# FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA, SISTEMA E COERÊNCIA

Terça-Feira, 9 de Junho de 2020 16:39:31

**ARTIGO - TRADUÇÃO**

**AUTOR:** Robert Alexy

**TRADUTOR:** Luís Afonso Heck

**PUBLICADO EM:** Revista de direito privado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 25, ano 7, p. 297-310, janeiro-março de 2006

Anexos: 08

# 2. DOUTRINA INTERNACIONAL

## 2.1

## FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA, SISTEMA E COERÊNCIA[1-2]

ROBERT ALEXY

Professor na Universidade de Kiel (Alemanha).

SUMÁRIO: Introdução – I. Conceito e critérios de coerência: 1. Sobre o conceito de coerência; 2. Critérios de coerência – II. Coerência e racionalidade prática – III. Coerência e consenso.

### Introdução

"Com vista à regularidade do ordenamento jurídico deve valer como primeira instância de valoração da conexão de valoração interna do ordenamento jurídico assim como ela está atualizada ao tempo da decisão."[3] Essa proposição de Franz Wieacker formula uma condição fundamental da racionalidade do decidir e fundamentar jurídico: o postulado da coerência. A isto, que em conceitos como aqueles da conexão de valoração interna ou da coerência trata-se de conceitos fundamentais, indicam duas propriedades que, em geral, podem valer como indícios para o caráter fundamental de um conceito. Quase cada um está, por um lado, convencido que neles trata-se de algo bem fundamental e importante; por outro, mal alguém consegue dizer, rigorosamente, o que com eles é considerado, e porque aquilo, que com eles é considerado, é tão importante. Se se olha para trás e em Savigny se lê: "... partindo deles (dos princípios dirigentes: R. A.), reconhecer a conexão interna e o tipo do parentesco de todos os conceitos e proposições jurídicas perten-

(1) Tradução de Luís Afonso Heck Professor na UFRGS.

(2) Artigo publicado em Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München: Beck Verlag, 1997, S. 95 ff. Herausgegeben von Burkhardt Ziemske, Theo Langheid, Heinrich Wilms, Görg Haverkate. Eu agradeço a Robert Alexy pela autorização da publicação deste artigo e pelos esclarecimentos, como de costume, das dúvidas relacionadas com o trabalho da tradução. Título do artigo em original: juristische Begründung, System und Kohärenz.

(3) Fr. Wieacker, Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft, Xenion, Festschr. f. P. J. Zepos, hrsg. v. E. v. Caemmerer u. a., Athen 1973, S. 408; comparar, ademais, o mesmo, Über strengere und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung, Im Dienst an Recht und Staat, Festchr. f. W. Weber, hrsg. v. H. Schneider u. V. Götz, Berlin 1974, S. 439.

ce, justamente, às tarefas mais difíceis de nossa ciência, sim, é verdadeiramente aquilo que dá caráter científico ao nosso trabalho",[4] ou se se inteira da tese do direito como integridade, recentemente amplamente desenvolvida, de Ronald Dworkin, que diz: "Lei como integridade requer um juiz para testar sua interpretação de qualquer parte da grande rede de estruturas políticas e decisões de sua comunidade perguntando se poderia fazer parte de uma teoria coerente que justifique a rede como um todo",[5] sempre permanece uma mescla peculiar de aprovação e indisposição geral sobre isto, que não se sabe rigorosamente o que é aquilo a que se consente fundamentalmente.

Não é uma incapacidade especial da doutrina do método jurídico e da teoria do direito, que da coerência, hoje tanto como antes, preponderantemente, é falado programático e metaforicamente e, no máximo, alguns aspectos da coerência experimentaram um aclaramento mais rigoroso.[6] Também a filosofia geral e teoria da ciência ainda está, de uma análise, genericamente reconhecida, desse conceito, que Hegel, com seu dito "o verdadeiro é o todo",[7] antes sobrecarregou do que carregou com significado, muito distante.[8]

Nessa situação é recomendável limitar essa questão. Aqui não deve tratar-se disto, o que deve ser, em geral, entendido sob "coerência", mas somente ser perguntado o que deve ser considerado com a expressão "coerente", quando ela é aplicada a teorias ou sistemas normativos.[9] A resposta, que será dada em um primeiro título, consiste em um catálogo de critérios de coerência. Esse catálogo refere-se, em muitos pontos, a resultados provisórios de uma investigação, que eu, juntamente com Aleksander Peczenik, exploro.[10] Em um segundo título, é perguntado em qual medida e porque coerência contribui para a racionalidade prática. Finalmente, deve ser determinada a relação entre coerência e consenso na fundamentação jurídica.

(4) Fr. C. V. Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 22.

(5) R. Dworkin, Law's Empire, Cambridge, Mass./London 1986, S. 245. Nota do tradutor: citado em inglês no original.

(6) Comparar N. MacCormick, Coherence in Legal Justification, A. Peczenik u. a. (Hrsg.), Theorie of Legal Science, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo 1984, S. 235 ff.; A. Peczenik, Grundlagen der juristischen Argumentation, Wien/New York 1983, S. 176 ff.; A. Aarnio, The Rational as Reasonable, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo 1987, S. 198 ff.

(7) G. W. F. Hegel, Phänomenologie des Geistes, Theorie Werkausgabe, Bd. 3, Frankfurt/M. 1970, S. 24.

(8) Comparar para isso N. Rescher, The Coherence theory of Truth, Oxford 1973; ders., Cognitive Systematization, Oxford 1979.

(9) Entre aspas, a cada vez, no original.

(10) Um relatório parcial foi, sob o título "The Concept of Coherence", em agosto de 1988, no simpósio "Die Legitimität des Rechts" (a legitimidade do direito), no Murikka-Institut em Tampere, apresentado.



## I. Conceito e critérios de coerência

### 1. *Sobre o conceito de coerência*

O conceito de coerência deve ser distinguido daquele da consistência. Uma teoria é consistente se ela não mostra nenhuma contradição lógica. O conceito de coerência pode ser formulado de maneira que ele inclua o da consistência como lado negativo da coerência. Aqui ele deve ser relacionado somente a conexões positivas. A questão é, de que tipo são as relações que criam tais conexões positivas. Minha resposta diz: são relações de fundamentação. Com isso, o conceito de fundamentação é a chave para a análise do conceito de coerência. Isso ele pode ser, porque entre os conceitos da fundamentação e da coerência existe uma relação conceitualmente necessária.

Sobre essa base deve ser dada a determinação geral subseqüente do conceito de coerência:

Quanto melhor é a estrutura da fundamentação de uma classe de declarações tanto mais coerente é essa classe de declarações.

Essa proposição é, em muitos sentidos, carente de esclarecimento.

Como primeiro, deve ser realçado que a expressão "*declaração*"[11] nela é empregada em um sentido amplo, no qual ela também abrange declarações normativas e valorativas. Com isso pode, se se toma por base um conceito de norma semântico,[12] a determinação geral, antes dada, da coerência, ser relacionada também a sistemas de normas e ordenamentos de valores.

Segundo, o conceito de *fundamentação* é empregado de maneira que uma declaração *p* fundamenta uma declaração *q* exatamente então, quando *q* nem sozinho de *p* nem de *p* em união com outras premissas resulta logicamente.[13] É usado, portanto, um conceito de fundamentação semântico-sintático, que suprime a dimensão pragmática do fundamentar como uma atividade.[14] O conceito de fundamentação é, além disso, de tipo dedutivo, o que não exclui argumentos entimemáticos.

Sob uma "*estrutura da fundamentação*"[15] é, terceiro, entendida a classe das propriedades formais de todas as relações de fundamentação que existem dentro da classe de declarações, a cada vez considerada. No que segue, deve a classe de declarações, a cada vez considerada, ser designada como "sistema" ou como "teoria".[16]

(11) Em aspas e em itálico no original.

(12) Comparar para isso R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985 (Frankfurt/M. 1986), S. 42 ff.

(13) Em itálico, a cada vez, no original.

(14) A ambos esses conceitos de fundamentação, comparar R. Alexy, Argumentation, Argumentationstheorie, Ergänzbares Lexikon des Rechts 26-2/30, S. 1.

(15) Em itálico no original.

(16) Entre aspas, a cada vez, no original.

Quarto, deve ser chamada a atenção sobre isto, que segundo a determinação do conceito geral, aqui dada, a coerência é um assunto de *grau*.[17] A característica da estrutura da fundamentação, da qual depende a medida de coerência, determina-se segundo a medida na qual os critérios de coerência são cumpridos.

Com isso, são claras duas propriedades essenciais do conceito de coerência, aqui empregado. Ele não diz respeito ao procedimento pragmático da fundamentação, mas a um sistema de declarações como entidades semântico-sintáticas. Com isso, fica possível contrapor ao par conceitual sistema e coerência o par conceitual procedimento e consenso. Seu objeto não é, ademais, a característica quanto ao conteúdo das relações de fundamentação existentes no interior de uma classe de declarações, mas suas qualidades formais. Em que estas consistem deve, agora, ser exposto na via da discussão dos critérios de coerência.

## 2. *Critérios de coerência*

Os critérios de coerência são caracterizados não só pelo fato de serem possíveis de ser cumpridos em graus diferentes, mas também pelo fato de eles poderem colidir. Uma colisão de critérios de coerência existe, quando segundo o critério $K_1$, o sistema $S_1$, segundo $K_2$, porém, $S_2$ é mais coerente e se pode decidir somente ou a favor de $S_1$ ou de $S_2$.[18] Com isso está claro que os critérios de coerência deixam-se formular como princípios no sentido de mandamentos de otimização.[19] Uma explicação essencial para as dificuldades que o conceito de coerência apresenta poderia ser que coerência é não só um assunto de grau, mas também uma questão de ponderação.

Os critérios de coerência deixam-se dividir em três grupos: a) em tais, que dizem respeito imediatamente a propriedades da estrutura da fundamentação de um sistema de declarações, b) em tais, que valem as propriedades dos conceitos que encontram emprego em um sistema de declarações, e c) em tais, que concernem a propriedades do âmbito do objeto de um sistema. Os critérios do segundo e do terceiro grupo dizem respeito, sem dúvida, não imediatamente, contudo, mediatamente, a propriedades da estrutura da fundamentação.

### a) Propriedades da estrutura da fundamentação

#### *(1) Número das relações de fundamentação*

Uma exigência mínima de coerência é que entre as declarações de um sistema, no fundo, existam relações de fundamentação. Uma classe de declarações, entre as quais não existe nenhuma relação de fundamentação pode, sem

(17) Em itálico no original.

(18) Em itálico, a cada vez, no original.

(19) Para o conceito de princípio no sentido de um mandamento de otimização comparar: R. Alexy (nota 12), S. 75 ff.



dúvida, ser consistente, mas ela não é coerente em nenhum sentido. Ela é tanto mais coerente quanto mais relações de fundamentação existirem. Vale, por isso, o seguinte critério:

*1. Ceteris paribus*:[20] quanto mais declarações de um sistema são fundamentadas por uma outra declaração desse sistema, tanto mais coerente é o sistema.

A cláusula – *ceteris paribus* – dá a entender que se trata aqui de um critério de coerência, que pode colidir com outros critérios. Assim, pode $S_1$ ser mais coerente que $S_2$, embora em $S_1$ menos declarações sejam fundamentadas que em $S_2$, porque $S_1$ cumpre outros critérios de coerência, em medida superior que $S_2$.[21] Esse resultado justifica relacionar o primeiro critério simplesmente com o número das declarações fundamentadas e não com a sua parte sob as declarações do sistema. Todo o resto fica a cargo dos critérios restantes da coerência.

O critério de coerência citado pode, sem problemas, ser transformado em um mandamento, que está adressado àquele que se esforça por um sistema coerente de declarações. Um tal mandamento pode ser designado como um "princípio da coerência"[22] e, por exemplo, ser formulado como segue:

*1* Ceteris paribus*: Devem ser justificadas tantas declarações quanto possível de um sistema por outras declarações desse sistema.

Uma tal travessia do critério exclusivamente relacionado ao sistema para um princípio também relacionado à atuação e, com isso, também relacionado a pessoas, é sempre possível. A isso será voltado na determinação da relação entre coerência e sistema, por um lado, e entre consenso e procedimento, por outro.

#### *(2) Extensão da corrente de fundamentação*

Os outros critérios do primeiro grupo dizem respeito às propriedades das relações de fundamentação. Uma primeira propriedade, essencial para a coerência, consiste na extensão das correntes de fundamentação. Um exemplo pode aclarar isso. Já serve à coerência, quando o princípio da primazia da lei é fundamentado pelo princípio da conformidade ao direito da Administração. Mais em coerência, porém, deixa-se obter, quando o princípio da conformidade ao direito da Administração também ainda é justificado pelo princípio do Estado de Direito. A isso visa o seguinte critério:

*2. Ceteris paribus*: quanto mais extensas são as correntes de fundamentação, que pertencem a um sistema, tanto mais coerente é o sistema.

A coerência de um sistema depende não só da extensão, mas também do número das correntes de fundamentação. Para isso, contudo, não precisa ser introduzido um critério próprio, porque o postulado, de criar correntes de fundamen-

(20) Nota do tradutor: *ceteris paribus*: sob, em outras ocasiões, as mesmas circunstâncias.

(21) Em itálico, a cada vez, no original.

(22) Entre aspas no original.

tação tanto quanto possível muitas, tanto quanto possível extensas, resulta da união de 1 e 2.

*(3) Enlace das correntes de fundamentação*

A exigência por correntes de fundamentação tanto quanto possível extensas implica a exigência por fundamentações de declarações sempre mais gerais. A isso corresponde, no plano dos conceitos, o postulado da generalidade. Aqui, somente é de interesse que a fundamentação de declarações sempre mais gerais crie a possibilidade do enlace de correntes de fundamentação.

A forma de enlace mais importante para sistemas normativos existe quando declarações distintas, relativamente especiais, são fundamentadas pelas mesmas declarações, relativamente gerais. Assim pode o já mencionado princípio do Estado de Direito ser empregado para a fundamentação de numerosos princípios que, outra vez, deixam-se citar como fundamentos para outros princípios e para as decisões de casos particulares. Ao exemplo já mencionado, seja somente acrescentada a fundamentação do princípio da proteção à confiança pelo princípio da certeza jurídica e a fundamentação deste princípio pelo princípio do Estado de Direito. Seja nisso realçado que essa corrente de fundamentação aqui somente é mencionada, mas não exposta. Para expô-la, ela precisaria, por causa do postulado da dedutividade, enlaçado com o conceito de fundamentação, ser completada dedutivamente. As outras premissas, que para isso podem-se tornar necessárias, podem ser de tipo analítico, empírico ou normativo. Premissas analíticas são necessárias quando deve ser demonstrado que um princípio resulta logicamente do outro. Premissas empíricas devem, por exemplo, então ser citadas, quando deve ser mostrado que um princípio é um meio para a realização daquilo que o outro exige. Muito freqüentemente são, com o fim de ganho de princípios mais especiais ou decisão de um caso, necessárias valorações adicionais e, com isso, premissas normativas. É uma das debilidades principais da idéia de coerência e, com isso, da de sistema, que essas premissas normativas adicionais não podem ser retiradas coercitivamente das declarações já existentes do sistema. Essa debilidade, contudo, não conduz à falta de valor da idéia de coerência e de sistema, mas somente à necessidade de seu complemento por uma teoria do procedimento e do consenso, a que deverá ser voltado.

Deixa-se, com isso, formular o critério seguinte:

*3.1 Ceteris paribus*: quanto mais correntes de fundamentação têm uma premissa de partida comum, tanto mais coerente é o sistema.

Esse critério pede que declarações tanto quanto possível muitas, deixem-se apoiar em princípios tanto quanto possível poucos. Ele seria em um sistema normativo perfeitamente cumprido, se todas as declarações normativas desse sistema deixassem fundamentar até uma declaração normativa, deixassem-se fundamentar por meio dessa uma e todas as outras premissas fossem exclusivamente de tipo analítico ou empírico. Um sistema arbitrário iria cumpri-lo perfeitamente, se



todas as declarações desse sistema deixassem fundamentar até uma declaração, deixassem-se fundamentar por meio dessa uma.

Um enlace pode ser produzido não só por uma premissa de partida comum, mas também por uma conclusão comum de várias correntes de fundamentação. Um exemplo constitui a reserva da lei em forma da teoria da essencialidade, que pode ser fundamentada não só do princípio do Estado de Direito pelo princípio da conformidade à lei da Administração como também do princípio democrático pela sua cunhagem parlamentar-representativa, como também dos direitos fundamentais.[23] A isso corresponde o seguinte critério:

*3.2 Ceteris paribus*: quanto mais correntes de fundamentação têm uma conclusão comum, tanto mais coerente é o sistema.

É fácil de reconhecer que esse critério conduz-se em sentido contrário para com o primeiro critério de enlace. Um sistema iria cumpri-lo perfeitamente se todas as declarações, a ele pertencentes, até uma fossem fundamentos para essa uma declaração. Tais exigências em sentido contrário são uma das várias explicações para os problemas do conceito de coerência.

*(4) Ponderação dos fundamentos*

É uma experiência cotidiana no trato com sistemas normativos, que correntes de fundamentação distintas podem conduzir a resultados incompatíveis. Isso pode ter causas bem diferentes. Se isso depende disto, que duas normas, que se contradizem, são escolhidas como premissas de partida, então trata-se de um problema de consistência, que aqui não deve ser discutido.

De outra forma são as coisas, quando se trata de uma colisão de princípios. Princípios são normas, que ordenam que algo, relativamente às possibilidades fáticas e às jurídicas, seja realizado em medida tão alta quanto possível. Princípios são, segundo isso, mandamentos de otimização, que são caracterizados pelo fato de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas.[24] O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado essencialmente por princípios em sentido contrário. Em colisões de princípios, por exemplo, na entre o direito individual à fruição da natureza e o bem coletivo da proteção ambiental, não se trata disto, de despedir um de ambos os princípios do sistema, mas disto, de otimizar ambos os princípios no sistema. Isso é um problema da produção de coerência. A solução do problema pode dar bom resultado somente pela fixação de relações de primazia, mais ou menos concretas, definitivas, condicionadas, assim como pela determinação de primazias – *prima facie*.[25] Somente assim pode ser contido o perigo que o sistema seja empregado

(23) Comparar BVerfGE 49, 89 (126 f.).

(24) Comparar R. Alexy (nota 12), S. 75 f.

(25) Ders., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, ARSP, Beiheft 25 (1985), S. 25 ff.; ders., (nota 12), S. 516 ff.

para a fundamentação de decisões que, sem dúvida, não se contradizem, mas em sua relação uma com a outra são arbitrárias e, nesse sentido, incoerentes. Deixa-se, por isso, formular o seguinte critério:

*4. Ceteris paribus*: quanto mais relações de primazia são determinadas entre os princípios de um sistema, tanto mais coerente é o sistema.

Os problemas desse critério são manifestos. Ele não diz não só quais relações de primazia devem ser determinadas, mas nem sequer exige que essas relações de primazia sejam coerentes. Sem dúvida, os outros critérios de coerência podem ser relacionados ao último. Claro é, porém, que nesse ponto valorações tornam-se necessárias, que somente no quadro de uma teoria da coerência, relacionada a um sistema de declarações, não podem ser controladas.

*(5) Fundamentação recíproca*

Uma das idéias mais fascinantes e simultaneamente mais duvidosas, unida com o conceito da coerência, é aquela de um sistema no qual cada declaração apóia cada. Que essa idéia não deve ser tomada textualmente é fácil de reconhecer. Se *p* é suficiente para fundamentar *q*, o que, segundo o conceito de fundamentação aqui empregado, pressupõe que *q* resulta logicamente de *p*, então pode *q* somente então ser suficiente para fundamentar *p*, se *p* e *q* são equivalentes.[26] A idéia de um sistema, no qual cada declaração apóia cada, termina, portanto, na idéia de um sistema que contém somente declarações logicamente equivalentes e, nesse sentido, somente uma declaração.

Contudo, a idéia da fundamentação recíproca tem um núcleo correto, que tem importância para o conceito de coerência. Para descobri-lo deve ser distinguido entre três tipos de fundamentação recíproca: entre tais de tipo empírico, analítico e normativo.

Uma fundamentação empírica recíproca existe, por exemplo, então, quando é demonstrado que a institucionalização duradoura dos direitos fundamentais é um pressuposto fático da institucionalização duradoura da democracia e inversamente. Isso pressupõe a premissa empírica, que direitos fundamentais são pressupostos da democracia e a democracia é um pressuposto dos direitos fundamentais. Tais efeitos recíprocos empíricos são normativamente relevantes. Uma teoria normativa, que também os contém, é mais abundante e enlaça seus elementos melhor. Deixa-se, por isso, formular o critério seguinte:

*5.1 Ceteris paribus*: quanto mais fundamentações empíricas recíprocas um sistema contém, tanto mais coerente ele é.

Como exemplo para uma fundamentação analítica recíproca pode servir a relação entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito. Alguma coisa fala a favor da tese que a validez de direitos fundamentais é um pressuposto, conceitualmente necessário, da existência, em todo o caso, de um Estado de Direito plenamente desenvolvido e que, se não existe um Estado de Direito desenvolvido, pelo menos, minimamente, já por fundamentos conceituais não se pode falar da validez de direitos fundamentais. Sobre tal relação conceitual pode-se apoiar uma fundamentação recíproca. Um sistema que contém tais fundamentações enlaça seus elementos mais estreitamente que um sistema que não as contém. Vale, por isso, o critério seguinte:

*5.2 Ceteris paribus*: quanto mais fundamentações analíticas recíprocas um sistema contém, tanto mais coerente ele é.

De uma fundamentação normativa recíproca deve ser falado, quando dois modos da fundamentação são unidos um com o outro: a fundamentação de várias declarações relativamente especiais por uma relativamente geral e a fundamentação dessa declaração relativamente geral pelo feixe das relativamente especiais. O primeiro modo de fundamentação corresponde àquilo que o critério 3.1 exige. Ele é, muitas vezes, designado como "dedutivo".[27] O segundo modo de fundamentação é, pelo contrário, freqüentemente denominado "indutivo".[28] Agora, devem, segundo o conceito de fundamentação aqui pressuposto, fundamentações, se elas devem ser aceitáveis, poder ser completadas dedutivamente sempre por premissas adicionais aceitáveis e, nesse sentido, transformadas em fundamentações dedutivas. Contudo, não há nada de prejudicial nesse modo de designação se ele é relacionado a isto, que ambos os modos de fundamentação distinguem-se pelo fato de em um, declaração relativamente especial seja fundamentada por uma relativamente geral e, no outro, uma declaração relativamente geral seja fundamentada por um feixe de declarações relativamente especiais.

A união de ambos os modos de fundamentação é interessante, porque ela conduz àquilo que Ralws denomina um "equilíbrio reflexivo"[29] (*reflective equilibrium*).[30] Um exemplo pode servir à aclaração. O tribunal constitucional federal, durante muitos anos, interpretou a garantia legal-fundamental da dignidade humana por declarações como: "Contradiz a dignidade humana transformar as pessoas em mero objeto no Estado."[31] Apesar de sua alta indeterminação puderam, com essa fórmula do objeto, os casos produzidos ser solucionados mais ou menos satisfatoriamente e as soluções dos casos puderam ser citadas como justificante para a correção da fórmula. Na sentença de escuta, na qual, entre outras coisas, tratava-se disto, se a exclusão da informação e da via judicial em medidas de escuta infringe a garantia da dignidade humana, o tribunal não mais considerou como suficiente a fórmula do objeto geral. Ele complementou-a por uma declaração,

(26) Em itálico, a cada vez, no original.

(27) Entre aspas no original.

(28) Entre aspas no original.

(29) Entre aspas no original.

(30) J. Rawls, A Theory of Justice, Cambridge, Mass. 1971, S. 48.

(31) BVerfGE 27, 1 (6).

que pode ser designada como "fórmula de desprezo": "O tratamento da pessoa pelo Poder Público, que efetiva a lei, deve, portanto, caso ele toque a dignidade humana, ser expressão do desprezo do valor, que cabe à pessoa em virtude de seu ser pessoa, portanto, nesse sentido, ser um ‚tratamento depreciativo'."[32] Essa declaração relativamente geral é capaz de, sem dúvida, justificar a declaração relativamente especial, que a substituição da via para os tribunais pela via para um órgão designado pelo parlamento não viola a dignidade humana, mas exatamente isso pode também ser alegado como fundamento contra ela. Além disso, deixam-se formar numerosos casos, nos quais um tratamento não é depreciativo e, não obstante, infringe a dignidade humana. Na luz de tais casos, a fórmula de desprezo mostra-se insustentável e a fórmula do objeto, apesar de seu defeito, melhor fundamentada. O tribunal, então também, em decisões posteriores, voltou à fórmula do objeto.[33]

O procedimento da produção de um equilíbrio reflexivo, sem dúvida, não é um procedimento de fundamentação perfeito. Ele não responde nem a questão, quando uma declaração geral deve ser modificada por causa de uma especial, nem a questão, quando uma declaração especial deveria ser abandonada por causa de uma geral. Todavia, porém, mal pode ser impugnado que, primeiro, ele é um procedimento racional e que, segundo, ele contribui para a produção de coerência. Com isso, deixa-se formular o critério seguinte:

*5.3 Ceteris paribus*: quanto mais fundamentações normativas recíprocas (equilíbrio reflexivo) um sistema contém, tanto mais coerente ele é.

b) Propriedades dos conceitos

Entre as propriedades da estrutura da fundamentação e aquelas dos conceitos de um sistema de declarações ou de uma teoria existem relações conceituais estreitas. Na história da filosofia e da ciência do direito freqüentemente o plano dos conceitos foi considerado como decisivo. Exemplos oferecem Hegel e a jurisprudência dos conceitos alemã do século 19. Aqui é afirmada uma primazia do plano das declarações ou proposições, porque nunca um conceito pode fundamentar um outro, mas sempre somente uma declaração, uma outra. Que a questão, se uma declaração fundamenta uma outra, essencialmente depende dos conceitos empregados nas declarações, é com o primado do plano das declarações, sem mais, compatível.

*(1) Comunidade*

A propriedade criadora de coerência mais importante dos conceitos é a comunidade. Existem dois aspectos da comunidade: a universalidade e a generalidade.

Generalidade é um assunto de grau. Um conceito é tanto mais geral, quanto mais ampla é a sua extensão. Assim, o conceito de direito fundamental é mais geral

(32) BVerfGE 30, 1 (26).

(33) BVerfGE 45, 187 (228).



do que aquele do direito fundamental da liberdade e este, outra vez, mais geral do que aquele do direito fundamental da liberdade de manifestação de opinião. O conceito contrário ao de generalidade é o da especialidade.[34] Quanto mais geral é uma declaração, tanto maior é o número das declarações relativamente especiais com as quais ela pode ser unida. Isso fica claro na doutrina do direito geral e na parte geral dos distintos campos do direito. Valem, por conseguinte, os critérios seguintes:

*6.1 Ceteris paribus*: quanto mais conceitos gerais uma teoria contém, tanto mais coerente ela é.

*6.2 Ceteris paribus*: quanto mais gerais os conceitos de uma teoria são, tanto mais coerente ela é.

Universalidade não é propriedade de conceitos, mas de declarações. Uma declaração é universal quando ela diz respeito a todos os indivíduos com determinadas propriedades, isto é, quando ela contém um quantificador universal. A contrapartida da universalidade é a individualidade. Uma declaração é individual quando ela diz respeito a indivíduos, que são designados com auxílio de nomes próprios ou determinadas descrições. Os critérios relacionados com a estrutura da fundamentação contêm já implicitamente o postulado do emprego de declarações universais tanto quanto possível muitas, porque sem estas a exigência de produção de correntes de fundamentação tanto quanto possível extensas e tanto quanto possível enlaçadas intensivamente não deve ser cumprida. Como somente trata-se disto, de maximizar o emprego de declarações universais, mas não disto, de minimizar o uso de declarações individuais, porque estas podem, por exemplo, na produção de um equilíbrio reflexivo, ser empregadas como criadoras de coerência, um critério relacionado com a universalidade ou a individualidade não é necessário.

*(2) Uniões transversais conceituais*

A generalidade diz respeito a propriedades dos conceitos de um determinado sistema ou de uma determinada teoria. Com a generalidade de um conceito aumenta a perspectiva que ele também possa ser empregado em outras teorias. O emprego do mesmo conceito ou parente em teorias distintas deve ser designado como "união transversal conceitual."[35]

Uma união transversal conceitual existe, por exemplo, como pode ser mostrado no quadro da lógica deôntica, entre os conceitos do mandamento, da proibição e da permissão, por um lado, e, os conceitos da necessidade, da impossibilidade e da possibilidade, por outro.[36] A uma união transversal conceitual não menos

(34) Comparar para isso R. M. Hare, Principles, Proceedings of the Aristotelian Society 73 (1972/73), S. 2 f.

(35) Entre aspas no original.

(36) Comparar para isso fundamentalmente G. H. v. Wright, Logical Studies, London 1957, S. 58 ff.

interessante conduz a visão, que o ponderar no direito e na moral pode ser analisado com auxílio da idéia da otimidade-Pareto e sob emprego de curvas de indiferença, portanto, com auxílio de instrumentos que, sobretudo, foram desenvolvidos nas ciências econômicas.[37]

Uniões transversais desse tipo mostram que a ciência do direito não é uma província do espírito separada do conjunto, que segue exclusivamente regras próprias, mas está unida por leis universais com outras áreas. Também isso é um aspecto da coerência, e precisamente, um aspecto da coerência externa. A isso corresponde o critério:

7. *Ceteris paribus*: quanto mais uniões transversais conceituais uma teoria mostra, tanto mais coerente ela é.

c) Propriedades do âmbito do objeto

Na discussão das uniões transversais conceituais ficou claro que existem dois aspectos da coerência: um interno e outro externo. Se os sistemas $S_1$ e $S_2$ devem ser avaliados como internamente igualmente coerentes, $S_1$ diz respeito, porém, a um âmbito do objeto mais amplo que $S_2$, então pode ser dito que $S_1$ é mais coerente que $S_2$.[38] Deixam-se formular dois critérios de coerência relacionados com o âmbito do objeto:

8.1 *Ceteris paribus*: quanto maior é o número de casos aos quais uma teoria é aplicável, tanto mais coerente é a teoria.

8.2 *Ceteris paribus*: quanto mais diferentes são os casos aos quais uma teoria é aplicável, tanto mais coerente é a teoria.

Aquilo que esses critérios exigem já está, em parte, contido nos critérios da generalidade (6.1,6.2), da união transversal conceitual (7), da extensão das correntes de fundamentação (2) e dos enlaces das correntes de fundamentação (3.1). Seu conteúdo independente consiste nisto, que eles dão a esses postulados uma determinada direção: eles visam ao ideal de uma teoria que abarca tudo.

## II. Coerência e racionalidade prática

Os critérios da coerência expostos tornam claro em que consiste a contribuição da coerência para a racionalidade prática, mas eles mostram também, que a prestação da idéia de coerência é limitada.

Para expor a contribuição da coerência para a racionalidade prática, pode ser perguntado, em que consiste a diferença entre uma fundamentação jurídica que se apóia em um sistema tanto quanto possível coerente, e uma tal fundamentação que renuncia a cada relação ao sistema. Uma fundamentação jurídica que nem sequer

(37) Comparar R. Alexy (nota 12), S. 100 ff., 145 ff.

(38) Em itálico, a cada vez, no original.



uma vez implicitamente diz respeito a um sistema é uma fundamentação-*ad hoc*. Ela não satisfaz aos postulados da universalidade e da generalidade e, com isso, às exigências elementares de justiça.[39] Vale a proposição: a justiça exige a instalação da fundamentação jurídica em um sistema tanto quanto possível coerente. Ao lado disso, a formação do sistema tem uma série de outros efeitos que devem ser avaliados positivamente sob o ponto de vista da racionalidade prática:[40] a formação do sistema, explorada institucionalmente como dogmática jurídica, permite juntar, examinar e evoluir as visões de várias gerações. Com isso, ela serve, simultaneamente, à estabilidade e ao progresso. Em um tal sistema, uma declaração é submetida a um controle muito mais intensivo do que isso seria possível em fundamentações que começam, a cada vez, novamente. Além disso, a formação do sistema conduz a novas visões, às quais pessoas particulares, que estão ocupadas exclusivamente com fundamentações-*ad hoc*, mal iriam chegar. O que decide é aliviado pelo sistema do restante. Ele pode-se apoiar em declarações multiplamente revisadas e não precisa, a cada vez, fundamentar novamente tudo, o que mal lhe seria possível. Finalmente, não deve ficar não-mencionado o valor intelectual e estético de um sistema coerente.

## III. Coerência e consenso

Essas vantagens de um sistema normativo coerente são limitadas por três debilidades necessárias.

A primeira resulta do conceito de coerência. Coerência não é só um assunto de grau. Ela depende também da otimização de exigências, em parte, em sentido contrário. Os critérios de coerência não oferecem a possibilidade de sempre dizer que um sistema é mais coerente que o outro. Em casos duvidosos eles somente podem dar a informação que um sistema é mais coerente em um sentido e o outro sistema no outro. A decisão, qual sistema deve ser preferido, requer, nessa situação, uma avaliação que não mais pode-se realizar somente segundo critérios de coerência.

A segunda debilidade resulta do caráter formal da coerência. Os critérios de coerência nada dizem sobre o conteúdo do sistema normativo. Em vista dos conceitos, contidos no conceito de coerência, da generalidade e da universalidade e, também, em vista do fato, que fundamentações plenamente desenvolvidas, antes são convenientes à justiça e à racionalidade que à injustiça e à irracionalidade, pode ser dito, sem dúvida, que já o cumprimento dos critérios formais de coerência limita injustiça e irracionalidade e contribui para justiça e racionalidade. Em um sentido rigoroso, contudo, conteúdos injustos e irracionais quanto ao conteúdo não são excluídos.

(39) N. MacCormick (nota 6), S. 243.

(40) Comparar para isso R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt/M. 1978 (1983), S. 336 ff.

A debilidade praticamente mais significativa é a terceira. Ela resulta da incompletude necessária, também de tais sistemas normativos que são tão coerentes como somente é possível. O fundamento para isso é a necessidade de premissas normativas ou valorações adicionais. Esse fundamento ganha, sobretudo, em três conjunturas, significado: na travessia de declarações normativas relativamente gerais para relativamente especiais (3.1), na ponderação entre princípios (4) e na produção de um equilíbrio reflexivo (5.3).

Essas três debilidades não fazem cair a idéia de coerência. Mas elas conduzem para a visão na necessidade de uma complementação do plano do sistema, composto de declarações, por um plano procedimental, no qual pessoas e sua atuação argumentativa, ao lado das declarações, desempenham um papel decisivo. O que une os dois planos é a idéia da fundamentação. Essa idéia exige, de um lado, o estabelecimento de edificações do pensamento tanto quanto possível coerentes e, nesse sentido, tanto quanto possível perfeitos. Do outro, ela pede um processo de argumentação tanto quanto possível racional, que visa à formação de um consenso racional. O que isso significa pode ser exposto em uma teoria do discurso racional.[41] Isso seria, contudo, um novo tema.

[41] Comparar R. Alexy (nota 40), S. 234 ff., 273 ff.

AUTORES VINCULADOS

Robert Alexy |

## MARCADORES

Artigos | Jurisdição constitucional |