ainda, a exigência de que os juízos de valor ou de dever apresentados como razões da ponderação no caso concreto possam ser universalizadas e assim utilizadas em outros casos semelhantes. Desse modo pode ser afastada a objeção que sustenta que a ponderação se ocupa exclusivamente da justiça no caso concreto.<sup>324</sup>

Um dos principais problemas das decisões judiciais no que diz com a ponderação está exatamente na superficialidade das razões de justificação dos juízos de valor ou de dever realizados pelo juiz. Por isso, então, para as razões da ponderação, vale a regra da

<sup>319</sup> Ibidem, p. 214-233.

<sup>320</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Regras da ponderação racional...** p. 162.

<sup>321</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...**, p. 285.

<sup>322</sup> Cf. KLATTT, Mathias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University, 2012, p. 54. .

<sup>323</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Regras da ponderação racional...** p. 163.

<sup>324</sup> Ibidem, p. 164.

argumentação, que exige uma completa afirmação de razões nos argumentos interpretativos.<sup>325</sup> A exigência de saturação colocada por essa regra significa que as proposições valorativas e normativas usadas nas razões da ponderação devem ser acompanhadas de um conjunto completo de razões.<sup>326</sup>

Ainda, a ponderação é a única forma de aplicação do direito que pode alcançar solução para os casos de colisão de dois ou mais princípios, todos constitucionais. Em uma determinada situação concreta, as razões da ponderação podem estabelecer uma relação de primazia de um princípio sobre outro princípio e, com isso, a regra de que está ordenada a consequência jurídica do princípio ganhador da primazia. Dessa forma, as posições fundamentais jurídicas *prima facie* desse princípio transformam-se em posições fundamentais jurídicas definitivas.<sup>327</sup>

Desse modo, regras, primazias e a estrutura da justificação dos argumentos jurídicos interpretativos servem de base para as razões da ponderação. Isso quer dizer que as regras da argumentação jurídica que exigem a saturação dos argumentos interpretativos mesmos, e as que estabelecem, respectivamente, a primazia *prima facie* dos argumentos semânticos sobre todos os demais e a primazia *prima facie* dos argumentos semânticos, genéticos e sistemáticos sobre os argumentos práticos gerais, devem ser consideradas.<sup>328</sup>

Deve ser considerada, ainda, a regra da argumentação jurídica sobre o uso de precedentes, que estabelece que, quem se afasta de um precedente, deve suportar a carga da argumentação.<sup>329</sup>

Essas são, pois, as principais exigências colocadas pelas regras da argumentação jurídica para a formulação das razões da ponderação a fim de assegurar a racionalidade do procedimento. A contribuição se dá justamente na criação de um conjunto de razões universalizáveis obtidas a partir de premissas consistentes e coerentes, que venham a servir de base para o alcance de resultados corretos e racionais.<sup>330</sup> Isso certamente reduz a margem para a construção de decisões pelo fundamento da ponderação que sejam irracionais e subjetivas.<sup>331</sup>

A ponderação, assim, pode ser provada como uma forma de argumento do discurso jurídico racional, o que fortalece a racionalidade do procedimento, como visto

<sup>325</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Regras da ponderação racional...** p. 163.

<sup>326</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 104-105.

<sup>327</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Regras da ponderação racional...** p. 167.

<sup>328</sup> Cf. ALEXY, **Interpretação Jurídica...** p. 74.

<sup>329</sup> Cf. ALEXY, **Teoria da argumentação jurídica...** p. 258.

<sup>330</sup> Cf. KLATT; MEISTER, *The constitutional structure of proportionality...*, p. 50.

<sup>331</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Regras da ponderação racional...** p. 170.

anteriormente.<sup>332</sup> E a importância disso é a possibilidade de defesa da construção dos direitos fundamentais em princípios.<sup>333</sup>

### 1.5.2 A estrutura do fundamentar jurídico

Até aqui foi visto que o aplicador do direito deve seguir as regras da argumentação jurídica e da ponderação para a solução de colisões no âmbito dos direitos fundamentais. Somente atendendo a essas exigências será possível a justificação racional dessas decisões. Isso igualmente conduz à necessidade de reflexão sobre os métodos jurídicos empregados para a própria atividade de aplicação do direito. Simultaneamente, porém, essas estruturas metódicas formam “o andaime fundamental do fundamentar ou do argumentar jurídico”, nas palavras de Bäcker, o qual forma a parte nuclear da prática jurídica e da dogmática.<sup>334</sup>

O fundamentar jurídico constitui um processo de argumentação que compreende regras e formas e assim possui uma estrutura, formada então por esses métodos jurídicos formadores da base do fundamentar jurídico.<sup>335</sup>

Assim, um estudo teórico-jurídico sobre o silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico deve ser de perto realizado. A questão sobre se o silogismo é a forma fundamental de conclusão jurídica remete, por exemplo, ao debate acerca de qual é a relação entre a subsunção, a ponderação e a analogia enquanto métodos jurídicos. Para verificar isso deve ser examinado se o fundamentar jurídico possui de fato caráter silogístico e, assim, lógico, e quais são os reflexos disso na doutrina do método atual.<sup>336</sup>

Para identificar o problema do fundamentar jurídico deve ser investigada a estrutura silogística, que conduz à distinção da justificação interna e externa de sentenças jurídicas. Essa distinção é necessária para que se possa compreender a finalidade da reconstrução silogística.<sup>337</sup>

Para Alexy, a justificação interna diz respeito à questão de se uma conclusão segue logicamente das premissas postas para justificá-las. A correção dessas premissas é tema da justificação externa.<sup>338</sup>

<sup>332</sup> Sobre a crítica da irracionalidade da ponderação, ver, supra, Capítulo I, item 1.3.5.2.

<sup>333</sup> Cf. ALEXY, **Teoria discursiva do direito...** p. 159.

<sup>334</sup> Cf. BÄCKER, Carsten. **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico?** In: HECK, Luís Afonso (org. trad. rev.). *Direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2017, p. 59-60

<sup>335</sup> Idem.

<sup>336</sup> Cf. BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico?** ...p. 61.

<sup>337</sup> Idem.

<sup>338</sup> Cf. ALEXY, **Teoria da argumentação...** p. 218. Segundo Gavião Filho, a justificação interna tem o papel de



A justificação interna, assim, a partir de suas regras estruturais, busca alcançar clareza, consistência, justiça e segurança à decisão judicial que vai aplicar uma norma jurídica a um caso concreto. A ideia central é que seja assegurada racionalidade ao procedimento, e aqui uma racionalidade no que tange às relações entre as premissas da decisão judicial, já que a racionalidade da decisão judicial em si diz respeito à justificação externa.<sup>339</sup>

Na justificação interna encontra-se o núcleo do fundamentar jurídico da decisão. No entanto, é na justificação externa que se encontra o verdadeiro lugar da justificação das decisões judiciais.<sup>340</sup>

O problema do fundamentar jurídico se apresenta pela formalização silogística da aplicação da regra, na forma como se realiza pelo juiz, por exemplo. Nas decisões judiciais, regras jurídicas são aplicadas para decidir um fato real. Isso pode ser bem demonstrado pelo seguinte esquema<sup>341</sup>:

- (1) Se p, então q
- (2) é p
- (3) portanto, q

As primeiras proposições (1) e (2) são as premissas que levam à terceira proposição (3), a conclusão. A aplicação da regra geral é, assim, sempre uma estrutura silogística. Esse esquema pode ser transformado, com uma pequena alteração, em um esquema de aplicação de regras jurídicas, um pouco mais complexo, da seguinte forma:

- (1) se o tipo é preenchido, então é ordenada a realização da consequência jurídica que este estabelece;

---

verificar a validade do silogismo jurídico à luz do ponto de vista da lógica formal. Ela constitui uma derivação de uma proposição de conclusão diante das premissas postas, de acordo com a regras de inferência aceitas. A condição para justificação interna é existir uma regra mediante a qual pode ser afirmada a racionalidade interna da decisão judicial. Desse modo, a forma mais simples da justificação interna é sua conexão com o silogismo, espécie de argumento que possui validade a partir de duas premissas e uma conclusão. A validade do silogismo vai depender de sua estrutura interna, ou seja, se a verdade das premissas sustenta, por derivação lógica, uma conclusão verdadeira. Isso significa que, se todas as premissas são verdadeiras, a conclusão será verdadeira, uma vez que a informação trazida pela conclusão é, antes, trazida, ainda que implicitamente, pelas premissas. No exame da justificação interna não importam as razões pelas quais o juiz efetuou aquela construção das premissas no caso concreto, como por exemplo a razão pela qual fixou determinada pena. Isso é tarefa a ser realizada pela justificação externa. O que importa na justificação interna é que as premissas sejam concatenadas com a ausência de qualquer contradição. Da mesma forma, é tarefa da justificação interna estabelecer premissas universais, que possam ser aplicadas a todos os casos semelhantes. Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...** p. 172-173.

<sup>339</sup> Cf. ALEXY, **Teoria da argumentação jurídica...** p. 224.

<sup>340</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Interpretação jurídica.** In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 68.

<sup>341</sup> Cf. BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico?** ... p. 62.

- (2) o tipo é preenchido;
- (3) a consequência jurídica deve acontecer.

A partir de símbolos, o esquema pode ser simplificado assim:

- (1) se T, então OR
- (2) é T
- (3) portanto, OR

Dessa forma, T representa o tipo e R a consequência jurídica. O O constitui um operador mandamental que expressa a normatividade específica do direito. A primeira proposição (1) pode ser denominada a premissa normativa da lei, que representa a regra jurídica; a segunda proposição (2) pode ser denominada de premissa fática; e, por fim, a terceira proposição representa a conclusão, que é o conteúdo da decisão jurídica concreta. O esquema completo define o silogismo jurídico.<sup>342</sup>

O procedimento colocado em esquema descreve o processo de justificação interna de uma fundamentação jurídica, que pode alcançar um bom resultado a partir da observância de sua estrutura de dedução. E aqui pode ser observado o problema do fundamentar jurídico, ou seja, a tão-só observância da estrutura dedutiva do silogismo, que denota a justificação interna da fundamentação jurídica, não basta para concluir que a sentença jurídica concreta é correta. E a tarefa do juiz, mais do que pronunciar uma sentença lógica, é pronunciar uma sentença correta.<sup>343</sup>

Para a obtenção de uma sentença correta, é necessária a correção das premissas. Assim, uma sentença será correta quando o juiz observa a estrutura dedutiva do silogismo jurídico e, ao lado disso, justifica de forma satisfatória a correção das premissas dadas. É neste âmbito que ganha especial relevância o papel da teoria da argumentação jurídica. A correção da sentença passa a significar a possibilidade da justificação argumentativa das premissas empregadas.<sup>344</sup>

Algumas disposições constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico servem para demonstrar a correção dessas formulações.

O art. 121 do Código penal estabelece que matar alguém é crime, prevendo como consequência jurídica uma pena privativa de liberdade de 6 a 20 anos. A construção da estrutura silogística pode se dar da seguinte forma:

- (1) matar alguém, pena de 6 a 20 anos;

<sup>342</sup> Cf. BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico?** ... p. 61.

<sup>343</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>344</sup> Cf. BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico?** ... p. 66.

(2) A matou B

(3) A deve ser condenado à pena de 6 a 20 anos.

A decisão, assim, vai resultar logicamente da premissa da lei e da premissa do fato. A correção da sentença, aqui, somente pode ser verificada se as premissas da lei ou do fato não forem corretas, ou seja, se contra elas houverem argumentos duvidosos. O silogismo se presta para isso.

O caso do indivíduo A que mata B é um caso que pode ser classificado como simples. Contudo, ele pode vir a se tornar um caso difícil se objeções fundamentadas puderem ser lançadas contra as premissas apoiadoras do resultado. Essas objeções vão abrir espaço à justificação externa da decisão. É aqui o campo para a análise da comprovação do fato e, a partir disso, da correção das premissas. Essas dificuldades do cotidiano jurídico remetem principalmente a questões de comprovabilidade empírica de processos da vida real, às quais não é dada a importância necessária sob o ponto de vista da teoria do direito.<sup>345</sup>

Uma norma admite mais de uma interpretação quando não é possível afirmar, com segurança, que determinada regra pode ser estabelecida como premissa de lei naquela determinada hipótese fática. Isso significa a existência de um espaço semântico. Os espaços semânticos, segundo Alexy, podem ser de três tipos: ambiguidade, vagueza e abertura valorativa. Uma expressão é ambígua quando é possível seu emprego por regras semânticas distintas. É vaga, quando as regras para seu emprego não dizem segurança a regra correta a ser utilizada. E por fim, outro tipo de espaço semântico é constituído pelas expressões abertas valorativamente, como o bom e o justo. Em regra, a ambiguidade pode ser eliminada pelo contexto. Porém, quando há um caso de vagueza semântica ou de abertura valorativa deve-se recorrer a uma regra semântica que fixe o significado da expressão vaga, além das regras que já existem.<sup>346</sup>

Nesses casos, o próprio legislador deixou margem de apreciação ao juiz, mas isso não significa que uma decisão nesse sentido pode vir desacompanhada de uma adequada fundamentação.<sup>347</sup> Dessa forma, quando surge um caso de ambiguidade normativa, o juiz deve resolver o problema de interpretação, optando pelo melhor sentido possível, o que deve ser justificado completamente por boas razões.<sup>348</sup>

Nos casos de espaços semânticos, no entanto, a forma simples de justificação interna

---

<sup>345</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>346</sup> Cf. ALEXY, *A análise lógica de decisões jurídicas...* p. 24-25.

<sup>347</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...* p. 174.

<sup>348</sup> Cf. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory...* p. 68.

parece não bastar. E algumas disposições jurídicas previstas no ordenamento jurídico constituem elementos para indicar a correção de tal formulação.

Um exemplo prático pode ser extraído de um caso envolvendo o direito fundamental à educação. O art. 6º da Constituição brasileira estabelece que o direito à educação é um direito social, e a partir do art. 205 dispõe algumas normas para configuração desse direito. Em face dessa normalização constitucional, surge a possibilidade de um indivíduo, afirmando-se titular do direito à educação, deduzir contra o estado uma pretensão a uma prestação material no sentido de fornecer vaga em escolha e transporte escolar. A questão é saber se a palavra “educação” pode receber a interpretação no sentido de configuração de uma posição fundamental jurídica definitiva a prestações materiais específicas, como o fornecimento de transporte escolar. Se a criança reside em uma zona rural, e sem transporte não é possível frequentar a escola, não há dúvidas quanto à necessidade do transporte para garantir seu direito à educação. Contudo, se a criança reside ao lado da escola, ou se os pais preferem o transporte gratuito a ter que sair de casa para levar a criança à escola, uma resposta positiva no reconhecimento do direito, livre de dúvidas, não pode ser obtida.<sup>349</sup>

Em casos como esse, a justificação não se configura somente por razões dedutivas, sendo imprescindíveis premissas adicionais e julgamentos valorativos, estando excluída a suficiência da justificação dedutiva para dar conta da justificação de decisões judiciais.<sup>350</sup>

Para a asseguaração da racionalidade de uma decisão, portanto, são necessárias premissas adicionais, e novos passos de desenvolvimento devem ser dados até que sejam sanadas as dúvidas quanto às premissas mesmas e a relação de implicação lógica necessária que elas possam estabelecer com a conclusão. Dessa forma, a partir desses passos e premissas a aplicação na norma não mais será objeto de insegurança. Quando passos não são explícitos, e premissas são omissas, dúvidas podem ser estabelecidas quanto à clareza e correção da proposição normativa que se pretende justificar. Assim, a cobertura de um salto lógico por uma cadeia dedutiva correta se dá pela adição de um diverso número de passos e premissas, de acordo com a profundidade argumentativa que se pretende obter.<sup>351</sup>

A teoria do direito cuida principalmente da correção da premissa da lei, o que igualmente ocorre no espaço da justificação externa. Assim, o que deve ser aqui compreendido é que, no esquema do silogismo dedutivo, a justificação interna pode garantir

---

<sup>349</sup> Sobre isso, ver: GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...** p. 175.

<sup>350</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>351</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...** p. 177.

apenas parcialmente a correção de uma decisão judicial. Ou seja, a cada insegurança que possa existir com relação a uma das premissas da hipótese silogística, haverá a insegurança quanto à correção do resultado da decisão como uma consequência lógica.<sup>352</sup>

Uma dentre as muitas possibilidades em que pode haver dúvida quanto à correção das premissas da lei é o caso de haver colisão da regra contida na premissa da lei com outra regra do sistema jurídico. O uso de uma premissa de lei em um contexto de colisão com outra regra pode, assim, fundamentar uma consequência jurídica incorreta. Outros casos em que há dúvidas quanto às premissas da lei são as hipóteses de fato que não possuem regra correspondente no ordenamento, ou ainda casos em que várias normas são correspondentes, mas possuem conteúdo de regulação do fato em sentido contrário.<sup>353</sup>

A dúvida quanto à correção pode se dar também quanto à premissa do fato, como nos casos em que há desacordos sobre dados comprováveis empiricamente. Outro exemplo se dá de problemas quanto à premissa de fato poderia ocorrer na aplicação das regras da carga da prova jurídica.<sup>354</sup>

Restam ainda problemas da fundamentação de premissas que não se deixam associar claramente às premissas de lei ou às premissas do fato. A ausência de clareza diz respeito, entre outras coisas, à vagueza do idioma do direito ou a problemas relacionados à comprovação do fato. No entanto, o que verdadeiramente importa aqui é que esses problemas são objeto da justificação externa de sentenças jurídicas.<sup>355</sup>

De acordo com a reconstrução silogística, o problema de sentenças judiciais diz respeito à questão de como deve ser obtida uma justificação das premissas apoiadoras da sentença. Uma resposta a isso cabe à justificação externa. Para a realização dessa tarefa os princípios, desenvolvidos na doutrina do método jurídico, propõem modelos de argumentação para viabilizar grande parte do trabalho realizado na justificação externa.<sup>356</sup>

Os inúmeros problemas da justificação externa, no entanto, não serão aqui abordados.

---

<sup>352</sup> Cf. BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico?** ... p. 69.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>354</sup> Cf. BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico?** ... p. 70-71.

<sup>355</sup> Idem. A justificação interna de decisões judiciais, assim, pode ser verificada a partir da estrutura silogística ou dedutiva. Segundo Alexy, essa estrutura pode ser compreendida por um esquema de conclusão lógico-formal, o qual ele designa como a forma mais simples da justificação interna. Muito embora a semelhança dessa estrutura com o silogismo, a formalização proposta por Alexy possui maior rigor. Duas variáveis são acrescentadas ao primeiro esquema. A primeira é a regra da eliminação universal, e a segunda é a regra da separação, ou *modus ponendo ponens*. Essas regras tornam o esquema operável e são considerados antes das premissas. A formalização dos pontos antes das premissas designa a carência de fundamentação das respectivas premissas. Aqui se dá inclusive o enlace da justificação interna e da justificação externa. A correção do resultado final depende antes da correção das premissas. Cf. ALEXY, **Teoria da argumentação jurídica**... p. 218-224.

<sup>356</sup> Cf. BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico?** ... p. 72.

O que realmente importa aqui é se a argumentação jurídica na justificação interna, mostra, realmente, uma estrutura fundamental silogística.<sup>357</sup>

A prestação da reconstrução do julgar jurídico em uma estrutura silogística ou dedutiva, como na justificação interna de Alexy, refere-se, principalmente, na exposição daquelas premissas que devem ser supostas para poder considerar a sentença jurídica concreta como completamente fundamentada. Assim, o silogismo jurídico mostra, na forma de uma justificação interna dedutiva, um caráter demonstrativo ou explicativo.<sup>358</sup>

Desse modo, para responder se o fundamentar jurídico em sua estrutura fundamental mostra um caráter silogístico ou lógico, pode-se afirmar que, o tomar por base de uma estrutura silogística para o núcleo do fundamentar jurídico permite reconhecer de forma clara as premissas da sentença. Somente assim, quando as premissas da sentença são claramente reconhecidas, torna-se possível revisá-las com vista à sua correção.<sup>359</sup>

A correção de uma decisão judicial, portanto, somente pode ser feita se suas premissas podem ser reconhecidas com clareza. A tarefa dos operadores do direito consiste exatamente na revisão da correção das premissas das decisões. E o êxito dessa tarefa conduz a bons resultados se o fundamentar jurídico é entendido em sua estrutura silogística.<sup>360</sup>

### 1.5.3 Base e procedimento da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais

Uma vez compreendida a estrutura do fundamentar jurídico, deve ser agora enfrentado o problema da certeza na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. Esse problema conduz à relação entre argumentação e decisão.<sup>361</sup>

O tema da certeza em relação à fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais exprime apenas um ponto de vista do problema geral do direito acerca da existência de uma base e de critérios que viabilizem classificar uma fundamentação jurídica como certa ou errada. Essa é a tarefa da teoria da argumentação jurídica. E aqui, o que se pretende, é o exame da argumentação jurídica tão-somente voltada à solução de problemas jurídicos no âmbito dos direitos fundamentais.<sup>362</sup>

A primeira distinção que deve ser feita é que, no discurso, neste âmbito, não está à disposição o fator de vinculação mais importante à argumentação jurídica geral: a lei

<sup>357</sup> Idem.

<sup>358</sup> Cf. BÄCKER, *O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico?* ... p. 84.

<sup>359</sup> Idem.

<sup>360</sup> Cf. BÄCKER, *O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico?* ... p. 84.

<sup>361</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*...p. 369.

<sup>362</sup> Idem.

ordinária, normalmente concreta, ao menos de forma relativa. Ao invés da lei ordinária, estão as disposições de direitos fundamentais, consideravelmente abertas e abstratas, e ainda, suscetíveis de ideologização. O problema subjacente a isso é saber o que isso provoca no que diz respeito ao controle da racionalidade das decisões que se referem a direitos fundamentais. Para isso, o primeiro passo é examinar a base e o procedimento da argumentação neste contexto.<sup>363</sup>

Na base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, da mesma forma que na argumentação jurídica em geral, estão a lei, os precedentes e a dogmática. O que se quer examinar aqui, considerando a investigação já feita anteriormente, é o necessário para demonstrar que é possível uma argumentação racional no âmbito dos direitos fundamentais.

A vinculação à lei no contexto dos direitos fundamentais deve ser considerada no que se refere ao texto das disposições que os configuram, e também à vontade do legislador. Assim, a expressão máxima dessa vinculação são as regras e formas da interpretação semântica e da interpretação genética. Nesta última ainda está compreendida a interpretação subjetiva-teleológica, que diz respeito aos objetivos associados às disposições de direitos fundamentais pelo legislador. Um papel complementar ainda pode ser exercido pelas formas e regras das interpretações sistemática, histórica e comparativa.<sup>364</sup>

Dessa forma, os argumentos interpretativos linguísticos, genéticos, sistemáticos e práticos gerais possuem papel relevante na justificação de decisões no âmbito dos direitos fundamentais. Para Larenz, não há fundamentos suficientes para que esses argumentos não possam ser aplicados em princípio, na interpretação constitucional, já que as normas constitucionais, como as demais normas jurídicas, igualmente constituem uma manifestação linguística.<sup>365</sup>

A extensão e a força da vinculação da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais a argumentos semânticos e genéticos, no entanto, é limitada. Isso por dois motivos: em face da abertura das disposições e do insuficiente conhecimento histórico sobre essas na constituição. Dessa forma, por não conseguirem muitas vezes obter o resultado pretendido, esses argumentos podem ser superados por outros. Disso resulta que a interpretação semântica e a interpretação genética são insuficientes para vincular a

---

<sup>363</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*...p. 370.

<sup>364</sup> Ibidem, p. 372.

<sup>365</sup> Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Trad. José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 513-514.

argumentação nesse âmbito, uma vez consideradas isoladamente.<sup>366</sup>

A abertura e amplitude da constituição, segundo Hesse, produzem problemas de interpretação mais intensos do que aqueles adjacentes a outros campos jurídicos em que as disposições jurídicas são mais detalhadas. Dessa forma, as regras de interpretação tradicionais, que dizem respeito à vontade objetiva da norma ou à vontade subjetiva do legislador, aos trabalhos preparatórios, à conexão sistemática da norma, sua história ou seu sentido, apenas podem alcançar uma explicação limitada da forma como os tribunais constitucionais chegam a uma decisão.<sup>367</sup>

Alguns sentidos interpretativos podem ser extraídos e conciliados ao texto das disposições de direitos fundamentais, mas não tudo. O fato de o texto permitir ou excluir determinada interpretação é um argumento decisivo. Mas isso não significa afirmar que o argumento semântico sempre prevalece. No entanto, para superar esse argumento não basta demonstrar que a solução contrária ao texto é melhor do que a com ele compatível; as razões para considerar a solução contrária ao texto devem ser fortes para justificar o afastamento do sentido literal da norma jurídica. O que pode ser afirmado, portanto, é que o texto das disposições de direitos fundamentais vincula a argumentação mediante a criação de um ônus argumentativo a seu favor.<sup>368</sup>

Da mesma forma se pode afirmar sobre a história da gênese da constituição e os reflexos disso na interpretação de uma disposição de direito fundamental. Afirmar que isso pode ser atribuído a uma interpretação com um significado decisivo não é possível. Porém, afirmar que os argumentos genéticos não têm importância não é, igualmente, possível. Desse modo, resultando da história algo inequívoco em um sentido ou em outro, isso deve constituir um argumento. E mais, para ele não ser seguido, razões são necessárias para afastá-lo.<sup>369</sup> Um argumento terá maior ou menor força argumentativa na medida da força argumentativa maior ou menor dos demais argumentos, de acordo com a disposição jurídica interpretada.<sup>370</sup>

A extensão e a força da vinculação à lei na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais existem, muito embora existam limites. E isso não contradiz a teoria dos princípios. As normas de direitos fundamentais têm um caráter duplo, como regras e como princípios. Assim, uma vez que o legislador tenha tomado decisões na forma de regras, elas

<sup>366</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 372.

<sup>367</sup> Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 60.

<sup>368</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 372.

<sup>369</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 373.

<sup>370</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...** p. 207.



vinculam, salvo se razões fortes puderem fundamentar o afastamento dessa vinculação.<sup>371</sup>

Os argumentos de interpretação, mesmo exercendo papel relevante na interpretação, estabelecem somente uma primazia *prima facie*, acarretando para quem dele se afasta o dever de suportar o ônus da interpretação. Inclusive, enquanto maior a abertura semântica da disposição jurídica interpretada, maior deve ser o jogo de razões a favor ou contra uma possível interpretação do seu texto. Isso inclusive demanda uma exigência de que um maior número de passos e de premissas adicionais seja utilizado para alcançar uma decisão justificada racionalmente.<sup>372</sup>

Ainda, ao lado da lei, a base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais é, da mesma forma, constituída pelos precedentes. A importância disso se deve ao fato de que se trata de uma autoavaliação do tribunal constitucional enquanto intérprete principal e guardião da constituição.<sup>373</sup>

Com relação ao uso dos precedentes, importa examinar o que as duas regras principais sobre isso – a de que, em havendo um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deve ser utilizado; e a que determina que o ônus de argumentação é de quem pretende afastar o uso de um precedente em determinado caso -, significam para o controle da racionalidade da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais.<sup>374</sup>

O princípio da universabilidade permite retirar de toda decisão do tribunal constitucional uma regra de decisão mais ou menos concreta referente ao caso decidido. Um exemplo dessa referida regra colocado por Alexy é a paradigmática decisão Lebach, que assim estabelece: “No conjunto, portanto, a repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, é necessariamente inadmissível se com isso coloca em risco a ressocialização do autor”.<sup>375</sup>

No caso do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, podem ser citados casos referentes ao direito à educação, mais especificamente do direito ao ensino infantil em creche e pré-escola, de crianças de até 5 anos de idade, em que se determina a realização de prestações materiais por parte do Poder Público para sua realização. Vários precedentes nesse sentido são utilizados como regras de decisão pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>376</sup> A regra mais

<sup>371</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 371-372.

<sup>372</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, *Colisão de direito fundamentais, argumentação e ponderação...* p. 207.

<sup>373</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 373.

<sup>374</sup> Ibidem, p. 373-374.

<sup>375</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...*p. 375. Sobre o caso Lebach, ver: BVerfGE 35, 202; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 486-494.

<sup>376</sup> STF, DJ 03.fev.2006, RE-Agr 410.15 e DJ 03.fev.2006, RE AgR 463.210/SP. No que tange às demais decisões em que são citados os precedentes, podem ser referidas: STF, DJ 03.fev.2006, RE-AgR 436.996/SP;

ou menos concreta que pode ser extraída do aludido precedente é a seguinte: O direito à educação é direito fundamental social e indisponível de todos os indivíduos, constituindo um direito subjetivo e dever do estado, consubstanciado na realização de determinada prestação material pelo Poder Público para sua efetiva realização.

Dessa forma, em casos suficientemente iguais, as regras de decisão como essas são aplicadas reiteradas vezes. A força da regra de decisão de um precedente pode ser observada quando o tribunal constitucional aplica diversas vezes a regra criada na decisão anterior, e também a sua aplicação em casos semelhantes, mas em que existe uma característica nova, hipótese em que o precedente pode ou não ser aplicado.

Importante é observar que a força vinculante das regras de decisão é apenas *prima facie*. Isso significa dizer que uma regra de decisão pode ser afastada se razões forem bastante para isso. Em casos mais fáceis, em que os princípios não exijam uma decisão distinta daquela da regra de decisão, de fato uma sólida e bem definida rede de regras de decisão torna mais amena a necessidade de uma ampla ponderação entre princípios. Mas de forma alguma isso pode significar que princípios percam sua vigência. Em qualquer situação de dúvida esses princípios retornam e podem desenvolver, a partir de nova decisão, sua força de modificação e superação de regras.<sup>377</sup>

O que pode ser extraído disso é que o fortalecimento justificável racionalmente da argumentação pela força vinculante das decisões do tribunal constitucional não significa sua rigidez e irredutibilidade. Por outro lado, contudo, isso igualmente significa dizer que o grau de segurança promovido pelos precedentes é limitado. Esse grau de segurança é igualmente reduzido em face das expressões e fórmulas abertas utilizadas pelo tribunal constitucional, como a proporcionalidade, o mínimo existencial e a reserva do possível. Assim, quanto à vinculação das decisões aos precedentes, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais pode ser considerada aberta em um viés negativo, na medida em que existem limites dessa vinculação, e igualmente aberta, em um sentido positivo.<sup>378</sup>

O sistema de normas e direitos fundamentais é um sistema aberto em razão da exigência dos princípios. Dessa forma, ainda que os precedentes sejam imprescindíveis para o alcance da devida segurança jurídica da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, essa vinculação aos precedentes, por si só, não é suficiente ao controle da racionalidade da

---

STF, DJ 24.mar.2017, ARE 990934 AGR/PB.

<sup>377</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 375.

<sup>378</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 377.

fundamentação nesse contexto.<sup>379</sup>

Além da lei e dos precedentes, a dogmática constitui parte da base da argumentação jurídica no âmbito dos direitos fundamentais as proposições da dogmática jurídica. Sem embargo de uma existência tridimensional da dogmática, constituída pela dogmática empírica, dogmática analítica e dogmática normativa, a questão da base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais tem como sentido a dogmática normativa, e mais especificamente, as teorias normativas dos direitos fundamentais.<sup>380</sup>

As teorias dogmáticas podem apresentar graus de abstração bem distintos, sendo que aqui interessam somente as teorias normativas gerais dos direitos fundamentais, que são aquelas com grau de abstração alto relativamente. Essas são as denominadas teorias materiais de direitos fundamentais. Essas teorias possuem força argumentativa, e não uma força baseada na autoridade.<sup>381</sup>

O que importa aqui é como uma teoria material de direitos fundamentais pode ser construída e pode contribuir para a controlabilidade racional da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais. E uma teoria material de direitos fundamentais enquanto teoria normativa geral é possível somente a partir de uma teoria dos princípios. O problema, contudo, é saber qual teoria dos princípios é a correta.<sup>382</sup>

Três tipos de teorias de princípios devem ser considerados: um deles corresponde às teorias que se baseiam em apenas um princípio de direito fundamental; outro tipo diz respeito às teorias cujo ponto de partida se estabelece em um conjunto de princípios de mesma hierarquia; e o último tipo refere-se às teorias que igualmente se baseiam em um conjunto de princípios, porém estabelecendo uma determinada ordem entre eles.<sup>383</sup>

Segundo Alexy, o conceito de uma teoria de direitos fundamentais não pode ser restringir àquelas teorias que expressam somente um princípio. Existe a possibilidade de uma teoria dos direitos fundamentais que se baseia em um conjunto de direitos fundamentais. Inclusive, aquele que se orientar pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, obterá uma teoria combinada, fundamentada a partir de mais princípios de direitos fundamentais do que apenas o princípio liberal, no qual estão compreendidas a liberdade jurídica e a igualdade jurídica. Isso, tendo em vista que o Tribunal Constitucional Federal se

---

<sup>379</sup> Idem.

<sup>380</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 377.

<sup>381</sup> Ibidem, p. 377-378.

<sup>382</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights ...* p. 379.

<sup>383</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights ...* p. 379.

apoia em diversas teorias de direitos fundamentais.<sup>384</sup>

No entanto, esse tipo de teorias combinadas é suscetível de críticas, notadamente da crítica da inutilidade. Böckenförde, defensor de uma teoria liberal dos direitos fundamentais, modificada por meio de tarefas constitucionais, fundada basicamente no princípio da liberdade jurídica, critica as teorias combinadas.<sup>385</sup> Isso porque elas não significariam mais do que catálogos de *topoi*, que poderiam ser utilizados sem qualquer critério.<sup>386</sup>

Para afastar a objeção, Alexy apresenta três argumentos: *i*) em razão de sua estrutura lógica, princípios são mais do que meros *topoi*; *ii*) pode ser estabelecida uma determinada ordem de princípios mediante a proposição de relações de precedência *prima facie*; por isso uma teoria combinada pode ser uma teoria do tipo de teorias que partem de um conjunto de princípios de direitos fundamentais, que buscam estabelecer uma certa ordem entre eles; *iii*) não se pode esperar muito mais de uma teoria material de direitos fundamentais.<sup>387</sup>

A lei da ponderação mostra que princípios são mais que meros *topoi*.<sup>388</sup> É necessário recorrer à teoria dos princípios a partir de critérios seguros. Se os princípios possuem relevância, eles devem ser devidamente considerados. Uma eventual colisão de princípios deve ser solucionada pela ponderação, que deverá indagar se a importância da satisfação de um princípio justifica a intervenção ou o necessário grau de intervenção em um outro princípio colidente. Muito embora isso não seja definitivo na determinação do resultado, a fundamentação é conduzida na direção de uma justificação racional.<sup>389</sup>

Uma ordem de princípios que conduza sempre a um mesmo resultado não é possível. No entanto, uma ordem de princípios flexível mediante um sistema de precedências *prima facie*, é possível. A teoria material proposta por Böckenförde baseia-se na possibilidade de se demonstrar uma precedência *prima facie* dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica, havendo, portanto, uma carga de argumentação a favor desses princípios. Inclusive, a precedência *prima facie* do princípio da liberdade jurídica assemelha-se com os princípios da presunção básica de liberdade e do *in dubio pro libertate*, utilizadas pelo Tribunal Constitucional Federal.<sup>390</sup>

Objeções, no entanto, foram colocadas ao uso desses princípios. Primeiro, que esses

<sup>384</sup> Ibidem, p. 380.

<sup>385</sup> Para ver mais detalhadamente a teoria de Böckenförde, ver: ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 379-380.

<sup>386</sup> Ibidem, p. 383.

<sup>387</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 383.

<sup>388</sup> Sobre a ponderação ver, supra, Capítulo I, item 1.3.5.

<sup>389</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 384.

<sup>390</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 384.

princípios seriam sobretudo generalizantes, e assim excluiriam as necessárias diferenciações, o que não poderia ser admitido. Contudo, isso não atinge a precedência *prima facie* do princípio da liberdade jurídica, que possibilita qualquer diferenciação, mediante uma fundamentação argumentativa adequada.<sup>391</sup>

Outra objeção consiste na afirmação de que esses princípios são por demais rudimentares, por serem fundados na liberdade, e não é considerada a possibilidade de haver uma colisão entre duas liberdades de indivíduos diferentes, o que poderia levar a uma injustificada preferência de uma liberdade em face de outras. Todavia, a precedência *prima facie* apenas existe em face de outros princípios, que não os da liberdade jurídica e da igualdade jurídica. Uma vez existindo uma colisão entre esses princípios, de titularidades diversas que se choquem entre si, então a precedência *prima facie* deixa aqui de valer.<sup>392</sup>

Outra objeção consiste na constatação de que, havendo dúvida, não se aplicam nem a regulamentação mais liberal nem a menos liberal, mas sim somente aquela regulamentação que for correta. Porém, aqui não é levado em consideração o fato de que a precedência *prima facie* é nada mais do que uma tentativa de encontrar a resposta correta à luz da constituição. Em caso de colisão de princípios, razões a favor e contra uma determinada solução podem ser apresentadas, e todas podem ser boas razões. Assim, somente com uma regra de precedência, pode ser encontrado o resultado correto. Em casos como esse, a precedência *prima facie* mostra que a solução que corresponde ao princípio da liberdade jurídica é a solução correta conforme a constituição.<sup>393</sup>

Mais uma objeção é feita no sentido de que a precedência *prima facie* não seria compatível com a função de otimização, estabelecida pela ideia de unidade da constituição. Porém, de modo algum a precedência *prima facie* exclui a possibilidade de ponderação, imprescindível à própria estrutura dos princípios. A precedência constitui exatamente uma regra de solução para um caso difícil argumentativamente, que pode ter origem em um processo de otimização.<sup>394</sup>

Ainda, mais uma objeção sustenta que a precedência *prima facie* conduziria a uma interpretação extensiva dos direitos de liberdade e, assim, representaria um individualismo anarquista e um liberalismo econômico demasiado. Isso valoriza de fora exagerada a importância substancial da precedência *prima facie*. Ela não exclui a possibilidade de o

---

<sup>391</sup> Ibidem, p. 385.

<sup>392</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 384.

<sup>393</sup> Ibidem, p. 385.

<sup>394</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 385.

princípio da liberdade jurídica ser preterido em face de outros princípios colidentes, mas sim exige que sejam dadas razões mais fortes a favor da solução exigida pelos princípios colidentes que a favor da solução exigida pelo princípio da liberdade jurídica. Disso se extrai a crítica que realmente importa neste âmbito, que sustenta tratar-se, a precedência *prima facie*, de uma regra meramente formal. Sem embargo de ela estabelecer uma tendência em favor da liberdade jurídica e da igualdade jurídica para a teoria dos princípios, ela não propõe nenhum critério que disponha sobre até onde essa tendência deve prevalecer. Para isso deve haver critérios substanciais, cuja utilização é estruturada, e não plenamente definida, a partir da precedência *prima facie*. Aqui pode ser observada uma restrição do valor prático da precedência condicionada, o que torna sem utilidade. A impossibilidade de se chegar a um determinado resultado não leva à inutilização da estruturação que a precedência *prima facie* pode fornecer.<sup>395</sup>

O terceiro ponto conduz, então, a esta conclusão: não se pode esperar muito de uma teoria material de direitos fundamentais. O ideal aqui seria uma teoria que conduzisse a uma resposta correta para todos os casos.<sup>396</sup> Chegar-se sempre a uma resposta correta a partir de uma teoria material de direitos fundamentais, no entanto, não seria possível. As precedências *prima facie* estabelecem uma estrutura de argumentação fundada em princípios, e não uma determinada ordem inflexível, que leve sempre a certo resultado. Assim, o que é possível, a partir disso, é a definição de uma ordem concreta, alcançada por relações concretas de precedência, que determinem os pesos relativos dos princípios em um caso dado.<sup>397</sup>

Uma teoria material de direitos fundamentais, que possa fornecer a solução para todos os casos referentes a direitos fundamentais, não é, de fato, possível. Por isso, para Alexy não se pode esperar muito de uma teoria como essa. O que ela pode fornecer, isso sim, é uma base estrutural, mais racional possível, para a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais. Os critérios então exigidos para que uma teoria material seja substancialmente aceitável, podem então ser fornecidos por uma teoria dos princípios constituída de um conjunto de princípios de direitos fundamentais, organizados em uma ordem não rígida, com base em precedências *prima facie* a favor dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade

---

<sup>395</sup> Ibidem, p. 384-385.

<sup>396</sup> Quem tentou construir uma teoria perfeita do direito foi Dworkin. Essa seria baseada em princípios, e seus respectivos pesos relativos, que pudessem justificar da melhor forma possível os precedentes e as normas do direito positivo de modo a permitir sempre a condução à resposta correta. Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 385. Sobre isso, ver: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 65 ss.

<sup>397</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 385.

jurídica.<sup>398</sup>

Dessa forma, foi possível verificar que a questão referente à controlabilidade racional da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais pode ser pensada a partir de sua base. O que se pode extrair é que, a partir dessa base, a estruturação e determinação da argumentação neste âmbito podem alcançar racionalidade, muito embora a força e extensão desse controle que disso subjaz possuem limites. Uma lacuna de racionalidade, assim, remanesce. E esta lacuna somente pode ser preenchida pelo procedimento da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, qual seja, o discurso de direitos fundamentais.<sup>399</sup>

O discurso de direitos fundamentais constitui-se de um procedimento argumentativo cuja função é o alcance de resultados corretos conforme a constituição, a partir da base aqui estabelecida. Tendo em vista que a argumentação jurídica é definida de forma incompleta a partir de sua base, a argumentação prática geral se faz necessária para o discurso no âmbito dos direitos fundamentais. E o discurso, tanto nesse âmbito quanto no âmbito do discurso jurídico geral, compartilha do mesmo problema: a insegurança quanto aos resultados, característica do discurso prático geral. E por esta razão a abertura do sistema jurídico, promovida pelos direitos fundamentais, é inexorável. Contudo, trata-se de uma abertura qualificada, já que não se trata de uma abertura no sentido arbitrário ou decisionista.<sup>400</sup>

A base apresentada é capaz de alcançar à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais certa estabilidade. E ainda, a partir das regras e formas propostas pela argumentação prática geral e pela argumentação jurídica, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre essa base, possui uma estrutura racional.<sup>401</sup>

A existência de insegurança quanto aos resultados obtidos pelo discurso no âmbito dos direitos fundamentais conduz à necessidade de decisões dotadas de autoridade, tarefa que somente pode ser realizada pela jurisdição constitucional. A decisão a ser tomada pelo tribunal, além da mera argumentação, não conduz, de forma alguma, à irracionalidade. De forma geral, pode-se dizer que a razão prática somente pode ser realizada no âmbito de um sistema jurídico que vincule, racionalmente, argumentação e decisão. Assim, a partir dessas reflexões, é razoável a institucionalização de uma justiça constitucional cujas decisões podem e devem ser justificadas e criticadas em um discurso jusfundamental racional.<sup>402</sup>

---

<sup>398</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 386.

<sup>399</sup> Ibidem, p. 386-387.

<sup>400</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 387.

<sup>401</sup> Idem.

<sup>402</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 387.

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Até aqui se concentrou no exame dos principais elementos da dogmática dos direitos fundamentais e da argumentação necessários ao enfrentamento da correção de decisões no âmbito do direito fundamental à educação. A partir de agora, é o estudo dos direitos fundamentais sociais que deve ser realizado, tendo em vista que o direito à educação é um direito social, e a compreensão de sua base teórico-normativa se faz indeclinável para o propósito aqui perseguido.

### 2.1 DIREITOS SOCIAIS

Direitos fundamentais sociais constituem direitos dos indivíduos em face do estado a algo que o indivíduo, se possuísse condições financeiras e houvesse a suficiente oferta no mercado, poderia obter igualmente de particulares. Direitos fundamentais sociais, como os direitos à saúde, à educação e à assistência social, são, segundo Alexy, direitos a prestações em sentido estrito.<sup>403</sup>

Para situar historicamente os direitos sociais, importante observar que esses tiveram surgimento com o constitucionalismo da social democracia do século XX, ao lado dos direitos econômicos e dos direitos culturais.<sup>404</sup> O surgimento desses direitos culminou com o amadurecimento de novos valores da sociedade da época, como o bem-estar e a igualdade não apenas formal, mas uma liberdade a ser efetivada pelo estado. Os direitos sociais, desse modo, diferentemente dos direitos liberais, que exigem apenas uma abstenção por parte do estado em respeito à esfera de liberdade do indivíduo, exigem uma atuação positiva do estado, o que termina por exigir a organização dos serviços públicos e que, historicamente, pela sua própria concepção, ensejou o surgimento de uma nova forma de estado, o estado social.<sup>405</sup>

A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição da República de Weimar de 1919 foram as primeiras constituições a albergarem os direitos sociais, inaugurando uma nova era, a do constitucionalismo social. Esse modelo de estado social passou a ser contemplado no

<sup>403</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 334-335.

<sup>404</sup> Os direitos sociais são classificados, historicamente, como direitos de segunda geração. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 562 ss; e BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5. No entanto, é importante referir que Alexy trabalha a classificação dos direitos fundamentais de outra forma, sem fazer menção à classificação desses na história, pelas gerações. Para isso, ver: ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights...* p. 111 ss.

<sup>405</sup> Cf. BOBBIO, **A era dos direitos...** p. 5 e 72. Ver, ainda, nesse sentido: TREVISAN, Leonardo. Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy. **Revista Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, agosto, 2015, p. 142.



Brasil pela Constituição de 1934, inspirado no modelo alemão, passando então a contemplar, a cada constituição, mais direitos sociais, ao lado de outros direitos fundamentais.<sup>406</sup>

A Constituição Federal de 1988 contempla uma grande variedade de direitos sociais, e o fato de demandarem sempre uma atuação positiva do estado para que sejam cumpridos, é objeto de amplo debate no âmbito dogmático e da prática jurídica, em face principalmente de problemas adjacentes à sua justiciabilidade. A controvérsia cinge-se principalmente no fato de tribunais, em lugar do legislador democraticamente eleito, serem compelidos a decidir a respeito do sentido e do alcance desses direitos.<sup>407</sup>

Ainda, o debate se torna mais acirrado em face da indiscutível importância desses direitos, cuja efetivação está ligada com o direito a um nível mínimo de subsistência digna dos indivíduos.

Não se pode deixar de observar que a opção pelo estado de direito social e democrático veio acompanhada de uma série de avanços no âmbito dos direitos fundamentais, que passam a ser tratados com prioridade e como valores supremos do sistema jurídico-constitucional, a partir de um regime jurídico diferenciado, que atribui às normas de direitos fundamentais aplicabilidade imediata.

O estado, no âmbito dos direitos sociais, assume uma tarefa de configuração da ordem social, tendo que intervir em espaços até então postos fora de seu alcance. Um estado social é um estado que deve planificar, prestar e distribuir, para fins de garantir o real exercício das liberdades, que, sem a devida atuação do estado, podem se transformar em meras liberdades sem conteúdo.<sup>408</sup>

Muitos problemas, contudo, são originados dos direitos sociais enquanto direitos a prestações positivas, podendo ser eles divididos em quatro categorias: justificação, conteúdo, estrutura e competência.<sup>409</sup>

O primeiro grupo de problemas diz respeito à esta questão, se os direitos sociais, como direitos a prestações positivas, são direitos fundamentais e podem ser incluídos em catálogo de direitos fundamentais ao lado, por exemplo, dos direitos fundamentais de defesa. Essa questão se coloca mais intensamente porque os direitos sociais podem ser identificados ou incluídos nas questões políticas. O problema da justificação denota questões de interpretação de se uma constituição contempla direitos a prestações positivas. Essa questão

<sup>406</sup> Cf. BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...* p. 369.

<sup>407</sup> Cf. KLATT, Matthias. *Positive rights – Who decides?* Judicial Review in Balance. Acessado em <http://graz-jurisprudence.at>, em 15 de abril de 2017, p. 2 ss.

<sup>408</sup> Cf. HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã...* p. 170-175.

<sup>409</sup> Cf. KLATT, *Positive rights – Who decides?* Judicial Review in Balance...p. 2 ss.

pode ser respondida pelo conteúdo explicitado nas normas previstas na constituição ou por uma interpretação judicial criativa e extensiva. O problema da justificação dos direitos sociais foi bastante intenso logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficando por mais de uma década controvertida a questão sobre serem as normas que contemplam direitos sociais meramente programáticas, ou se efetivamente estabeleciam direitos a prestações positivas. O Supremo Tribunal Federal acabou por pacificar a questão a partir de um debate travado em uma série de decisões a respeito do direito fundamental social à saúde.<sup>410</sup>

O segundo grupo de problemas diz respeito ao conteúdo dos direitos sociais enquanto direitos positivos. Ainda que solucionado o problema da justificação, restam problemas acerca da definição da exata extensão dessas obrigações positivas do estado, bem como quanto aos meios que podem ser empregados para torná-las efetivas. E o âmbito de proteção deve ser estabelecido a partir da colisão com outros princípios, como os princípios financeiros e direitos de terceiros. Qualquer medida de proteção do direito à educação, por exemplo, implica em custos, que podem ser medidos em dinheiro ou em liberdade, ou em ambos.<sup>411</sup>

Desse modo, tem-se que qualquer solução acerca da justificação ou do conteúdo desses direitos depende de uma clara compreensão acerca de sua estrutura, que representa o terceiro grupo de problemas. A dogmática constitucional mais recente parece ter alcançado avanço no entendimento dessa estrutura, em particular sobre a relação entre direitos sociais e o princípio da proporcionalidade. A partir do raciocínio da lógica da diferença entre uma estrutura disjuntiva e outra conjuntiva, a proporcionalidade, cuja expressão máxima se encontra na ponderação, apresenta diferenças importantes quando aplicados a direitos sociais.<sup>412</sup>

O quarto e último grupo de problemas é o da competência e da justiciabilidade, que estão intimamente ligados ao papel dos tribunais na função de efetivar os direitos sociais, ou a prestações positivas, o que deve ser esclarecido em face da competência do legislador. Muitas vezes esses dois níveis, das questões materiais e da competência, são confundidos. Isso se verifica a partir da denominada objeção democrática dos direitos positivos. Essa objeção

---

<sup>410</sup> Cf. KLATT, *Positive rights – Who decides?* Judicial Review in Balance... p. 2 ss. As decisões do Supremo Tribunal Federal citadas por Klatt são as seguintes: STF, Ag.Reg. no Ag.AI n. 238.328-0/RS, segunda turma, Rel. Min. Marco Aurélio, 16.11.1999; STF, Ag.Reg. no RE n. 271286-8 AgR/RS, segunda turma, Rel. Min. Celso de Mello, 12.09.2000.

<sup>411</sup> Cf. KLATT, *Positive rights – Who decides?* Judicial Review in Balance...p. 4-5.

<sup>412</sup> Ibidem, p. 5.

confunde o problema da justificação com o da competência.<sup>413</sup>

Ainda quanto aos reflexos dos direitos sociais enquanto direitos positivos, Alexy distingue os direitos sociais enquanto direitos a prestações em duas espécies: aqueles expressamente previstos no texto constitucional, e aqueles associados a normas de direito fundamental expressas por meio de interpretação. Os primeiros são geralmente designados de direitos fundamentais sociais, enquanto os últimos são designados de direitos fundamentais a prestações ou interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade. Muito embora seja relevante a diferença entre os primeiros e os últimos, eles coincidem em termos de estrutura, conteúdo e problemas. Assim, todos os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito podem ser designados como direitos fundamentais sociais, sendo que podem ser de diferentes espécies, aqueles previstos na constituição e aqueles provenientes de associações por meio de interpretação.<sup>414</sup>

As normas associadas às normas de direitos fundamentais sociais podem ser de vários tipos. Sob o ponto de vista teórico-estrutural, elas podem ser divididas com base em três critérios: em normas que garantem direitos subjetivos ou apenas obrigam o estado objetivamente; em normas vinculantes ou não vinculantes (ou programáticas). A vinculação diz respeito à possibilidade de controle por meio de um tribunal constitucional. E ainda, em terceiro lugar, as normas podem servir de fundamento a direitos e deveres *prime facie* ou definitivos, ou seja, regras ou princípios. Esses critérios combinados entre si dão a origem a oito diferentes tipos de normas, sendo que a proteção mais intensa é aquela alcançada pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações.<sup>415</sup>

Essa tabela realizada por Alexy que estabelece todos os tipos de normas de direitos fundamentais sociais serve de base para as diversas teses teórico-normativas sustentadas neste âmbito. Desse modo, o direito de participação originário, objeto da primeira decisão *numerus clausus*, foi classificado como “pretensões constitucionais a prestações”, que devem ser entendidas como “meros enunciados programáticos”. Ou seja, aqui tem-se um direito subjetivo definitivo não vinculante. Na decisão, o Tribunal Constitucional Federal considera o direito à admissão em curso universitário, após conclusão do ensino médio, um direito que se

<sup>413</sup> Cf. KLATT, *Positive rights* – Who decides? Judicial Review in Balance...p. 5-6. Muito embora o tema da competência não seja objeto de maior aprofundamento neste espaço, necessária a explicitação de sua existência no rol de problemas jurídico-normativos adjacentes à questão dos direitos sociais enquanto direitos positivos. No entanto, essa questão foi amplamente debatida por Klatt. Para isso, ver em KLATT, *Positive rights* – *Who decides?* Judicial Review in Balance... p. 5 ss.

<sup>414</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 335-336.

<sup>415</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 335-336.

encontra sob a reserva do possível.<sup>416</sup>

Além das diferenças de ordem estrutural dos direitos fundamentais sociais, igualmente importantes são as diferenças substanciais, como a diferença entre um conteúdo minimalista e um conteúdo maximalista. O conteúdo mínimo denota a realização mínima do direito, como o direito a um mínimo existencial. O máximo significa a realização completa do direito. Na educação, a realização máxima se daria ao caracterizar o direito à educação como “pretensão a uma emancipação intelectual e cultural voltada à individualidade, à autonomia e à plena capacidade político-social.”<sup>417</sup>

O que se denota a partir dessa diferenciação entre as normas de direitos fundamentais sociais é que em grande parte os problemas que oferecem não podem ser resolvidos como uma questão de tudo-ou-nada.<sup>418</sup> A resposta pode ser obtida à luz da teoria dos princípios e da ponderação.

## 2.2 O MODELO DE ALEXY

Alexy propõe um modelo de direitos fundamentais sociais construído com base na teoria dos princípios, na diversidade de espécies de normas de direitos fundamentais sociais, e levando-se em consideração tanto os argumentos contrários como os argumentos a favor dos direitos sociais.<sup>419</sup> O modelo foi proposto tendo em vista a quase total ausência de normas de direitos fundamentais sociais explicitamente formuladas na Lei Fundamental alemã, o que enseja bastante controvérsia na doutrina e jurisprudência.<sup>420</sup>

Esse modelo é a expressão da ideia diretriz formal a respeito dos direitos sociais, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não podem ser simplesmente deixadas para uma maioria simples. No âmbito dos direitos sociais isso significa que posições referentes a direitos a prestações são, do ponto de vista constitucional, tão importantes que decisões que versem sobre sua garantia ou não podem, da mesma forma, ser deixadas para a maioria parlamentar simples.<sup>421</sup>

Conforme o que estabelece essa fórmula, a questão referente a quais direitos sociais o indivíduo definitivamente possui pode ser resolvida pela ponderação de princípios. De um

<sup>416</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 336.

<sup>417</sup> Ibidem, p. 336-337.

<sup>418</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 337.

<sup>419</sup> Ibidem, p. 343.

<sup>420</sup> Cf. ALEXY, *Social Constitutional Rights and Balancing...* p. 2.

<sup>421</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 343.

lado está o princípio da liberdade fática. Do outro estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes, e ainda os princípios materiais, referentes principalmente à liberdade jurídica, e também aos demais direitos fundamentais sociais e bens ou interesses coletivos.

Muito embora a questão de saber quais são os direitos sociais que o indivíduo tem deve ser aferida à luz da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais, uma resposta geral pode ser dada. Assim, um direito a prestações pode ser garantido se o princípio da liberdade fática o exigir de forma premente, e se o princípio da divisão de poderes e o princípio democrático, e assim também os princípios materiais colidentes, especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica do outro, forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional do direito e pelas decisões dos tribunais o levarem em consideração. No caso dos direitos sociais mínimos, como o direito a um mínimo existencial, ou a garantia à educação básica, essas condições são atendidas.<sup>422</sup>

Alexy sustenta que a Lei Fundamental alemã contém direitos sociais, especialmente o direito ao mínimo existencial. Muito embora o Tribunal Constitucional Federal já estivesse dando passos no sentido do reconhecimento dos direitos sociais, foi em 9 de fevereiro de 2009, na conhecida decisão do caso “Hartz IV”, que houve o reconhecimento explícito do direito ao mínimo existencial.<sup>423</sup>

Algumas objeções, no entanto, são levantadas contra os direitos sociais, e uma delas consiste exatamente nisto, que mesmo os direitos sociais mínimos, principalmente quando muitos precisam deles, causam um impacto financeiro grande no estado. Assim, a existência de direitos sociais definitivos tornaria impossível a devida flexibilidade em tempos de crise, podendo uma crise econômica transformar-se em uma crise constitucional.<sup>424</sup>

Ainda, o objeto desses direitos é extremamente indeterminado e de difícil definição, o que enseja a possibilidade de se pensar que a determinação de seu conteúdo estaria a cargo do processo político, e não do tribunal constitucional. Assim, normas de direitos fundamentais sociais seriam normas não vinculativas, na medida em que uma violação a elas não poderia ser objeto de controle pelo tribunal constitucional.<sup>425</sup>

O modelo de direito fundamental social de Alexy tem como base a ponderação.

<sup>422</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*...p. 343-344.

<sup>423</sup> Cf. ALEXY, *Social Constitutional Rights and Balancing*, p. 4. O direito ao mínimo existencial consiste no dever do estado de garantir as condições básicas para uma existência digna. Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 309-310. Ainda, trata-se de um direito subjetivo definitivo vinculante. Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 346.

<sup>424</sup> Ibidem, p. 344.

<sup>425</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*...p. 345.

Desse modo, como ocorre em todos os modelos baseados na ponderação, aquilo que é devido *prima facie* é mais amplo do que aquilo que é devido definitivamente. Os direitos sociais são geralmente direitos *prima facie*, e isso não significa que não sejam vinculantes. O que isso quer significar é que deve haver ponderação para se chegar a um direito definitivo.<sup>426</sup>

Exemplo ilustrativo disso é a sentença *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Federal.<sup>427</sup> No caso, o ponto de partida do Tribunal Constitucional Federal consistiu em considerar como direito subjetivo *prima facie* e vinculante o direito de todo indivíduo que tenha concluído o ensino médio a ser admitido em curso universitário de sua escolha. Assim, enquanto direito *prima facie*, constitui direito vinculante, e não um simples conteúdo de natureza programática, o que fica claro quando o Tribunal afirma que o direito não pode, em sua validade normativa, depender de um menor ou maior grau de possibilidades de ser realizado. A natureza *prima facie* vinculante impede que a cláusula da “reserva do possível”, no sentido daquilo que o indivíduo pode exigir razoavelmente da sociedade, não pode conduzir ao esvaziamento do direito. A cláusula da reserva do possível significa, assim, a necessidade de ponderação desse direito. Na primeira decisão *numerus clausus* o Tribunal Constitucional Federal atribui a todos os direitos a prestações a fórmula da “tensão indivíduo/sociedade”, considerada no contexto da liberdade geral de ação.<sup>428</sup> A decisão, ao final, não considerou como definitivo um direito de todos à admissão em curso universitário de sua escolha, mas considerou como definitivo o direito de todos a um procedimento de seleção com iguais chances de participação. Ou seja, aqui ficou claro o direito a procedimentos, que constitui uma das posições jurídicas que constituem os direitos fundamentais sociais.<sup>429</sup>

Portanto, o modelo de direitos sociais proposto estabelece que o indivíduo possui um direito à prestação quando o princípio da liberdade fática, ou da dignidade humana<sup>430</sup>, tem peso maior que os princípios formais e materiais com os quais colide, considerados conjuntamente.

Dessa forma, o modelo de Alexy permite concluir que os direitos fundamentais

<sup>426</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*...p. 345.

<sup>427</sup> Cf. BVerfGE 43, 291; SCHWABE, Jürgen (Col. Orig.) **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal**... Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Biggeli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Gerales Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stigtung, 2005, p. 656-667.

<sup>428</sup> Idem.

<sup>429</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 344-345.

<sup>430</sup> Em escrito recente Alexy estabeleceu a dignidade humana como um dos princípios que entra em colisão com os princípios formais e materiais na ponderação envolvendo direitos sociais, por constituir o único princípio que pode sempre estar ao lado dos direitos sociais em todos os casos. Cf. ALEXY, *Social Constitutional Rights and Balancing*... p. 5 ss.

sociais são direitos *prima facie*, que somente podem se tornar definitivos quando o resultado da ponderação indicar que não há razões de peso maior em sentido contrário.<sup>431</sup>

Esse raciocínio deve ser feito na fundamentação de sentenças jurídicas no âmbito do direito fundamental à educação, direito social por excelência, assim definido pelo art. 6º da Constituição Federal de 1988. O próximo passo, portanto, é o exame do direito fundamental social à educação no sistema jurídico brasileiro.

---

<sup>431</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 344-345.

### 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A presente investigação diz respeito à justificação racional das proposições normativas concretas que são resultado da interpretação e aplicação pelos juízes e tribunais das normas do direito fundamental social à educação na resolução de demandas em que são deduzidas, em face dos entes estatais, a realização de prestações materiais concretas.

Assim, para a correta compreensão disso, bem como para o exame da correção de sentenças jurídicas nesse âmbito, deve agora ser investigada e conhecida a normalização do direito fundamental à educação na Constituição Federal de 1988.

#### 3.1 O CONTEÚDO DA EDUCAÇÃO

As disposições dos arts. 6º e 205 da Constituição Federal deixam formular a norma de que todos têm direito à educação. A partir disso, pode ser colocada a seguinte questão. A norma cujo significado é a proposição normativa que diz que todos têm direito à educação deve ser entendida no sentido de que todos têm direito precisa e fundamentadamente a que tipo de coisa, ação ou comportamento?

Aqui não é o lugar para se buscar uma definição de educação, entendendo-se suficiente que sejam apresentadas algumas linhas para a formulação de um conceito de educação.

Na medida em que os fundamentos teóricos que inspiram o fio condutor desta investigação são kantianos, exatamente porque assentados na filosofia e na teoria do direito de Alexy, entende-se justificado buscar em Kant linhas para o conceito de educação.

Segundo Kant, o homem é uma criatura que precisa ser educada, entendendo-se educação como cuidado de sua infância, a disciplina e a instrução com a formação. Por isso mesmo, o homem é infante, educando e discípulo. Por cuidado, entendem-se as precauções que os pais devem ter a fim de que os filhos não façam uso nocivo da força<sup>432</sup>. A disciplina “transforma a animalidade em humanidade”. Kant deixa saber que o homem tem necessidade de sua própria razão, e precisa formar por si mesmo o projeto de sua conduta. Mas, o homem chega ao mundo em estado bruto, desprovido de capacidade, para sozinho, alcançar sua autonomia e liberdade. Uma geração educa a outra. A geração anterior educa a geração

---

<sup>432</sup> Cf. KANT, Immanuel. **Sobre a pedagogia**. Trad. Francisco Cock Fontanella. 2 ed. Piracicaba: Unimep, 1999, p. 11, número de margem 441.



subsequente ensinando a submissão às leis da humanidade<sup>433</sup>. É a disciplina, afirma Kant, quem submete o homem às leis da humanidade<sup>434</sup>.

O homem tem necessidade de cuidados e de formação, que compreende a disciplina e a instrução. A instrução é a parte positiva da educação. Ela vai garantir à espécie humana o cumprimento de sua finalidade, que é chegar a um estado melhor no futuro. A educação desempenha um papel fundamental na formação humana. Nesse sentido, Kant deixa saber que “o homem não pode se tornar um verdadeiro homem senão pela educação”<sup>435</sup>. A educação é um processo que educa o homem para a liberdade. Ela libertaria o homem do estado bruto.

No entanto, a educação não deve ser entendida como algo fixo, formal ou sistemático, constituindo uma arte que necessita de constante aprimoramento. Esse aperfeiçoamento contínuo se deve pelo caráter problemático, penoso, mas necessário da educação. O processo pedagógico sempre deve ser revisto, já que busca enquadrar os homens não em um atual estado da espécie humana, mas em um estágio futuro possível e melhor, buscando a racionalidade e a humanidade de forma mais autônoma a cada vez. A educação é a fonte de esclarecimento e, ao mesmo tempo, de todo o bem do mundo.<sup>436</sup>

O conceito de educação, portanto, é aliado a um ideal de progresso. É preciso cuidar da disciplina e da instrução para que, se descuidadas, não permitam aos homens continuarem no estado de brutalidade e selvageria. Assim, a perfeição da natureza humana é a finalidade que cada geração deve deixar como herança para as gerações futuras. A educação deve ser, pois, de tal maneira que possa proporcionar o aperfeiçoamento da humanidade<sup>437</sup>.

Desse modo, então, o conceito de educação pressupõe cuidado, disciplina e formação de uma geração para com outra geração a fim de que as leis da humanidade sejam observadas. Nesse sentido, está justificado afirmar que as normas da Constituição Federal que tratam do direito à educação parecem ter acolhido o conceito kantiano de educação. Isso porque deixam formular proposições normativas estabelecendo os cuidados que devem ser observados em relação às crianças e adolescente. Igualmente, as disposições constitucionais do direito à educação diretamente perseguem pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.<sup>438</sup> Igualmente, faz-se sentir a influência do conceito kantiano de educação quando se trata da instrução. A instrução leva o

---

<sup>433</sup> Idem.

<sup>434</sup> Cf. KANT, **Sobre a pedagogia...**, p. 13, número de margem 442.

<sup>435</sup> Cf. KANT, **Sobre a pedagogia...** p. 15, número de margem 443

<sup>436</sup> Ibidem, p. 17, número de margem 445.

<sup>437</sup> Cf. KANT, **Sobre a pedagogia...** p. 17, número de margem 445.

<sup>438</sup> Cf. SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 37.

educando a adquirir conhecimento, informações e técnicas para o desempenho de atividades ou a prática de uma profissão, ou seja, diz respeito a informações menos complexas e de domínio de certo nível de conhecimento.<sup>439</sup>

Portanto, educação é cuidado, disciplina e instrução. Nesse sentido, a educação busca tornar os indivíduos mais íntegros, para que possam utilizar a técnica recebida com sabedoria e disciplina. Ela pretende capacitar o indivíduo para agir de forma consciente diante de novas situações da vida, a partir de todo conhecimento anteriormente adquirido. Assim, por exemplo, diz a disposição do art. 1º da 9.394/96, lei de diretrizes e bases da educação nacional: “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais, e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.

Por fim, sobre esse ponto, merece ser observado que na normalização constitucional aparecem empregados os conceitos de educação e ensino. A Constituição Federal, ao fazer menção ao direito fundamental à educação, nos arts. 6º e 205, utiliza a palavra *educação*. Contudo, nos arts. 206 e 208 a expressão utilizada é *ensino*. Já a lei de diretrizes e bases da educação<sup>1</sup>, utiliza basicamente a expressão *educação*, usando poucas vezes o termo *ensino*. Sobre isso, parece se achar justificado afirmar que ensino deve ser tomado no sentido de instrução.

A educação não pode ter êxito sem o ensino, e esse corresponde às ações, planejamento, organização, direção e avaliação da atividade didática. Ele é o principal meio e fator da educação, contendo as formas e condições para sua realização.<sup>440</sup> Inclusive, a Constituição Federal fala em ensino ao referir-se à educação escolar, conforme as proposições normativas dos arts. 206 e 208.

O conceito de educação, portanto, é mais geral, e quanto mais geral é um conceito, tanto maior é o número de objetos que ele cobre e, assim, maior é seu grau de extensão. Inclusive, a generalidade em sentido restrito é uma propriedade dos conceitos. Um conceito pode ser geral em maior ou menor grau, pois a generalidade é uma questão de grau.<sup>441</sup> Desse modo, o que pode ser entendido é que o conceito de educação abarca os conceitos de cuidados, disciplina e instrução. E nesse ponto, instrução e ensino devem ser considerados como expressões intercambiáveis, já que ambos dizem respeito à pretensão de formação de

---

<sup>439</sup> Cf. JOAQUIM, Nelson. Direito à educação à luz do Direito Educacional. **Revista Jus Navegandi**, ISSN 1518-4812, Teresina, ano 11, n. 1081, 17 jun 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8553>. Acesso em: 15 out. 2017, p. 1-2.

<sup>440</sup> Cf. JOAQUIM, **Direito à educação à luz do Direito Educacional...** p. 2.

<sup>441</sup> Cf. ALEXY, **Fundamentação jurídica, sistema e coerência...** p. 126-127.

um indivíduo instruído, qualificado para o trabalho e participativo na sociedade.

No próximo passo será analisada a forma como está estabelecido o direito à educação na Constituição Federal, a partir do estudo de suas proposições normativas. E direito à educação será aqui entendido como a atividade que se desenvolve, preferencialmente, na escola, já que as decisões que se pretende examinar nesse âmbito dizem respeito ao direito à educação nesse sentido.

### 3.2 A DISPOSIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A discussão em torno do direito à educação como direito fundamental social, bem como da fundamentação correta de decisões judiciais nesse âmbito coloca a necessidade de análise das proposições normativas que o estabelecem na Constituição Federal de 1988.<sup>442</sup>

O art. 6º da Constituição Federal concebe a educação como direito fundamental social, procedendo, posteriormente, a uma exposição mais aprofundada do direito fundamental à educação em várias outras proposições normativas, precisadas entre os artigos 205 e 214, que estabelecem os objetivos e as diretrizes para regulamentação do sistema educacional do país, assim como definem competências e serviços a serem prestados pelo estado, inclusive priorizando a atuação desse na educação<sup>443</sup>.

O artigo 205 da Constituição Federal estabelece que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento das pessoas, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. O direito à educação assume aqui uma de suas características fundamentais, no momento em que é colocado como dever do estado, o qual tem a obrigação fática e jurídica de oferecer o ensino público obrigatório e gratuito, sendo esse o mínimo a ser garantido ao indivíduo.

A Constituição Federal, por suas proposições normativas, normaliza o direito fundamental à educação mediante o reconhecimento de posições fundamentais jurídicas

---

<sup>442</sup> O tema do direito à educação abre espaço para inúmeros debates, como a questão da qualidade da educação. Além de não atingir a todos, o que constitui um problema de acesso à educação, a busca por uma melhoria da qualidade do ensino igualmente é tema importante no âmbito do direito fundamental à educação. No entanto, por falta de espaço e especial pertinência disso à contribuição que se pretende fazer com a presente investigação, isso não será aqui desenvolvido. Sobre isso, ver: HADDAD, Sérgio e CAMPO, Maria Malta. **O direito humano à educação escolar pública de qualidade**. In: HADDAD, Sérgio e GRACIANO, Mariângela (Orgs.). **A educação entre os direitos humanos**. São Paulo: Ação educativa, 2006, p. 95-125.

<sup>443</sup> O art. 209 da Constituição estabelece que a educação deve ser prestada de forma prioritária pelo estado, sem prejuízo o desenvolvimento desta atividade por particulares.

diferentes. Uma delas é o direito das crianças de até 5 anos de idade ao ensino infantil, que compreende pré-escola e creche, conforme o disposto no art. 208, IV. Depois, há o direito à educação básica<sup>444</sup> e obrigatória, que compreende o ensino oferecido entre os 4 e 17 anos e, portanto, abarca o ensino a pré-escola (crianças de 4 a 6 anos), o ensino fundamental (com duração de 9 anos e com início aos 6 anos de idade) e o ensino médio (com duração mínima de 3 anos).

No que tange ao direito fundamental à educação de crianças e adolescentes, não pode deixar de ser referido um princípio de extrema relevância que rege a aplicação dos direitos das crianças e dos adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o princípio da prioridade absoluta, prevista no art. 227 da Constituição Federal. Esse artigo estabelece que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à educação, o lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Aqui deve ser feita a colocação de uma discussão. O princípio da prioridade absoluta assegura às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade e ao estado o dever legal e corrente de assegurá-los. Contudo, a interpretação dessa proposição jurídica merece cuidado. Não resta afastada aqui a necessidade de ponderação no caso de colisão do direito fundamental à educação de crianças e adolescentes com outros princípios, devendo o princípio da prioridade absoluta ser considerado à luz da dogmática dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios. Muito embora a disposição jurídica possa sugerir a ausência de indagações ou ponderações aos direitos da criança e do adolescente, estabelecendo uma primazia absoluta a esses, isso não é possível em face da existência de limites fáticos e jurídicos a isso, como a própria colisão do direito fundamental com outros princípios, sendo, portanto, essa leitura, incompatível com a teoria dos direitos fundamentais.<sup>445</sup>

---

<sup>444</sup> A expressão educação básica foi introduzida pela EC ° 59/2009, e já era a expressão utilizada pela Lei ° 9.394/96 (LDB), que dispõe, em seu artigo 21, que: “A educação escolar compõe-se de: I – educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II – educação superior”.

<sup>445</sup> A discussão acerca da colisão de princípios envolvendo o direito fundamental à educação e da necessidade de ponderação para a solução disso é desenvolvida em item próprio (Capítulo I) e igualmente é enfrentada na última parte do trabalho, no estudo de casos (Capítulo IV). Dessa forma, não será aqui objeto de investigação mais aprofundada. Sobre isso, ver: ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 44 ss. Além disso, ao lado do princípio da prioridade absoluta, vários outros devem ser observados para aplicação dos direitos relacionados às crianças e adolescentes, como a Doutrina da Proteção Integral e o princípio do melhor interesse, os quais são estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/90). Para isso, ver: MACIEL, Kátia

Além disso, muito embora a Emenda Constitucional nº 59/2009 tenha feito avanços importantes no âmbito do direito fundamental à educação, como a substituição da expressão ensino fundamental por educação básica, passando a integrar o direito ao ensino obrigatório e gratuito também o ensino médio, ainda manteve a determinação quanto à sua progressiva universalização. E aqui, mais duas posições fundamentais jurídicas que compõem o direito fundamental à educação restam estabelecidas: o direito à progressiva universalização do ensino médio aos adolescentes (na idade própria), conforme dispõe o art. 208, inc. I e II, da Constituição Federal; e o direito à progressiva universalização do ensino médio para aqueles que não obtiveram chance de fazê-lo na idade própria, inclusive sendo aqui oferecida a oportunidade de obter o ensino de forma adequada segundo às necessidades do indivíduo, o que se pode depreender do art. 208, inc. I, II e IV, da Constituição Federal.<sup>446</sup>

A Constituição Federal contempla, ainda, no art. 208, inc. VII, o direito dos titulares da educação básica de serem atendidos por programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Da mesma forma, no art. 208, inc. III e V, a Constituição Federal estabelece o direito dos portadores de deficiência ao acesso a atendimento educacional especializado, e o direito de qualquer indivíduo, conforme sua capacidade, de ter acesso a níveis mais elevados de ensino.

A Constituição Federal estabelece que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, e o seu não oferecimento pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente, conforme determina o art. 208, §§ 1º e 2º, da Constituição brasileira. Ainda, igualmente compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, juntamente com os pais ou responsáveis, pela frequência escolar, como dispõe o § 3º do mesmo artigo.

Ocorre que, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 59/2009, notadamente com a inclusão do conceito de educação básica, passou a ser obrigatório e gratuito, constituir direito público subjetivo, e ser passível de responsabilização do poder público, também o ensino médio.

A Constituição Federal igualmente dispõe como direito fundamental à educação a garantia de condições reais de aprendizado para os alunos da educação básica, com a previsão de programas suplementares de material escolar, transporte, alimentação. Esses programas, já

---

Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52-70.

<sup>446</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito à educação e o STF*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coordenadores). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.610.

determinados no texto constitucional, devem ser organizados, dispostos e desenvolvidos pelo poder público sem margem de discricionariedade, pela imposição constitucional. O poder público deve, assim, apenas executar os programas, ficando a discricionariedade apenas no que tange à definição de sua estrutura e realização.<sup>447</sup>

A Constituição Federal ainda estabelece, em seu art. 206, princípios que devem pautar a forma de promoção do ensino, como a igualdade de condições para o acesso e permanência à escola, a liberdade para ensinar e aprender, e principalmente a garantia do padrão de qualidade da educação.

Ainda, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 212, § 3º, que seja franqueado o acesso de todos aos níveis mais elevados de ensino, de acordo com a capacidade de cada um, muito embora tal acesso goze de prioridade inferior, uma vez assegurada a prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que tange à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade.

Importante também fazer menção à legislação infraconstitucional que estrutura e normatiza o exercício do direito fundamental à educação e o sistema educacional brasileiro. A primeira é a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), que dispõe, em seu art. 1º, que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”. Ainda, dispõe o art. 2º da mesma Lei que: “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Os três objetivos da educação restam aqui bem delineados, e repisam as determinações constitucionais. A importância dessa Lei é clara, uma vez que estrutura e sistematiza com clareza a forma a ser assegurado e realizado o direito fundamental à educação, definindo todas as etapas do ensino e metas a serem assumidas pelo estado para bem realizar o direito fundamental à educação na forma em que configurado pela Constituição Federal.

É igualmente importante mencionar o Plano Nacional de Educação (PNE), Lei nº 13.005/14, que estabelece as competências e a forma de articulação do sistema nacional por todos entes federados, integrados e em colaboração entre si, exigência, aliás, preconizada pela

---

<sup>447</sup> Ibidem, p. 612-613.

Emenda Constitucional nº 59/2009. O art. 4º da Emenda Constitucional nº 59/2009, que alterou a redação do caput do art. 214 da Constituição Federal, dispõe que: “A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema educacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas (...)”.

Deve ainda fazer-se menção às disposições constitucionais que definem o regime de competências atribuídas a todos os entes federados no que tange ao dever de garantir o direito fundamental à educação.

Dessa forma, conforme dispõem o art. 22, XXIV; o art. 24, inc. XXIV e o art. 30, inc. II, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, e compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar de forma concorrente sobre educação. Aos municípios, compete complementar a legislação federal e a estadual no que couber.

A respeito da prestação fática do serviço, compete a todos os entes, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, proporcionar os meios de acesso à educação, cabendo aos últimos a competência de manter programas de educação infantil e de ensino fundamental, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, conforme estabelecem o art. 23, inc. V e art. 30, VI, da Constituição Federal.

Importante ainda a determinação do art. 211, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, no sentido determinar que os Municípios devem atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, enquanto que os Estados devem priorizar os ensinos fundamental e médio. À União, compete organizar o sistema federal de ensino e exercer função redistributiva e supletiva, assistindo a Estados e Municípios de modo a equalizar o padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira.

Essa descrição das disposições jurídicas do direito à educação coloca como necessária a discussão sobre a vinculatividade das normas jurídicas que a partir delas podem ser formuladas, uma vez adotado o conceito de norma do modelo semântico.

### 3.3 A VINCULATIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

O principal problema dos direitos fundamentais é a sua vinculatividade. O problema

se torna ainda mais difícil quando se está diante de um direito social, como o direito à educação.<sup>448</sup>

Poderia se pensar que com a positivação do direito fundamental à educação na Constituição Federal, e assim com sua institucionalização, o problema de sua realização estaria solucionado.

A asserção de que as normas que configuram o direito à educação vinculam juridicamente a atuação dos três poderes do estado, e que o direito à educação é um direito fundamental, somente possui importância se vier acompanhado de uma justificação dos reflexos disso para todo o sistema jurídico.

Contudo, qual é a consequência jurídica da constitucionalização do direito à educação? Importa aqui, pois, dizer que as disposições de direitos fundamentais a prestações são vinculantes. Assim, é correto afirmar que as normas que dão a configuração ao direito fundamental à educação, como os artigos 6º e 208, da Constituição Federal, vinculam.

Todas as normas constitucionais, inclusive a norma que estabelece o direito fundamental à educação, são dotadas de normatividade e vinculam os poderes estatais. Isso se dá em face da força normativa da constituição, na medida em que esta realiza sua pretensão de eficácia. Essa pretensão de eficácia, segundo Hesse, somente pode ser obtida se levadas em consideração as condições históricas de sua realização, quais sejam, as condições naturais, econômicas e sociais. Dessa forma, uma constituição só pode se desenvolver efetivamente se vinculada aos fatos históricos concretos e suas adjacências, a partir de uma orientação jurídica dada pelos parâmetros da razão.<sup>449</sup>

Alexy admite o potencial de vinculação jurídica das normas que estabelecem direitos fundamentais a prestações, sem embargo de sua menor força de concretização. Em um sistema jurídico que estabelece a divisão de poderes, e assim um poder judicial, as normas de direitos fundamentais são qualificadas como normas vinculantes juridicamente, a serem controladas por um tribunal, do que decorre sua justiciabilidade.<sup>450</sup>

A questão mais importante, assim, é se as disposições do direito fundamental à educação são vinculantes. E sobre isso não poderia haver dúvidas no Brasil, em face do disposto artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que declara que as disposições de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Contudo, independentemente de tal

---

<sup>448</sup> Sobre a vinculatividade dos direitos fundamentais, ver: Capítulo I, item 1.1.4.

<sup>449</sup> Cf. HESSE, **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha...**p. 48-49.

<sup>450</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social.** In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, p. 62.



determinação de vinculação jurídico-positiva, a justiciabilidade dos direitos fundamentais, e assim do direito fundamental à educação, deve ser exigida do estado.

Sem embargo da previsão legal de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o que parece afastar a alegação de se tratar, as normas de direitos fundamentais sociais, de normas de conteúdo meramente programático, a discussão acerca da efetividade desses direitos sempre foi alvo de profunda discussão na doutrina brasileira.<sup>451</sup>

No entanto, para Alexy, uma declaração de não vinculatidade de todos os direitos fundamentais no Brasil, em face da previsão de sua aplicabilidade imediata, “não deveria ser transitável”. Qualquer tentativa de eliminação da justiciabilidade dos direitos sociais poderia configurar a abolição desses direitos e até a ameaça à dissolução da constituição por tratamento diferenciado de normas nesta contidas, como tratar de forma diversa os direitos sociais e os direitos de defesa, conferindo somente aos últimos a justiciabilidade e força normativa.<sup>452</sup>

O problema seria pensar-se que a justiciabilidade não precisa ser completa ou ampla. E isso poderia ocorrer se fosse compreendida a cláusula de vinculatidade do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, como atribuível apenas aos direitos de defesa clássicos, e não aos direitos sociais. O resultado disso seria a não justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, e o primeiro problema seria a solução de colisões com direitos fundamentais de tradição liberal. O social teria pouca força em face do liberal, uma vez que não seria possível apoiar-se em princípios de direito. E ainda, não seria possível juridicamente a colisão, pela própria ausência de dever jurídico.<sup>453</sup>

A eliminação da justiciabilidade dos direitos sociais resultaria em seu total esvaziamento, e na dissolução da Constituição, não podendo ser justificado o tratamento desigual de normas que igualmente fazem parte de sua composição. Assim, a primeira afirmação fundamental para os direitos sociais diz respeito ao reconhecimento de sua força vinculativa jurídica ampla, o que se dá em forma de justiciabilidade.<sup>454</sup>

No caso do direito fundamental à educação, além disso, mais uma disposição da

---

<sup>451</sup> Para Sarlet, os direitos sociais, com algumas relativizações, são contemplados por normas constitucionais de cunho programático, reclamando a interposição do legislador para sua concretização e plena eficácia. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 290-291.

<sup>452</sup> Cf. ALEXY, **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social...** p. 63.

<sup>453</sup> Idem.

<sup>454</sup> Cf. ALEXY, **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social...** p. 63.

Constituição Federal assume importância central no exame de sua vinculatividade. O art. 208, § 1º, estabelece que o acesso ao ensino é direito público subjetivo, afastando, assim, qualquer possibilidade de interpretação no sentido de sua não justiciabilidade, ao menos no que tange ao que a Constituição Federal denomina de ensino infantil, fundamental e médio.<sup>455</sup>

E por fim, o direito fundamental à educação, no que toca à sua imposição na Constituição Federal, vincula todos os três poderes do estado, o Executivo, o Legislador e o Judiciário, cumprindo a exigência de uma positivação adequada desse direito enquanto direito social. Isso, sem embargo da inarredável concorrência entre o legislador e o Supremo Tribunal Federal, promovida pela abertura máxima das normas de direitos fundamentais, os quais exigem sempre a sua adequação conforme as necessidades dos cidadãos.<sup>456</sup>

### 3.4 O DUPLO CARÁTER E A NATUREZA DAS NORMAS QUE REGULAMENTAM O DIREITO À EDUCAÇÃO

Para o exame da fundamentação de decisões no âmbito do direito fundamental à educação faz-se necessária a investigação acerca da natureza das normas que o estabelecem: se são regras, ou princípios. Para isso, o duplo caráter das normas de direitos fundamentais deve ser compreendido.

O fato de que, pelas disposições de direitos fundamentais duas espécies de normas possam ser estabelecidas, quais sejam, as regras e os princípios, fundamenta o caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. Isso, porém, não significa que as normas de direitos fundamentais também tenham esse duplo caráter. Em um primeiro momento, trata-se de regras, geralmente incompletas, ou de princípios. Contudo, as normas de direitos fundamentais adquirem um duplo caráter na medida em que sejam construídas de modo a que ambos os níveis sejam nelas reunidos. Essa vinculação dos dois níveis se dá quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios que, em face disso, sujeita-se a ponderações.<sup>457</sup>

Com base na disposição prevista no art. 6º da Constituição Federal, é possível compreender essa cláusula restritiva sujeita a ponderações. Ela estabelece que a educação é

<sup>455</sup> Sobre a distinção das palavras *educação* e *ensino*, ver, *supra*, Capítulo III, item 1.

<sup>456</sup> Alexy refere a necessidade de uma positivação perfeita dos direitos fundamentais que vincule todos os poderes do estado, reconhecendo a tensão entre direitos fundamentais e democracia e a inexorável concorrência entre dador de leis e o tribunal constitucional para garantir a plena realização desses direitos. Sobre isso, ver ALEXY, Robert. **Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha**. In: *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, p. 96. Ainda, sobre a vinculatividade dos direitos fundamentais ver, *supra*, Capítulo I, item 1.3.

<sup>457</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 84.

um direito social. Dessa forma, é possível dizer que o direito à educação é um direito de todos.

Caso essa disposição fosse compreendida como uma regra completa, isso significaria que esse direito não pode, de forma alguma, ser restringido. Isso não pode estar correto, em face da possibilidade de haver colisão do direito à educação com outros princípios. Assim, uma cláusula de restrição que dê conta disso deve ser introduzida. Uma cláusula dessa natureza poderia ser assim desenvolvida: o direito à educação deve ser realizado pelo estado a partir de prestações positivas, materiais ou normativas, desde que isso não cause uma intervenção em outro princípio colidente, de mesma hierarquia constitucional, que não seja necessária ou adequada, e desde que aquele direito, ou princípio, tenha primazia sobre estes no caso concreto.<sup>458</sup>

A cláusula formulada exige, desse modo, que, primeiro, os princípios colidentes tenham ambos hierarquia constitucional, segundo, que a intervenção destinada a fomentar a realização do primeiro princípio, no caso, o direito fundamental à educação, seja *necessária*, o que igualmente denota a necessidade de sua *adequação*, e, em terceiro lugar, que o primeiro princípio tenha *primazia* sobre os demais no caso concreto. A cláusula exprime os princípios parciais do princípio da proporcionalidade. Desse modo, a partir do raciocínio de Alexy, se é utilizado *S* para o preenchimento completo da cláusula e *T* para uma intervenção estatal nos princípios colidentes e, ainda, *R* para a consequência jurídica, que consiste na realização de prestações materiais, tem-se a seguinte forma geral da norma de direito fundamental estabelecida pelo art. 6º da Constituição Federal: *T* e não *S = R*.<sup>459</sup>

Essa norma possui inteiramente o caráter de uma regra. E isso se dá sob dois aspectos: ela pode ser aplicada sem ponderação com outros princípios, e casos podem ser subsumidos a ela. No entanto, ela não possui o caráter de regra, uma vez que faz, na cláusula de limitação, menção explícita a princípios e a sua ponderação. Normas com essa forma podem ser denominadas de normas constitucionais de caráter duplo (*double aspect constitutional rights norms*).<sup>460</sup>

Este tipo de normas constitucionais de caráter duplo surge sempre quando aquilo que é estatuído diretamente pela disposição de direito fundamental é completado com normas suscetíveis de subsunção, com a ajuda de cláusulas que fazem referência a ponderações.<sup>461</sup>

---

<sup>458</sup> Sobre isso, ver ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 85.

<sup>459</sup> Idem.

<sup>460</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 85.

<sup>461</sup> Idem.

Assim, aquilo que é estabelecido pelo art. 6º da Constituição Federal, pode dar origem a uma norma no seguinte sentido: Prestações materiais ou normativas devem ser realizadas para garantir a realização do direito à educação se a negativa do cumprimento dessas prestações não estiver baseada em uma lei ou for necessária para a satisfação de princípios colidentes que, em face das circunstâncias do caso concreto, tenham primazia em face do direito à educação.

O mesmo raciocínio pode ser realizado com a norma que pode ser retirada da disposição do art. 205 da Constituição Federal. Essa diz que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. A disposição estabelece uma norma de direito fundamental que possui caráter de princípio, enquanto mandamento de otimização, podendo ser restringido a partir da existência de casos nos quais princípios colidentes possuam primazia no caso concreto. Uma cláusula de limitação pode ser aqui estabelecida. O direito à educação é direito de todos e dever do estado e da família, devendo ser realizadas prestações positivas para o seu cumprimento, salvo se a omissão quanto a esse dever for necessária para satisfação de princípios colidentes que, diante das circunstâncias do caso concreto, tenham primazia sobre aquele princípio. Desse modo, diante de um conflito de princípios, a ponderação será aplicada e uma norma com caráter de regra será colocada.

O que importa aqui é o fato de que não basta compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios. Um modelo adequado pode ser obtido quando das disposições de direitos fundamentais podem ser derivados tanto princípios quanto regras. Ambos podem ser reunidos em uma norma de direito fundamental de duplo caráter.<sup>462</sup>

As normas que configuram o direito à educação possuem mandamentos a serem otimizados conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, e assim, podem ser cumpridos em diferentes graus; e igualmente possuem determinações que deverão ser cumpridas no espaço daquilo que é possível de forma fática e jurídica. O direito à educação, assim, pode se apresentar como regra ou como princípio.<sup>463</sup>

Ao se apresentar como regra, o direito à educação traduz uma posição jurídica definitiva, o que constitui um direito subjetivo. Já ao se apresentar como princípio, configura

---

<sup>462</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 86.

<sup>463</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, *Direito fundamental ao ambiente...* p. 48.

um mandamento a ser otimizado, configurando assim uma posição jurídica *prima facie* ou uma posição jurídica definitiva, neste caso após a definição do seu grau de cumprimento pelas possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, mediante a ponderação do direito à educação com outros com os quais pode colidir.<sup>464</sup>

Colocado isso, o que segue tem a pretensão de examinar o direito à educação como direito fundamental social.

### 3.5 O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

O direito à educação é um direito fundamental de natureza social. Antes, no entanto, de um direito fundamental social, o direito à educação é um direito do homem.

A educação é um direito do homem, na medida em que constitui condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, e para o aperfeiçoamento da civilização.<sup>465</sup> A educação é fundamental e integra o conceito de dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a formação da pessoa e o pleno desenvolvimento da sua potencialidade, alcançando a ela a oportunidade de atingir a compreensão apta à fruição do próprio direito de liberdade. Daí compreender a educação é perceber sua ligação com as liberdades intrínsecas ao estado de direito democrático e ao exercício pleno da cidadania.

Alexy desenvolve o conceito de direito do homem a partir de sua definição por cinco características. A primeira delas é a universabilidade. Todo ser humano enquanto ser humano é portador de direitos humanos. A segunda característica dos direitos do homem é o caráter fundamental de seu objeto. Eles protegem apenas interesses e necessidades fundamentais do homem. A terceira característica é a abstração de seu objeto. Isso significa que todos concordam que todo indivíduo possui direito à educação, por exemplo; mas o verdadeiro problema em relação a isso reside na definição do que esse direito realmente significa em um caso concreto. A quarta e quinta características dizem respeito à sua validade. Assim, considerando que os direitos do homem possuem, enquanto tais, somente uma validade moral, a quarta característica é, portanto, seu caráter moral. Um direito possui validade se ele pode ser justificado em face de todo aquele que admite uma fundamentação racional. A validade dos direitos do homem é sua própria existência. E a existência dos direitos do homem está em sua fundamentalidade, e em nada mais. O que é fundamental é correto. Claro que uma

---

<sup>464</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, **Direito fundamental ao ambiente...** p. 48.

<sup>465</sup> Cf. BOBBIO, **A era dos direitos...** p. 5 e 72.

validade jurídico-positiva pode se juntar a essa validade moral. Exemplo disso é sua positivação em vários documentos internacionais. Esses documentos representam tentativas de garantir esses direitos, além de sua correção, também positivamente. Essas tentativas podem, no entanto, obter maior ou menor êxito, de onde se extrai a quinta característica, a prioridade. Os direitos do homem, enquanto direitos morais, não só não podem ser invalidados por normas jurídicas, mas devem também servir de referência para toda interpretação do direito positivo possa ter reflexos em seu âmbito.<sup>466</sup>

O direito à educação, inexoravelmente, constitui direito do homem. Todas as características para sua classificação enquanto tal estão presentes. Primeiro, o direito à educação é universal, sendo direito de absolutamente todos os seres humanos. Ainda, o direito à educação possui caráter fundamental. Isso porque a educação deve garantir aos indivíduos o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e o alcance do conhecimento, e igualmente dos valores morais que são intrínsecos ao exercício dessas funções, até a adaptação de cada um ao convívio social. A educação é fundamental para a dignidade do ser humano, para o exercício da democracia e para a chance de participar efetivamente da sociedade como pessoa.

Além de direito do homem, outras características do direito à educação, enquanto direito fundamental social, podem ser observadas.

O direito à educação possui objeto abstrato. Facilmente pode-se concordar que todos possuem um direito à educação. E mesmo que a Constituição Federal tenha efetuado uma normalização extensa desse direito, a partir da disposição de várias normas jurídicas que o configuram, não há consenso sobre o que ele realmente significa, sua verdadeira extensão ou delimitação, e longas disputas acerca de sua significação ocorrem quando conflitos jurídicos envolvendo o direito à educação acontecem.

Mais além, em relação às características que dizem respeito à sua validade, pode-se dizer que, enquanto direito do homem, a educação possui caráter moral. E isso na medida em que pode ser justificado em relação a todo direito que admite uma fundamentação racional. Ao lado de sua validade moral, está sua positivação, uma vez que integra o catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal, bem como de inúmeros documentos

---

<sup>466</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trad: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 110-111; ALEXY, Robert. **Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem na Alemanha**. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93-95; ALEXY, Robert. **Um conceito não-positivista de direitos fundamentais**. In: HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015, p. 16.

internacionais, como referido. Contudo, essas tentativas de institucionalização do direito à educação podem ter maior ou menor êxito, o que leva à presença de outra característica, qual seja, a sua prioridade. A interpretação do ordenamento jurídico deve sempre levar em consideração o direito à educação, com prioridade, por sua essência e fundamentalidade.<sup>467</sup>

O direito à educação é um direito social e direito positivo, na medida em que deve ser garantido mediante a atuação positiva do estado como um de seus objetivos primordiais, visando ao seu cumprimento tanto quantitativa como qualitativamente<sup>468</sup>.

O estado, assim, deve garantir o direito à educação a partir da elaboração e implementação de políticas públicas, o que constitui, por excelência, o caráter prestacional dos direitos sociais. Desse modo, a positivação jurídica de valores sociais no estado social passou a servir de base não apenas à interpretação de toda a constituição, mas igualmente à realização de prestações materiais.<sup>469</sup>

Não se pode deixar de observar que a opção pelo estado de direito social e democrático veio acompanhada de uma série de avanços no âmbito dos direitos fundamentais, que passam a ser tratados com prioridade e como valores supremos do sistema jurídico-constitucional, a partir de um regime jurídico diferenciado, que atribui às normas de direitos fundamentais aplicabilidade imediata.

Mais além, o direito à educação é também um direito a prestações em sentido estrito. Como direito a prestações, o direito à educação é um direito do indivíduo a prestações materiais em face do estado, que deve garantir o acesso ao ensino, e um ensino que deve gozar de um padrão mínimo de qualidade<sup>470</sup>, para que possa garantir a dignidade e o desenvolvimento pessoal de cada um.<sup>471</sup>

O direito fundamental à educação, assim como os demais direitos fundamentais, apresenta um duplo caráter, podendo consubstanciar direitos subjetivos, por um lado, e partes da base fundamental da ordem jurídica, por outro, existindo uma relação de complementação

---

<sup>467</sup> Cf. ALEXY, **Teoria discursiva do direito...** p. 111.

<sup>468</sup> O artigo 6º da Constituição Federal estabelece o direito à educação como direito social, e o artigo 208, § 1º, afirma tratar o acesso ao ensino obrigatório e gratuito de um direito público subjetivo do indivíduo. As proposições normativas que configuram o direito fundamental à educação serão objeto de análise específica.

<sup>469</sup> Cf. DUARTE, Clarice. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. In: Educação social. Campinas, v. 28, n. 100, Especial, out./2007, p.693.

<sup>470</sup> O art. 206, inc. VII, da Constituição Federal, estabelece que a educação deve ser garantida com um padrão mínimo de qualidade. Sem embargo da indeterminação e complexidade do conceito de “qualidade” que deve ser alcançado pelo ensino, o que inclusive ainda não foi objeto de pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 9.394/96 (LDB) define, em seu art. 4º, inc. IX, este padrão mínimo de qualidade como a garantia de “variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem”.

<sup>471</sup> Cf. ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais...** p. 499 ss.

e fortalecimento recíproco entre ambos, que impede, inclusive, a cisão do significado do direito fundamental enquanto princípios objetivos, e seu significado fundamental enquanto direito do homem.<sup>472</sup>

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do particular em face das intervenções injustificadas do estado, corresponde seu significado jurídico-objetivo como determinações de competências negativas para os poderes do estado. Da mesma forma, ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, que, em razão deles, são garantidos, corresponde seu significado jurídico-objetivo como elementos da ordem jurídica total da coletividade, sendo elemento imprescindível à ordem democrática, ao estado e à ordem federal.<sup>473</sup>

Uma vez vinculados os poderes Legislativo, Executivo e judicial aos direitos fundamentais, restam estabelecidas não somente obrigações para o estado de abster-se de ingerências no âmbito do que eles protegem, como igualmente obrigações de praticar tudo o que for colaborar à realização dos direitos fundamentais, mesmo quando não houver uma pretensão subjetiva nesse sentido.<sup>474</sup>

O direito subjetivo, por um lado, está no fato de que todos possuem direito à educação, conforme resta estabelecido pelos artigos 6º, 206, 208, da Constituição Federal, e que pode a qualquer momento ser pleiteado por quem, de alguma forma, tem esse direito violado.

Por outro lado, o direito fundamental à educação, ao lado dos demais direitos fundamentais, integra as bases da democracia enquanto elemento da ordem objetiva do processo de formação da unidade política e da atividade estatal.<sup>475</sup> Assim, como parte integrante da ordem jurídica, o direito fundamental à educação determina o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatais para sua plena realização. Ainda, como princípio parte da estatalidade jurídica, o direito fundamental à educação vincula todos os poderes estatais, ao mesmo tempo que constitui elemento fundamental da ordem objetivo-jurídica da atividade estatal, cujo conteúdo é inclusive por ele determinado.<sup>476</sup>

É de irrefutável importância a compreensão do direito fundamental à educação como elemento da ordem objetiva do estado social, na medida em que contém diretrizes e critérios

---

<sup>472</sup> Cf. HESSE, **Elementos de direito da República Federal da Alemanha...** p. 239.

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>474</sup> Cf. HESSE, Konrad. **Significado de los derechos fundamentales**. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. *Manual de derechos constitucional*. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 94.

<sup>475</sup> Cf. HESSE, **Elementos de direito da República Federal da Alemanha...** p. 241.

<sup>476</sup> *Idem*.



para planificação e realização de seus pressupostos, para permear a atuação dos órgãos de formação da vontade política, que não podem ficar inertes e devem agir para garantir a educação de qualidade a todos, sem embargo da liberdade de configuração do direito em particular.<sup>477</sup>

O direito fundamental à educação enquanto elemento da ordem objetiva está configurado nas incumbências determinadas ao estado, que possui o dever de garanti-lo mediante o implemento de planos e metas traçados pela Constituição Federal, como dispõe o seu artigo 208.

Inclusive, o artigo 208, parágrafo 1º, da Constituição Federal, define o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo, lançando, ao lado disso, objetivos e programas que garantam reais condições de aprendizado para os alunos, ordenando objetivamente a forma de realização do direito fundamental à educação. Ainda, o artigo 208 deixa bastante clara a determinação dos objetivos estatais, assim como o artigo 211, ambos da Constituição Federal, que define competências e confere funções para União, Estados e Municípios. A Lei nº 9.394/96 vem reforçar essa configuração do direito à educação como elemento fundamental objetivo, na medida em que articula em todos os níveis o processo de educação definindo as técnicas operativas e a prestação concreta dos serviços de ensino pelos poderes estatais e sociedade. O significado da conformação do direito à educação enquanto determinação de objetivos estatais é que a atuação do estado deve estar dirigida a um fim, que é a efetivação e realização da melhor forma possível desse direito, não havendo muito espaço para a discricionariedade do poder público no desempenho dessas tarefas constitucionais, que visam à asseguarção desse direito público subjetivo estabelecido na Constituição Federal.

Outro ponto a ser colocado é a questão da justificação do direito fundamental social à educação, que depende da organização jurídica das condições e forma para que seja garantido. Isso é tarefa, primeiramente, do legislador, o que consiste em uma tarefa positiva. A tarefa de organização pode ser entendida como concretização do direito fundamental.<sup>478</sup> O legislador, a quem incumbe a organização do direito fundamental à educação, está vinculado às metas e objetivos já delineados na Constituição brasileira, e em face disso estará sujeito ao controle pelo Supremo Tribunal Federal, sendo inconstitucional a atuação contrária ou aquém ao que estabelece, por exemplo, os artigos 6º e 208 da Constituição Federal. Essas proposições

---

<sup>477</sup> Cf. HESSE, **Elementos de direito da República Federal da Alemanha...** p. 245.

<sup>478</sup> *Ibidem*, p. 248-249.

normativas definem o direito à educação como direito social, e estabelecem como dever do estado sua efetivação mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos e àqueles que não tiveram acesso na idade própria, devendo ser devidamente atendido o educando em todas as etapas da educação básica, mediante a oferta de programas suplementares de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde.

A forma como será regulamentado o acesso à educação, assim como as metas de controle da qualidade e efetividade do ensino, ficarão a cargo do legislador, que deverá atender as proposições constitucionais, para que haja de fato a concretização do direito fundamental.

Um exemplo disso é a Lei nº 9.394/96 (LDB), que vem exatamente organizar a proposição normativa bastante genérica disposta no artigo 6º da Constituição, que dispõe a educação como direito social.<sup>479</sup>

A conformação jurídico-constitucional do direito fundamental à educação encontra sua completude na integração dos aspectos objetivo e subjetivo subjacentes às proposições normativo-constitucionais estabelecidas na Constituição Federal, notadamente seus artigos 6º, 208, 203, 211, 211, 23, 24, 30.

Importante ainda é a questão das limitações ao direito fundamental à educação, e da relevância da tarefa do conceito da ponderação de Alexy, e antes disso da concordância prática de Hesse, no sentido da proposição de uma coordenação proporcional do direito fundamental à educação e dos demais direitos ou bens jurídicos que podem configurar alguma restrição ou limitação a ele. O ideal a ser perseguido é o alcance da eficácia ótima a ambos os direitos fundamentais ou bens jurídicos envolvidos, no sentido de evitar qualquer privação de uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou até totalmente, a ponto de macular a eficácia de algum deles na vida da coletividade. A limitação, assim, deve ser adequada à proteção do bem jurídico para o qual ela é efetuada; deve ser necessária, não havendo outro meio mais ameno de fazê-lo e, por fim, deve ser proporcional em seu sentido restrito, devendo estar conformada com o peso e o significado do direito fundamental.<sup>480</sup>

---

<sup>479</sup> Sobre a lei nº 9.394/96 (LDB) e os demais dispositivos constitucionais que configuram o direito fundamental à educação ver, supra, item 1.

<sup>480</sup> Cf. HESSE, **Elementos de direito da República Federal da Alemanha...** p. 255-256. Ainda, sobre o princípio da proporcionalidade e a ponderação ver, supra, Capítulo I, item 1.3.5.

#### 4. ANÁLISE DE CASOS: O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até aqui foram investigadas as bases teórico-normativas necessárias para o enfrentamento de casos que envolvem colisão de direitos fundamentais, e especificamente como isso se dá quando se está diante do direito fundamental à educação, considerada sua estrutura normativa enquanto direito social.

O que se pretende agora é a proposição de um estudo de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que tratam do direito fundamental à educação, a partir de sua descrição e posterior análise crítica, partindo da ideia de um ideal assentado em uma fundamentação argumentativa, construída a partir das teorias e conceitos jurídicos trabalhados, que permitem a correção do conteúdo das decisões e sua racionalidade.

Dessa forma, a análise de casos está voltada à utilidade da *praxis* jurídico-constitucional, mediante a proposta de construção de soluções fundamentadas na ponderação e na argumentação jurídica, desenvolvidas de forma a serem aplicadas no âmbito do direito social à educação, especificamente.

Contudo, sem embargo da profundidade do tema e de seus reflexos jurídicos, já discutidos anteriormente, apenas alguns temas referentes ao direito fundamental à educação foram submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal.<sup>481</sup>

Muitas decisões são encontradas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o ensino fundamental regular e o ensino infantil.<sup>482</sup> São em decisões dessa espécie que muitas questões desenvolvidas ao longo deste trabalho podem ser oferecidas para reflexão e auxílio jurídico, como forma de garantir uma fundamentação de maior rigor e racionalidade.

Desse modo, a escolha das decisões para serem aqui analisadas se deu não pelo resultado, mas sim pela fundamentação na qual se acham assentadas, bem como pela possibilidade de exame e crítica de sua justificação, à luz das teorias trabalhadas.

O exame das decisões então é realizado sob dois enfoques: o da construção de regras e o da construção de princípios. No primeiro, as decisões serão analisadas sob o ponto de vista da justificação interna, a partir do exame da estrutura do fundamentar jurídico desenvolvida. No segundo, o exame das decisões se dá sob o ponto de vista da teoria dos princípios, em que se quer verificar a existência de colisão de princípios, o uso correto da ponderação e a

---

<sup>481</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito à educação e o STF...** p. 609.

<sup>482</sup> Ver as decisões a seguir, quando da análise específica de casos, em que várias decisões sobre esse tema são citadas.

obtenção da norma associada como resultado.

#### 4.1 O DIREITO À VAGA EM CRECHE DE CRIANÇA EM LISTA DE EXCEDENTE

Uma questão que constitui objeto de inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal trata do direito ao ensino infantil em creche e pré-escola. Em várias oportunidades tem reconhecido, com base no próprio texto constitucional, especificamente no art. 208, IV, da Constituição Federal, o direito subjetivo ao ensino infantil, sendo obrigação do Poder Público a prestação material do serviço correspondente.<sup>483</sup> Por essa razão, o primeiro caso a ser examinado tem como objeto o tema do direito à educação infantil, e será aqui abordado para o enfrentamento quanto à correção da fundamentação e argumentação.

Uma decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido foi o julgamento do recurso extraordinário interposto contra acórdão que, confirmado em sede de embargos de declaração pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, modificou a sentença de primeiro grau que concedeu mandado de segurança para concessão de vaga em creche da rede pública municipal de criança que havia figurado em lista de excedentes<sup>484</sup>. No mérito, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu que o legislador constitucional originário foi claro em determinar que os entes políticos devem adotar medidas para efetivação do direito à educação, razão pela qual a negativa da vaga constitui ofensa a direito líquido e certo, com base nos arts. 205, 208, IV e 211, § 2º, todos da Constituição Federal. Contudo, ao final, afirmou que o exercício do direito social deve ser subordinado ao princípio da isonomia, não podendo se constituir em privilégio imotivado a uns em detrimento de outros. Dessa forma, restou estabelecida a obrigação do Município de promover a inclusão dos integrantes da lista de excedentes que precedem a criança (parte autora), o que se reconheceu como pré-condição indispensável para a efetividade do comando judicial, sob pena de ofensa a princípio constitucional. A sentença que concedeu o mandado de segurança à criança para matrícula na creche restou, assim, modificada.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso extraordinário, sob o fundamento de violação às proposições normativas dispostas nos arts. 205, 208, IV, 211, § 2ª e 227, todos da Constituição Federal.<sup>485</sup>

---

<sup>483</sup> Ver, por exemplo: STF, AgR nº 463.210-1/SP, j. 06/12/2005; STF, ARE nº 639337/SP, j.23/08/2011; STF, RE nº 956.475/RJ, j. 12/05/2016.

<sup>484</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016.

<sup>485</sup> Sobre o conteúdo das referidas proposições normativas ver, supra, Capítulo III, item 3.1.

O Supremo Tribunal Federal, declarando-se convencido da inteira correção dos fundamentos que informam e dão consistência ao recurso extraordinário, deu provimento a esse, mantendo a sentença de primeiro grau, que reconheceu direito líquido e certo da menor à matrícula em creche da rede pública.<sup>486</sup>

A análise da justificação da decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal depende da sua justificação racional, como qualquer outra decisão judicial. Analisar uma decisão não é outra coisa que analisar a sua justificação sob o ponto de vista de sua estrutura.

O que segue pretende examinar a justificação interna da decisão a partir da sua estrutura e dos elementos da argumentação jurídica, da ponderação e de outros argumentos jurídicos, que tenham sido, ou não, levados em consideração para fundamentar a decisão.<sup>487</sup> Para isso, as premissas da decisão devem ser conhecidas.

O exame da decisão autoriza rastrear as seguintes premissas.

*Premissa a.* Art. 6º da Constituição Federal: A educação é direito social de todos.

*Premissa b.* Art. 205 da Constituição Federal: “A educação é direitos de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

*Premissa c.* Art. 208, IV, da Constituição Federal: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.”

*Premissa d.* Art. 227 da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação (...)”.

*Premissa e.* Art. 211, § 2º, da Constituição Federal: “Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.”

*Premissa f.* O exercício do direito à matrícula na creche de criança que figurou em lista de excedente deve ser subordinado ao princípio da isonomia, não podendo consistir em privilégio. Assim, antes da concessão do direito, deve ser garantida a vaga às demais crianças que figuram em lista e que precedem a criança autora da demanda.

Além dessas premissas, foram feitas as seguintes afirmações:

*Afirmção 1.* O direito à educação é um direito social, cujo adimplemento impõe ao

---

<sup>486</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016.

<sup>487</sup> Sobre a justificação interna e a ponderação ver, supra, Capítulo I, itens 1.5.2 e 1.3.5.

Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva.

*Afirmção 2.* O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil não pode ser menosprezado pelo Estado, que é obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil.

*Afirmção 3.* Não tornado efetivo o direito à educação, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da Constituição, por violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao poder público.

*Afirmção 4.* Em caso de inércia do Estado, incumbe ao Poder Judiciário determinar o cumprimento de seus encargos, quando a omissão comprometer a eficácia e a integridade do direito à educação.

*Afirmção 5.* A cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não exonera o Estado de sua função.

*Afirmção 6.* No caso de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil não permite que o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação.

*Afirmção 7.* Em se tratando de típico direito de prestação positiva, a educação não permite que o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade para o cumprimento das determinações constitucionais, sob a alegação de mera conveniência e/ou oportunidade da administração pública.

*Afirmção 8.* O Município, que deve atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, não pode se demitir do mandato constitucional, juridicamente vinculante, de modo a comprometer a realização do direito à educação.

*Afirmção 9.* O princípio da isonomia não pode ser utilizado no caso, por redundar em afastar a eficácia e efetividade do direito à educação.

Essas afirmações foram justificadas com os seguintes argumentos.

Os argumentos utilizados para a justificação da *afirmção 1* dizem que o direito à educação, que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (art. 205 da Constituição Federal), notadamente às crianças (arts. 208, IV, e 227, “caput”, ambos da Constituição Federal), é um dos direitos sociais mais expressivos<sup>488</sup>, cujo adimplemento impõe ao poder público a satisfação de um dever de prestação positiva, sendo que o Estado

---

<sup>488</sup> Aqui, a decisão remete à RTJ 164/158-161.

dele só se desincumbe criando condições objetivas que aos seus titulares o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao acesso à creche e pré-escola, às crianças até 5 anos (art. 208, IV, da Constituição Federal). Ainda, aqui são citadas proposições da dogmática jurídica.<sup>489</sup>

Os argumentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal para justificar a *afirmação 2* são os seguintes: “O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil não pode ser menosprezado pelo Estado, ainda mais se considerado em face do dever que incumbe ao Poder Público de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV), não podem ser menosprezados pelo Estado, que é obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência”<sup>490</sup>. Ainda, a decisão refere que o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema educação de infantil, especialmente se reconhecido que a Constituição Federal delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes responsáveis, notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público. Igualmente como razão da premissa foi citado precedente.<sup>491</sup> A decisão refere que, no precedente citado, se afirma que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam, enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.), com as liberdades positivas, reais ou concretas.<sup>492</sup>

Para justificar a *afirmação 3*, os argumentos utilizados foram os seguintes: “Uma vez não tornados efetivos esses direitos, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público.”<sup>493</sup>

Os argumentos colocados pelo Supremo Tribunal Federal para justificação da *afirmação 4* são igualmente precedentes e a dogmática jurídica. A decisão remete novamente

<sup>489</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, p. 5-7.

<sup>490</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, p. 7-8.

<sup>491</sup> Citado, na decisão: STF, ADPF 45/DF, j. 29/04/2004.

<sup>492</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, p. 7-9.

<sup>493</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, p. 9-10. Ainda, remete a decisão à RTJ 75/1212-1213.

aqui a precedente já citado<sup>494</sup>, para justificar que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, e nas funções do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas. Remete, igualmente, à dogmática jurídica<sup>495</sup> para fundamentar que, nesse âmbito, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Segue: “Dessa forma, tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.”<sup>496</sup>

Para justificação da *afirmação 5*, o Supremo Tribunal Federal afirma que a “reserva do possível” não pode, na hipótese sob julgamento, ser invocada, citando, como fundamentos, igualmente formulações da dogmática jurídica<sup>497</sup>. Segue: “Isso porque imprópria a utilização do argumento em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe-lhe e dele exige prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas”<sup>498</sup>. Ainda, nesse sentido, segue: “Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando expresso no texto constitucional.”<sup>499</sup> Em face disso, “sustenta-se que não é lícito ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele, a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de

<sup>494</sup> Citado novamente aqui: STF, ADPF 45/DF, j. 29/04/2004.

<sup>495</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra.

<sup>496</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, p. 9-10.

<sup>497</sup> Citam, aqui, SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*. New York: Norton, 1999; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 245/246, 2002, Renovar; GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris.

<sup>498</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, p. 10.

<sup>499</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, p. 11.



inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.”<sup>500</sup> Aqui, novamente a decisão remete a precedente.<sup>501</sup> Ainda como razões argumenta-se: “Assim, a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de se exonerar, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”<sup>502</sup>

Como argumentos para justificação da *afirmação 6*, a decisão refere que, “no caso de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil não permite que o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.”<sup>503</sup>

Mais além, para justificar a *afirmação 7*, são colocadas razões pelo Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido: “Em se tratando de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil, que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição (notadamente em seu art. 208, IV), tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (art. 211, § 2º, da Constituição), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.”<sup>504</sup>

A justificação da *afirmação 8* é realizada pelo Supremo Tribunal Federal com base nos seguintes argumentos: “Deve-se aferir que os Municípios, que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º), não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-

---

<sup>500</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, p. 11-13.

<sup>501</sup> Remete a decisão: STF, ADPF 45/DF, j. 29/04/2004.

<sup>502</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, p. 10-13.

<sup>503</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, 12-13.

<sup>504</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, p. 13-15.

administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche e na pré-escola (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. As razões expostas encontram justificação em virtude dos próprios fundamentos que dão suporte a diversas decisões sobre o tema em análise, já proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por precedentes.<sup>505</sup> Ainda, segue: “A decisão proferida no RE 431.773/SP serve de razão para fundamentar esse entendimento, no sentido de que, “conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa”.<sup>506</sup> Mais além, ainda argumenta-se que: “Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente, que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário às crianças até 5 anos de idade (art. 208, IV, da Constituição, na

---

<sup>505</sup> Precedentes citados na decisão: AI 455.802/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – AI 475.571/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ARE 698.258/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – RE 401.673/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 410.715- -AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 411.518/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE436.996/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 463.210-AgR/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 464.143-AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 592.937-AgR/SC, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 909.986/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 919.489/DF, Rel. Min. CARMEM LÚCIA (citação conforme o acórdão) .

<sup>506</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, p. 13.

redação dada pela EC nº 53/2006).”<sup>507</sup>

Como razões expostas para justificar a *afirmação 9*, a decisão refere trecho do parecer apresentado pelo Ministério Público Federal, a respeito da violação ao princípio da isonomia destacado como razão de decidir pelo acórdão recorrido: “O argumento da isonomia não se presta ao caso por redundar em afastar, de forma completa, a eficácia e a busca da efetividade do direito previsto constitucionalmente. Como não há discricionariedade do administrador, a omissão nesses casos já não se encerra no âmbito de discricionariedade, mas passa a representar violação dos mencionados direitos subjetivos. Disso decorre a ilegitimidade do condicionamento do direito à observância de lista de excedente, que nem sequer poderia existir.”<sup>508</sup>

A partir dessas premissas e argumentos, a conclusão da decisão é no sentido de que a omissão do estado representa violação do direito à educação, resultando assegurado o direito da criança à matrícula em creche da rede pública.

Dada a exposição da decisão, o que segue tem a pretensão de examiná-la de acordo com as duas construções de direitos fundamentais: a construção de regras e a construção de princípios.

#### **4.1.1 Análise da decisão sob o ponto de vista da construção de regras: a justificação interna e a estrutura do fundamentar jurídico**

O exame da decisão sob o viés da construção de regras pretende examinar a estrutura do fundamentar jurídico apresentado pelo Supremo Tribunal Federal de modo a justificar racionalmente o resultado obtido.

A estrutura do fundamentar jurídico diz respeito ao processo argumentativo utilizado na decisão, que se refere a regras e formas empregadas no argumentar.<sup>509</sup> Desse modo, a clareza sobre a estrutura silogística da decisão, assim como a clareza e a correção das premissas apresentadas é o que se pretende, aqui, analisar.

O que se quer verificar, em um primeiro momento, é o emprego do esquema fundamental da aplicação de regra a um caso, o que deve, sempre, mostrar uma estrutura silogística.<sup>510</sup>

<sup>507</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, 14-15.

<sup>508</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/1016, 16-17. Quanto à passagem citada do parecer do Ministério Público Federal, não há referência de página.

<sup>509</sup> Sobre isso ver, supra, Capítulo I, item 1.5.2.

<sup>510</sup> Cf. BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico...** p. 62.

A justificação interna da decisão diz respeito à questão de se uma conclusão segue logicamente das premissas postas para justificá-las.<sup>511</sup> E somente quando as premissas de uma decisão são claramente conhecidas é possível revisá-las sob o ponto de vista de sua correção. O fundamentar jurídico deve ser, em seu núcleo, entendido silogisticamente, para que a tarefa dos juristas práticos na revisão da correção das premissas possa dar bom resultado.<sup>512</sup>

As premissas dadas na decisão em exame devem então ser analisadas sob o ponto de vista de sua justificação interna.

Uma classificação dessas premissas postas pelo Supremo Tribunal Federal para o fundamentar jurídico da decisão deve ser feita, a partir da classificação das premissas utilizadas no processo de justificação interna proposta por Alexy. Essas premissas podem ser de diferentes tipos: (1) premissas normativas, (2) premissas empíricas e (3) premissas que não são nem normativas nem empíricas.<sup>513</sup>

Dessa forma, tem-se que as *premissas a, b, c, d e e* extraídas da decisão examinada são premissas normativas.

A *premissa f* é a premissa empírica.

E as afirmações numeradas de 1 a 8 podem ser consideradas como premissas que não são nem normativas nem empíricas.

As premissas normativas foram extraídas das disposições do direito fundamental à educação na Constituição Federal, ou seja, foram extraídas do direito positivo. Essas premissas são universais, o que constitui uma regra de exigência de Alexy para justificação interna. Uma regra deve estabelecer a obrigação de tratar de certo modo todas as pessoas que pertencem a uma mesma categoria, o que é exigência do princípio da justiça formal. Assim, toda e qualquer decisão deve seguir logicamente de regras universais.<sup>514</sup> Dessa forma, as premissas normativas utilizadas cumprem com a exigência mínima colocada por Alexy.<sup>515</sup>

Além das premissas normativas, pode ser extraída a premissa empírica, a *premissa f*,

---

<sup>511</sup> Cf. ALEXY, **A teoria da argumentação jurídica...** p. 218. As regras e formas da justificação interna dizem respeito à estrutura do fundamentar jurídico. Sua ênfase está em assegurar a universalizabilidade. No curso da justificação interna, deve ficar claro quais premissas devem ser justificadas externamente. A articulação das regras universais facilita a consistência da tomada de decisão, contribuindo, dessa forma, para a justiça e a segurança jurídica.

<sup>512</sup> Cf. BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico...** p. 84

<sup>513</sup> Para isso, ver ALEXY, **Teoria da argumentação jurídica...** p. 224. Nesse sentido, também, ver BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico...** p. 64. A designação “premissa da lei” é uma simplificação. Nas sentenças jurídicas a primeira premissa, frequentemente, vai resultar de uma pluralidade de determinações de leis particulares e, também, às vezes, de outras fontes. Cf. BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico...** p. 64, nota 9.

<sup>514</sup> Cf. ALEXY, **A teoria da argumentação jurídica...** p. 218-219.

<sup>515</sup> Idem.

que se refere à criança, autora da ação, que teve negado seu direito de matrícula em creche, ou seja, a quem foi negado o direito à educação, no caso, a educação infantil.

Por fim, foram também empregadas premissas que não são nem normativas nem empíricas.

A colocação dessas afirmações pelo Supremo Tribunal Federal, classificadas como premissas que não são nem empíricas nem normativas, atende a mais uma regra estabelecida por Alexy na justificação interna, segundo a qual “tantos passos de desenvolvimento quanto possíveis devem ser articulados”.<sup>516</sup>

A justificação das premissas da justificação interna, ou seja, da premissa da lei e do fato, é a verdadeira tarefa do fundamentar jurídico. A correção da decisão somente pode ser impugnada se a correção das premissas da lei ou do fato for impugnada.<sup>517</sup> Uma correta estrutura do fundamentar jurídico pode ser verificada, assim, se a estrutura dedutiva é observada. Nisso denota-se a estrutura silogística da justificação interna – e aqui reside a prestação essencial da reconstrução silogística.

O que pode se observar da decisão em exame é que houve o emprego da estrutura silogística, já que as proposições normativas e fáticas fundamentam o resultado, qual seja, o reconhecimento do direito da criança à vaga no ensino infantil. Uma análise permite concluir, assim, que a estrutura lógico-dedutiva foi suficientemente observada.<sup>518</sup>

Contudo, as regras da justificação interna asseguram, em parte, a racionalidade da decisão.<sup>519</sup>

Assim, muito embora tenha sido empregada, com correção, a estrutura silogística como método de construção da fundamentação da decisão, algumas questões que representam déficit de justificação de algumas premissas devem ser observadas. E isso diz respeito, principalmente, à forma estabelecida como solução para uma colisão de princípios. Isso, no entanto, é objeto para o exame da decisão sob o ponto de vista da construção de princípios.

#### **4.1.2 Análise da decisão sob o ponto de vista da construção de princípios**

O direito fundamental à educação é composto de um feixe de posições fundamentais jurídicas *prima facie*, que somente podem se tornar definitivas pelo exame do caso concreto. O direito fundamental à educação não pode ser entendido como um princípio absoluto. Uma

<sup>516</sup> Cf. ALEXY, A **teoria da argumentação jurídica...** p. 223.

<sup>517</sup> Cf. BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico...** p. 67.

<sup>518</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>519</sup> Cf. ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica...** p. 224.

colisão de princípios somente pode ser resolvida pela ponderação. O resultado disso é uma norma associada ao direito fundamental à educação com caráter de regra.

Essa é a ideia central.

A partir de agora, essas questões serão melhor analisadas uma a uma, à luz da teoria dos direitos fundamentais e o seu confronto com a decisão examinada.

#### 4.1.2.1 O direito à educação como um feixe de posições fundamentais jurídicas

Ao falar em direito fundamental social à educação, não se faz menção a uma posição jurídica individual, mas sim ao direito fundamental à educação como um todo, compreendido por um feixe de posições fundamentais jurídicas.<sup>520</sup> As posições jurídicas consistem, por exemplo, na vaga de uma criança em escola infantil, na merenda escolar, no transporte escolar, em posições que, juntas, garantem a concretização do direito fundamental à educação.

Os indivíduos titulares do direito à educação possuem o direito ao acesso à educação, e disso decorre a necessidade de atuação positiva por parte do estado em conformar a vontade do constituinte a partir da construção de estruturas escolares e formulação de programas de educação, para garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino, mediante a assistência técnica e financeira dos entes federados, conforme estabelecem as proposições normativas dispostas nos artigos 205, 206, 208, 211 e 212, da Constituição Federal.<sup>521</sup> A concretização do direito à educação resta consubstanciada em uma ação positiva por meio de uma formulação de deveres definitivos específicos para serem realizados pelo estado.<sup>522</sup> Cada um desses deveres constitui uma posição fundamental jurídica.

Mais além, o direito fundamental à educação constitui um direito a algo e, a partir disso, também um direito a prestações em sentido amplo. Isso significa que o direito à educação constitui sempre um direito a uma ação negativa ou uma ação positiva, fática ou normativa, do destinatário. No que tange ao direito à educação como direito a prestações em sentido amplo, pode ser configurado enquanto direito à proteção, direito à organização e procedimento e direito à prestação em sentido estrito.<sup>523</sup>

Ao direito às ações positivas referentes ao direito fundamental à educação por parte

---

<sup>520</sup> Sobre o direito fundamental como um todo ver, supra, Capítulo I, item 1.2.3.

<sup>521</sup> Sobre as proposições normativas que normalizam o direito à educação na Constituição Federal ver, supra, Capítulo III, item 3.1.

<sup>522</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 161.

<sup>523</sup> *Ibidem*, p. 120.

do estado correspondem, na maioria das vezes, os direitos a prestações. E essas podem ser normativas e fáticas.<sup>524</sup>

O caso em exame diz respeito às prestações fáticas. Isso porque o fato de não haver vagas suficientes para a educação infantil, em creches e pré-escola para as crianças de até 5 anos, significa dizer que prestações materiais devem ser realizadas pelo estado para realização desse direito. Ações positivas fáticas como essa concentram possivelmente a maior demanda, quando se está diante do direito fundamental à educação.

O Supremo Tribunal Federal, na decisão em exame, reconhece o direito à educação como um direito a prestações fáticas que devem ser realizadas pelo estado, como se denota das *afirmações 1,2 e 6*, concluindo que “o direito à educação é um direito social cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva” (*afirmação 1*)<sup>525</sup>.

No entanto, as posições fundamentais que formam o direito fundamental à educação são direitos *prima facie*, que somente podem se tornar definitivos pelo exame do caso concreto, em que as normas de direito fundamental serão interpretadas e aplicadas, e essa posição fundamental jurídica, antes *prima facie*, vai ou não se tornar definitiva.

O próximo passo, assim, é verificar a forma como foi tornada definitiva a posição fundamental jurídica da menor, autora, à uma vaga na creche, na decisão examinada. Ou seja, a fundamentação utilizada para essa conclusão deve ser examinada.

#### 4.1.2.2 O modelo de direitos sociais e ponderação

A questão enfrentada na decisão analisada diz respeito ao direito fundamental social à educação. O Supremo Tribunal Federal, no caso, reconheceu o direito da autora, menor, a uma vaga na creche. No entanto, muito embora tenha reconhecido os reflexos financeiros disso, concluiu que isso não deve ser levado em consideração quando se está diante de um direito social não concretizado. Ou seja, enfrentou o problema jurídico sem considerar que uma hipótese de colisão de princípios envolvendo um direito social deve ser resolvido pela ponderação.

O modelo de direitos sociais de Alexy oferece uma resposta ao caso em exame.<sup>526</sup>

A questão central a ser respondida pelo modelo de direitos sociais é a de quais são as

<sup>524</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 124-125.

<sup>525</sup> Cf. STF, RE 956.475/RJ, J. 12/05/2016.

<sup>526</sup> Sobre o modelo de direitos sociais ver, *supra*, Capítulo II, item 2.2.

posições fundamentais jurídicas a que o indivíduo faz jus definitivamente. E a resposta é uma questão de ponderação de princípios.<sup>527</sup>

O modelo de direitos sociais possui a seguinte ideia matriz formal, já apresentada anteriormente: o direito à educação constitui posições tão importantes que uma decisão acerca de sua proteção não pode ser deixada para uma maioria parlamentar simples. Isso significa que o critério para ser utilizado na decisão, em conformidade com o processo democrático, e para aquilo que deve ser decidido a partir da interpretação da Constituição, pelo Supremo Tribunal Federal, vai depender do grau de importância de cada posição.<sup>528</sup>

A natureza dos princípios como mandamentos de otimização conduz diretamente a uma conexão necessária entre princípios e a proporcionalidade. Assim, a verificação do direito definitivo à educação será efetuada mediante a proporcionalidade e, especialmente, pela ponderação, que pode ser complementada, ainda, pela fórmula peso. Assim, todas as ferramentas necessárias para a ponderação entre os princípios em colisão ficam disponíveis.<sup>529</sup>

A ponderação do direito fundamental à educação será então realizada da seguinte forma: de um lado está o princípio da liberdade fática ou dignidade humana<sup>530</sup>; do outro estão os princípios da competência para a tomada de decisões pelo dador de leis; da divisão dos poderes e os princípios financeiros do estado; e ainda os princípios substantivos relativos, principalmente, a liberdade jurídica das pessoas, ao lado ainda de outros direitos fundamentais sociais e bens coletivos.<sup>531</sup>

Por um lado, a dignidade humana em um dos lados da ponderação quer significar que, não garantir o direito à educação a um indivíduo pode equivaler a não levá-lo a sério como pessoa.<sup>532</sup>

Por outro lado, o direito fundamental à educação é, em grande medida, significativo financeiramente para o estado. Isso estabelece a importância de saber qual o papel que exercem as possibilidades financeiras fáticas na ponderação neste âmbito. As possibilidades

---

<sup>527</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 343 ss.

<sup>528</sup> Ibidem, p. 334-336.

<sup>529</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Social Constitutional Rights and Balancing*..., p. 5 ss. Sobre a ponderação ver, supra, Capítulo I, item 1.3.5.

<sup>530</sup> Alexy coloca, em escrito recente, ao lado do argumento principal em prol dos direitos sociais, a liberdade fática, também a dignidade humana, uma vez que aquele não é abrangente o suficiente. O princípio da dignidade humana é o único princípio que pode ficar do lado dos direitos fundamentais sociais constitucionais em todos os casos. Cf. ALEXY, Robert. *Social Constitutional Rights and Balancing*... p. 5 ss.

<sup>531</sup> Cf. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*... p. 343-345.

<sup>532</sup> Cf. ALEXY, *Social Constitutional Rights and Balancing*..., p. 5-8. Ainda, sobre a dignidade da pessoa humana, ver: ALEXY, Robert. *Human dignity and Proportionality analysis*. Em português, publicado, ver: ALEXY, Robert. *A dignidade humana e a análise da proporcionalidade*. In: ALEXY, Robert. *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. 1 ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 13-37.



financeiras do estado vinculam metas substantivas potenciais, dentre as quais a segurança pública, a proteção do ambiente e a pesquisa científica. Assim, muito embora o caráter aparentemente de princípio formal do princípio financeiro, objetivos como esses podem ser considerados como conteúdo de princípio material.<sup>533</sup> O princípio financeiro, assim, é o argumento limitador mais importante do direito fundamental à educação, assim como o é dos demais direitos sociais.<sup>534</sup>

Assim, uma ponderação no âmbito do direito social à educação diz respeito à colisão do direito fundamental à educação e, desse modo, do princípio da dignidade humana, de um lado, e dos princípios financeiros, de outro. Isso não foi levado em consideração na decisão.

As afirmações contidas na decisão evidenciam claramente o reconhecimento à existência de uma colisão de princípios. A identificação dessa colisão na decisão em exame ocorre na afirmação segundo a qual a “reserva do possível” não pode ser utilizada para justificar a abstenção do Poder Público na efetivação de políticas públicas necessárias à realização do direito à educação, mesmo que exista reflexos financeiros na realização de direitos dessa natureza. No entanto, embora seja reconhecida a colisão pelo Supremo Tribunal Federal, não foi cogitada a aplicação da ponderação.

A colisão identificada na decisão pode mais claramente ser observada na *afirmação* 5. Esta estabelece a colisão entre o princípio da “reserva do possível” e o princípio do “mínimo existencial”, sendo que a este se estabelece uma precedência incondicionada em face daquele. A reserva do possível nada mais é do que os princípios financeiros do estado, e o mínimo existencial a dignidade humana, que representa o direito fundamental à educação.

Desse modo, tendo em vista que o caso examinado diz respeito a uma colisão de princípios, nos exatos moldes sugeridos pelo modelo de direitos sociais, a decisão deveria estar assentada na ponderação.

#### 4.1.2.3 Inexistência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclui direitos fundamentais

Outra questão que deve ser apontada na decisão em exame é que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma primazia incondicionada ao direito fundamental à educação em face dos princípios financeiros do estado, o que significa dizer que ele foi concebido como um direito absoluto.

<sup>533</sup> Sobre os princípios formais, ver: ALEXY, Robert. *Formal Principles: Some replies to critics*. In: I-COM (2014), Vol. 12 nº 3, S. 515 f.

<sup>534</sup> Sobre isso, ver ALEXY, *Social Constitutional Rights and Balancing*, p. 3 ss.

Isso fica bastante claro ao afirmar, a decisão, que o estado é obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil (*afirmação 2*), não sendo possível invocar a “reserva do possível” nesse caso, mesmo havendo um inescapável vínculo financeiro de direitos sociais dessa natureza às possibilidades orçamentárias do estado (*afirmação 5*).

No entanto, princípios absolutos são princípios extremamente fortes que em hipótese alguma cedem em favor de outros. Se existem princípios absolutos, então a definição de princípios deveria ser modificada, uma vez que, se um princípio tem precedência em face de todos os outros com os quais colide, inclusive em relação àquele princípio segundo o qual as regras devem ser seguidas, isso significaria dizer que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, mas apenas fático. Aqui sequer seria aplicável a teoria dos princípios e a lei da colisão.<sup>535</sup>

Não é difícil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico como o brasileiro, que contém direitos fundamentais. Se um princípio se refere a bens coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a eles. Desse modo, até onde esse princípio absoluto alcançar, não pode haver direitos fundamentais. Se, por outro lado, o princípio absoluto se refere a direito individual, a ausência de limites colocaria dois direitos individuais em colisão, e os dois absolutos. Frente a esse impasse, de duas conclusões uma: ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.<sup>536</sup>

Princípios, portanto, são relativos, e uma colisão entre o direito fundamental à educação e os princípios financeiros do estado fica, no caso em exame, bastante claro.

Os princípios, sempre fundamentos *prima facie*, somente podem se tornar definitivos mediante uma relação de precedência condicionada. Essa relação de precedência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Mais além, sempre que um princípio for um fundamento apoiador de um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é um fundamento de uma regra, que representa um fundamento definitivo para esse juízo.<sup>537</sup>

Princípios somente podem se tornar um fundamento definitivo para uma decisão a partir da aplicação da ponderação dos princípios envolvidos. Isso porque a subsunção é a forma de aplicação característica para as regras e a ponderação é a forma de aplicação do

---

<sup>535</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 62. Sobre a teoria dos princípios e colisões ver, supra, Capítulo I, itens 1.3.2 e 1.3.3

<sup>536</sup> Ibidem, p. 62-63.

<sup>537</sup> Cf. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais...* p. 108.

direito característica para os princípios.<sup>538</sup>

#### 4.1.2.4 A natureza das normas que podem ser retiradas das proposições normativas que normalizam o direito fundamental à educação

Mais uma reflexão sobre a decisão examinada deve ser feita. E essa diz respeito ao exame da natureza das normas do direito fundamental à educação, especialmente daquelas que são utilizadas como premissas normativas na estrutura do fundamentar jurídico apresentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Até aqui se demonstrou que regras e princípios constituem fundamentos diferentes.<sup>539</sup> Princípios são sempre fundamentos *prima facie* e regras, quando não houver exceções, são fundamentos definitivos. Princípios podem também servir de fundamentos para decisões, ou seja, para juízos concretos de dever-ser.<sup>540</sup>

A definição da natureza das normas do direito fundamental à educação usadas na decisão é importante, já que isso determina a forma solução do problema jurídico apresentado no caso concreto. Isso porque a subsunção é a forma de aplicação característica para as regras e a ponderação é a forma de aplicação do direito característica para os princípios.<sup>541</sup>

A definição da natureza de uma norma de direito fundamental deve se dar a partir da análise do caso concreto.<sup>542</sup>

Existem casos, porém, que não simplesmente deve ser decidido se uma norma deve ser tratada como regra ou princípio. Isso é uma questão de interpretação e, como sempre, na interpretação não existem critérios que possibilitam, em todos os casos, uma resposta simples e clara.<sup>543</sup>

As proposições normativas utilizadas como premissas da lei na decisão em exame são os arts. 6º, 205 e 208, inc. IV, todos da Constituição Federal.

O art. 6º estabelece que o direito à educação é um direito social. O art. 205 estabelece que a educação, direito e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o

<sup>538</sup> Sobre a forma de aplicação de regras e princípios ver ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais...** p. 103 ss. e ALEXY, **A fórmula peso...** 131-153. Ainda, ver, supra, Capítulo I, item 1.3.5.4

<sup>539</sup> Sobre a distinção teórico-normativa de regras e princípios ver, supra, Capítulo 1.3.2

<sup>540</sup> Cf. ALEXY, **A Theory of Constitutional Rights...** p. 60.

<sup>541</sup> Sobre a forma de aplicação de regras e princípios ver ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais...** p. 103 ss. e ALEXY, **A fórmula peso...** 131-153. Ainda, ver, supra, Capítulo I, item 1.3.5.4

<sup>542</sup> Isso pode ser melhor compreendido supra, no Capítulo III, item 3, que trata do duplo caráter das normas de direitos fundamentais.

<sup>543</sup> Cf. HECK, **Regras e princípios jurídicos no pensamento de Robert Alexy...** p. 81.

exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

As normas que podem ser extraídas dos arts. 6º e 205 da Constituição Federal possuem natureza de princípio, uma vez que são mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Considerados no caso concreto, a relação de preferência do direito à educação em face dos demais princípios que com ele podem colidir vai determinar o conteúdo da regra que será resultado da ponderação.<sup>544</sup>

Com relação à natureza da norma que pode ser extraída do art. 208, inc. IV, da Constituição Federal, também utilizado como premissa normativa na decisão, uma reflexão mais profunda deve ser realizada.

O *caput* desse artigo estabelece que o dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I- ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria; II – progressiva universalização do ensino médio gratuito; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV – *atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade*; V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Diferentes interpretações acerca da natureza da norma que pode ser retirada do art. 208, inc. IV, são possíveis.

Para a análise dessas interpretações, algumas questões, antes, devem ser colocadas.

A questão de se atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações é uma das mais polêmicas questões da dogmática dos direitos fundamentais.<sup>545</sup>

A polêmica sobre os direitos a prestações é marcada por uma divergência de opiniões acerca da natureza e da função do estado, do direito e da constituição e, assim, também dos direitos fundamentais, além da percepção sobre a atual situação da sociedade. Tendo em vista que essa questão se relaciona a problemas de distribuição, o alto grau de controvérsia política a respeito é compreensível.<sup>546</sup>

---

<sup>544</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 47 ss.

<sup>545</sup> Ibidem, p. 287.

<sup>546</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 293.

Além disso, enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o estado e um ação estatal positiva, como já visto anteriormente. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de um direito fundamental e o estado, aquele tem a competência de exigir judicialmente esse direito. Isso se dá, na Constituição Federal, pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. E isso é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, assim como os direitos de defesa, tenham um caráter *prima facie*, ou seja, natureza de princípios.<sup>547</sup>

Se às normas que conferem um direito *prima facie* é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem um caráter de normas que, mesmo sem concretização, o que pode ocorrer somente pela ponderação, garantem direitos definitivos. Uma vez preenchido o suporte fático e não sendo satisfeita a cláusula de restrição, o titular tem um direito definitivo. Assim, natureza de princípio e exigibilidade perfeita são, pois, compatíveis.<sup>548</sup>

Ou seja, disso pode ser extraído que os direitos sociais, mesmo como princípios, são polêmicos, pelos seus reflexos financeiros e inarredável colisão com outros princípios.

Considerar as proposições normativas que estabelecem os direitos sociais como regras, parece ainda mais complicado, exatamente pelas consequências disso na sociedade.

Com base nesses argumentos, uma das interpretações possíveis é considerar a norma que pode ser retirada do art. 208, inc. IV, da Constituição, como princípio.

Até porque, ao determinar, a Constituição Federal, que garantir o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos é meio para de efetivar o direito à educação, não quer dizer que isso é um mandamento definitivo que deve ser aplicado na forma do *tudo-ou-nada*, mas sim que todas as crianças de zero a seis anos possuem o direito *prima facie* a isso, expressamente garantido, o que permite a todos a possibilidade de buscar a definitividade desse direito em juízo.

Deve-se aqui ser levado em consideração que estamos tratando de um direito a prestações, que compartilha problemas com os quais os direitos a ações negativas não se deparam, ao menos não com tamanha intensidade. E esses problemas resultam da imposição, ao estado, da persecução de alguns objetivos, que demandam gastos, e isso possui reflexos em toda sociedade.

Dessa forma, à luz da teoria dos princípios, o direito à creche e pré-escola pode ser

---

<sup>547</sup> Nesse sentido, ver ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 296.

<sup>548</sup> *Ibidem*, p. 297.

conhecido como um direito *prima facie*, que somente pode se tornar definitivo se outras razões colidentes não exigirem o contrário. Como Alexy afirma, o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de *tudo-ou-nada*.<sup>549</sup> Até porque é inevitável a colisão desse direito com outros princípios, o que é inclusive reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ao referir os reflexos financeiros da realização de direitos a prestações por parte do estado na decisão, como se denota da *afirmação 5*.

Desse modo, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo possui é uma questão de ponderação de princípios, o que fica claro no modelo de direitos sociais de Alexy.<sup>550</sup>

Assim, mesmo que a norma retirada do art. 208, inc. IV estabeleça uma carga argumentativa a favor do direito fundamental à educação, trata-se de um direito social, e uma colisão deste com os princípios financeiros do estado é inexorável, pela própria natureza do direito e seus reflexos no ordenamento jurídico e na sociedade. A norma, assim, enquanto princípio, deve ser otimizada, o que significa dizer que ela pode ser cumprida em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.

Essa é a interpretação mais adequada à teoria dos direitos fundamentais de Alexy.

A segunda interpretação possível acerca da natureza da norma retirada do art. 208, inc. IV, é no sentido de tomá-la como regra, que deveria ser aplicada no caso concreto mediante simples subsunção. Assim, em se tratando de um mandamento definitivo, deveria ser satisfeita ou não satisfeita. Em se tratando de uma regra válida, que é, deveria se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.<sup>551</sup> Eventual ponderação, aqui, já fora realizada pelo legislador, que estabeleceu assim um mandamento definitivo a ser cumprido pelo Poder Público, não cabendo aqui qualquer cláusula de restrição. Ou seja, o acesso ao ensino infantil, mediante o atendimento em creche e pré-escola, deve ser cumprido, já que se trata de uma regra completa, passível de subsunção no caso concreto.

No entanto, fosse essa a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, não precisariam mais argumentos, ou mais premissas normativas, ou mais premissas classificadas como nem normativas nem empíricas, para apoiar o resultado obtido pela subsunção da norma do art. 208, inc. IV, da Constituição Federal à premissa empírica. Um simples raciocínio lógico-dedutivo poderia ser feito, sem fazer-se menção a outros argumentos, no sentido de

---

<sup>549</sup> Sobre isso, ver ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 502 ss.

<sup>550</sup> Sobre o modelo de direitos sociais, ver Capítulo II, item 2.2.

<sup>551</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*... p. 48.

que, em se tratando de uma regra, a vaga à creche deveria ser imediatamente concedida, já que se trata de um direito definitivo, e não *prima facie*.

Dito isso, o que se pretendeu demonstrar é que as normas que estabelecem o direito fundamental à educação possuem um duplo caráter e, além disso, elas podem ser classificadas como regras ou princípios. Isso é uma questão de interpretação, que somente pode ser realizada no caso concreto.

Uma vez tomada como correta a primeira interpretação, no sentido de se tratar, a norma extraída do art. 208, inc. IV, da Constituição Federal, no caso de concreto, de um princípio, assim como as normas que podem ser extraídas dos arts. 6º e 205, uma decisão correta deve se apoiar na ponderação de princípios, como colocado anteriormente.

#### 4.1.2.5 A norma associada ao direito fundamental à educação

A decisão analisada não aplicou a ponderação no caso da colisão de princípios e assim não teve origem a norma associada referente à vaga na creche postulada na ação judicial, que ingressaria no mundo jurídico com caráter de regra, passível de subsunção.

Isso constitui mais um déficit na fundamentação, à luz dos elementos da dogmática dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sociais apresentam o espaço por excelência para a construção de normas de direito fundamental associadas, em face de seu caráter prestacional e da necessidade de imposição de justiciabilidade às prestações para a efetiva realização do direito, o que pode ser alcançado a partir da norma de direito fundamental associada e sua característica operacional de subjetivação dos direitos.<sup>552</sup>

Esse é o caso do direito fundamental à educação, direito social por excelência, constituído por um feixe de posições fundamentais jurídicas *prima facie*, na sua maioria prestações materiais a serem realizadas pelo estado, seu destinatário.<sup>553</sup> O que reúne as diferentes posições fundamentais jurídicas em um direito fundamental como um todo é sua associação a uma disposição de direito fundamental, uma vez que às posições fundamentais jurídicas correspondem sempre as normas que as conferem.<sup>554</sup>

O direito fundamental à educação compreende o direito de acesso de crianças de até 5 anos em creche e pré-escola (ensino infantil), o que se verifica a partir da disposição contida

<sup>552</sup> Cf. LUDWIG, Roberto. **A norma de direito fundamental associada...** p. 551-552.

<sup>553</sup> Sobre isso ver, mais especificamente, supra: Capítulo III, item 3.1.

<sup>554</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 154.

no art. 208, inc. IV, da Constituição Federal. Dessa forma, verifica-se aí um direito *prima facie* vinculante de todas as crianças. A criança que não obtém vaga no estabelecimento de ensino por falta de espaço, ajuíza ação para obtenção do direito, em face de sua justiciabilidade. Nesse caso, a partir da ponderação a ser realizada no caso concreto entre os princípios colidentes, quais sejam, o direito à educação e os princípios financeiros do estado, pode-se chegar à conclusão de que a criança possui o direito definitivo à vaga almejada, ou o direito definitivo a ações do estado no sentido de vê-lo realizado. Esse direito pode ser à organização do sistema educacional para suprir a necessidade da vaga, ou até a construção de mais escolas. Desse modo, a obrigação de fazer do estado, ou o dever de prestações materiais, são imprescindíveis à realização do direito, e constituem posições fundamentais jurídicas que se tornam definitivas após a realização da ponderação e a obtenção do resultado correto àquele caso concreto, a partir da correta fundamentação das premissas que o formatam.

O Supremo tribunal Federal poderia construir uma decisão justificada racionalmente pela demonstração da relação entre a formulação do direito, no caso das prestações por parte do estado para assegurar a vaga da criança na creche, e a fundamentação, o que permite a conclusão da correção da edificação da norma associada ao direito fundamental à educação no caso.

Igualmente deveriam ser demonstradas, primeiro, a relação de precisação existente entre a norma do art. 208 e à posição jurídica afirmada como definitiva; segundo, a sua relação meio-finalidade e, por fim, a ponderação. Esta última é a mais importante porque estabelece a relação entre uma posição *prima facie* e outra definitiva.<sup>555</sup>

Ainda, uma vez preenchidas as características típicas representadas pelas condições determinantes da relação de precedência, poder-se-ia afirmar, no caso concreto, que uma certa ação estaria ordenada sob o ponto de vista do direito fundamental, como a concessão da vaga à criança na creche.<sup>556</sup> Como uma regra, a norma associada obtida seria dotada de determinação e fixação de conteúdo suficiente, e assim poderia ser aplicada a outros casos concretos da mesma natureza, na forma do “tudo ou nada”<sup>557</sup>.

Desse modo, o reconhecimento da obtenção da norma associada como resultado da ponderação representaria um salto de qualidade na prestação jurisdicional, por agregar maior

---

<sup>555</sup> Cf. LUDWIG, Roberto. **A norma de direito fundamental associada...** p. 373.

<sup>556</sup> *Ibidem*, p. 492.

<sup>557</sup> Nesse sentido, ver: ALEXY, Robert. **Sistema jurídico e razão prática**. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 167.



racionalidade e controlabilidade ao exercício da função.<sup>558</sup>

Assim, a partir de todas essas considerações, o que se pode observar é que nem sempre a interpretação escolhida pelo Supremo Tribunal Federal dentre as possíveis é a correta e está acompanhada dos melhores argumentos, notadamente porque a fundamentação deveria ter sido apoiada na construção de princípios dos direitos fundamentais.

Se toda a interpretação resulta de uma afirmação, e toda afirmação coloca uma pretensão de correção, toda interpretação pretende ser correta. Contudo, essa correção somente pode ser obtida a partir da justificação da decisão, sendo fundamental o procedimento da argumentação, em que o uso público da razão se torna possível. Por isso a proposição de Alexy no sentido de que interpretação é argumentação.<sup>559</sup>

Dessa forma, em razão da verificação da falha de justificação em algumas premissas da decisão, permite-se concluir que ela não está plenamente justificada, na medida em que restou comprometido o procedimento adequado para o alcance do resultado.

#### 4.2 O DIREITO À MERENDA ESCOLAR

Outra decisão que merece destaque sob o ponto de vista de sua fundamentação é a que diz respeito ao julgamento de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região do Mato Grosso, no julgamento de apelação cível, que entendeu que os dispositivos legais referentes ao Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, conhecido popularmente como “merenda escolar”, não alcançam os alunos matriculados nos ensinos médio e profissionalizante. Assentou a ausência de afronta aos artigos 206, inc. I e IV, e 208, inc. I, da Constituição Federal.<sup>560</sup>

No recurso extraordinário, interposto pelo Ministério Público Federal, esse alegou a existência de ofensa aos artigos 5º, inc. II, e 206, inc. I e IV, da Constituição Federal, e a inconstitucionalidade da obrigação do pagamento de uma taxa de alimentação, por criar imposição não prevista em lei específica e ocasionar negativa de atendimento ao jovem advindo de zona rural, de baixo poder aquisitivo e sem condições de custear a própria refeição. Com a cobrança da citada “taxa”, haveria a inversão dos fins sociais do artigo 206, inc. I, da Constituição Federal, “afastando precisamente aqueles aos quais a norma se destina a proteger”. A manutenção da cobrança da merenda escolar terminaria por resultar na

---

<sup>558</sup> Nesse sentido, ver LUDWIG, **A norma de direito fundamental associada...** p. 587.

<sup>559</sup> Cf. ALEXY, **Interpretação jurídica...** p. 68.

<sup>560</sup> Cf. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014.

substituição do bem de natureza comum, isto é, o ensino público gratuito, pelo bem de alguns, dirigido àqueles que podem arcar com os custos da alimentação.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o recurso extraordinário.

Para o exame da decisão, os fundamentos utilizados devem ser conhecidos.

A análise da decisão permite rastrear as seguintes premissas:

*Premissa a.* Art. 5º, inc. II, da Constituição Federal – O princípio da legalidade estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. E não há lei que autorize a cobrança de “anuidade alimentação”.

*Premissa b.* Art. 206, inc. I, da Constituição Federal – “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para acesso e permanência na escola.”

*Premissa c.* Art. 206, inc. IV, da Constituição Federal – “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...). IV- gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.”

*Premissa d.* Art. 208, inc. VII, da Constituição Federal – “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.”

*Premissa e.* Art. 6º da Constituição Federal – O direito à educação é direito social de todos.

*Premissa f.* Lei nº 11.947/09 – Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica.

*Premissa g.* Os dispositivos legais referentes ao Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, conhecido como “merenda escolar”, não alcançam os alunos matriculados no ensino médio e profissionalizante.

Além disso, as seguintes afirmações foram feitas para fundamentar a conclusão.

*Afirmção 1.* O direito fundamental à educação possui relevante valor constitucional e social.

*Afirmção 2.* A ausência de lei autorizadora da cobrança da taxa de alimentação viola o princípio da legalidade.

*Afirmção 3.* Lei para autorização da cobrança da taxa de alimentação seria inconstitucional por afronta ao princípio da gratuidade do ensino público.

*Afirmção 4.* A pretensão da Escola Agrotécnica com a cobrança da taxa de

alimentação não se coaduna com a disciplina constitucional da gratuidade do ensino.

*Afirmção 5.* O Supremo Tribunal Federal vem buscando uma maior concretude ao princípio da gratuidade do ensino.

*Afirmção 6.* A fundamentalidade do direito à educação deve ser levada em consideração para solução do caso.

*Afirmção 7.* O direito à educação é importante para dignidade e desenvolvimento pessoal de cada um.

*Afirmção 8.* A Constituição prevê a instituição de “programas suplementares de material, transporte, alimentação e assistência à saúde” para garantir o direito à educação.

*Afirmção 9.* Não há discricionariedade para a não adoção desses programas suplementares.

*Afirmção 10.* Onerar estudantes com taxa de alimentação consiste na negativa de adoção do programa suplementar de alimentação.

*Afirmção 11.* A cobrança de taxa de alimentação distorce o sistema de educação pública gratuita estabelecido na Constituição.

*Conclusão da decisão:* Descabe à instituição pública de ensino profissionalizante a cobrança de anuidade relativa à alimentação.

Ainda, para conhecer por completo a fundamentação da decisão, e assim verificar a sua correção, igualmente devem ser conhecidos os argumentos utilizados para justificar as afirmações postas.

A *afirmção 1* diz respeito à menção da evidente relevância do julgamento ante o valor constitucional e social envolvido – o direito fundamental à educação.<sup>561</sup>

No que tange à *afirmção 2*, os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal são estes: “Em um primeiro momento, salienta-se a primeira premissa do acórdão impugnado pelo recurso em julgamento. Nela se assentou que não se poderia impor ao Estado obrigação de fazer sem que estivesse norma legal autorizando. Evocou-se o princípio da legalidade estrita a que se encontra submetido o Estado, para estabelecer a impossibilidade de extensão da merenda escolar a alunos do ensino médio e do profissionalizante.”<sup>562</sup> Ainda, segue a decisão: “No entanto, a parcela estaria compreendida no Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, beneficiando apenas os alunos matriculados nos estabelecimentos públicos e nos mantidos por entidades filantrópicas dos ensinos pré-escolar

---

<sup>561</sup> Cf. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014, p. 6.

<sup>562</sup> Cf. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014, p. 6.

e fundamental. Contudo, o que se verifica é que próprio princípio da legalidade acabou desrespeitado em face da ausência de lei autorizadora da cobrança da taxa de alimentação. A exigência, no caso, decorreu de previsão em portarias administrativas, inadequadas para criar obrigações dessa natureza.<sup>563</sup>

Os argumentos colocados para justificar a *afirmação 3* consistem na alegação de que, se existente lei para autorizar a cobrança da alimentação, haveria de ser questionada a validade do ato em face da Constituição. E a resposta seria certamente negativa, segundo o Supremo Tribunal Federal, por evidente afronta, pela determinação de taxa para cobrir despesas com a alimentação de alunos por instituição federal de ensino técnico, ao princípio da gratuidade do ensino público.<sup>564</sup>

Ainda, visando à justificação da *afirmação 4*, os argumentos dados pelo Supremo Tribunal Federal foram no sentido de que, a partir do momento em que a recorrida, diante das peculiaridades do curso, considerado até mesmo o regime de internato, viu-se compelida a satisfazer a alimentação, não poderia, sob pena de afronta ao princípio da gratuidade, previsto no inciso IV do artigo 206 da Constituição, instituir anuidade com certo objetivo. Ainda, afirmou-se que, nesse caso, pretendeu a Escola Agrotécnica, autarquia federal, reforçar o orçamento, o que não se coaduna com a disciplina constitucional. Aqui é colocada proposição da dogmática jurídica.<sup>565</sup>

Para justificar a *afirmação 5*, que diz respeito à necessidade de se buscar uma maior concretude ao princípio da gratuidade do ensino público, direção que vem sendo tomada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo afirmado na decisão, um precedente é apresentado como argumento.<sup>566</sup> Nesse precedente, de repercussão geral, assentou-se a inconstitucionalidade da cobrança de taxa de matrícula como requisito para ingresso em universidade federal, por representar violação ao artigo 206, inciso IV, da Constituição. Nessa decisão, consignou-se, ainda, que a matrícula constitui formalidade essencial para acesso do aluno à educação superior, de modo que se apresenta inadequada qualquer limitação da espécie ao princípio constitucional do ensino público gratuito nos estabelecimentos oficiais. Foi inclusive frisada na ocasião a ideia básica que serve de causa ao princípio – a de viabilizar o acesso dos que não podem cursar o nível superior sem prejuízo do próprio sustento e da família.<sup>567</sup>

O argumento dado no caso da *afirmação 6*, foi este: “Considerada a

<sup>563</sup> Cf. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014, p. 6-7.

<sup>564</sup> Cf. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014, p. 7.

<sup>565</sup> Cf. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014, p. 7-8.

<sup>566</sup> Precedente: STF, RE nº 562.779/DF.

<sup>567</sup> Cf. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014, p. 7.

fundamentalidade do direito à educação, o mesmo raciocínio e conclusão devem ser empregados no caso em julgamento, presente a alimentação dos alunos em ensino médio profissionalizante.”<sup>568</sup>

Para justificar as *afirmações 7 e 8*, foram citados argumentos da dogmática jurídica, como o que segue: “Como destacado por Barcellos, há amplo consenso na sociedade brasileira acerca da “importância central da educação para a dignidade e o desenvolvimento pessoal de cada indivíduo”, vindo a Carta a posicioná-la “como serviço a ser prestado de forma prioritária pelo Estado”, preocupando-se em “garantir condições reais de aprendizado para os alunos da educação básica” – formada pela educação infantil e pelos ensinos fundamental e médio, neste último alcançado o ensino profissional, conforme os artigos 21, inciso I, e 36-A da Lei nº 9.394, de 1996 –, o que inclui a previsão, no artigo 208, inciso VI, de “programas suplementares de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde, no âmbito da própria escola”.<sup>569</sup> Ainda, são também argumentos contidos nesse sentido na decisão que: “Embora o formato desses programas deva ser definido por Legislativo e Executivo, não há discricionariedade “para decidir não adotar tais programas”, pois essa decisão, considerada a implementação, “já foi tomada pelo poder constituinte, cabendo nesse particular aos poderes constituídos apenas executá-la”. A interpretação conjunta dos citados artigos 206, inciso IV, e 208, inciso VI, da Constituição, revela que programa de alimentação de estudantes em instituição pública de ensino profissionalizante que se apresente oneroso a eles configura a própria negativa de adoção de programa referente à alimentação. O princípio constitucional da gratuidade de ensino público em estabelecimento oficial alcança não apenas o ensino em si, mas também as garantias de efetivação do dever do Estado com a educação previsto na Constituição e, entre essas, o atendimento ao educando em todas as etapas da educação básica, incluído o nível médio profissionalizante, fornecendo-lhe alimentação. O envolvimento, na espécie, de autarquia federal de ensino profissional conduz à impossibilidade da cobrança pretendida. Conclusão diversa, como a atacada por meio deste recurso, distorce o sistema de educação pública gratuita consagrado na Constituição.”<sup>570</sup>

Para justificar a *afirmação 9*, afirmou-se que: “Embora o formato desses programas deva ser definido por Legislativo e Executivo, não há discricionariedade “para decidir não

<sup>568</sup> Cf. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014, p. 7.

<sup>569</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito à educação e o STF**. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 609-612.

Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito à educação e o STF...** p. 613.

<sup>570</sup> Cf. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014, p. 7-8.

adotar tais programas”, pois essa decisão, considerada a implementação, “já foi tomada pelo poder constituinte, cabendo nesse particular aos poderes constituídos apenas executá-la”.

Por fim, para justificar as *afirmações 10 e 11*, argumenta-se no sentido de que: “A interpretação conjunta dos citados artigos 206, inc. IV, e 208, inc. VII, revela, a mais não poder, que o programa de alimentação de estudantes em instituição pública de ensino profissionalizante que se apresente oneroso a estes consiste na própria negativa de adoção do programa.”<sup>571</sup> Ainda, segue: “O princípio constitucional da gratuidade do ensino público em estabelecimento oficial alcança não apenas o ensino em si, mas também as garantias de efetivação do dever do Estado com a educação previsto na Constituição e, entre essas, o atendimento ao educando em todas as etapas da educação básica, incluído o nível médio profissionalizante, fornecendo-lhe alimentação”.<sup>572</sup> Por fim, afirma-se que “o envolvimento, na espécie, de autarquia federal de ensino profissional conduz à impossibilidade da cobrança pretendida. Conclusão diversa, como a atacada por meio deste recurso, distorce o sistema de educação pública gratuita consagrado na Carta da República”.<sup>573</sup>

Essas são as afirmações e seus respectivos argumentos. O que segue pretende examinar a decisão a partir de seu fundamento, sob os pontos de vista da construção de regras e da construção de princípios dos direitos fundamentais.

#### **4.2.1 Análise da decisão sob o ponto de vista da construção de regras: a estrutura do fundamentar jurídico**

As premissas postas na decisão em exame devem ser, primeiramente, analisadas sob o ponto de vista das regras de sua justificação interna. Ou seja, deve ser aqui verificado se a estrutura silogística foi utilizada para a estrutura do fundamentar jurídico da decisão.<sup>574</sup>

Uma classificação das premissas da decisão deve ser feita, a partir da classificação de Alexy.<sup>575</sup>

Dessa forma, tem-se que as *premissas a, b, c, d, e e f* extraídas da decisão examinada são premissas normativas.

A *premissa g* é a premissa empírica.

E as afirmações numeradas de 1 a 11 podem ser consideradas como premissas que

<sup>571</sup> CF. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014, p. 8.

<sup>572</sup> Cf. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014, p. 8.

<sup>573</sup> Cf. STF, RE 357.148/MT, j. 25/02/2014, p. 8.

<sup>574</sup> Sobre isso ver BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico...** p. 59 ss.

<sup>575</sup> Para isso, ver ALEXY, **Teoria da argumentação jurídica...** p. 224. Nesse sentido, também, ver BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico...** p. 64.

não são nem normativas nem empíricas.

As premissas normativas foram extraídas das disposições da Constituição Federal e na normalização infraconstitucional referente à questão da alimentação escolar. Dessa forma, são regras do direito positivo e, assim, são universais.

Além das premissas normativas, pode ser extraída a premissa empírica, a *premissa g*, que se refere aos jovens que foram onerados com a anuidade referente à alimentação escolar.

As demais são as premissas que não são nem normativas nem empíricas, que foram empregadas na forma de argumentos para embasar a decisão.

Depois das premissas, tem-se a conclusão da decisão, fundamentada a partir das premissas colocadas, no sentido de que descabe à instituição pública de ensino profissionalizante a cobrança de anuidade relativa à alimentação.

Essa é a estrutura da decisão do Supremo Tribunal Federal em análise.

O que pode ser observado é que uma análise mais apurada da decisão permite concluir que a estrutura lógico-dedutiva foi suficientemente observada.<sup>576</sup>

As premissas são colocadas com clareza, e uma análise permite concluir que elas fundamentam o resultado. São apresentadas premissas normativas, uma premissa fática e um resultado extraído a partir de uma estrutura formulada silogisticamente. No total, portanto, o esquema descreve o chamado silogismo jurídico.<sup>577</sup>

O que importa neste âmbito é isso. Que as premissas são colocadas com clareza, e elas fundamentam dedutivamente a conclusão.

No entanto, a correção da sentença depende da correção das premissas postas. Problemas da fundamentação das premissas podem estar associadas às premissas normativas ou à premissa empírica, ou de premissas que não se deixam associar claramente a nenhuma dessas. Para o vencimento dessa tarefa os princípios oferecem modelos de argumentação, o que deve ser feito na justificação externa da decisão.<sup>578</sup>

Com base nisso, o que se verifica na decisão examinada é que existem problemas na fundamentação, o que pode ser solucionado pela teoria dos direitos fundamentais.

Verifica-se que alguns fundamentos da decisão foram colocados com coerência e em conformidade com a base e o procedimento da argumentação jurídica no âmbito dos direitos fundamentais.<sup>579</sup> No entanto, em se tratando de uma decisão que contém em sua estrutura

---

<sup>576</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>577</sup> Sobre isso, ver BÄCKER, **O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico...** p. 64 ss.

<sup>578</sup> Ibidem, p. 71-72.

<sup>579</sup> Sobre a base e o procedimento da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, ver Capítulo I, item

princípios, o exame acerca de eventual colisão entre eles e a solução disso pela ponderação deveria ter sido considerada. Isso, no entanto, é objeto da análise da decisão sob o ponto de vista da construção de princípios.

#### **4.2.2 Análise da decisão sob o ponto de vista de construção de princípios**

O caso em exame trata, mais uma vez, de uma colisão de princípios entre o direito fundamental à educação e os princípios financeiros do estado e da divisão das funções estatais. No entanto, uma ponderação não foi cogitada na decisão.

A decisão, assim, possui um déficit de fundamentação, que deve agora ser analisado sob diferentes enfoques.

##### 4.2.2.1 A merenda escolar como uma posição fundamental jurídica do direito à educação

O direito à educação é um feixe de posições fundamentais jurídicas *prima facie*, do qual faz parte o direito à merenda escolar. Dessa forma, pela ponderação dos princípios em colisão, uma norma associada deveria ser extraída, para alcançar definitividade a essa posição jurídica do direito à alimentação escolar.<sup>580</sup>

O art. 208, inc. VII, da Constituição Federal, determina que deve ser garantido o atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de alimentação. No entanto, essa posição jurídica estabelecida pela proposição normativa, *prima facie*, somente se tornará definitiva pela ponderação aplicada no caso concreto. A decisão examinada, contudo, não estabelece esse raciocínio, tratando como definitiva uma posição jurídica, em tese, *prima facie*.

##### 4.2.2.2 A primazia incondicionada do direito fundamental à educação

Na decisão em exame novamente se pode observar que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma primazia incondicionada, ou absoluta, do direito fundamental à educação em face dos princípios financeiros do estado, ao afirmar a necessidade de observância e cumprimento das disposições jurídicas dos arts. 6º, 206, inc. I e IV, e 208, inc. II, todos da Constituição Federal, como dever inquestionável do estado, sem, no entanto, realizar a devida

---

1.5.

<sup>580</sup> Sobre direitos fundamentais como um feixe de posições fundamentais jurídicas e *prima facie*, e as consequências jurídico-normativas disso, ver: Capítulo I, item 1.5.3.



ponderação ao conflito estabelecido, para então determinar a precedência definitiva do direito à merenda escolar como uma posição fundamental jurídica definitiva. Isso fica claro nas afirmações 4, 5 e 7 – 11.

Com base nessas proposições normativas, afirma-se que o direito à educação é direito social de todos e que o ensino será ministrado com base nos princípios da gratuidade do ensino público e da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, e ainda, observando o dever do estado em garantir o atendimento ao educando através de programas suplementares de alimentação. Isso constitui, porém, princípio e objetivos do estado de realização do direito à educação, e esse é somente um dos lados da colisão enfrentada pelo caso concreto.

Ao lado disso, outros argumentos igualmente foram colocados. E ainda que argumentos corretos tenham sido considerados, como a ofensa à gratuidade do serviço público com a cobrança da anuidade de alimentação escolar, e ainda, a violação ao princípio da legalidade, em face da ausência de lei que albergasse a obrigação do pagamento dessa “taxa de alimentação”, uma decisão no âmbito de um direito fundamental como o direito à educação não poderia prescindir da devida constatação de uma colisão de princípios e da aplicação da ponderação.

A decisão da forma como colocada considera, mais uma vez, o direito fundamental à educação como princípio absoluto, o que não é adequado em um ordenamento jurídico que possui direitos fundamentais, ao menos à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.<sup>581</sup>

#### 4.2.2.3 Ponderação e norma associada

O conflito identificado no caso analisado consiste nisto: de um lado, está o direito fundamental à educação, de outro, o princípio formal da divisão das funções estatais e os princípios financeiros do estado. Essa é a espécie de colisão que geralmente ocorre quando se está diante de um direito fundamental de natureza social como o direito à educação – o que se pôde observar a partir do estudo do modelo de direitos sociais proposto por Alexy.<sup>582</sup> A colisão, assim, é a seguinte: Em se tratando de um órgão estatal, a decisão que entende indevida a cobrança da anuidade de alimentação aos alunos do ensino médio

<sup>581</sup> Cf. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 62-63.

<sup>582</sup> Sobre o modelo de direitos sociais proposto por Alexy, ver Capítulo II, item 2.2. Ainda, sobre colisão de princípios e ponderação, ver Capítulo I, itens 1.3.3 e 1.3.5.

profissionalizante intervém no espaço de tomada de decisão da administração pública. Do outro lado, está o direito à educação e as normas que a essa norma de direito fundamental podem ser a ela associadas. Essa associação constitui o feixe de posições jurídicas que formam a unidade do direito à educação. Dessa forma, uma ponderação poderia aferir se no caso concreto a afetação daqueles princípios estaria justificada para realização do direito à educação.

O resultado de uma ponderação correta do ponto de vista do direito fundamental à educação gera uma norma associada a esse direito, que apresenta estrutura de regra e à qual pode ser subsumido o caso concreto.<sup>583</sup>

Possivelmente o resultado da ponderação dos princípios em jogo no caso concreto seria o mesmo resultado daquele a que chegou a decisão em exame. Contudo, a verificação da colisão e a ponderação realizada a partir dos passos e regras estabelecidos pela estrutura do procedimento nos termos propostos por Alexy, fundamentada argumentativamente de forma a garantir uma justificação racional à decisão, representaria ganhos quanto à clareza e segurança, e quanto ao rigor técnico de sua fundamentação.

#### 4.2.2.4 O argumento da fundamentalidade do direito à educação

Um argumento colocado pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar a decisão é a fundamentalidade do direito à educação. Com base nisso, argumenta-se que a alimentação deve ser concedida aos alunos do ensino médio, sem que qualquer ponderação possa ser considerada na hipótese. Isso fica claro diante da *afirmação 6*.

A fundamentalidade é aqui colocada para assentar a necessidade de concessão da alimentação como se o direito a isso, com base no atr. 208, IV, da Constituição Federal, fosse definitivo, ou absoluto.

No entanto, a fundamentalidade das normas de direitos fundamentais diz respeito ao papel central que elas desempenham no ordenamento jurídico e o efeito dessas perante terceiros (efeito de irradiação), e não que a eles não pode haver cláusulas de restrição e que não podem colidir com outros princípios.<sup>584</sup>

A fundamentalidade das normas de direitos fundamentais não permite considerá-los como princípios absolutos, a ponto de que em relação a eles se estabeleça uma primazia incondicionada em face dos demais princípios que com eles podem colidir. A

---

<sup>583</sup> Sobre o procedimento de extração das normas associadas ver Capítulo I, item 1.4.1.

<sup>584</sup> Sobre isso ver ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 351 ss.

fundamentalidade das normas de direitos fundamentais diz respeito ao significado delas no ordenamento jurídico.<sup>585</sup> Ou ainda, ao efeito delas na relação estado/indivíduo e ao efeito delas perante terceiros.<sup>586</sup>

Desse modo, o fato de se tratar, o direito à educação, de um direito fundamental social, garantido pelo art. 6º da Constituição Federal, a colisão desse com outros princípios pode se dar, e uma solução a isso deve ser resolvida pela ponderação, uma vez que, como já demonstrado, princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais e com a dogmática dos direitos fundamentais.<sup>587</sup>

Assim, igualmente aqui o modelo de direitos sociais deve ser aplicado e, diante de uma colisão de princípios entre o direito fundamental à educação e os princípios financeiros do estado, uma posição fundamental jurídica referente ao direito à alimentação somente pode se tornar definitiva, e dar origem uma norma associada, pela ponderação.

Dessa firma, em face das questões colocadas, a decisão analisada também apresenta falhas em sua fundamentação.

#### 4.3 O DIREITO AO TRANSPORTE

Outra decisão de bastante pertinência para ser examinada, agora pela evidente deficiência de fundamentação, é aquela que não deu provimento a recurso de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que reconheceu a concessão de transporte escolar como dever do estado, para garantia do direito à educação e garantia ao cidadão de um mínimo de condições para obter uma vida digna.<sup>588</sup> No recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegou-se violação aos arts. 2º e 165, também da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal negou seguimento ao recurso, alegando que o Poder Judiciário pode, excepcionalmente, determinar a implementação de políticas públicas. Por esta razão, considerou-se correta a decisão judicial que, para a efetivação do direito fundamental à educação, impõe ao ente estatal a obrigação de prestar o transporte gratuito de estudantes, conforme dispõe o art. 208, VII, da Constituição Federal, sem que isso configure ofensa ao princípio da separação dos poderes.

---

<sup>585</sup> Ibidem, p. 349.

<sup>586</sup> Sobre o “efeito irradiador” ou a tese da irradiação ver ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 351 ss.

<sup>587</sup> Sobre isso ver ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...* p. 111.

<sup>588</sup> Cf. STF, ARE 990934/PB, J. 24/03/2017.

Na decisão negou-se provimento ao recurso. Como fundamento, foi sustentado que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o Poder Judiciário determinar, excepcionalmente, em casos de omissão estatal, a implementação de políticas públicas que visem à concretização do direito à educação, assegurado expressamente pela Constituição Federal. A fim de justificar essa formulação, o Supremo Tribunal Federal limitou-se a citar três ementas de julgados anteriores sobre o tema em questão, isso dando como bastante para fundamentar a sua decisão.

Na primeira ementa citada é feito constar que “é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes”.<sup>589</sup>

A segunda ementa diz que “a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola, conforme dispõe o art. 208 da Constituição brasileira (CF, art. 208, IV)”.<sup>590</sup> Na ementa consta, ainda, que “essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.”<sup>591</sup> Ainda, é referido que “a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de

---

<sup>589</sup> Cf. STF, ARE 761127AgR.

<sup>590</sup> Cf. STF, ARE 761127AgR.

<sup>591</sup> Cf. STF, ARE 639.337AgR.

simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.”<sup>592</sup> Mais além, na ementa ainda é referido que “embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.”<sup>593</sup> Ainda, sobre o tema da reserva do possível, afirma-se: “A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. (...) Ainda, a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.”<sup>594</sup> A proibição do retrocesso social, nesse caso, igualmente é invocada, sob os seguintes argumentos: “O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais

---

<sup>592</sup> Cf. STF, ARE 639.337AgR.

<sup>593</sup> Cf. STF, ARE 639.337AgR.

<sup>594</sup> Cf. STF, ARE 639.337.

prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.” Essas, pois, são as razões que constam na ementa citada na decisão em exame.<sup>595</sup>

Por fim, a terceira ementa citada, que enfrenta especificamente o tema de transporte escolar de alunos da rede pública de ensino, diz que o transporte escolar de alunos matriculados nos ensinos fundamental e médio da rede pública estadual não pode ser negado no caso julgado, sob a alegação de limites orçamentários, até em face da ausência de comprovação nesse sentido. A educação é direito fundamental indisponível e dever do estado. Configurada a omissão e a imposição de obrigação de fazer à Administração Pública.<sup>596</sup>

Por fim, outros precedentes no mesmo sentido são igualmente citados.<sup>597</sup>

Com base nessas afirmações, concluiu-se pela improcedência da alegação de violação dos arts. 2º e 165 da Constituição Federal, motivo pelo qual negou-se provimento ao agravo regimental.

A decisão agora deve ser examinada sob o ponto de vista de sua fundamentação.

#### **4.3.1 Análise da decisão sob o ponto de vista da construção de regras**

O que se pode observar é que a decisão em exame carece de fundamentação.

A fundamentação consiste tão-somente no apontamento de um rol de precedentes que tratam, em tese, de casos semelhantes.

Ainda que possa ser correto o emprego dos precedentes como argumentos a servirem de fundamentação da decisão, não parece aceitável que se possa utilizar para um caso concreto premissas colocadas em outros precedentes, sem qualquer esforço para construir a necessária amarra entre os precedentes e o caso, e para construir a própria fundamentação ao caso concreto especificamente, bastando a menção àquelas razões colocadas no caso anteriormente julgado. Isso, porque todos os casos jurídicos possuem características próprias e distintas, que devem sempre ser levadas em consideração.

Mais além, não parece possível, da mesma forma, a utilização de precedentes em substituição às premissas necessárias à construção do fundamento jurídico da decisão do caso concreto. Ainda mais quando nenhum detalhe sequer do caso concreto é colocado para formulação de um raciocínio ao menos minimamente lógico-dedutivo, que torne possível, na hipótese, concluir por aquele resultado apresentado.

---

<sup>595</sup> Cf. STF, ARE 639.337.

<sup>596</sup> Cf. STF, RE 545.882.

<sup>597</sup> STF, ARE 988.395, Rel. Min. Edson Fachin; STF, ARE 951.802, Rel. Min. Carmen Lúcia; STF, ARE 661309, Rel. Min. Dias Toffoli.

Analisar uma decisão judicial não é nada mais do que analisar a sua justificação sob o ponto de vista de sua estrutura. Para Alexy, uma exigência mínima para a justificação de uma decisão judicial é a possibilidade de ela ser reconstruída de forma que a proposição normativa que define o dever jurídico concreto siga logicamente das proposições empregadas na justificação mesma, juntamente com outras proposições pressupostas, resultando em um conjunto todo de premissas livres de contradição.<sup>598</sup> Ao lado disso, que diz respeito à correção lógica da cadeia de proposições da decisão, ainda está a justificação dessa no que se refere à correção e aceitabilidade daquelas premissas colocadas para fundamentar o resultado.

A compreensão disso é imprescindível para perceber que, no caso da decisão examinada, a justificação é deficiente sob o ponto de vista de sua justificação interna, não existindo uma estrutura clara do fundamentar jurídico empregado para a apresentação da conclusão.

Ou seja, sob o ponto de vista da necessidade de uma correção lógica da cadeia de proposições postas para fundamentar o resultado, isso parece não ter sido observado pelo Supremo Tribunal Federal, em face da ausência de colocação das premissas que pudessem dedutivamente justificar o resultado dado no caso concreto. Isso quer dizer que a decisão não está justificada internamente. E sequer externamente. Sem premissas, não há que se falar em justificação das premissas para justificação racional da decisão como um todo.

#### **4.3.2 Julgamento por ementas**

Mais uma análise crítica aqui deve ser feita de forma mais pontual. E ela se deve ao uso de precedentes como único fundamento da decisão. Mais precisamente, no caso, o uso de ementas. Isso denota a existência de um julgamento por ementas, na medida em que efetuada unicamente uma referência a casos julgados anteriormente sem uma preocupação científica na realização das devidas amarras e conexões do caso em julgamento com aqueles objetos dos julgamentos anteriores, ou das ementas citadas.

Um problema da aplicação de precedentes no Brasil é que as ementas são elevadas ao *status* de lei geral, e passam a ser aceitos como universais, bastando a realização da conexão entre o caso em julgamento e o caso do precedente para que se obtenha uma aparência de cientificidade. Assim, o julgamento se dá a partir de uma fundamentação que se resume em uma simples dedução entre o caso presente e as razões que foram utilizadas para

---

<sup>598</sup> Cf. ALEXY, Robert. **A análise lógica de decisões jurídicas**. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso...* p. 20-21.

decidir o caso pretérito.<sup>599</sup>

Assim, ainda menos adequado do que o uso de precedentes como fundamento único de uma decisão, é o uso somente de ementas como razão de decidir do caso concreto, o que denota a ausência da totalidade dos argumentos usados na fundamentação da decisão do precedente, o que maquia o raciocínio lógico-dedutivo em sua integralidade usado no julgamento pretérito.

A inexistência de fundamentos fáticos e jurídicos para a solução específica do caso em julgamento leva, igualmente, à conclusão da ausência de uma justificação racional. A decisão limitou-se em colocar como argumentos unicamente as razões dadas em outros julgamentos, sem sequer demonstrar o ajuste do caso *sub judice* aos fundamentos determinantes do precedente.

Inclusive, a inexistência de qualquer argumento ou premissas para fundamentar o resultado pode significar a nulidade da decisão. O art. 489, § 1º, V, do Novo Código de Processo Civil, estabelece que qualquer decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem demonstrar a pertinência de seus fundamentos relevantes para o caso em julgamento, será considerada como não fundamentada e, assim, como consequência, nula. O que se pretende com isso é um maior controle sobre as decisões, evitando a simples menção a precedente como razão de decidir, de forma desconectada com o contexto particular do caso a ser julgado.

Desse modo, em face da carência de fundamentação, e ainda, do próprio equívoco do fundamento utilizado na hipótese examinada, que corresponde a um claro julgamento por ementas, não pode ser considerada justificada racionalmente a decisão. Mais além, a decisão pode ser considerada nula, sob um duplo viés: pela violação ao art. 93, inciso IX, da Constituição brasileira, segundo o qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”; e pela não observância do determinado no art. 489, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil, o qual dispõe que não será considerada fundamentada qualquer decisão judicial que: “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

---

<sup>599</sup> Cf. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.



### 4.3.3 Análise da decisão sob o ponto de vista da construção de princípios: colisão de princípios e ausência de ponderação

Por fim, outra inconsistência que pode ser verificada na decisão é a mesma que se pôde perceber nas demais decisões examinadas, qual seja, a falta de percepção, frente a uma colisão de princípios, a solução somente poderia ser alcançada pela aplicação da ponderação.

Isso porque o caso está assentado, mais uma vez, na colisão entre o direito fundamental à educação e os princípios financeiros do estado e o princípio da separação dos poderes. A ponderação deveria aferir qual o princípio deveria receber primazia diante das circunstâncias do caso concreto e, dependendo do resultado, haveria a obtenção de uma norma associada ao direito fundamental à educação, notadamente ao tornar definitiva a posição fundamental jurídica que corresponde ao direito ao transporte escolar, sem o qual não seria possível a realização e o devido cumprimento do direito fundamental à educação considerada como um todo, uma vez constituído esse direito de um feixe de posições fundamentais jurídicas unidas entre si por associação.<sup>600</sup>

Assim, o que pode ser observado é que a decisão examinada possui uma fundamentação claramente deficiente, sob o ponto de vista de sua justificação e das construções de regras e de princípios dos direitos fundamentais, além da possibilidade de ser considerada nula, em face da violação ao direito positivo constitucional e infraconstitucional.

Desse modo, o que se quis a partir da análise dos casos apresentada é, antes de verificar cada detalhe do caso concreto, demonstrar que uma fundamentação correta no âmbito do direito fundamental à educação é possível, à luz da teoria dos direitos fundamentais e da argumentação jurídica nesse âmbito, no sentido de assim agregar maior racionalidade aos julgamentos e evitar decisões arbitrárias e que sejam fruto de uma escolha subjetiva, ou intuitiva, do julgador.

Inclusive, a utilização do método da ponderação racional é uma exigência imposta a todos os aplicadores do direito, sendo essa uma exigência do estado de direito democrático.<sup>601</sup> Ainda mais quando se está diante de uma questão jurídica no âmbito dos direitos fundamentais.

---

<sup>600</sup> Sobre a norma associada ver, supra, Capítulo I, item 1.4.

<sup>601</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...** p. 318.

## CONCLUSÃO

A presente investigação pretendeu demonstrar, primeiramente, que o direito fundamental à educação é fundamental e integra o conceito de dignidade humana, possuindo ligação com as liberdades intrínsecas ao estado de direito democrático e ao exercício da cidadania.

Tratando-se de um direito social, que demanda uma atuação positiva do estado, e ainda, em face da indeterminação normativa das disposições jurídicas que que normalizam o direito à educação na Constituição Federal, abre-se margem a diversos problemas que envolvem sua vinculatividade e efetividade.

Em face disso se pretendeu aqui demonstrar as soluções no âmbito da dogmática jurídico-constitucional para resolver o problema da vinculatividade do direito fundamental à educação e da forma como esse direito deve ser aplicado e assegurado pelo Judiciário de modo mais racional possível.

Para isso, foi necessário compreender o direito à educação a partir do exame da natureza das normas que o regulamentam, sua classificação a partir da teoria dos direitos fundamentais e de sua estrutura normativa. Isso se fez possível pelo estudo da dogmática dos direitos fundamentais e dos direitos fundamentais como direitos subjetivos; da estrutura das normas de direitos fundamentais; da norma associada como resultado da ponderação e da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais.

O direito fundamental à educação, desse modo, traduz-se em um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*. E a cada uma dessas posições fundamentais jurídicas corresponde uma asserção a uma norma associada, que se une ao feixe por uma relação de precisão e fundamentação. Por essa razão a concepção dos direitos fundamentais como um feixe de posições jurídicas e associação de normas são fenômenos que se confundem e podem ser justificados mutuamente. A questão sobre quais são as normas que podem ser associadas às normas que configuram o direito à educação na Constituição Federal pode ser solucionada no âmbito do procedimento da ponderação e da argumentação jurídica. Ainda, o direito fundamental à educação é um direito a prestações em sentido estrito, constituindo um direito do indivíduo a prestações materiais em face do estado, que deve garantir o acesso ao ensino e um ensino com um padrão mínimo de qualidade, que possa garantir sua dignidade e seu desenvolvimento pessoal.

A estrutura normativa do direito fundamental à educação, enquanto direito social,

permite a formulação de um modelo de direitos sociais construído com base na teoria dos princípios. E a ideia central na qual se baseia esse modelo é o fato de que os direitos fundamentais são posições tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não podem simplesmente ser deixada para uma maioria parlamentar simples. Dessa forma, a questão referente a quais direitos sociais o indivíduo definitivamente possui deve ser resolvida pela ponderação de princípios. A colisão de princípios que geralmente se estabelece nesse âmbito é entre o princípio da liberdade fática, ou o princípio da dignidade humana, de um lado, e os princípios financeiros do estado de outro. Muito embora sejam os direitos sociais, e assim o é o direito à educação, direitos *prima facie*, isso não significa que não sejam vinculantes. Isso significa, apenas, que deve haver a ponderação para que se chegue a um direito definitivo.

O modelo de direitos sociais permite responder quais são as posições fundamentais jurídicas relacionadas à educação a que o indivíduo faz jus definitivamente. E a resposta é uma questão de ponderação de princípios. A ponderação apenas pode ser compreendida a partir da teoria dos princípios. E o cerne dessa teoria está na distinção teórico-normativa entre regras e princípios.

Mais além, a teoria dos princípios permite a construção em princípios dos direitos fundamentais, que tem por objetivo solucionar casos da dogmática dos direitos fundamentais tratando esses como princípios, ou seja, como mandamentos de otimização.

Tendo em vista que a ponderação é uma atividade guiada pelas regras da argumentação jurídica, e a argumentação e a ponderação estão unidas, é essencial a compreensão da argumentação jurídica no âmbito dos direitos fundamentais. Os casos de colisão de direitos fundamentais envolvendo o direito à educação se resolvem, assim, pela ponderação racional realizada sob as bases da argumentação jurídica.

A argumentação jurídica estabelece elementos que permitem aferir se uma fundamentação jurídica é correta, e se ela promove uma pretensão de correção. Dessa forma, uma ponderação é racional se a proposição de preferência, buscada por ela, pode ser fundamentada racionalmente.

As proposições normativas das decisões que dizem respeito ao direito fundamental à educação devem ser justificadas. Analisar uma decisão sobre princípios significa, primeiramente, analisar sua justificação sob o ponto de vista de sua própria estrutura. A justificação interna vai verificar a validade do silogismo jurídico sob o ponto de vista da lógica formal. A tarefa aqui, portanto, é a de se apurar a racionalidade interna da decisão, no

sentido de examinar se as premissas apresentadas na estrutura do fundamentar jurídico fundamentam a conclusão.

Além disso, a ponderação como forma de aplicação do direito fundamental à educação deve ser realizada por um procedimento que possui regras e passos que devem ser observados rigorosamente, para que possa ser um procedimento racional. A partir disso é possível verificar quais os interesses que, abstratamente com mesma hierarquia, tem peso maior no caso concreto. A solução de uma colisão de princípios vai fixar uma relação de precedência condicionada entre eles, mediante o exame das condições sob as quais um princípio precede a outro. A atribuição de graus de intensidade em um princípio e de importância do princípio colidente pode ser necessária. Isso é estabelecido pelos passos que formam a estrutura da ponderação, que permitem uma verificação rigorosa das condições do caso concreto, a fim de assegurar ainda maior racionalidade à decisão. Alguns desses passos são definidos pela fórmula peso. A ponderação, uma vez levado a sério seu procedimento, constitui forma de argumento do discurso racional, enfraquecendo qualquer alegação acerca de sua irracionalidade.

O resultado da ponderação aplicada ao direito fundamental à educação é uma norma associada a esse direito. A norma associada permite alcançar estrutura e raciocínio necessários à operação com princípios, sendo método jurídico capaz de operar com princípios assegurando rigor e racionalidade às decisões. O direito fundamental à educação, em face de seu caráter prestacional e da indeterminação das disposições normativas que o configuram, apresentam o espaço por excelência para extração de normas associadas, o que se dá em razão de sua característica operacional de subjetivação de direitos. A norma associada permite agregar mais qualidade e racionalidade à prestação jurisdicional no âmbito dos direitos fundamentais, razão pela qual sua compreensão e utilização é de extrema relevância para a dogmática dos direitos fundamentais.

Ainda, para uma proposta séria de discussão sobre a vinculatividade do direito fundamental à educação e a correção de sentenças jurídicas nesse âmbito, além de todo aporte teórico desenvolvido, foi necessário o conhecimento da normalização desse direito no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, foram examinadas as normas referentes ao direito fundamental à educação na Constituição Federal de 1988, a partir do estudo de suas proposições normativas, natureza e vinculatividade.

Assim, a partir dessas bases teórico-normativas que servem para assegurar racionalidade às decisões que possuem como objeto o direito fundamental à educação em

colisão com outros princípios, foi possível realizar, a partir de um estudo de casos, uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal neste âmbito.

A partir da análise crítica das decisões, foi possível observar que poucos elementos da dogmática dos direitos fundamentais são utilizados pelo Supremo Tribunal Federal. A constatação da colisão de princípios nos casos que envolvem o direito fundamental à educação por vezes ocorre, porém não se vislumbra, em momento algum, o emprego da ponderação de princípios como solução do problema e a consequente extração de normas associadas ao direito fundamental à educação.

Mais além, as decisões estabelecem uma relação de primazia incondicionada do direito à educação em face dos demais princípios colidentes, sem a aplicação da ponderação para justificar a primazia de um princípio sobre outro.

Assim, diante das falhas de justificação de algumas premissas, permite-se concluir que as decisões apresentam déficit de fundamentação, pelo comprometimento do procedimento utilizado para tanto.

No entanto, uma resposta correta é possível no caso de colisões de princípios que envolvam o direito fundamental à educação. E essa pode ser encontrada pelo uso correto dos conceitos estabelecidos pela teoria dos direitos fundamentais, especificamente pela ponderação de princípios e pela argumentação jurídica no âmbito dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ALEXY, Robert. **A dignidade humana e a análise da proporcionalidade**. In: *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Org. Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, p. 13-38, 2015.

\_\_\_\_\_. **A fórmula peso**. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 131-153, 2007.

\_\_\_\_\_. **A institucionalização da razão**. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19-40, 2007.

\_\_\_\_\_. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002; Trad. para língua espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001; Trad. Para língua portuguesa: *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *An answer to Joseph Raz*. In: PAVLAKOS, George. (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishin, 2007, p. 17-35.

\_\_\_\_\_. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social**. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-69, 2007.

\_\_\_\_\_. *Comments and Responses*. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized reasons: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 319 ss.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, Jun. p. 131-140, 2003.

\_\_\_\_\_. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez e Rogério Luis Nery da Silva (org.). Florianópolis: Qualis, 2015, p. 165-178.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada**. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 71-92, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito e Moral**. In: HECK, Luis Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115-122.

\_\_\_\_\_. **Direito, razão, discurso**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático.** In: ALEX Y, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 41-54, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade.** In: ALEX Y, Robert. *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Neri da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 165-178.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade.** In: ALEX Y, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direitos individuais e bens coletivos.** In: ALEX Y, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 176-198, 2009.

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Formal Principles: Some replies to critics*. In: I-COM (2014), Vol. 12 nº 3, S. 515 f. BARAK, Aharon. *Proportionality*. New York: Cambridge University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação jurídica, sistema e coerência.** In: ALEX Y, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 117-130, 2007.

\_\_\_\_\_. *Human Dignity and proportionality*. Artigo que me foi alcançado pelo meu orientador Prof. Luís Afonso Heck, a quem agradeço, que o obteve pessoalmente junto à Robert Alexy.

\_\_\_\_\_. *Ideal “Ought” and Optimization*. Artigo que me foi alcançado pelo meu orientador Prof. Luís Afonso Heck, a quem agradeço, que o obteve pessoalmente junto à Robert Alexy.

\_\_\_\_\_. **Interpretação Jurídica.** In: ALEX Y, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 61-76, 2009.

\_\_\_\_\_. *La institucionalización de la justicia*. Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Bogotá: Ed. Comares, 2005

\_\_\_\_\_. **Minha Filosofia do direito.** Trad. Org, Ver. Luís Afonso Heck. *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

\_\_\_\_\_. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, Dec. p. 433-449, 2003.

\_\_\_\_\_. *On the Structure of Legal Principles*. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3. Sept., p. 294-304, 2000.

\_\_\_\_\_. *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique*. *Ratio Juris*, v. 12, n. 13, Jun., p. 138-147, 2000.

\_\_\_\_\_. **Ponderação, jurisdição constitucional e representação.** In: ALEX Y, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 155-165, 2007.

\_\_\_\_\_. **Postscript**. In: ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, p. 388-425, 2002. Tradução para a língua portuguesa: Posfácio (2002). In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 575-627, 2008.

\_\_\_\_\_. Proportionality. In: ROSENFELD, Michel e SAJÓ, Andrés (Edited by). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2013.

\_\_\_\_\_. *Reflections on How My Thinking about Law has changed over the Years*. Disponível em - <http://www.tampereclub.org/wordpress/wp-content/uploads/2011/09/Alexy-Robert.pdf> – Acesso em 15 ag. 2017.

\_\_\_\_\_. **Sistema jurídico e razão prática**. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 162-175.

\_\_\_\_\_. *Social Constitutional Rights and Balancing*. Artigo que me foi alcançado pelo meu orientador Prof. Luís Afonso Heck, a quem agradeço, que o obteve pessoalmente junto à Robert Alexy.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987; Trad. para a língua portuguesa: *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Org. Trad. E Estudo introdutório: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria do discurso e direitos do homem**. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 101-127, 2009.

\_\_\_\_\_. *The Nature of Legal Philosophy*. *Ratio Juris*, v. 17, n. 2, Jun., p. 156-167, 2004.

\_\_\_\_\_. *The Special Case Thesis*. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, Dec., p. 374-384, 1999.

\_\_\_\_\_. *Thirteen Replies*. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 333-366, 2007.

\_\_\_\_\_. **Um conceito não-positivista de direitos fundamentais**. In: HECK, Luis Afonso (trad. org. rev.) *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 9-26.

ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derechos: La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derechos y moral*. Trad. Paula Gaido. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derechos n. 18., 2005;

BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito à educação e o STF**. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coordenadores). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.610.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.



BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luís Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Baben-Baden: Nomos, 1993.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BULYGIN, Eugenio e ALEXY, Robert. *La pretensión de corrección del derechos: La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Trad. Paula Gaido. Universidad Externado de Colombia, 2001.

COOMANS, Fons. *Justiciability of the right to education*. In: 2 Erasmus L. Ver. 427 2009, p. 427-443.

DUARTE, Clarice. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. In: *Educação social*. Campinas, v. 28, n. 100, Especial, out./2007, p. 691-713.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

GEWIRTH, Alan. *Are There Any Absolute Rights?* In: WALDRON Jeremy (Ed.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, p. 91-109, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HADDAD, Sérgio e CAMPO, Maria Malta. **O direito humano à educação escolar pública de qualidade**. In: HADDAD, Sérgio e GRACIANO, Mariângela (Orgs.). *A educação entre os direitos humanos*. São Paulo: Ação educativa, 2006, p. 95-125.

HARE, R. M. *The Language of Morals*. Oxford: Clarendon Press, 1952.

HECK, Luís Afonso. **A Ponderação no Código de Processo Civil**. In: *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org., trad. e rev. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2017, p. 105-140.

\_\_\_\_\_. **O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais**. *Direito e Democracia*. Canoas: 2001, v. 1, n. 1, p.113-122.

\_\_\_\_\_. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

\_\_\_\_\_. **Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Roberto Alexy**. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003,

p. 52-100.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. *Significado de los derechos fundamentales*. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. *Manual de derechos constitucional*. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

JESTAEDT, Mattias. *La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades*. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *La ponderación en derecho*. Trad. Irmgard Kleine. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 75- 113, 2008.

JOAQUIM, Nelson. Direito à educação à luz do Direito Educacional. **Revista Jus Navegandi**, ISSN 1518-4812, Teresina, ano 11, n. 1081, 17 jun 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8553>. Acesso em: 15 out. 2017, p. 1-2.

KLATT, Matthias and MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KLATT, Matthias and SCHMIDT, Johannes. **Espaços no direito público**. Trad. HECK. Luís Afonso. Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015.

KLATT, Mathias. **Positive rights – Who decides? Judicial Rewiew in Balance**. Acessado em <http://graz-jurisprudence.at>, em 15 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Robert Alexy's Philosophy of law as system**. In: KLATT, Mathias (Ed). *Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University, p. 1-26, 2012.

KOMMERS, Donald P. and MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3 ed., rev. and expanded. Durham and London: Duke University Press, 2012.

KUMM, Mattias. *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 131-166, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Trad. José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOTHAR, Michael. **As três estruturas de Argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição do excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade**. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189-206.

LUDWIG, Roberto. **A norma de direito fundamental associada: Direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2014.

\_\_\_\_\_. **A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy.** In HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: escritos em homenagem a Robert Alexy.* Porto Alegre Sergio Antonio Fabris, 2015.

MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory.* Oxford: Oxford University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. *Rhetoric and the rule of Law.* Oxford: Oxford University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *Why Law Makes No Claims.* In: PAVLAKOS, George. *Law, Rights and Discourse.* Oxford: Hart Publishing, p. 59-67, 2007.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpretation and Justification.** In: MacCORMICK, Neil.; PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse.* Oxford: Hart Publishing, 2007.

MOORE, G. E. *Principia Ethica.* New York: Dover Publications, Inc., 2004.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** Trad. Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

POSCHER, Ralf. *The Principles Theory: How Many Theories and what is their Merit?* In: KLATT, Matthias. *Institucionalized reasons: the jurisprudence of Robert Alexy.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal.* In: RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho.* Trad. Aníbal del Campo. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1980, p. 127-141.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; Bulygin, Eugenio. *Uma discusión sobre la teoria del derecho.* Edición y estudio preliminar de Hernán Bouvier, Paulo Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido. Madrid: Marcial Pons, Ed., 2007.

RICHTER, Ingo. *The right to Education as a Constitutional Right.* In: 5 Int'l J. Educ. L. & Pol'y 5, 2009, p. 05-09.

RIVERS, Julian. *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing.* In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse.* Oxford: Hart Publishing, p. 167-188, 2007.

RAZ, Joseph. **The Argument from justice, or How Not to Reply to Legal Postivism.** In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse.* Oxford: Hart Publishin, 2007, p. 17-35.

SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derechos romano actual.* Trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley. Tomo I. Madrid: F. Gongora y Compañia, 1817.

SCHAUER, Frederick. *Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text*. In: KLATT, Mathias (Ed). *Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University, p. 307-316, 2012.

SCHWABE, Jürgen (Col. Orig.) *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal* Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Biggeli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SIECKMANN, Jan-Reinard. *La teoría del derecho de Robert Alexy: Análisis e crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

\_\_\_\_\_. *Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy*. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 189-205, 2007.

\_\_\_\_\_. *Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales*. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R e OLIVER-LANANA, Daniel (Coords.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación: Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Ed. Comares, 2011, p. 37-71.

SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIFKE, Nils. **Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental**. In: *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Luís Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 171-188.

TREVISAN, Leonardo. Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy. **Revista Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, agosto, 2015, p. 139-169.

\_\_\_\_\_. **Ponderação, argumentação, racionalidade**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2017.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Towards Foundation of Judicial Reasoning*. In: KRAWIETS, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Buncher & Humblot, 1983, p. 233-253.