



DISCRICIONALIDAD JUDICIAL, CASO APAGON Y ALEXY

Tiago Santos*

Resumen: La cuestión orientadora del presente trabajo fue constatar cuáles son los límites de la discrecionalidad judicial. Con el objetivo general de responderla, aunque parcialmente, se circunscribió el artículo al referencial teórico Robert Alexy. Posteriormente, se verificó la aplicación de su teoría discursiva en uno de los más relevantes juicios del Supremo Tribunal Federal (STF), en el que sus ideas fundamentaron la decisión. Como resultados y conclusión, se observó que su teoría sólo fue parcialmente obedecida, porque hubo omisiones de diversos criterios que, si se utilizan íntegramente, restringirían la discrecionalidad judicial, a ejemplo, de la aplicación incompleta de los postulados parciales de la adecuación, necesidad y proporcionalidad, así como como, de reglas del discurso que exigen la contra-argumentación. La metodología adoptada fue la cualitativa con análisis de doctrina, tal cual, de su aplicación al caso concreto.

Palabras claves: Principios; discreción; Robert Alexy.

1 Introducción

Este trabajo objetivó el estudio acerca de los límites a la discrecionalidad judicial en la teoría discursiva del derecho de Robert Alexy, muy aplicada en diversos juicios del Supremo Tribunal Federal (STF). La cuestión orientadora, sin embargo, fue más amplia, porque no se restringía a un solo teórico. Obviamente, esta restricción no se debió al referido jurista ser el único relevante en el escenario internacional. De estos tres motivos, primero, por ser una exigencia del conocimiento científico su verticalidad, versando sobre objetos específicos; segundo, por la limitación de tiempo y el número de páginas deseadas en un estudio de esta naturaleza, sea cual sea, compartiendo por medio de artículos de resultados de investigación científica concluidos; el tercero, por la importancia de su teoría, muy utilizada incluso en Brasil.

Incluso, incluso algunos asuntos importantes de la teoría de él, desde que no esenciales para la realización de los objetivos del presente trabajo, no se abordaron. Así, para profundizar su idea para aplicarlas en cuestiones específicas, es interesante la lectura de los libros referenciados, los cuales podrán ser leídos para posibilitar el dominio completo del asunto.

Se fijó, así, a causa de la delimitación del tema arriba indicado, el objetivo general de desvelar los límites de la discrecionalidad judicial en la teoría discursiva de Robert Alexy de forma no exhaustiva, el cual, para ser alcanzado, fue seguido de los siguientes objetivos parciales: primero, análisis acerca de su concepto de derecho, el cual lo aproxima a la moral; segundo, estudio del discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general; tercero, investigación sobre los principios jurídicos; cuarto, estudio de caso para conferir la aplicabilidad

*Maestría en Derecho por la Universidad Federal de Bahía (UFBA) (santosftiago@hotmail.com).

práctica de la teoría en sus puntos decisivos.

El trabajo tuvo la finalidad, por lo tanto, de comprender los límites a la discrecionalidad del juez traídos en la teoría de Alexy, confiriendo la aplicación de sus procedimientos en la fundamentación de los votos en juzgado del STF, demostrando igualmente carácter pragmático del estudio.

Esta investigación es importante para la ciencia jurídica porque algunos doctrinadores demuestran dificultad para comprender, por ejemplo, su concepto de principio, el cual no engloba las máximas de proporcionalidad en sentido amplio, de la adecuación, de la necesidad o de la proporcionalidad en sentido estricto, no son mandamientos de optimización. Además, es relevante para los aplicadores porque ministros del STF adoptaron su teoría en diversos juzgados, aplicándola incluso de forma equivocada o incompleta, como se verá en el transcurso del texto y en la conclusión. En el caso de las mujeres, la mayoría de las veces, la mayoría de las veces, la mayoría de las veces, se trata de una "hiperconstitucionalización del sistema jurídico" (ALEXY, 2014a, p.3) "Estado parlamentario legislativo para un estado constitucional jurisdiccional" (ALEXY, 2014a, p.3). Por último, es personalmente importante porque el presente autor posee estudios sobre principios desde los primeros semestres de la graduación.

La revisión de lectura realizada para la investigación consistió principalmente en cuatro libros, todos de autoría de Robert Alexy. La "Teoría Discursiva del Derecho" colaboró con la comprensión de los diversos institutos del jurista alemán, poseyendo una característica horizontal, por consistir en una colección de artículos y entrevistas y, así, presente en todos los tópicos. Los otros tres influenciaron cada uno de ellos a una de las partes de la presente investigación, siendo posible formar un resumen a partir de la bibliografía.

El segundo tópico, referente al concepto de derecho, se fundamentó principalmente en el libro "Concepto y Validez del Derecho". La "Teoría de la Argumentación Jurídica" determinó el entendimiento de las principales condicionantes impuestas al lenguaje jurídico por entenderla como un caso especial del discurso práctico general, asunto abordado en el tercer punto, cuando se seleccionaron las principales reglas de la argumentación. Por su parte, "Teoría de los Derechos Fundamentales" impuso el marco de la teoría de los principios, diferenciándolos de las reglas y explicando el modo distinto de aplicarlos, lo que fue analizado en el cuarto momento; en este, la fórmula del peso fue presentada en la versión simple, no completa, por satisfacer las necesidades del caso analizado en el último tópico.

Para la profundización sobre una adaptación de dicha fórmula para algunos casos excepcionales, se sugiere la lectura del libro Principios Forma y otros aspectos de la Teoría Discursiva del Derecho, cuando Alexy expone una estructura más refinada incluso que la llamada "fórmula del peso completa", No tratada en el presente artículo, ya que fue suficiente tratar la "fórmula del peso simple". Al final, las otras versiones sólo se utilizan cuando casos inusuales lo exigen, demandando, por lo tanto, un análisis en profundidad en artículos específicos o la lectura

de toda la obra del autor en referencia.

Por último, tras la comprensión de la teoría discursiva del derecho, se verificó, en el quinto tópico, la aplicación del procedimiento de Alexy en la fundamentación de votos en juicios del STF, momento que consiste en el análisis de caso, no en una investigación bibliográfica. Así, se observó que hay inexactitudes o equívocos, sugiriendo la realización de estudios similares con otros objetos (se digan juzgados diversos, principalmente situaciones específicas que demanden estudio de fragmentos de su teoría no abordadas en el presente artículo, a ejemplo de la versión refinada de la fórmula del peso completo o reglas del discurso no discutidas aquí) o con otros autores (por ejemplo, Dworkin).

2 Concepto del Derecho para Alexy

El concepto de derecho de Robert Alexy (2009, p. 3-5) no niega los elementos defendidos por el positivismo jurídico. Así, mantiene la exigencia de un ordenamiento jurídico y su eficacia social. Sin embargo, realiza su acercamiento de la moral por la inclusión de la pretensión de corrección. Propone, en estos términos, una tesis no positivista o anti-positivista. En este sentido, es importante observar que ese jurista tal vez incluso desconoce la expresión post-positivismo predominante en Brasil, corriente en la cual la mayoría de los adocrinadores brasileños consideran que está relacionado o enmarcado, a ejemplo de Ricardo Maurício Freire Soares (2013, p.12).

En el caso de Alexi con el concepto de derecho acuñado por Miguel Reale (2002: 102-104) en su teoría tridimensional del derecho que propone la unión entre el hecho (eficacia social) , valor (pretensión de corrección) y norma (ordenamiento jurídico) .

Una salvedad ha de hacerse, sin embargo, acerca de la aproximación entre derecho y moral en Alexy en confrontación con algunas versiones de la corriente intitulada en el Brasil de post-positivismo jurídico, para evitar equívocos. "No se trata de la tesis principal, que los juicios de valor deben ser concebidos como juicios morales, sino sólo de la tesis mucho más débil de que ellos son moralmente relevantes" (ALEXY, 2001: 21). Se debe, por lo tanto, apartar lecturas que pretendan utilizar de él con la finalidad del propio juez, basado en sus valores morales, decidir de manera solipsista. Incluso, esa distinción entre la tesis de vinculación fuerte y débil sostiene, a lo largo de su obra, toda la fundamentación que aleja las críticas realizadas a su teoría no positivista.

Por lo tanto, el magistrado que cita a Alexy para justificar una aproximación relacionada con la tesis de vinculación fuerte entre derecho y moral incurre en grave error, porque él mismo (ALEXY, 2009, p. 62-68) ya advirtió que tal conducta impone gran discreción, inseguridad jurídica, viola derechos fundamentales y hace la tensión con los principios de la democracia y del estado de derecho muy intensa. Además, consideró expresamente que "ningún no positivista que se predice defiende tales puntos de vista" (ALEXY, 2009: 63).

Pero, ¿cómo sería eso? Inicialmente, ha de situarlo históricamente para entender esa

concepción no positivista de la tesis de ligera vinculación entre la moral y el derecho. El Tribunal Constitucional Federal alemán, jurisprudencia en que Robert Alexy se basó para elaborar sus libros, se topó, tras la Segunda Guerra Mundial, con un ordenamiento jurídico anterior nazi.

Ahora bien, no es mediante la mera elaboración de una Constitución democrática que se elimina las consecuencias perversas de un régimen totalitario que marcó la historia por el genocidio de diversas parcelas significativas de la humanidad, destaque para los judíos. Por ejemplo, la nacionalidad alemana fue retirada por el nazismo (ALEXY, 2009: 7-9). Admitir la validez de tales actos suprimiría derechos incluso de personas ya fallecidas y de sus descendientes. Una injusticia extrema fundamentaría tal decisión, pues. La pregunta que se hace es si eso es correcto.

Otro ejemplo, ¿qué solución podría ser conferida a personas que practicaron homicidios resguardados por causas excluyentes de ilicitudes extremadamente injustas, a ejemplo de servir al líder o eliminar razas inferiores? ¿Practicaron los más injustos crímenes concebidos por la historia bajo el manto de la legalidad y quedarán absolutamente sin castigo?

A partir de estas cuestiones, Robert Alexy (2009, p. 48, 58 y 64) adoptó la fórmula de Radbruch que consiste en una ponderación entre la justicia y la seguridad jurídica. Así, admite derecho injusto hasta el límite de la injusticia extrema, cuando la moral dejaría de ser una cuestión individual y pasaría a ser racionalmente demostrable, admitiendo que incluso el derecho penal, aunque de una forma específica y más restringida, puede servir de ese raciocinio. Por lo tanto, hay que entender que el recurso a la moral para expresamente no aplicar las normas jurídicas válidas se resume a casos puntuales en su teoría, especialmente conductas dirigidas a la eliminación de minorías.

Hay, así, otra limitación importante al aplicador. Él debe seguir el derecho, utilizando incluso de principios que por sí mismos se consideran una aproximación entre derecho y moral. En este sentido, es importante mencionar que su análisis primiológico se inserta en el discurso jurídico con la importante función de restringir la discrecionalidad del magistrado en casos dudosos, porque Kelsen con el marco abierto y Hart con la textura abierta, representantes mayores del positivismo jurídico, establecían la libertad del aplicador que se utilizaría de elementos extrajurídicos ante esos casos. Diversamente, Alexy considera mejor incorporar al derecho los principios y otros argumentos que en otro tiempo no le pertenecían. Para mejor elucidar, siguen sus palabras:

el argumento de los principios dice que el juez también está legalmente vinculado en el marco de la apertura del derecho positivo, es decir, del derecho establecido y eficaz, y eso de una manera crea una vinculación necesaria entre derecho y moral. (ALEXY, 2009, p. 84)

Se debe, pues, actuar de manera prudente. No todo es objeto de ponderación. Al final, como se verá más adelante, hay también reglas fundamentales que son comandos definitivos. Además, sólo de ese modo, en la búsqueda de una tesis de vinculación débil entre derecho y

moral, que conduce a la habitual obediencia del aplicador a las determinaciones del Poder Constituyente, especialmente cuando no son dudosos los enunciados normativos, puede el aplicador adoptar la teoría de Alexy, respetando la democracia y la separación de poderes.

Otra cuestión importante acerca del concepto de derecho es el papel de los hechos sociales, representados por la práctica social reiterada de ciertas conductas. Al final, no integran su concepto de derecho sólo el ordenamiento jurídico válido con la pretensión de corrección y el vedamiento a la injusticia extrema, sino también la eficacia social mínima de las normas.

Esta situación es interesante porque, aunque se inserta en un contexto romano-germánico, extrae incluso de Hans Kelsen la necesidad de que las normas jurídicas tengan al menos un mínimo de eficacia social. Así, se podría decir que pueden ser muy poco aplicadas, pero necesitan tener alguna práctica social o al menos posibilidad de aplicación. Admite, pues, la revocación de ellas por las costumbres. Sin embargo, así como la moral, tal situación sólo ocurre en una situación límite.

Hechas estas consideraciones preliminares, es posible transcribir la definición de derecho para Robert Alexy sin mayores problemas y cuestionamientos. Así, sigue:

El derecho es un sistema normativo que formula una pretensión a la corrección, consiste en la totalidad de las normas que integran una constitución socialmente eficaz en términos globales y que no son extremadamente injustas, así como en la totalidad de las normas establecidas de conformidad con esa constitución y que un mínimo de eficacia social o de posibilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y otros argumentos normativos en los que se apoya y / o debe apoyarse el procedimiento de aplicación del derecho para satisfacer la pretensión a la corrección. (ALEXY, 2009, p. 151)

Por último, se observa que para Robert Alexy hay una jerarquía entre los elementos de su concepto. Mientras Miguel Reale prefería la expresión hecho, valor y norma, el jurista alemán, si usara tal terminología, ordenaría de la siguiente forma: norma, hecho y valor. Al final, él considera "un concepto adecuado de derecho cuando tres elementos están relacionados: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material [...] en una relación ordenada y escalonada" (ALEXY, 2009, p. 110).

Así, las dudas no quedan que tal análisis acerca del concepto de derecho para Alexy imputa diversas limitaciones jurídicas al magistrado. En primer lugar, las decisiones deben tener una pretensión de corrección, se diga, de que es la decisión correcta, justa. Segundo, hay que observar las normas jurídicas emanadas de los poderes democráticamente elegidos, especialmente la Constitución. Tercera, las normas deben tener al menos un mínimo de eficacia social para ser aplicadas. Cuarta, en casos extremos, se puede desconsiderar las normas instituidas incluso por el Constituyente, si son extremadamente injustas. Quinta, en casos dudosos, el magistrado no recurre exclusivamente a su moral, sino a los principios y otros argumentos jurídicos.

3 Discurso Jurídico como Caso Especial del Discurso Práctico General

Para Alexy, hay diversos elementos y consecuentemente condicionantes del discurso jurídico que pueden ser extraídos no de un método específico de la ciencia jurídica, sino de exigencias que se hacen a los discursos prácticos en general. Al final, el "discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general" (ALEXY, 2001: 26). Estas reglas de la argumentación están principalmente previstas en el libro de la Teoría de la Argumentación Jurídica.

Se resalta, no es un caso general, sino especial, como consecuencia de una "serie de condiciones limitadoras" derivadas de la "conexión con la ley, la consideración por los precedentes, la inclusión de la dogmática usada por la ciencia del Derecho [...]". (ALEXY, 2001, p.27).

Por lo tanto, con el objetivo de analizar qué respuestas pueden ser racionalmente justificables ante el discurso jurídico ser un caso especial del discurso práctico en general que establece diversas condiciones y limitaciones a la argumentación jurídica, Alexy (2001, p.27) realizó estudios sobre diversas teorías, llegando a una "teoría general del discurso práctico racional [...]", cuyo "núcleo [...] está compuesto de cinco grupos conteniendo un total de veintidós reglas explícitamente formuladas [...]".

El objetivo del presente tópico, según la doctrina de Robert Alexy (2001, p.27), es exponer esas reglas que funcionan "semejante a un código de la razón práctica", que no confirman el resultado de los argumentos en todas las situaciones. Sin embargo, eliminan algunos (como discursivamente imposibles), además de establecer la validez de otros discursivamente necesarios. Se puede decir, por tanto, con acierto que no habrá siempre una única respuesta posible, pero seguramente diversas no serán correctas, limitando así la discrecionalidad del intérprete del Derecho, incluso juez.

El primer grupo tiene las cuatro reglas básicas del discurso en general. Sin su existencia, ni siquiera sería posible admitir la posibilidad de límites lingüísticos. En un principio fue defendido por Alexy (2001: 187) que "ningún orador puede contradecir". Posteriormente, "todo orador sólo puede afirmar lo que cree". A continuación, "todo orador que aplique un predicado F a un objeto a, tiene que estar preparado para aplicar F a todo otro objeto que sea similar a la en todos los aspectos importantes". Por último, "diferentes oradores no pueden usar la misma expresión con diferentes significados".

Diversos deberes surgen para los magistrados de la enunciación y aceptación de esas reglas en cuanto necesarias para un discurso jurídico práctico que tenga pretensión de corrección. Tal vez, incluso, con conclusiones idénticas obtenidas de enunciados diversos. Por ejemplo, la última afirmación puede entenderse como derivación de la primera.

Al final, si en un proceso de cierto número el juez dadas las condiciones A decidió que las consecuencias jurídicas serían F, entonces en otro proceso que se ve sobre hechos idénticos en lo que hay de relevante, se debe adoptar la misma solución en nombre del sello a la

contradicción. Obviamente, no hay dos casos idénticos en el mundo, pero el intérprete, en cada caso, destaca las circunstancias importantes, justificando así la incidencia de consecuencias iguales o diferentes. En otro giro, si el agente emisor de la verdad es el mismo y él tiene el deber de afirmar aquello que cree, entonces a menos que la persona sea extremadamente volátil con su concepción sobre lo que es verdadero, situación improbable, la contradicción estaría evitada.

Veán que estas reglas interpretadas restrictivamente llevan a limitaciones individuales, pero ya fijan condiciones para la racionalidad del discurso jurídico incluso en esa interpretación restringida. Imagínese si se entiende que el orador es el órgano, no el juez individualmente. Así, por ejemplo, era de esperar, como mínimo, que los desembargadores y ministros vinculados a determinados tribunales fueran también vinculados a los precedentes que de ellos extraen, a menos que hubiera un esfuerzo argumentativo extremo para justificar la diferencia de casos concretos o la alteración de la comprensión. Sin embargo, todavía no es una interpretación que confiere una repercusión máxima a esas reglas, pero sólo mediana.

Imagínese que no sólo los órganos deben ser tomados como oradores del derecho, sino el ordenamiento jurídico como un todo debido a su unidad. Así, se encuentran condiciones limitadoras de la racionalidad mucho más intensas.

Ahora, mira. En materia constitucional, el STF decide en última instancia. Por lo tanto, sus pronunciamientos, aunque no vinculantes a los demás aplicadores, deben tener la nota de la verdad. En materia de ley federal, posición similar posee el Superior Tribunal de Justicia (STJ), tal cual el Tribunal Superior del Trabajo (TST) en asuntos laborales. Sirve tal distribución a todos los temas, según quien debe ser el órgano uniformizador del entendimiento..

Sólo así se garantiza la máxima aplicabilidad de las cuatro reglas básicas que se adoptaron como condiciones necesarias para cualquier discursos lingüísticos. Por lo tanto, como mínimo, la fuerza persuasiva de los precedentes judiciales deriva de ellas, aparte de la vinculación horizontal. En una perspectiva un poco más osada, se podría decir en la presunción relativa de fuerza vinculante de los precedentes judiciales emitidos por los órganos encargados de uniformidad del derecho en cierta materia. En última instancia, la cual debe ser alejada debido a la necesidad de cierta flexibilidad mínima, se puede decir en presunción absoluta de la fuerza vinculante del precedente. Obviamente, tales afirmaciones presuponen que se mantienen las mismas condiciones jurídicas (validez de las mismas normas constitucionales y legales) y fácticas (mismas condiciones factuales relevantes).

El siguiente grupo a ser analizado consiste en las reglas de la razón y se refiere a las condiciones ideales del discurso, habiendo sufrido influencia directa de la teoría de Habermas. De este modo, Robert Alexy (2013: 191) afirma que todo "hablante debe, si se le solicita, fundamentar lo que afirma, a menos que pueda dar razones que justifiquen negar una motivación", siendo ésta la "regla general de la" fundamento ". De ella, transcurren las demás en este rol insertadas. Así, primero, quien "puede hablar puede tomar parte en el discurso". El segundo

subgrupo de reglas derivadas puede ser así enumerado: a) todos "pueden problematizar cualquier aserción"; b) todos "pueden introducir cualquier aserción en el discurso"; c) todos "pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades". Por último, a "ningún hablante se puede impedir de ejercer sus derechos fijados [...], mediante coerción interna y externa al discurso".

Aunque no es posible alcanzar la perfección referente a ese grupo de reglas, se debe procurar seguirlas al máximo por medio de los procedimientos y procesos. Desgraciadamente, el tecnicismo domina la ciencia jurídica, sirviéndose muchas veces de la forma como un fin en sí mismo, no con la finalidad de asegurar que las condiciones ideales del discurso sean alcanzadas. En cualquier caso, hay que considerar que circunstancias fácticas impiden que se sigan sin restricción, sino que nunca habría preclusión y siempre todas las partes podrían cuestionar toda la materia.

En el tercer grupo, son cuatro las reglas sobre la carga de argumentación. La primera de ellas está relacionada con un principio que asume diversas formas, a saber: isonomía, igualdad o igual respeto y consideración. Así, quien "pretende tratar a una persona A de manera diferente a una persona B está obligado a fundamentarlo" (ALEXY, 2013: 194).

La segunda y cuarta reglas de este grupo están relacionadas con el deber de justificar la inserción de ciertos argumentos en el discurso. De ese modo, quien "ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello" (ALEXY, 2013: 191), así como, aquel que "introduce una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se presenten como argumento a una manifestación anterior tiene, si se le solicita, de motivar por qué esa manifestación se introdujo en la afirmación" (ALEXY, 2013, p. 195).

Por último, quien "ha aducido un argumento está obligado a dar más argumentos en caso de contra-argumentos" (ALEXY, 2013, p. 195), concluyendo las referentes a la carga de la argumentación.

El cuarto grupo, relativo a las normas de motivación, es el más complejo, habiendo sido subdividido en otros tres. De entre las derivadas de variantes del principio de generalidad, hay que destacar que quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que se encuentre en la (ALEXY, 2013: 200), además de que las "consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben ser aceptadas por todos" (ALEXY, 2013, p.20) y que "toda la regla debe ser enseñada de forma abierta y general" (ALEXY, 2013, p.20). El mayor problema es la segunda regla de este subgrupo. Sinceramente, se trata de una idealización sólo posible y cumplimiento en el mundo platónico de las ideas. Casi nunca será posible obtener la unanimidad de aprobación sobre ningún asunto en el mundo real.

El segundo subgrupo está determinado por las reglas relacionadas con los argumentos genéticos, es decir, las "reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante

deben resistir a la comprobación de su génesis histórico-crítica" (ALEXY, 2013: 202). Por otra parte, las "reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben resistir a la comprobación de su formación histórica individual" (ALEXY, 2013: 202). La mayor crítica que se puede hacer a ellas es que pueden servir a las más diversas concepciones. Al final, la historia denota una pluralidad.

El quinto y último grupo de reglas consiste en las llamadas reglas de transición, las cuales existen porque las reglas del discurso práctico en general son limitadas e incapaces de resolver cualquier demanda, teniendo utilidad, sin embargo, cuando en interacción con otras. Así, se reconoce la posibilidad de que cualquier hablante en cualquier momento pueda pasar a un discurso diverso, justificando así su nombre de regla de transición.

De acuerdo, todas las reglas del discurso traídas por Robert Alexy imponen algunas condiciones y límites al discurso jurídico, unas más, otras menos. Así, aunque no son tasas en las soluciones, lo que se quiere propusieron, sirven como norte para la búsqueda de la solución correcta o, al menos, de una de las soluciones posibles.

4 Derechos Fundamentales, Teoría de los Principios y Máxima De la Proporcionalidad

El primer concepto que ha de abordarse en este tema es el de derechos fundamentales, tarea de las más complejas. En la doctrina, cuatro corrientes se presentan. En primer lugar, formal consistente en ser fundamentales las normas expresadas en los enunciados normativos constitucionales (ALEXY, 2008: 65), corriente basada en Hans Kelsen (2006: 247). Segundo, material consistente en ser fundamentales las decisiones políticas fundamentales del Estado y de la sociedad, con respaldo en Carl Schmitt, limitándolas a los derechos individuales de libertad (ALEXY, 2008: 66/67). Aún, hay una clasificación estructural, en la que son sólo derechos fundamentales los que generan derechos subjetivos (ALEXY, 2008, p. 66/67). Por fin, híbrida, porque considera fundamentales tanto los derechos formalmente designados en la Constitución, como los derechos individuales constitucionalmente expresados, así como, otros eventualmente derivados, adoptada por Alexy e Ingo Sarlet..

Alexy critica una definición formal, pero también refutó expresamente una concepción estructural o material fundamentada en el pensamiento de Carl Schmitt. Se afiliaba, así, a la concepción híbrida por adoptar que los derechos fundamentales son los expresamente designados por la Constitución, así como otros relacionados.

Esta observación es adecuada a la realidad brasileña, especialmente como consecuencia de la llamada cláusula de apertura material de los derechos y garantías fundamentales contenida en el artículo 5º, párrafo segundo, de la Constitución Federal (CF), el cual está incluido en el Título II - Derechos y Garantías Fundamentales . Para ilustrar, sigue transcripción de trecho de la CF: "Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la

República Federativa del Brasil sea parte". Así, son derechos y garantías fundamentales tanto los expresamente designados como los resultantes.

En el caso de Alex, se observa que hay principalmente "dos construcciones [...] distintas de derechos fundamentales: la construcción en reglas y la construcción en principios" (ALEXY, 2014, (p. 184). Diferenciarlas es de suma importancia porque "representan ideas opuestas de las cuales depende la solución de casi todos los problemas de la dogmática general de los derechos fundamentales" (ALEXY, 2014, p. 184).

La distinción, en síntesis, consiste en reglas ser comandos definitivos y tener sus conflictos resueltos en el plano de la (in) validez o constitución de una cláusula de excepción, preponderando la lógica básica de la subsunción. En otro giro, los principios constituyen comandos de optimización, exigiendo la ponderación para la solución de sus colisiones (ALEXY, 2014, 185).

Alexy (2014, p. 186/188) fue inicialmente contrario a la construcción de los derechos fundamentales en reglas, defendiéndola en principios por diversos motivos. En primer lugar, destaca que la subsunción puede adquirir un carácter complejo e indeterminado igual o incluso más que la ponderación, por lo que no habría necesidad de alejarla (ALEXY, 2014, p. 186/187). A continuación, aborda la problemática sobre la reserva de ley, cuando el Constituyente estatuaría en los enunciados normativos la posibilidad de restricción por ley a reglas fundamentales, lo que significar el vaciamiento de su fuerza normativa vinculante en lo que se refiere al legislador, situación demasiado indeseable. Además de este inconveniente para las reglas fundamentales con reservas, si se adopta el modelo de las reglas sin reservas, ¿cómo se resuelven colisiones entre el derecho a la investigación científica y la vida? Imposible sin ponderación, la cual exige el carácter principio lógico. Así, el "postulado de la interpretación sistemática arruina [...] el modelo de reglas" (ALEXY, 2014, p. 188).

Por lo tanto, debe prevalecer el modelo de construcción de derechos fundamentales en principios, el cual "trata de solucionar ese y innumerables otros problemas de la dogmática de los derechos fundamentales tratando los derechos fundamentales como [...] comandos de optimización" (ALEXY, 2014).

Sin embargo, en Teoría de los Derechos Fundamentales, diverge un poco de su noción inicial, siendo necesario algún esfuerzo de interpretación para conciliar las dos afirmaciones. Lá Alexy (2008, p. 102) afirma innegablemente la existencia de reglas fundamentales establecidas directamente de la Constitución, así como, reglas fundamentales atribuidas, todas integrantes de la categoría de derechos fundamentales.

La conciliación, sin embargo, no es difícil, denotando apenas aparente contradicción. Aunque Alexy defienda que los derechos fundamentales se construyan sólo como principios, adopta un concepto que reconoce elementos tanto formales como materiales para la nota de la fundamentalidad de las normas, considerando y dando alta relevancia para los enunciados

normativos opuestos por el Legislador. Así, por ejemplo, en la realidad brasileña, hay varias reglas fundamentales derivadas directamente de la Constitución, destaque para las garantías fundamentales, no por opciones doctrinales, sino del Poder Constituyente. Por lo tanto, el "modelo puro de principios fue rechazado porque no toma en serio las regulaciones adoptadas por la Constitución" (ALEXY, 2008, p. 135).

En otro giro, la existencia de las reglas fundamentales derivadas de la ponderación de principios fundamentales es inevitable en su doctrina (ALEXY, 2008: 102), por lo que el análisis sobre las ventajas de la construcción del ordenamiento jurídico fundamental en principios sólo puede entenderse mientras que aquel que sería directamente derivado de la Constitución, no de los atribuidos.

Tales observaciones realizadas por Alexy sobre la Constitución alemana están en plena conformidad con el ordenamiento jurídico brasileño, ya que hay normas de derecho fundamental tanto bajo la modalidad de reglas y de principios en el marco de la Constitución de 1988.

Sobre principios, al menos tres usos diversos deben ser reconocidos en su doctrina. La primera consiste en principios opuestos que se mencionan, por ejemplo, en la Constitución, con la ponderación; la segunda se refiere a la incorporación al derecho de principios y otros argumentos, incluso morales, para solución de casos dudosos situados en la textura abierta o marco; la tercera consubstanciación en su principal distancia del positivismo jurídico, por permitir "la supresión del carácter jurídico en casos de injusticia extrema" (ALEXY, 2014, página 342) en nombre del principio de la justicia material, aunque tal suceda "solamente" (ALEXY, 2014, página 342) en casos excepcionales. Al fin y al cabo, se ha de dar relevancia también al principio estructurante de la democracia, así como a la seguridad jurídica, no sólo a la justicia y la corrección, según ya discutido, incluso, en el segundo tópico, cuando se comentó el concepto de derecho de él.

Después de constatado esto, algunos conceptos son fundamentales para la correcta comprensión de Alexy y serán analizados en los párrafos siguientes. El primero de ellos consiste en la "ley de colisión", que se seguirá por el análisis de la "máxima proporcionalidad en sentido amplio", la cual incluye la "óptima de Pareto", verificada por medio de las "máximas parciales de la adecuación y necesidad". Además, se analizará el "postulado de paridad", vinculado a la "ley de ponderación" ya la "fórmula de peso", objeto de la tercera máxima parcial, a saber, "máxima parcial de proporcionalidad en sentido estricto".

Sin la correcta comprensión de todos los conceptos no es posible aplicar correctamente la teoría de Alexy, porque se puede imaginar que no hay límites a la discrecionalidad del juez al definir si prepondera, por ejemplo, la protección al medio ambiente o la libre iniciativa en determinado caso concreto..

La "ley de la colisión" consiste en un esquema lógico representado por $(P1 \text{ P } P2) C \rightarrow R$, cuando el P1 (primer principio) prefiera la P2 (segundo principio), es decir, prevalecerán las

consecuencias de P1. En otro giro, $(P2 \succ P1) C \rightarrow R$ significará la precedencia de P2, incidiendo sus consecuencias. Así, R son las consecuencias jurídicas para C, que son las condiciones de precedencia. P1 es la representación del primer principio que puede tener P, preferencia, a P2, segundo principio.

De este modo, siempre que haya de ponderar los referidos principios P1 y P2 en una situación fáctica C, la consecuencia necesaria será R. En otros términos, a cada decisión de la Corte Constitucional, hay una fijación de una regla por medio de precedentes la cual posee fuerza que es vinculante, aunque relativo, ante los juicios venideros, especialmente por poder ser consideradas normas indirectamente de derecho fundamental (ALEXY, 2008, p. 69/76).

Aquí se ve la primera salvedad que hay que hacer sobre limitaciones claras a la discrecionalidad. Las reglas, los precedentes y las doctrinas no deben ser desconsiderados para permitir solipsismos, al contrario, poseen fuerza, en principio, vinculante. Para apartar su incidencia, debe haber un gran esfuerzo argumentativo demostrando que los principios que los sostienen no prevalecen ante otro principio.

Se explica mejor. Toda regla impuesta por el Poder Legislativo ya viene fundamentada en el principio estructurante de la democracia y en el principio de la seguridad jurídica. Así, de comienzo, debe ser seguida a menos que haya argumentación demostrando mediante ponderación que, en determinadas condiciones, otro principio tiene mayor peso, exigiendo otras consecuencias.

La situación similar ocurre con el precedente que estableció una determinada regla. En principio, es obligatorio como consecuencia de la necesidad de respetar los principios de igualdad y seguridad jurídica. Para que deje de incidir, debe haber demostración por la ponderación de que otro principio tiene peso mayor, lo que plantea argumentación. Por lo tanto, la consecuencia jurídica derivada de la "ley de la colisión" debe ser seguida en casos venideros a menos que se demuestre un peso mayor de otros principios.

Sobre la "máxima proporcionalidad en sentido amplio", es importante destacar que implica dos momentos. El primero consiste en la "óptimalidad de Pareto", cumplida por las máximas parciales de la adecuación y necesidad, por referirse a circunstancias fácticas. A continuación, se observará la "máxima de proporcionalidad en sentido estricto", que tiene por objeto, entre otros, la ponderación determinada por la "fórmula del peso" o por la "ley de la paridad".

Mientras la máxima parcial de la adecuación se refiere a la posibilidad fáctica de que la medida cuestionada alcance los fines previstos, la de la necesidad busca determinar si hay otros medios menos dañinos a los derechos fundamentales contrapuestos. Al final, no se justifica una medida si es incapaz de alcanzar los fines de protección a ciertos principios (adecuación), ni si hay otros mecanismos menos dañinos (necesidad).

En cuanto a las máximas parciales referentes a las situaciones fácticas, es necesario analizar la máxima proporcionalidad en sentido estricto, la cual tiene tres etapas, a saber: 1ª atribución del peso de la importancia de adopción del principio justificante de la medida (i); 2ª cuantificación de la influencia en el principio contrapuesto (j); 3ª ponderación entre ellos.

Para hacer posible esta ponderación de pesos de principios contrapuestos, hay dos posibilidades defendidas por Alexy de escala.

La primera es tríada consistente en leve (l), media (m) o grave (g). Equivaldrían, para quien prefería en números, a 20, 21 y 22; es decir, 1, 2 y 4. Una segunda opción, para casos más complejos, sería leve-leve (ll), leve-media (lm), leve-grave (lg), media-leve (ml), media-media (mm), media-grave (mg), grave-leve (gl), grave-media (gm) y grave-grave (gg), correspondientes a los números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

La ponderación, así, es realizada por la "fórmula del peso", que puede adoptar una versión más simple, a saber, $G_{i,j} = I_i / I_j$, la cual satisface los objetivos del presente trabajo, ya que no versa sobre casos excepcionalmente más complejos. De cualquier modo, necesita mayores explicaciones acerca de las variables usadas. La ponderación (G) del principio i sobre el principio j resulta de la cuantificación de la importancia de adoptar el principio justificante de la medida (I_i) dividido por el valor de la interferencia de la medida sobre el principio contrapuesto j (I_j). Si el valor es mayor a uno, entonces la medida ha de ser mantenida, habiendo discrecionalidad en casos de impase, cuando el resultado es uno, e inconstitucionalidad en resultados inferiores a uno.

La conclusión de toda "fórmula del peso" explicitada como arriba ha de ser entendida ante la "ley de la colisión" ya analizada. Al final, otros dos conceptos deben ser mencionados para comprender mejor esta situación. El primero se refiere a normas de derecho fundamental establecidas directamente de la Constitución, el cual no tiene duda. Sin embargo, así como en la Constitución de Alemania, Brasil adopta la cláusula de apertura material, lo que implica que otras normas serán igualmente fundamentales cuando se derivan de un derecho fundamental.

Por lo tanto, debe considerarse, por ejemplo, que la regla atribuida de derechos fundamentales elaborada judicialmente por los precedentes debe, al menos en principio, seguirse. Al final, no hay sólo normas directamente constitucionales, lo que significa que, en determinadas condiciones de precedencia fijadas en precedentes, habrá de seguir ciertas consecuencias, incluso en los casos venideros similares (ALEXY, 2008, p. 101/102).

Otra forma de realizar la ponderación es sólo obedeciendo a la "ley de la paridad", la cual fija, en las palabras de Alexy, lo siguiente: "Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tendrá que ser la importancia de la satisfacción del otro" (ALEXY, 2015, p. 167).

5 Estudio de la Fundamentación de los Votos de los Ministros en el Juicio del STF del Caso Apagón

Realizada la comprensión de los límites a la discrecionalidad del juez que confieren racionalidad a sus decisiones y votos, se debe observar si los magistrados brasileños están siguiendo, al utilizar la teoría explicada por Robert Alexy. Para ello, se analizará el juzgado de la Acción Declaratoria de Constitucionalidad (ADC) n° 9-6-Distrito Federal (DF), decidida por el STF el 13 de diciembre de 2011, cuando se entendió por la constitucionalidad de la sobretación de la energía para quien no obtuviera las metas de límites de consumo previstas y también del corte en el suministro, para reincidencia de quienes las incumplieran.

Las cuestiones preliminares del proceso no son el foco de este análisis por no ser viables verlas a la luz de la teoría de Alexy. En cualquier caso, es interesante destacar que los supuestos, las condiciones y los requisitos procesales y procedimentales se han cumplido. Así, la relevante controversia judicial fue demostrada por haber sido "[...] propuestas 127 acciones judiciales, con 28 liminares concedidos y 9 liminares rechazados", anotando una cierta tendencia de los jueces de primera instancia para considerar inconstitucional la norma, además de " "Notificación Extrajudicial promovida por el Estado de Minas Gerais [...], sobre la base de Dictamen de la labranza de Carmem Lúcia Antunes Rocha, Procuradora General".

En realidad, para entender mejor la Acción Declaratoria de Constitucionalidad (ADC) n° 9-6-DF, decidida por el STF el 13 de diciembre de 2011, se demostró indispensable analizar el juicio de la medida cautelar anteriormente realizada por la mayoría de los ministros haber hecho mera remisión a sus votos de esa oportunidad como motivación, por lo que el análisis que se sigue se basa en ambos juzgados.

La Abogacía General de la Unión (AGU), según el informe del Ministro Néri de Silveira, argumentó la adecuación de la suspensión individual de la energía a fin de proteger el suministro de energía y la proporcionalidad en sentido estricto, ya que entre el colapso del sistema energético y el el corte individual de energía de usuarios que no cumplen metas, obviamente debe prevalecer medidas que alejen a aquél.

La principal reserva que se hace es la falta de motivación sobre la inexistencia de mecanismos menos dañinos, por ejemplo, eventual posibilidad de importación de energía, incentivos a la instalación de paneles solares, etc. Así, dejó de argumentar la máxima parcial de la necesidad.

El ministro Néri de Silveira, ponente, adoptó dos fundaciones diversas para demostrar que no existe razón para la suspensión de la energía y la adopción de la sobretación de energía propuesta.

La primera consiste en una interpretación de la Constitución sin necesidad de ponderación de principios conflictivos, destacando la jurisprudencia de la corte. Se podría decir que esta perspectiva se acerca más a Dworkin, pero las reglas del discurso demuestran que también Alexy

las defendería. En él, entendió, en síntesis, que la Constitución veda la suspensión del suministro de energía como consecuencia de la obligatoriedad de continuidad de la prestación de servicios públicos, así como las tarifas deben necesariamente remunerar la prestación de un servicio, siendo destinadas a las concesionarias. Por no ser el caso, entendió por la inconstitucionalidad.

Sin embargo, aunque es interesante presentar esta relevante fundamentación, es en la segunda etapa que se encuentran algunos equívocos en la utilización de la máxima proporcionalidad por el ministro.

En primer lugar, el ponente adoptó la terminología principio de proporcionalidad, denotando cierta confusión común en la jurisprudencia consistente en confundir máxima de la proporcionalidad, que sirve para resolver la contraposición de principios por medio de las máximas parciales de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, con los principios, comandos de optimización. ¿Cuál es la relevancia de eso? La proporcionalidad no es sopesada, o sea, no es objeto de la ponderación. Por el contrario, es el procedimiento o método por medio del cual se sopesan los principios, si no se aleja la posible oposición por el análisis de las posibilidades fácticas.

Hecha esta primera consideración, se destaca, todavía, que el Ministro Néri da Silveira, relator, cito el trecho del texto de Gilmar Mendes en el que se mencionaban todos los pasos que debía seguir. Sin embargo, en la motivación, se limitó a afirmar lo siguiente:

en la especie, parece inequívoca la desproporción, la irrazonabilidad de imponerse auténtica pena pecuniaria que puede llegar al 200% del valor de la tarifa, a quien, por razones que no se apura, en cierto momento, sobrepasa el límite de consumo de energía eléctrica establecido (NERI, 2004, p. 93).

Dejó de analizar, por lo tanto, la adecuación y la necesidad. En realidad, es probable que haya analizado implícitamente o meramente mentalmente, sin mencionar expresamente, sin embargo.

El Ministro Marco Aurelio acompañó el voto del ponente, destacando, por lo tanto, la inconstitucionalidad de la medida. Se cerraron, así, los dos únicos favorables a la improcedencia de la acción. Criticó aún la postura de la Corte, porque la "crisis hídrica todo justifica. Y se pierden, con ello, los parámetros propios al Estado Democrático de Derecho". Además, consideró que la sobretarifa consistiría en un préstamo obligatorio instituido por medida provisional, lo que es inconstitucional, así, preguntó: ¿Qué tarifa es la que se cobra para, más adelante, devolverse? Eso, para mí, no es una tarifa".

Por último, el ministro aún expuso el pensamiento de Celso Ribeiro Bastos para quien esa sobretarifa sería una multa por un acto lícito, por lo tanto, totalmente indebida. Sobre la proporcionalidad, cometió el equívoco acerca de considerarlo principio, al decir lo siguiente: "Tenemos el principio implícito, en la Constitución Federal, de la razonabilidad, el principio de proporcionalidad. La razón de ser del cobro está justamente el desembolso, obtenido con la

concesión en sí del servicio".

La Ministra Ellen Gracie votó por la constitucionalidad por entender que la sobretarifa sería utilizada para remuneración del servicio público, siendo pagada a las concesionarias. En este punto, no se disgustaron sobre las normas o normas, sino sobre las consecuencias de lo fijado en la medida provisional. En el caso de los servicios públicos, en cuanto derecho subjetivo, sólo se limitó a afirmar que "hay preocupación con los derechos de los consumidores en general, en la adopción de medidas que permitan que todos sigan utilizando, se ha moderado de una energía que se presenta incontestablemente escasa". En el caso de que se trate de un contrato de trabajo o de un contrato de trabajo, la Comisión de las Comunidades Europeas, Al final, esa laguna argumentativa puede ser entendida como bastante conveniente por posibilitar mayor margen de discrecionalidad, aunque se reconoce que probablemente no tendría dificultad, si se esforzaba en mejorar la argumentación.

Por su parte, el Ministro Nelson Jobim acompañó el voto de la Ministra Ellen Gracie, agregando que hay realmente un derecho a la continuidad del suministro de energía eléctrica. Sin embargo, como consecuencia de limitaciones fácticas, la suspensión puede considerarse una medida adecuada por poder evitar cortes generales de energía. Además, el suministro de energía de forma limitada para todos tiene un peso mayor que el irrestricto para todos causante de una falta generalizada. Sin hacer referencias explícitas a ningún adocrinador, él utilizó una lógica similar a la propuesta por Alexy, pero no analizó la necesidad.

A continuación, el Ministro Maurício Corrêa consideró que la medida atendía al principio de proporcionalidad. Valen para el presente todas las ponderaciones ya realizadas sobre la relación entre la máxima de la proporcionalidad y los principios, denotando un equívoco. Además, en su voto, sólo mencionó expresamente la máxima parcial de la necesidad, sin hacer referencia a acompañar a otros ministros y sobre constar en los autos estudios técnicos sobre otros medios. Sigue la transcripción de trecho de su voto: "Tales providencias deben ser entendidas bajo el ángulo de su estricta esencialidad, frente a su carácter inaplazable, inmediato e intransferible", o sea, aunque se admita haber intentado argumentar sobre la necesidad, su emprendimiento fue meramente retórico y sin base científica. Se demostró incompleta en el análisis y la fundamentación, pues.

El Ministro Carlos Velloso entendió que las medidas fueron razonables y proporcionadas, pero no se prolonga en la motivación. Menciona sólo la necesidad de las medidas restrictivas derivadas de la crisis hídrica. Sin embargo, ni siquiera busca justificación para apartar otras propuestas menos severas a los derechos fundamentales. Así, muestra equívoco sobre la fundamentación de la necesidad, además de incompletud en el análisis de la proporcionalidad.

El Ministro Sepúlveda Pertence consideró las medidas necesarias debido a la situación de crisis hídrica instalada, pero no mencionó otros medios posibles de restricción. Aún consideró proporcionales las medidas haciendo referencia al voto de la Ministra Ellen Gracie. Sobre la

sobretación, destacó que se refiere a un uso político aceptable y no veía problema en ellas retornar a los usuarios, en vez de permanecer con las concesionarias.

6 Conclusión

La cuestión orientadora de este trabajo, tras la delimitación debidamente justificada del tema en la introducción, llevó a la conclusión de que hay varias restricciones a la discrecionalidad del juez en la teoría de Robert Alexy.

Primero, algunos límites, aunque bastante flojos, pueden derivarse de la propia concepción del derecho que Alexy desarrolló. Así, por la legalidad autorizadora, la eficacia social y la pretensión de corrección son inherentes a la ciencia jurídica, hay sutiles restricciones a la discrecionalidad del aplicador. Por lo tanto, se cumplió el primer objetivo específico, aquel referente a la definición del derecho.

El segundo grupo de restricciones fue respondido en el tercer tópico, parte que cumplió el objetivo específico de analizar el derecho como un caso especial del discurso jurídico práctico. Así, el magistrado debe observar diversas reglas para que sus decisiones sean racionales en el aspecto lingüístico. Se restringen, de ese modo, en una intensidad mediana la discrecionalidad del magistrado.

Por último, el último grupo del análisis sobre las limitaciones impuestas a los jueces por el procedimiento de Alexy corresponde a la comprensión de su teoría de los principios. En él se concluyó que hay una metodología rigurosa que debe ser observada por quien pretenda fundamentar sus votos o decisiones en su teoría. Así, aunque efectivamente no elimina completamente la discrecionalidad, la restringe bastante, dando una compleja racionalidad al discurso jurídico.

Posteriormente, se pasó a analizar los votos pronunciados en el juicio del caso apagón para verificar si la argumentación traída por los ministros atendía a la racionalidad exigida por Alexy, incluso con sus procedimientos. Se concluyó que la única forma de admitir su concreción casi plena es mediante la combinación de diversos votos, porque ninguno de ellos comprendió la totalidad de las exigencias, trayendo en general la proporcionalidad sin analizar la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricta. Además, también hubo inobservancia de reglas de relacionadas al discurso jurídico y sus limitaciones para obtener racionalidad.

Sin embargo, la principal crítica a ser hecha es la ausencia de análisis de la máxima parcial de la necesidad. La mera existencia de una crisis hídrica no es suficiente para afirmarla. Debería haber estudios multidisciplinarios que busquen soluciones alternativas, fundamentando, por lo tanto, la ausencia de otros medios menos dañinos.

Así, aunque no esté necesariamente equivocada la decisión del Supremo en la ADC 9-6-DF - en caso de apagón, se observa que la fundamentación mostró equívocos e incompletos, lo que, en casos que involucran al gobierno y al gran capital, pueden generar desconfianza que es

popular por la carencia de argumentos, especialmente cuando en los autos hay una defensa, realizada por algunos ministros, a primero analizar los hechos, después imaginar las mejores consecuencias jurídicas y, por último, buscar en la Constitución el fundamento para justificar la decisión previamente tomada.

Referências

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. Princípios Formais. *In*: Alexy et. al. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hitchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hitchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** / Robert Alexy; tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito** / Robert Alexy; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014b.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** / Robert Alexy; tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC (Medida Cautelar) 9-6 Distrito Federal (DF)**. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 28/06/2001. DJ 23-04-2004. Ementário Nº 2148-1, p. 93.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 96/2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 9-6 Distrito Federal (DF)**. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE. Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 13/12/2001. DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-01 PP-00001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=883>. Acesso em: 5 jun. 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais** / Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen; tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Artículo recibido: 19/02/2018

Artículo aceptado para publicación:: 02/08/2018