

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

TIAGO CLEMENTE SOUZA

**DECISÃO JUDICIAL E RACIONALIDADE JURÍDICA: a razão prática e a
legitimidade discursiva das decisões judiciais no âmbito dos Direitos Fundamentais**

MARÍLIA
2014

TIAGO CLEMENTE SOUZA

DECISÃO JUDICIAL E RACIONALIDADE JURÍDICA: a razão prática e a legitimidade discursiva das decisões judiciais no âmbito dos Direitos Fundamentais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu*, Mestrado em Teoria do Estado e do Direito, do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador:

Prof. Dr. Nelson Finotti Silva

Coorientador:

Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Júnior

MARÍLIA
2014

SOUZA, Tiago Clemente.

DECISÃO JUDICIAL E RACIONALIDADE JURÍDICA: a razão prática e a legitimidade discursiva das decisões judiciais no âmbito dos Direitos Fundamentais/Tiago Clemente Souza; orientador: Nelson Finotti Silva; coorientador: Oswaldo Giacoia Júnior. Marília, SP: [s.n], 2014.

268 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Racionalidade Jurídica 2. Decisão Judicial 3. Razão Prática 4. Legitimidade 5. Teoria da Argumentação 6. Tese do Caso Especial 7. Direitos Fundamentais

DECISÃO JUDICIAL E RACIONALIDADE JURÍDICA: a razão prática e a legitimidade discursiva das decisões judiciais no âmbito dos Direitos Fundamentais

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Nelson Finotti Silva

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Júnior

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante

Marília, ____, de _____ de 2014.

Ainda muito jovem saiu da sua terra natal, assolapada pela pobreza e pela rigidez do pai tomou posse do seu destino e veio para Marília recomeçar sua vida, deixando para trás a pequena cidade de São José da Laje/AL. Dona de personalidade de aço, de caráter impar, moldou em seus filhos o modo exemplar de existir de um ser humano digno, responsável e, principalmente, amável com o próximo. No dia 17 de outubro de 1960 deu a luz ao meu presente, minha mãe, minha guia no turbilhão da vida e minha inspiração. À senhora Alice Cardoso da Silva, a quem Deus me deu a honra de poder chamá-la de vó, mas que hoje não se encontra entre nós, e à senhora Cleonice Cardoso da Silva Souza, minha doce mãe, dedico a cada gota de esforço e dedicação despendido nessa pesquisa, em nome das quais dedico a todos meus familiares. Afinal, o que resta das nossas experiências na vida terrena é somente o amor.

Dedico, ainda, à minha amada companheira Marielen Paura Orlando, que durante toda minha passagem pela pós-graduação no Centro Universitário Eurípides de Marília foi pacienciosa e dedicada, auxiliando em minhas revisões e discussões do texto. Obrigado por existir em minha vida e ser exatamente do jeito que é.

Meus sinceros agradecimentos:

Ao professor, meu mestre e guia intelectual, Dr. Nelson Finotti Silva, que durante minha trajetória não mediu esforços em me auxiliar e contribuir para o meu desenvolvimento. Ao senhor resta-me um débito que saldarei ao longo da vida. Muito Obrigado.

Ao professor Oswaldo Giacoia Júnior, que se apresenta como um farol de luz intensa no mar do saber, a quem tive a honra e privilégio de caminhar ao lado. A cada palavra dita um novo conhecimento e uma nova reflexão. Muito obrigado.

Ao professor Thomas da Rosa de Bustamante, que as idas aos congressos jurídicos me fez cruzar o caminho e despertar para a seriedade acadêmica, a quem nutro profunda admiração e respeito.

Ao professor Lafayette Pozzoli, coordenador do Programa de Mestrado do UNIVEM, que esteve sempre disponível para auxiliar e ouvir, em nome de quem agradeço a todos os professores do Centro Universitário de Marília, responsáveis pela minha formação jurídica. Agradeço, ainda, em nome das amigas Leninha Neto Nakadaira e Taciana Soares de Oliveira a todos os funcionários da Instituição pela amabilidade de sempre.

Agradeço profundamente ao povo brasileiro, representado pela Capes - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, que me deu o suporte financeiro para realizar minhas investigações.

Aos meus amigos, juristas e não juristas, pelo incentivo e companhia de sempre.

SOUZA, Tiago Clemente. **DECISÃO JUDICIAL E RACIONALIDADE JURÍDICA: a razão prática e a legitimidade discursiva das decisões judiciais**. 2014. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília. Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2014.

RESUMO

Esta pesquisa possui o objetivo de demonstrar algumas construções teóricas que visam a racionalidade discursiva nas decisões judiciais no âmbito dos Direitos Fundamentais, levando em consideração tanto os casos mais difíceis, quanto os casos mais fáceis, bem como a possibilidade de reconstruir decisões judiciais como método de verificação de sua estrutura racional. Para tanto, é necessário visualizar o atual paradigma jurídico, a partir de uma possível (re)aproximação entre direito e moral. Neste sentido, faremos inicialmente uma apresentação dos pressupostos e da própria Teoria da Argumentação desenvolvida por Robert Alexy, além das conexões entre Direito e Moral no que se compreende por Ciência do Direito em Hans Kelsen e o conceito de regras primárias e secundárias em Herbert Hart, realizando a separação entre a delimitação do Direito e a sua interpretação nas teses positivistas ora apresentadas. Em um segundo momento, apresentaremos uma chave não-positivista de perspectiva alexyana, onde apresentaremos sua Teoria dos Direitos Fundamentais e os desdobramentos teóricos daí decorrentes, tais como a existência de um Direito Suprapositivo, a possibilidade de controle de enunciados normativos absolutamente injustos pela Moral e, assim, o próprio questionamento da validade do Direito posto. Ao final nos dedicaremos à reconstrução da, aqui chamada, Decisão-OAB, em que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do Exame da Ordem dos Advogado do Brasil para o exercício da advocacia, para verificação de sua racionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Racionalidade Jurídica; Decisão Judicial; Razão Prática; Legitimidade; Teoria da Argumentação; Tese do Caso Especial; Direitos Fundamentais.

SOUZA, Tiago Clemente. **Decree and juridical rationality: the practice reason and the discursive legitimacy of decrees about Fundamental Rights.** 2014. 268 f. Dissertation (Master of Law) – Centro Universitário Eurípides de Marília. Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2014.

ABSTRACT

The goal of this research is to demonstrate some theoretical constructions which involve discursive rationality in decrees, about fundamental rights; considering not only the hardest cases, but also the easiest cases and the possibility of reconstruct decrees as a verification method of its rational structure. So, it is necessary to visualize the present juridical paradigm through a (re)conciliation between right and moral. In this sense, we will present our assumptions and the ones in the Theory of Argumentation developed by Robert Alexy, besides the connections between Justice and Moral in what is understood as Justice Science by Hans Kelsen, and the concept of primary rules and secondary rules in Herbert Hart's work, carrying out the separation between the delimitation of Justice and its interpretation in the positivist thesis presented. Secondly, we will present a non-positivist key from Alexy perspective, his Theory of Fundamental Rights and its theoretical splittings, such as the existence of a Suprapositive Justice, it is possible to control normative statements absolutely unfair through the moral, and therefore questioning the validity of put Justice. Finally, we will reconstruct the Decree OAB, in which the Supreme Federal Court declared the constitutionality of the Exam done, to practice law in the Brazilian Bar Association in order to verify its rationality.

KEY WORDS: Juridical Rationality; Decree; Practice Reason; Legitimacy; Argumentation Theory; Special Case Thesis; Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
-----------------	----

PARTE I – A RACIONALIDADE DISCURSIVA E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

CAPÍTULO I – Teoria da Argumentação e Pressupostos	
1.1 Introdução: as relações dialógicas e a racionalidade discursiva.....	15
1.2 Razão Prática e Discurso Jurídico	21
1.3 Discurso Prático e Racionalidade Discursiva.....	28
1.4 As regras básica da razão prática.....	33
1.5 As regras da racionalidade.....	35
1.6 A carga da argumentação	38
1.7 As formas de argumentação	40
1.8 As regras de justificação.....	43
1.9 As regras de transição.....	45
1.10 Os limites do discurso prático geral	45
2. A tese do caso especial: o discurso jurídico como província do discurso prático.....	47
2.1 O Discurso Jurídico: a conexão entre a Teoria da Argumentação e a Teoria do Direito ..	47
2.2 A tese do caso especial	49
2.3 Justificação Interna e Externo do Discurso: a Argumentação Jurídica nas Decisões Judiciais	54
2.3.1 Justificação Interna do Discurso, Silogismo Jurídico e a Hipótese de Reconstrução	56
2.3.2 Justificação Interna do Discurso aplicada: reconstrução lógica da sentença-Lebach	60
2.3.3 Justificação Externa do Discurso.....	67
CAPÍTULO II – DIREITO E MORAL: a aproximação entre Direito e Moral e suas implicações nos discursos de justificação externo	72
3. A tese da Separação entre Direito e Moral no positivismo de Hans Kelsen e Herbert L.A. Hart.....	73
3.1 Breves apontamentos sobre a Ciência Jurídica de Hans Kelsen: pela superação de um jusmoralismo irracional	73
3.1.2 Direito e Moral em Hans Kelsen	83
3.1.3 Em defesa de Hans Kelsen: pela superação de uma divindade onnipresente como elemento absoluto da moral.....	88
3.2 Normas Primárias e Secundárias em Herbert L. A. Hart: por uma identificação do Direito para além da Moral.....	91
3.2.1 Direito Natural mínimo: cinco truísmos que o justificam	94
3.2.2 Validade jurídica e valor moral em Hart	100
3.2.3 O ponto de vista interno hartiano como elemento ponte para a tematização das premissas normativas.....	107
4. A tese de conexão entre Direito e Moral no não-positivismo alexyano: a pretensão de correção do Direito e a possibilidade de tematização dos enunciados normativos	117
4.1 A conexão necessária entre Direito e Moral em Robert Alexy	117
4.1.2 Direito Válido e Injustiça Extrema: o controle do jurídico pela moral no caso Mauerschützen.....	130
4.2 O Caso dos Sentinelas do Muro de Berlim – caso Mauerschützen.....	130
4.2.2 Os fatos ocorridos na noite de 14 de fevereiro de 1972	132
4.2.3 As decisões que apreciaram o caso Mauerschützen	133

4.2.4 O direito vigente à época dos fatos.....	134
4.2.5 Robert Alexy e o Caso Mauerschützen	140

PARTE 2 – DECISÃO JUDICIAL E RACIONALIDADE JURÍDICA

CAPÍTULO 3 – Direitos Fundamentais e a Teoria dos Princípios	144
1. Direitos Fundamentais e Racionalidade Discursiva	144
2. A Dogmática Jurídica e os Direitos Fundamentais como arena da Teoria dos Princípios	146
3. Conceito de Normas de Direitos Fundamentais	150
3.1 Normas de Direitos Fundamentais Atribuídas	159
4. Regras e Princípios	164
4.1 Conflito entre regras	165
4.2 Colisão entre princípios	167
4.3 Caráter “prima facie” das regras e princípio e <i>dever ideal</i> e <i>dever real</i>	170
4.4 Três objeções ao conceito de Princípios.....	172
5. A estrutura da Ponderação.....	174
6. A Fórmula do Peso	178
7. Excurso: somente diante dos Direitos Fundamentais se pondera? Algumas considerações em Juan Garcia Amado	184
8. Em defesa de Robert Alexy: os equívocos metodológicos e analíticos de Juan Antonio García Amado apostador por Thomas da Rosa de Bustamante.....	198
CAPÍTULO 4 – Decisão Judicial e Racionalidade Discursiva: o Supremo Tribunal Federal e a legitimidade discursiva de suas decisões	211
1. O Supremo Tribunal Federal e a racionalidade discursiva: a reconstrução da decisão que declarou a constitucionalidade do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil – Recurso Extraordinário 603.583/Decisão-OAB	211
1.1 Os argumentos apresentados pelo recorrente, João Antonio Volante	212
1.2 Os argumentos apresentados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	214
1.3 Das decisões de primeira e segunda instância e de seus argumentos.....	215
1.3.1 Do recebimento do Recurso Extraordinário e da manifestação do representante do Ministério Público	215
1.4 Dos argumentos apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal	217
1.4.1 Dos argumentos apresentados pelo ministro relator Marco Aurélio de Mello	217
1.4.2 Dos argumentos apresentados pelo ministro Luiz Fux	223
1.4.3 Da decisão do ministro Dias Toffoli	226
1.4.4 Dos argumentos apresentados pela ministra Cármen Lúcia	227
1.4.5 Dos argumentos apresentados pelo ministro Ricardo Lewandowski	227
1.4.6 Dos argumentos apresentados pelo ministro Ayres Britto	228
1.4.7 Dos argumentos apresentados pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes.....	229
1.4.8 Dos arranjos de argumentos do plenário do Supremo Tribunal Federal	231
2. Justificação Interna do Discurso aplicada: reconstrução lógica da decisão-OAB	232
3. Justificação Externa do Discurso aplicada: a tematização das premissas a partir do princípio (máxima) da proporcionalidade	238
3.1. Análise do subprincípio da adequação (idoneidade)	238
3.2. Análise do subprincípio da necessidade	242
3.3. Análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	245
4. A Fórmula do Peso	251

5. Uma reflexão sobre as críticas apresentadas por Juan Garcia Amado sobre o princípio da proporcionalidade de Robert Alexy: <i>Hermenêutica Jurídica na Teoria da Argumentação e Teoria da Argumentação na Hermenêutica</i>	255
CONSIDERAÇÕES FINAIS	257
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	263

INTRODUÇÃO

Os progressos nos setores tecnológicos e sociais foram possíveis graças à capacidade humana de se comunicar, de realizar afirmações, de apresentar proposições, de alcançar resultados e refletir sobre eles. Apresentar afirmações exigirá, necessariamente, a apresentação de razões que justifiquem e legitimem os enunciados externalizados.

Percebe-se, portanto, que a grande preocupação, na contemporaneidade, está relacionada, justamente, à necessidade de se estabelecer critérios racionais para justificar afirmações e, principalmente, proposições normativas, quando nos encontramos diante de discursos jurídicos.

“Como devo agir?”, “como justificar, racionalmente, minhas decisões?”, “o que se compreende como verdade?” são indagações que permeiam toda relação humana, coordenada pelo exercício de ações e discursos que, impregnada pelo paradigma da racionalidade, buscarão uma justificação racional como elemento de sua legitimidade.

A partir dessas indagações, levando em consideração os discursos jurídicos e suas formas de justificação, que a presente pesquisa se dedicará a analisar algumas construções teóricas destinadas a delimitar o atual paradigma jurídico e as formas de justificação das decisões judiciais, tais como a Teoria da Argumentação e a Teoria dos Princípios de Robert Alexy.

Para tanto, dividimos o trabalho em duas grandes partes, a primeira denominada “A Racionalidade Discursiva e Teoria da Argumentação” buscará investigar em que medida as relações dialógicas, na prática geral, podem ser orientadas por uma razão prática, de tal forma a lhe exigir ou reconhecer uma racionalidade discursiva. Portanto, realizaremos algumas incursões sobre o estabelecimento de uma razão prática e de uma ética do discursivo, desenvolvida por Jürgen Habermas e Karl-Atto Apel.

Em seguida, apresentaremos as construções de Robert Alexy sobre as regras básicas da razão prática, da racionalidade, a carga da argumentação, bem como as suas formas. Com isso, pretendemos estabelecer uma estrutura teórica suficiente para avaliar a racionalidade discursiva das decisões judiciais, principalmente aquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda no primeiro capítulo, apresentaremos os limites do discurso prático geral e a Tese do Caso Especial desenvolvida por Robert Alexy, o que permitirá sustentar uma conexão entre a Teoria da Argumentação e a Teoria do Direito. Feitas essas considerações mais gerais, nos dedicaremos a analisar, no interior dos discursos jurídicos, o que Alexy denomina de

“Discurso de Justificação Interna” e “Discurso de Justificação Externa” como métodos analíticos de reconstrução das decisões judiciais, seja a partir dos argumentos apresentados e das premissas (normativas, empíricas, dogmáticas etc.) pressupostas, seja a partir da própria tematização das premissas.

O segundo capítulo, por sua vez, diante da conexão estabelecida entre Teoria da Argumentação e Teoria do Direito se dedicará a apresentar a (im)possibilidade de comunicação entre Direito e Moral.

A decisão judicial, enquanto medida estatal que busca uma solução para o caso concreto, terá que cumprir, necessariamente, duas medidas: a) identificar as premissas (normativa, empíricas etc.) a serem aplicadas no caso concreto, e, a partir dessas, apresentar os argumentos que justificarão a decisão, demonstrando sempre correntes de justificação entre os argumentos lançados e as próprias premissas; e b) tematizar as próprias premissas, portanto, fora da justificação interna, socorrendo-se de elementos externos ao próprio Direito para compreender se as premissas utilizadas são adequadas, verdadeiras ou aceitáveis e em que medida ela pode ser superada.

A possibilidade de tematização, principalmente, dos enunciados normativos implicará determinar em que medida a Moral se conectará com o Direito e se essa relação é conceitualmente necessária, possível ou impossível. Para tanto, será necessário determinar, mesmo em forma de excursão, como o positivismo de Hans Kelsen e o Herbert Hart lida com a conexão entre Direito e Moral e qual a proposta da pureza conceitual exposta na Teoria Pura do Direito kelseniana e pelo ponto de vista externo de Herbert Hart.

Apresentada as linhas de força que determinam a relação entre Direito e Moral no pensamento de Kelsen e Hart, faremos algumas considerações sobre o que Robert Alexy conclui como a conexão necessária entre Direito e Moral, considerando a pretensão de correção do Direito, e de que forma essa pretensão de correção poderá retirar a própria qualidade jurídica de enunciados normativos extremamente injustos, colocando em evidência o discurso de justificação externa.

Como demonstração da tematização dos enunciados normativos extremamente injustos, que não cumprem exigências morais, e, por isso, perdem sua qualidade de jurídicos, será analisado o caso dos sentinelas do Muro de Berlim, caso *Mauerschützen*, e as considerações de Robert Alexy sobre a possibilidade de um controle do Direito positivo por um Direito Suprapositivo, a partir da chamada Fórmula de Radbruch, a irretroatividade da lei penal, cegueira moral e Direito extremamente injusto. Com isso, encerraremos a primeira parte da pesquisa.

Na segunda parte, intitulada “Decisão Judicial e Racionalidade Jurídica”, procuraremos, já no interior dos discursos jurídicos, apresentar a Teoria dos Direitos Fundamentais e Teoria dos Princípios de Robert Alexy. Abordaremos, assim, a questão da Teoria dos Direitos Fundamentais e a racionalidade discursiva, bem como a dogmática jurídica e os direitos fundamentais como arena da Teoria dos Princípios.

Será necessário analisar as formas de colisão e aplicação das espécies normativas, bem como a estrutura do princípio (máxima) da proporcionalidade e seus três subprincípios, ou seja, subprincípio da adequação (idoneidade), subprincípio da necessidade e subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Analisaremos, ainda, a estrutura da ponderação desenvolvida por Robert Alexy, bem como a fórmula do Peso. Para encerrar o terceiro capítulo, abordaremos as críticas desenvolvidas por Juan Antonio Garcia Amado sobre o princípio da proporcionalidade desenvolvido pelo professor de Kiel, bem como a defesa desenvolvida por Thomas da Rosa de Bustamante às construções alexyanas, apresentando os equívocos das críticas do professor de Leon.

Finalmente, no quarto e derradeiro capítulo, direcionando nossa pesquisa ao problema central da presente dissertação, que diz respeito à racionalidade discursiva das decisões judiciais, portanto, já não mais no discurso prático geral, mas sim no discurso jurídico (província do geral), passaremos a abordar a Teoria dos Direitos Fundamentais e consequentemente a Teoria dos Princípios desenvolvidas pelo professor de Kiel e de seus desdobramentos, para então propormos uma análise reconstrutiva da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 603.583 interposto por João Vicente Volante, procedente do Rio Grande do Sul, em face do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da União.

A decisão que declarou a constitucionalidade do Exame da Ordem em várias passagens menciona o princípio da proporcionalidade, dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Além de mencionar ditos princípios, tantos os ministros, quanto às partes envolvidas afirmam que no presente caso há colisão de princípios, entre eles o princípio da dignidade humana, o princípio da proteção da vida, o princípio da proteção do interesse público, o princípio da liberdade da profissão e ofício, princípio da legalidade, princípio da presunção de inocência, princípio do contraditório, princípio do devido processo legal, princípio da ampla defesa, princípio da igualdade, princípio do valor social do trabalho, princípio da liberdade de iniciativa, subprincípio da vedação do excesso, princípio geral da inércia da jurisdição, princípio da liberdade, princípio

da separação de Poderes ou funções, princípio do núcleo essencial do direito fundamental à liberdade profissional, princípio democrático e republicado e princípio geral de reserva legal. Portanto, somente nesta decisão, são mencionados vinte e quatro princípios que se apresentam como pontos de partidas normativas para o decidir ou razões/argumentos da decisão.

Portanto, caminhamos no sentido de desenvolver a pesquisa no âmbito da colisão das normas de direitos fundamentais, principalmente mediante a apresentação das construções desenvolvidas por Robert Alexy e alguns de seus interlocutores. Ademais, Robert Alexy analisa também a decisão do Tribunal Constitucional alemão que declara inconstitucional a medida administrativa que multou um barbeiro que instalou em sua barbearia uma máquina automática de vendas de cigarros, uma vez que não possuía a qualificação técnica exigida por lei para a exploração do comércio, otimizando assim o princípio da liberdade profissional e de ofício, que aqui também será enfrentada.

Assim, pontuaremos os argumentos apresentados pelas partes e aqueles trazidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, principalmente aqueles do Ministro Marco Aurélio de Mello, relator do processo.

Levando em consideração que vivemos um novo paradigma jurídica diante das alterações jurídicas sofridas pós Segunda Guerra Mundial, torna-se de fundamental importância compreendermos quais as possibilidades de relação entre Direito e Moral, e em que medida essa relação pode ser tratada com racionalidade a partir de uma construção procedimental que buscará estabelecer não uma única resposta correta, mas uma forma correta de se decidir.

Em contrapartida às construções formalistas e das construções teóricas que buscam desvincular o Direito da Moral, este trabalho vem num sentido inverso, defendendo uma conexão necessária, mas que exigirá um grande esforço argumentativo do julgador para que a racionalidade do decidir fique em evidência. Portanto, será esta nossa pretensão, estabelecer os elementos suficientes para que haja uma racionalidade discursiva das decisões judiciais no âmbito dos Direitos Fundamentais.

CAPÍTULO 1 – Teoria da Argumentação e Pressupostos

1.1 Introdução: as relações dialógicas e a racionalidade discursiva

Em tempos de modernidade, das chamadas comunidades pós-convencionais, o desenvolvimento das relações sociais se estabelece mediante uma ênfase na comunicação entre os entes que compõem a coletividade. Pode-se afirmar que a possibilidade de grandes progressos, tanto nos setores tecnológicos quanto nos setores relacionados às ciências sociais, somente foram possíveis graças à capacidade humana de se comunicar, de realizar afirmações, de apresentar proposições, de alcançar resultados e refletir sobre eles.

O desenvolvimento social sempre estará sustentado nessa comunicação humana e, mais, de poder justificar, racionalmente, os enunciados externalizados. A grande preocupação, na contemporaneidade, está relacionada, justamente, à necessidade de se estabelecer critérios racionais para justificar afirmações e, principalmente, proposições normativas, quando nos encontramos diante de discursos jurídicos.

Os indivíduos, por possuírem a aptidão de autodeterminação são capazes de deliberar sobre suas condutas, sendo que a autorreflexão crítica e a reflexão coletiva de seus comportamentos se dão, principalmente, em atos de fala intersubjetivos¹. A possibilidade de ponderar sobre nossos comportamentos, de modo a justificar ações futuras mediante um processo de comunicação interpessoal, diz muito a respeito de nossa condição de seres racionais.

“Como devo agir?”, “como justificar, racionalmente, minhas decisões?”, “o que se compreende como verdade?” são indagações que permeiam toda relação humana, coordenada pelo exercício de ações e discursos que, impregnada pelo paradigma da racionalidade, buscarão uma justificação racional como elemento de sua legitimidade.

Mais do que responder como devemos agir nas ações do nosso cotidiano, a pergunta fundamental nos problemas jurídicos contemporâneos se oferece quando se coloca em cheque a legitimidade das proposições normativas oriundas das decisões judiciais. Quais elementos conferem legitimidade às decisões judiciais? Essa parece ser a pergunta que se apresenta, principalmente, a partir do momento em que se reconhece que a mera textualidade dos enunciados normativos não resolve as contingências sociais que se apresentam no Poder Judiciário; e, como poderemos verificar adiante, a existência prévia de soluções dos casos no mero texto normativo jamais foi possível. No limbo de indeterminações do discurso jurídico,

¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. XIII.

“manifesta-se essa relação ‘como tensão entre o princípio da certeza jurídica e a pretensão de pronunciar decisões corretas, concisamente: como tensão entre ‘certeza jurídica e correção’”². Assim, uma teoria discursiva deverá auxiliar a reflexão sobre como devemos agir e como demos justificar nossos discursos:

[...] Uma teoria do discurso jurídico, que quer satisfazer à “pretensão de legitimidade do ordenamento jurídico”, deve, por conseguinte, dar uma resposta à questão, como decisões jurídicas tanto podem realizar-se em vinculação a decisões institucionais precedentes como ser, “na matéria, fundamentadas razoavelmente” [...]³

Em relação à natural dinâmica discursiva inerente aos seres humanos, seres falantes, observa-se a necessidade de oferecimento de razões para as afirmações. Na obra *Antígona*, obra do dramaturgo helênico Sófocles, é possível verificar interessante dinâmica entre a apresentação de uma afirmação e de sua justificação, que refletia, de certo modo, os pressupostos de validade dos discursos da época.

Diante da ordem do rei Creonte para não se realizar as honras da sepultura ao príncipe *traidor*, Polinice, Antígona desobedece a ordem e sepulta o irmão. Os guardas que zelavam pelo corpo, ao perceberem que este havia sido enterrado com celebração de ritos fúnebres, vão, cautelosamente, ao encontro do rei para comunicar o ocorrido. Ao narrar o fato, o guarda assevera que todos os guardas haviam se colocado à disposição para tomar ferro em brasa, com o intuito de se determinar quem havia enterrado o corpo⁴.

² ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso** – Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 128.

³ Ibid. p. 129.

⁴ Transcrevo a passagem:

CREONTE

Mas quanta prudência! Como te cercas de precauções! Trazes, certamente, alguma novidade!

O GUARDA

O que não agrada, a gente hesita em dizer.

CREONTE

Afinal, falas ou não? Decide-te, para que te retires em seguida!

O GUARDA

Nesse caso, eu falo. Um desconhecido acaba de sepultar o corpo de Polinice, e desapareceu, depois de ter depositado terra seca sobre a sepultura, realizando os ritos necessários.

CREONTE

Que dizes tu? Quem teve tamanha audácia?

O GUARDA

Não sei! Em parte alguma se ouviu a pancada da enxada, ou de cavadeiras; a terra é dura e seca, sem fendas, sem sinal das rodas; o culpado não deixou vestígios. Quando o primeiro guarda do dia ia entrar em serviço, descobriu o que estava feito, e todos nós ficamos estarrecidos pela surpresa! Não se via o morto, embora não estivesse enterrado, mas apenas coberto por uma camada de terra. Nenhum vestígio de cão, ou de animal feroz que o tivesse arrastado. Nós, os guardas, proferimos recíprocas injúrias, cada qual acusando os demais, agredindo-nos mutuamente, sem que surgisse alguém para nos acalmar. Na verdade, cada um é um pouco culpado; mas ninguém disso queria convencer-se, todos alegando ignorar como aquilo aconteceu. Já nos dispúnhamos a tomar

Embora a peça *Antígone* apresente belíssima encenação do eterno debate entre *jusnaturalismo* e *juspositivismo*, bem como a aproximação entre direito e literatura⁵, referida passagem demonstra a forma utilizada pelos oradores para justificar a afirmação de que nenhum deles havia descumprido as ordens emanadas do rei. Como razões para justificar a subordinação à regra, todos haviam se colocado à disposição para tomar nas mãos o ferro em brasa e a saltar sobre o fogo.

Percebe-se que as condições “tomar nas mãos o ferro em brasa” e “saltar sobre o fogo” não seriam suficientes para justificar o cumprimento da ordem emanada de Creonte. A resposta as perguntas “como devo agir?” e “como devo justificar racionalmente minha ação?” não se realizaria com o comprometimento de tomar nas mão ferro em brasa ou saltar sobre o fogo. Aqui, o guarda mais fraco, que não suportasse por mais tempo segurar a brasa ou permanecer sobre o fogo, assumiria a culpa pelo descumprimento da ordem do rei, mesmo que aquele tivesse permanecido por todo o tempo em seu posto, sem ter mantido qualquer contato com o corpo insepulto.

No presente diálogo percebe-se que há uma fragmentação entre a afirmação e a justificativa apresentada, que não guardam qualquer relação lógica entre si. Da capacidade ou incapacidade de segurar por longo período o ferro em brasa não se pode concluir que o guarda *x* ou *y* descumpriu a ordem emanada. O momento histórico-social em que se insere a tragédia é marcado pelo estabelecimento da verdade como manifestação da divindade, sendo que a validade do discurso se apresentaria mediante a aclamação dos deuses e semideuses do Olímpo que constituíam a cultura do povo grego.

No entanto, uma teoria da argumentação objetivará justificar racionalmente as escolhas realizadas pelos entes falantes, mediante um esforço de desprendimento de fundamentação metafísica. Diante das várias possibilidades fáticas e de outras tantas possibilidades de interpretações válidas de enunciados normativos, a teoria da argumentação auxiliará na construção de discursos pautados em critérios coerentes e coesos, derivados de uma racionalidade dialógica.

É de fundamental importância reconhecer que vivemos em uma sociedade plural, que comporta uma multiplicidade de concepções de “vida boa”, de posições políticas, ideologias,

nas mãos o ferro em brasa, e a saltar sobre o fogo, a fim de jurar pelos deuses como nenhuma culpa nos cabia... que não sabíamos quem ordenou, nem quem executou aquilo.

(SÓFOCLES. *Antígone*. Tradução de J. B. de Mello e Souza. Fonte Digital: Digitalização do livro em papel Clássico Jackson, Vol. XXII. eBook. 2005. p. 19-20).

⁵ Quanto a possibilidade de se realizar a aproximação entre Direito e Literatura ver: “RAMIRO, Caio Henrique Lopes; SOUZA, Tiago Clemente. **Sobre Hermenêutica, Direito e Literatura**: Itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de *Antígona*”, Revista *Reflexion Política* de la Universidad Autónoma de Bucaramanga – Colômbia. Disponível em: < <http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=reflexion>>.

etc. Por tais razões, quando se pretende formular alguma teoria que busque determinar padrões que guiarão a nossa forma de agir, decidir e fundamentar nossas afirmações, referidas multiplicidades deverão ser, necessariamente, levadas em consideração, sob pena de promovermos uma sociedade intolerante, radical e autoritária.

Amartya Sen afirma que, mesmo em uma sociedade plural, onde há pontos de vistas concorrentes, todos imparciais, ainda assim, é possível sustentá-los de forma racional. Para ilustrar referido impasse, Sen oferece o problema envolvendo uma flauta e três crianças: Anne, Bob e Carla. O impasse se apresenta quando se deve decidir a quem cabe a posse do instrumento musical, a partir da exposição de razões pelos oradores.

Anne reivindica a flauta, justificando que ela é a única a saber tocá-la; assim seria muito injusto negar a flauta à única pessoa que realmente sabia tocá-la.

Bob exhibe suas razões, afirmando que a flauta deverá ficar com ele, pois é tão pobre que não possui brinquedo algum, sendo que a flauta lhe permitiria brincar. Além disso, Anne e Carla admitem que são mais ricas, e dispõem de uma boa quantidade de atrativas comodidades.

Por sua vez, Carla sustenta que deveria permanecer com a flauta, uma vez que trabalhou, zelosamente, durante muitos meses para fazer a flauta e, depois de ter realizado o trabalho com suas próprias mãos, seus companheiros tentavam retirar-lhe a flauta.

Antes mesmo de considerarmos os argumentos expostos, é possível perceber que as razões levantadas pelas crianças no presente exemplo são substancialmente diferentes daquelas existentes no fragmento retirado da tragédia grega. De *Antígone* até o exemplo da flauta apresentado pelo autor indiano, muitos paradigmas foram superados⁶ e muitas construções teóricas que se julgavam racionais foram desenvolvidas; nesse sentido, percebe-se que estamos envolvidos pelo paradigma da racionalidade, em que a validade das razões

⁶ A fundamentação das proposições mediante a apresentação discursiva de razões como elementos de validade são construções do Estado Moderno, conforme nos assegura Arroyo: “[...] la modernidad ilustrada se conciba a sí misma como época inaugural y que uno de los presupuestos modernos sea el rechazo de la justificación del presente por remisión a sucesos o las razones del pasado. Esta actitud intelectual se convierte en perentoria en aquellas circunstancias de pluralismo cultural en las que no existe un acuerdo el evidente y caro entre los interesados sobre la bondad de las diferentes opciones. Esto es lo que acontece con el proceso histórico de secularización de la cultura. Al perderse cualquier sostén que no sea de carácter estrictamente immanente, la modernidad <<tiene que extraer su normatividad de sí misma>> con el único apoyo de razones contrastables y esgrimibles públicamente (cfr. DFM, 18). El orden social ya no se funda en los mandamientos de Dios o en tradiciones heredadas, sino en la capacidad racional del hombre como único patrón para medir lo justo y lo injusto. En lo político este cambio se traduce en el abandono del fundamento sacro de la legitimidad y la consiguiente búsqueda de un apoyo legitimatario que por fuerza debe ser secular. En lo tocante a la fundamentación religiosa a una lingüistización de lo sacro, es decir, a una fundamentación racional [...]” (ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría discursiva del derecho** – Sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. 2000. p. 62).

justificativas terão que se submeter a extenso e denso processo de argumentação para sustentar a objetividade da argumentação e da ação.

Sen lembra que, diante das razões expostas pelas três crianças, teríamos, facilmente, teóricos com diferentes convicções (utilitaristas, os igualitaristas econômicos ou os libertários pragmáticos) para apoiar tanto Anne e Bob quanto Carla:

Bob, o mais pobre, tenderia a receber o franco apoio de um igualitarista econômico que estivesse comprometido com a redução das disparidades entre meios econômicos disponíveis para diferentes pessoas. Por outro lado, Carla, que fez a flauta, receberia a aprovação imediata do libertário. É possível, que o hedonista utilitarista enfrente o desafio mais difícil, mas ele, sem dúvida, tenderia a atribuir peso – maior que o atribuído pelo libertário ou pelo igualitarista econômico – ao fato de que Anne provavelmente fruirá o maior prazer, por ser a única que sabe tocar flauta (além disso, há o dito comum “quem guarda acha”). Todavia, o utilitarista também deve reconhecer que a privação relativa de Bob poderia fazer com que, por receber a flauta, seu ganho adicional, com relação à felicidade, fosse muito maior. O “direito” de Carla pode não impressionar imediatamente o utilitarista, mas uma reflexão utilitarista mais profunda tenderia a levar em conta as exigências dos incentivos ao trabalho na criação de uma sociedade na qual a geração de utilidade é contínua e encorajada pela permissão de que as pessoas fiquem com o que produzem por seus próprios esforços.⁷

Percebe-se que os utilitaristas, os igualitaristas econômicos, assim como os libertários pragmáticos oferecem razões suficientes para legitimar a entrega da flauta para cada uma das crianças. A decisão que determinar a entrega da flauta deverá se estruturar em pressupostos da ética da argumentação, já reconhecidos pelos oradores que sustentaram razões, bem como pelos enunciados normativos que compõem toda a malha jurídica que regulamenta os mais diversos interesses sociais. Defender, monologicamente, a entrega da flauta para criança x ou y , sem fazer referências aos próprios pressupostos do discurso racional e dos enunciados jurídicos legitimamente institucionalizados, representa uma aposta, num procedimento substancialmente autoritário e ilegítimo, que não corresponde à pretensão de correção inerente aos discursos racionais.

Todos os argumentos podem se apresentar como argumentos racionais, mesmo que cheguem a resultados diametralmente opostos, quando, por exemplo, determinam a entrega da flauta a pessoas diferentes. O que importa salientar é que, embora diametralmente opostas, as decisões podem se apresentar de forma racional, sem que seja necessário declarar a falsidade ou a irracionalidade de uma delas. Nesse sentido, Perelman observa que:

⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras. 2009. p. 43-44.

Ao imperialismo do dogmatismo racionalista se opõe, assim, o niilismo do cepticismo positivista: ou para cada questão existe uma solução que é objetivamente a melhor, e a razão tem por tarefa encontrá-la, ou não existe verdade nessa matéria, pois toda solução depende de fatores subjetivos, e a razão não pode constituir um guia para a ação. Somos, assim, remetidos de Caribde a Cila: ao dogmatismo e à intolerância de uns, só poderíamos opor o cepticismo dos outros.⁸

Por tais razões, mais do que determinar qual o conteúdo que as decisões racionais devem conter, numa espécie de substancialismo procedimental, que implicará, necessariamente, a vitória de uma ideia sobre outras, parece mais adequado apresentar procedimentos que permitam que todas essas ideias se ofereçam, respeitando uma certa quantidade de regras provenientes da razão prática, bem como daquelas vigentes no mundo jurídico. Afinal, “[a]ssim como o regime monárquico convém melhor para realizar as concepções de uma razão segura de suas evidências, desprezando as opiniões daqueles que não se beneficiam dessas instituições privilegiadas, o regime democrático da livre expressão de opiniões, da discussão de todas as teses confrontadas, é o concomitante indispensável do uso da razão prática simplesmente razoável”⁹.

O que se pretende não é determinar qual seria a melhor convicção política, mas a forma procedimental de se determinar como um argumento se mostrará racional, em que medida uma proposição, uma afirmação e, até mesmo, uma decisão judicial poderá se apresentar como uma escolha racional, sem que se determine previamente qual a melhor decisão, mas como se chegar à melhor decisão.

No contexto de discursos racionais, não seria aceitável a entrega do instrumento musical a uma das crianças que se utilizasse de um elemento externo ao diálogo, como, por exemplo, a força. Nesse sentido, caso Bob coagisse Anne e Carla a entregar-lhe a flauta, utilizando-se da força, os motivos que legitimariam sua ação, da mesma forma como ocorre no exemplo helênico, produziriam uma ruptura entre ação (apoderamento da flauta) e suas razões (utilização da força).

Portanto, consciente da imprescindibilidade dos discursos para se determinar a própria existência humana e de seus desenvolvimentos sociais e tecnológicos, apresentaremos os elementos de força da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Robert Alexy, que, uma vez seguidas, em princípio, atribuirá racionalidade ao discurso, seja ele prático geral, seja ele jurídico, como província daquele.

⁸ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: 2002. p. 339.

⁹ Ibid.

Ao nos preocuparmos com nossos comportamentos e com os comportamentos dos nossos pares, com que referidas ações sejam guiadas por norteamentos racionais estabelecemos padrões de conduta e os institucionalizamos. Constatamos a necessidade humana de regulamentar racionalmente nossos próprios comportamentos, e mais, num segundo momento, passamos, à necessidade de institucionalizar os referidos padrões, o que significaria, a partir de uma visão racional autorreflexiva, “[...] [t]ransformar essas atitudes de *importar-se* em regras – normas e princípios de ação – envolve[ndo] o exercício da razão no esboço da formulação ‘universal’ de uma guia para a ação [...]”¹⁰.

Por tais razões, as próximas seções analisarão as construções teóricas desenvolvidas por Jürgen Habermas a respeito da ideia de razão prática, situação ideal de fala, que implicarão sua concepção de teoria do consenso da verdade, refletindo uma releitura intersubjetiva do imperativo categórico kantiano¹¹. A partir de tais reflexões, será possível estabelecer o pano de fundo utilizado por Robert Alexy para desenvolver seu Código da Razão e a Tese do Caso Especial. Com isso, espera-se delimitar o que se compreende como o panorama da *racionalidade discursiva*, a que todo ato de decidir deverá se submeter, para obter sua validade racional.

1.2 Razão Prática e Discurso Jurídico

Segundo a tese alexyana, o discurso jurídico se apresenta como uma província do discurso prático, haja vista que possuem elementos que determinam um vínculo inextricável entre eles, tudo isso para que seja possível estabelecer uma racionalidade no discurso, seja ele prático geral, seja ele jurídico, permitindo uma justificação das afirmações normativas.

O ato de se comunicar, de propor argumentos, de demonstrar ideias, visa, em certa medida, atingir as melhores razões para convencer seu interlocutor. Por aqui, compreende-se que convencer o interlocutor não representará atingi-lo psicologicamente, de modo a lhe

¹⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 351.

¹¹ Com relação às chaves conceituais utilizadas como premissas por Habermas para desenvolver sua Teoria da Ação Comunicativa e sua Ética do Discurso, que representará uma releitura *habermasiana* do imperativo categórico vale transcrever as palavras de Antônio Cavalcante Maia: “Com o desenvolvimento da intuição kantiana de que o único critério possível de justificação das normas morais, após o solapar das visões religiosas e metafísicas do mundo, é o de universalização – expresso no imperativo categórico (ao estabelecer o seguinte: ‘age de tal modo que a máxima de tua vontade possa em cada momento valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal’) –, Habermas estabelece as bases do seu projeto ético. Apesar da nítida inspiração kantiana, o herdeiro da Escola de Frankfurt procura livrar seu projeto da pesada carga individualista e monológica presente no trabalho de Königsberg. Desta forma, ao estabelecer o seu princípio de universalização, ele embute uma dimensão dialógica que procura estar atenta à necessidade de reconhecimento dos interesses de todos aqueles concernidos pelas regras” – (Habermas, Alexy e o Discurso Prático *In.*: **Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional** – VIRTU. n.º 02, ano 2008, Bahia: Brasil, p. 10).

submeter minhas razões mediante instrumentos comunicacionais persuasivos, coercitivos ou coativos; será necessário que o argumento vencedor seja fixado a partir do momento em que este seja colocado em evidência, e não a partir de elementos externos, tais como a autoridade, a beleza, a negociação¹² ou a força de quem fala, permitindo vencer o debate mesmo que não se tenha razão¹³.

Tona-se importante frisar, justamente, a racionalidade discursiva, decorrente da razão prática, como pano de fundo do discurso jurídico, procedimento com o qual poderemos verificar a possibilidade de testar a justificação das decisões judiciais, mediante um agir discursivo previamente estabelecido, demonstrando a lógica jurídica como uma premissa de atribuição de racionalidade discursiva, expurgando os efeitos do voluntarismo e irracionalismo.

Ressaltamos, para tanto, que entendemos o discurso prático geral como aquele “no qual questões e fundamentos morais, éticos e pragmáticos são unidos um com o outro”¹⁴.

Lembra Perelman, dissertando a respeito da finalidade da razão prática, que a *prudência* é a virtude que nos indica a forma de se escolher os meios mais eficazes e mais rentáveis, o que permitirá otimizar nossas ações, no sentido de evitar obstáculos e renunciar empreendimentos temerários. Referida virtude não permite, em si, determinar finalidades para guiar nossos comportamentos, mas tão somente identificar os *meios* mais adequados para tanto. Caso os interesses individuais, as paixões e os desejos, se mostrem para determinar nossos comportamentos levando em consideração as finalidades, a condenação a empreendimentos irracionais será inevitável. Dessa forma, a razão prática, buscando filtrar nossas escolhas quanto a inclinações particulares, poderá oferecer fins para nossas ações, “[...]”

¹² Sobre a distinção entre discussão e negociação, vale transcrever a seguinte passagem de Arroyo, citando Carl Schmitt: “La nítida distinción establecida por Carl Schmitt entre discusión (o, en la terminología habermasiana, discurso) y negociación, conserva aún todo su valor. <<La discusión>>, afirma Schmitt, <<significa un intercambio de opiniones; está determinada por el objetivo de convencer al adversario, con argumentos racionales, de lo verdadero y lo correcto, o bien dejarse convencer por lo verdadero y lo correcto>> (Schmitt, 1990, 8). En total contraposición se encuentra el concepto de negociación, <<cuyo objetivo no es encontrar lo racionalmente verdadero, sino el cálculo de intereses y las oportunidades de obtener una ganancia haciendo valer los propios intereses según las posibilidades>> (ibídem, 8) (ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría...** Op. Cit., p. 56-57).

¹³ SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Sobre a ausência de sinceridade no discurso, que trabalharemos mais adiante, bem como sobre a justificação de argumentos pautados em elementos não racionais, cabe a seguinte passagem de MacCormick: “Em todos os momentos de um processo semelhante, a falta de sinceridade é uma possibilidade evidente: um advogado experiente pode conseguir convencer um juiz de que uma reivindicação que ele próprio não considerada válida está justificada nos termos da lei. Um juiz pode (como ficamos sabendo com bastante frequência) dar uma sentença favorável a uma querelante com um rostinho bonito ou proveniente de determinada classe social, na realidade porque gosta do rosto ou da classe (ainda de modo mais insidioso, por um preconceito inconsciente favorável ao rosto ou à classe), mas ostensivamente pelas razões que apresentar para sua decisão etc. e tal ...” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação ...** Op. Cit., p. 19).

¹⁴ ALEXY, Robert. **Direito, razão...** Op. Cit., p. 129.

se puder contribuir para elaborar um modelo do sábio ou do justo, se puder fornecer, objetivos, às vezes desarrazoados e amiúde opostos, dos agentes individuais, é que será fiel ao ideal secular da filosofia ocidental”¹⁵.

A razão prática se apresenta como conjuntos de critérios, normas e valores que possam ser admitidos por todos, que exigem a justificação de ações e decisões, na medida em que são questionadas e tematizadas, de forma a se universalizar e serem aceitas por todos os envolvidos. Porém, somente afirmar que a razão prática terá a finalidade de fornecer critérios para o agir, decidir e se comunicar de forma racional, embora seja um passo importante para a racionalidade como padrão universal, não diz muito quanto à delimitação dessas regras. É, nesse sentido, que Robert Alexy materializa as regras básicas da razão prática, compilando um Código da Razão, que apresentaremos no próximo capítulo.

Por não se propor como uma expressão do despotismo, de um abosolutismo ou, mesmo, como uma última razão, a própria razão prática permite que se promova a tematização e problematização de todas as premissas e proposições, de forma a poder discuti-las, criticá-las e emendá-las. Para Perelman, “[...] [u]ma razão prática, que não se pretende apodíctica, mas simplesmente razoável, deve, para não parecer despótica, abrir-se à discussão e ao diálogo”¹⁶.

Já para Habermas, a razão prática é reestrutura, a partir de uma releitura do imperativo categórico kantiano, como razão discursiva ou comunicativa, de tal modo que a racionalidade dos acontecimentos do mundo da vida¹⁷ dar-se-á mediante o respeito aos pressupostos da ação comunicativa. Todo ato de linguagem que queira se apresentar como racional deverá cumprir certos pressupostos da linguagem como requisitos de sua validade,

¹⁵ PERELMAN, Chaïm. **Ética ...** Op. Cit., p. 339.

¹⁶ Ibid., p. 350.

¹⁷ Segundo Habermas não “[...] podemos imaginar os componentes do mundo da vida, a saber, os modelos culturais, as ordens legítimas e as estruturas de personalidade, como se fossem condensações e sedimentações dos processos de *entendimento*, da *coordenação da ação* e da *socialização*, os quais passam através das comportas da tematização e que torna possível o domínio de situações, constitui o estoque de um saber comprovado na prática comunicativa. Esse saber consolida-se através dos trilhos da interpretação, assumindo a forma de modelos de interpretação, os quais são transmitidos; na rede de interações de grupos sociais ele se cristaliza na forma de valores e normas; pelo caminho dos processos de socialização ele se condensa na forma de enfoque, competência, modos de percepção e identidades. Os componentes do mundo da vida resultam da continuidade do saber válido, da estabilização de solidariedades grupais, da formação de atores responsáveis e se mantêm através deles. A rede da prática comunicativa cotidiana espalha-se sobre o campo semântico dos conteúdos simbólicos, sobre as dimensões do espaço social e sobre o tempo histórico, constituindo o meio através do qual se forma e se reproduz a cultura, a sociedade e as estruturas da personalidade.” (HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro/Tempo Brasileiro. p. 96).

sendo que referidos pressupostos são meras idealizações, que também podem se submeter às críticas, eles não se apresentam como elementos absolutos ou imutáveis¹⁸.

É claro que os critérios postulados pelas teorias da argumentação mostram-se como vigas estruturantes, com viés universalista, no sentido de serem aceitos por todos aqueles a quem a teoria se destina. Isso, porém, não implica dizer que deverá se determiná-los como a última razão, a verdade absoluta incontestável, de modo a se fixar de forma perene e imutável. Talvez essa tenha sido a intenção das perspectivas absolutistas de cunho realista, idealista ou voluntarista, conforme explica Perelman¹⁹, mas é justamente esta pretensão que acarreta o definhamento enquanto teoria, já que, em uma ou outra oportunidade, culminará em intolerância, arbitrariedade e despotismo. Enquanto mera abstração, as concepções absolutas e ideais permanecem consistentes; mas, uma vez lançadas ao mundo das adversidades concretas, as contradições e controvérsias se expõem.

Superando uma ideia de racionalidade instrumental, Habermas propõe uma racionalidade procedimental que se apropria das formas intersubjetivas de entendimento como meio para o estabelecimento de premissas para as tomadas de decisões. É, nesse sentido, que Habermas não busca determinar, de antemão, qualquer conteúdo quanto à finalidade, aos bens, à ideia de vida boa ou a qualquer elemento substancial; mas, antes, permite construções de determinados elementos, pressupondo a participação intersubjetiva dos indivíduos pelos atos de fala. Logo, o discurso precisará se submeter a um panorama da racionalidade que lhe atribua o caráter de racional, ou seja, é necessário que os atos de fala sejam pautados em razões sustentadas argumentativamente, a partir de uma estrutura hipotética criada que pressupõe elementos que permitam o livre argumentar racional²⁰. Por tais razões, retomando o exemplo trazido por Sen, o que importa não será a indicação da titularidade da flauta, mas sim a tematização das razões exibidas numa esfera pública capaz de permitir que os oradores alcancem um entendimento recíproco e cheguem a uma decisão.

Arroyo sustenta que o fracasso kantiano, considerado a partir da leitura habermasiana, se demonstrou como impossibilidade resolver os problemas da racionalidade pela fixação de uma razão monológica transcendental; não haveria possibilidade de se determinar o agir racional pela capacidade individual, de se determinar como devemos agir,

¹⁸ ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría ...** Op. Cit., p. 3.

¹⁹ PERELMAN, Chaïm. **Ética ...** Op. Cit. p. 194.

²⁰ Para Arroyo, “[...] la evolución del pensamiento de Habermas se vertebra en torno a la construcción de una noción no restrictiva de racionalidad que ofrezca una respuesta superior a la versión dominante en la actualidad demarcado sesgo funcionalista (que, según él, peca de la unilateralidad propia de una perspectiva meramente instrumental o estratégica) y que, al mismo tiempo, posibilite el ejercicio de tareas críticas [...]” (ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría ...** Op. Cit., p. 39-40).

sem uma necessária comunicação intersubjetiva. Como o elemento de ligação dos indivíduos é estabelecido pela linguagem, a racionalidade será discursiva, e mais, intersubjetiva. Não será o exemplar homem racional transcendental que responderá à pergunta “como devo agir?”, mas sim o entendimento intersubjetivo fixado pela possibilidade de discursar publicamente, exibindo razões que fundamentem uma afirmação ou proposição.

Portanto, a racionalidade deixa de se uma racionalidade instrumental e transforma-se, segundo uma leitura habermasiana, em dialógica-procedimental, que buscará, levando em consideração os debates, argumentações e críticas ao estabelecimento de uma compreensão coletiva que guiará as tomadas de decisões na sociedade: essa é a chamada ação comunicativa que, nas palavras de Habermas, compreende “[...] aquellas manifestaciones simbólicas (lingüísticas y no-lingüísticas) con que los sujetos capaces de lenguaje y acción entablan relaciones con la intención de entenderse sobre algo y coordinar así sus actividades. Estas actividades comunicativamente coordinadas pueden consistir por su parte de actos comunicativos y de actos no comunicativos”²¹.

O discurso com pretensão de racionalidade deverá pautar-se no protagonismo do melhor argumento, sendo o resultado dos debates independentes para aqueles que dialogam. Uma vez apresentadas as razões, visando tão somente o resultado favorável, aquele que fala não se submeterá a critérios válidos para o agir comunicativo, mas às argumentações estratégicas para o alcance de determinada conclusão. Conforme nos aponta Bustamante, citando Atienza, “[...] [a] ação estratégica (mesmo quando usa palavras) é uma ação orientada para o *éxito*, ao passo que a ação comunicativa é orientada para a *compreensão* intersubjetiva [Atienza,200:306]”²². Vale ressaltar que nem sempre será possível demonstrar que aquele que argumenta visando ao resultado age estrategicamente, haja vista que poderá, em seu íntimo, almejar tão somente a um resultado específico, mas apresentar para aquela determinada situação o melhor argumento. O que vale deixar em evidência é que argumentos estratégicos e racionais podem ser empregados, mas se submeterão ao teste de verificação empírica da validade racional²³.

²¹ Ibid., p. 40.

²² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra Legem** – A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos *mais* difíceis. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 72.

²³ É neste sentido Robert Alexy ao apresentar a utilização da dogmática jurídica mediante argumentações estratégicas: “El carácter racional del uso de las dogmáticas se vuelve desde luego en su contra, tan pronto como no se usan ya como <<instrumentos para la determinación del Derecho en el campo de la razón práctica y de la moral>>. Este es el caso, sobre todo, cuando las dogmáticas se utilizan para encubrir los verdaderos motivos de decisión, o cuando se usan como presuntos programas autónomos de decisión. No puede dudarse de que es posible dicho uso incorrecto de los argumentos dogmáticos. En qué medida ocurra esto es objeto de investigaciones empíricas. El hecho de que ocurra no tiene nada de especial. También en las argumentaciones prácticas de tipo general hay fundamentaciones especiosas y peticiones de principio. Aquí sólo interesa el hecho

A pretensão de validade será demonstrada como a aceitação do melhor argumento, exibido em condições suficientes para o desenvolvimento de um discurso racional (regras básicas do discurso apresentada por Alexy); portanto, aquela sempre irá pressupor a inserção do discurso num dado contexto histórico, que permitirá avaliar o que se entende como melhor argumento, suficiente para ser compreendido pelos participantes do discurso (o que irá pressupor o respeito às regras semânticas e sintáticas da linguagem) e, em um segundo momento, a aceitação de algum dos argumentos apresentados como o melhor argumento para justificar mencionada proposição normativa, afirmação, etc. Nesse sentido, a pretensão de validade da proposição se dará em um contexto da pragmática linguística, já que exigirá não apenas o respeito às ordens semânticas e sintáticas, mas a interação dos significantes com seus intérpretes e a interação entre os próprios intérpretes. E mais: o estabelecimento da validade da proposição, mediante a apresentação de uma justificação pautada na melhor razão, implicará aceitação em um dado contexto, sem que seja necessário afirmar que o melhor argumento deduz-se, logicamente, de uma verdade (o melhor argumento que indicou a aceitação de todos não indica uma verdade correspondencial com um objeto de mundo da vida)²⁴.

O estabelecimento das teorias racionais discursivas ou argumentativas, entretanto, jamais conseguirá frear, em sua totalidade, a possibilidade de argumentações estratégicas, cuja pretensão não seja de correção, mas qualquer outra, como o estabelecimento de uma premissa falsa, para se alcançar um resultado favorável ao emissor. Nesses casos, verificar-se-á que o argumento exposto não se submete à racionalidade discursiva; logo, não poderá ser apresentado como argumento válido para produzir efeitos no mundo jurídico, quando estivermos no interior de um discurso jurídico.

Ao propor um Código da Razão prática, Alexy não reclama a coercitividade, a cortina de fogo, inerente ao direito que determinará um dever-ser pela sanção (sem que tenhamos que entrar no diálogo travado entre Hart e Austin sobre a autoridade do direito pela sanção), mas o apresenta como uma sugestão para se promover a racionalidade nos discursos jurídicos (dever-ser implicado pela Moral). Caso contrário, entendendo construções

de que, además de argumentaciones dogmáticas incorrectas, son también posibles argumentaciones dogmáticas racionales". (ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica** – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionais. 1989, p. 261).

²⁴ ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría ...** Op. Cit., p. 51.

filosóficas como a última *ratio* salvadora da humanidade, a gestão do Estado e da vida deveria passar por elas, promovendo o que Perelman chama de o “ideal do rei-filósofo”²⁵.

Mesmo não fornecendo um elemento institucional coercitivo em sua estrutura, que estabelecerá um dever-ser aos sujeitos do discurso, a racionalidade discursiva e a teoria da argumentação servirão, justamente, para determinar quais argumentos, dentro de todos aqueles externalizados, serão racionalmente válidos, a partir de elementos objetivos e pré-estabelecidos.

É, nesse sentido, que Robert Alexy se apropria da racionalidade discursiva prática elaborada por Jürgen Habermas, para estabelecer as linhas de força de sua teoria da argumentação jurídica. No entender de Bustamante,

A ideia de todo o pensamento jurídico de Robert Alexy é de que é possível aplicar a teoria do discurso habermasiana aos processos de formação de enunciados jurídicos. Trata-se de uma concepção de “*racionalidade procedimental universalista*”, que se diferencia das teorias contratualistas de inspiração hobbesiana (que também são teses procedimentalistas) pela *configuração do procedimento*. “O procedimento das teorias contratualistas é um procedimento negociador, o da teoria do discurso, um procedimento de *argumentação*” [1997-a: 136]. Neste sentido, um discurso prático pode ser racional, desde que satisfaça um conjunto de regras delimitadoras do processo de comunicação intersubjetiva. A razão prática, para Alexy, pode ser definida como “a faculdade que, seguindo esse sistema de regras, chega a *intelecções práticas*” [1993-b: 66].²⁶

A razão se apresenta como uma tentativa discursiva de convencimento dos demais membros do auditório universal, para se utilizar da expressão cunhada por Perelman, levando em consideração aquilo que se julga o melhor argumento, que será fixado mediante a aceitação de todos os concernidos, de modo a representar um argumento válido a um só tempo para a comunidade em seu todo. Portanto, a razão deixa de ser monológica, e passa para um campo dialógico, estabelecido discursivamente entre os membros do auditório universal; nesse sentido, há uma estreita relação entre a concepção transcendental da razão universalista e a utilização das relações dialógicas localizadas no interior do auditório universal, que buscarão determinar qual o melhor argumento, visando à melhor ação ou ao melhor resultado. Somente os discursos reais poderão filtrar todos os argumentos, de modo a convergir sempre para se alcançar o melhor argumento, numa eterna pretensão à correção.

²⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética ...* Op. Cit., p. 199.

²⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra ...* Op. Cit., p. 67.

Realizadas essas considerações quanto à razão prática, os próximos itens a delimitarão, naquilo que se pode compreender por regras da Razão Prática e Racionalidade Discursiva no pensamento de Robert Alexy, com lastro nas construções de Jürgen Habermas.

1.3. Discurso Prático e Racionalidade Discursiva

A razão prática pode fixar procedimentos aptos a legitimar as escolhas das ações humanas em geral. Sempre que se avalie determinado comportamento humano baseado numa *proposição normativa*²⁷, para que a proposição afigure as características da racionalidade prática, deverá aduzir as razões e regras que lhe sirvam de substrato. Ao se mencionar que o comportamento de A “é ruim” (*proposição normativa*), será necessário que o autor da *proposição* apresente as razões que atribuem a qualidade “ruim” ao comportamento de A, como, por exemplo, ao afirmar que “A saiu do restaurante sem pagar a conta”.

Para se determinar a implicação da razão (“A saiu do restaurante sem pagar a conta”) na *proposição normativa* (o comportamento de A “é ruim”), é necessário que haja uma regra que permita referida dedução, como, por exemplo: “Todo aquele que deixa de pagar suas contas realiza comportamento ruim”.

A preocupação de toda teoria racional de justificação das proposições normativas consiste em determinar qual a relação lógica entre a própria proposição normativa (N) e suas razões (G) a partir de uma regra (R). Para tanto, será necessário justificar tanto as razões, quanto as próprias regras.

A impossibilidade de se fechar o discurso se dará, entre outras possibilidades de questionamentos, no momento em que se discute a regra de justificação da proposição, o que exigirá outra regra hierarquicamente superior (justificação de segundo grau²⁸), da qual aquela

²⁷ Sobre a extensão das expressões *sentenças normativas, elocuciones ou proposiciones*, Alexy aduz que “Estos tres conceptos es una determinarse provisionalmente de la siguiente manera: Un enunciado es una determinada secuencia de signos, por ejemplo sonoros o escritos; una oración, el uso de un determinada situación; y una proposición, lo que se dice con un enunciado, su significado. Estos conceptos se aclararán en lo que sigue. Se fundamentará especialmente por qué tiene sentido hablar de <<proposiciones normativas>>. Donde no importen las diferencias, en adelante se usará indistintamente <<proposición>> o <<enunciado>>” (ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación ...** Op.Cit., p. 51)

²⁸ Para o questionamento de regras e razões, Alexy faz as seguintes considerações: “La discusiones de las tesis de Hare y Toulmin mostró que quien aduce a favor de una proposición normativa N (por ejemplo, <<A ha obrado mal>>) una razón G (por ejemplo, <<A ha mentado>>), presupone una regla R (por ejemplo, <<mentir es malo>>), de la que, juntamente con G, se sigue N lógicamente. N puede designarse en este caso como <<fundamentable por medio de G y R>>. Quien desee poner en duda la fundamentación de N por medio de G y R, puede dirigirse contra G o bien contra R. Si se dirige contra R, es necesario fundamentar la regla que se expresa a través de <<es malo mentir>>. En esta fundamentación de segundo nivel se puede aducir como razón un enunciado como <<mentir ocasiona sufrimientos evitables>> (G’). Aquí, a su vez, se presupone una regla (R’); por ejemplo, <<lo que causa sufrimientos evitables es malo>>. Si se quiere, siguiendo este ejemplo,

deduz. Isso ocorre porque a regra “Todo aquele que deixa de pagar suas contas realiza um comportamento ruim” não poderá se sustentar em um argumento de *evidência*, como uma espécie de intuicionismo: “É evidente que deixar de pagar suas contas é ruim”, já que, assim, a justificação ficaria na própria regra a ser testada²⁹.

Alexy reflete sobre algumas teorias do discurso prático, fixando as linhas de força das construções dos julgamentos morais de Stevenson, os discursos práticos como atividades regidas por regras, a filosofia linguística de Wittgenstein e Austin, a teoria de Hare, Toulmin e Baier, além de outros autores como Habermas, Perelman, bem como aqueles que integram a Escola de Erlangen.

Por ora, será apresentado um fragmento das construções desenvolvidas por Hare e Stevenson, comentadas por Alexy, para justificar as relações lógicas entre as razões oferecidas (G) para um julgamento moral (N):

2. La concepción de Hare de la universalidad de los juicios morales es de importancia fundamental. Quien expresa un juicio moral presupone una regla. Esta regla determina qué es una razón G, para un juicio moral N. El concepto de razón está por tanto estrechamente unido al concepto de regla. Esto significa, en la cuestión planteada por Stevenson de la relación entre G y N, que N siempre se sigue lógicamente de G, conjuntamente con una regla R que dice que G es una razón para N. Esta regla puede ser muy específica, dando por supuesto que sea universal.³⁰

Antes mesmo de serem estabelecidas as regras básicas do discurso prático e do discurso jurídico, é de fundamental importância deixar em evidência que a grande preocupação dessas teorias racionais está voltada para o oferecimento de regras que permitam

fundamentar también R’, entonces es necesaria una nueva regla R”, y así sucesivamente” (ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación ...** Op. Cit., p. 176).

²⁹ Bustamante, debruçando-se sobre a impossibilidade de justificações de regras *ad eternum* na justificação das regras, afirma que “[...] esse esquema lógico de ação apresenta certas dificuldades, pois ele não resolve por si só o problema da fundamentação da regra R. Quando esta for posta em dúvida, será necessário se referir a uma regra R’ para lhe servir de suporte. Isso, contudo, não elimina o problema, pois também R’ careceria de justificação. Aparentemente, estar-se-ia diante de um *regresso ao infinito*, sendo que a única forma de evitá-lo seria interromper, em algum momento, o processo de justificação, substituindo-o por uma simples decisão [ibid.]. O autor da *Teoria da Argumentação Jurídica* pega emprestada a terminologia de Albert e denomina essa situação de ‘trilema de Münchhausen’”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra ...** Op. Cit., p. 77). Alexy sobre o tema afirma que: “Esta situación, desinada por Albert como el <<trilema de Münchhausen>>, no carece sin embargo de salida. La situación puede evitarse si la exigencia de una fundamentación ininterrumpida de cada proposición a través de otra proposición se sustituye por una serie de exigencias en la actividad de fundamentación. Estas exigencias pueden formularse como reglas de la discusión racional. Las reglas de la discusión racional no se refieren, como las de la lógica, sólo a proposiciones, sino también al comportamiento del hablante. En este sentido, puede designarse como <<reglas pragmáticas>>. El cumplimiento de estas reglas no garantiza ciertamente la certeza definitiva de todo resultado, pero sin embargo caracteriza este resultado como racional. La racionalidad, por consiguiente, no puede equipararse con la certeza absoluta. En esto consiste la idea fundamental de la teoría del discurso práctico racional” (ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación ...** Op. Cit., p. 177).

³⁰ Ibid., p. 91.

verificar a validade da *proposição normativa*, a partir de razões e regras apresentadas no discurso de justificação, bem como a interação entre esses elementos.

Para Alexy, uma teoria discursiva pode ser *empírica, analítica e/ou normativa*. Será *empírica* quando “en ella, para poner sólo algunos ejemplos, se describen y explican la correlación entre determinados grupos de hablantes y el empleo de determinados argumentos, el efecto de los argumentos o las concepciones predominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos”³¹. Já uma teoria *analítica* se preocupará em estabelecer as relações lógicas entre os argumentos apresentados e os argumentos possíveis³². E, por último, será *normativa* quando se propõe a expor critérios racionais que irão regulamentar a fixação dos argumentos nos discursos³³.

Conforme mencionado no início deste capítulo, a grande preocupação se voltará para a apresentação de justificativas racionais das proposições normativas oferecidas pelo orador. Neste sentido, como buscaremos, justamente, estabelecer critérios racionais para demonstrar a validade dos argumentos apresentados, podemos observar que a teoria do discurso de viés alexyana é de cunho analítico-normativo.

O elo de ligação entre razão prática e racionalidade discursiva demonstra-se quando do estabelecimento das regras da razão prática para justificar as normas fixadas em qualquer discurso. Toda proposição normativa que tenha pretensão de se expor como uma proposição válida e racional terá que se referenciar em regras de justificação fornecidas pela racionalidade prática³⁴. Para expor as regras do discurso prático que atribuirão racionalidade aos argumentos apresentados pelo interlocutor, Alexy apresenta quatro rotas possíveis: (a) a

³¹ Ibid., p. 178.

³² Em relação à concepção de teoria analítica inserida na ideia de dogmática analítica, Alexy pondera que: “[...] a dimensão *analítica* diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente. O espectro de tal dimensão estende-se desde a análise de conceitos elementares (por exemplo, do conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e de igualdade), passando por construções jurídicas (por exemplo, pela relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e pelo efeito perante terceiros), até o exame da estrutura do sistema jurídico (por exemplo, da assim chamada irradiação dos direitos fundamentais) e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (por exemplo sopesamento)” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 33-34).

³³ ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación ...** Op. Cit., p. 178.

³⁴ Vale ressaltar que a racionalidade prática se apresentará não somente para atribuir racionalidade aos discursos, mas também racionalidade nas ações, sendo necessário, portanto, constatar que há distinção entre *ação* e *atos de fala* (linguagem). Esclarece Habermas que no comportamento humano é “[...] possível deslindar melhor os vários nexos que existem entre a ação e a linguagem, entre o agir e o falar, se tomarmos como ponto de partida exemplos simples e claros. Para ilustrar o ‘agir’ eu tomo certas atividades corporais comuns do dia-a-dia, tais como, correr, fazer entregas, pregar, serrar; e explícito o ‘falar’ lançando mão de atos de fala, tais como, ordens, confissões, constatações [...]. Ações em sentido estrito, ou seja, atividades não-lingüísticas do tipo citado como exemplo, são descritas por mim como atividades orientadas para um fim (*Zwecktätigkeiten*), através das quais, um atos (*Aktor*) intervém no mundo, a fim de realizar fins propostos, empregando meios adequados. Eu descrevo os proferimentos linguísticos como atos através dos quais um falante gostaria de chegar a um entendimento com um outro falante sobre algo no mundo [...]” (HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós ...** Op. Cit., p. 65).

primeira consiste em definir as regras de discurso como regras técnicas; (b) mostrar que certas regras de fato têm validade, isto é, elas podem ser seguidas até certo ponto, ou que resultados particulares realizáveis por meio do acatamento de certas regras correspondem às convicções normativas que temos realmente (modo empírico); (c) analisar sistemas de regras, definindo jogos de linguagem e propondo a adoção do sistema de regras elaborado dessa maneira; e (d) finalmente, mostrar que a validade de certas regras é uma condição da possibilidade de comunicação linguística.

A definição de regras de discursos como regras técnicas se dedicará a oferecer regras que visem a determinado fim; as regras seriam meios para se alcançar um fim desejado, como, por exemplo, a solução não coercitiva do conflito³⁵. A objeção a esta rota diz respeito ao fato de que, ao se deslocar a necessidade de justificar as regras para os fins, ainda não se retirou o ônus de justificação, que agora se apresenta sobre o resultado ou fim almejado. Logo, não bastará indicar o fim almejado para justificar a aplicação de determinada regra, será necessário apresentar razões que justifiquem a escolha de determinado resultado. Uma segunda objeção vislumbra a possibilidade de fixar regras conflitantes, mas que busquem a concretização de um mesmo resultado, principalmente quando o resultado pretendido possuir vagueza e indeterminação, como, por exemplo: “dignidade da pessoa humana”, cujo ponto de partida hermenêutico (próprio objeto textual) não indica um conjunto de comportamentos que possuem a qualidade de “dignos”.

Não será, por tais objeções, que referido modo de justificação não poderá ser utilizado. Para Alexy, embora não sirva para justificar todas as regras possíveis, será “[...] para la fundamentación de reglas concretas a través de fines delimitados es indispensable”³⁶, o que, contudo, não retiraria a necessidade de justificar referidos objetivos, afinal “[...] [e]stos fines sin embargo tienen a su vez que ser justificados”³⁷.

O segundo modo de se determinar as regras do discurso é de caráter empírico, na medida em que buscará, a partir de um ponto de vista do observador, declarar quais as regras que regulamentam os discursos no cotidiano das pessoas, sendo, portanto, reconhecidas como regras de fato. A dificuldade se mostra, nesse modo de fixação de regras do discurso, quando da transição daquilo que ocorre de fato (constatação das regras de fato) para a avaliação das regras que deveriam ocorrer, como regras válidas (transição daquilo que é – *regras de fato* – para aquilo que deveria ser – *regras válidas de fato*). A vantagem do modo empírico de

³⁵ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación ...** Op. Cit., p. 178.

³⁶Ibid., p. 179-180.

³⁷Ibid., p. 180.

determinação de regras diz respeito à possibilidade de constatação fática das regras estabelecidas, permitindo a realização de testes que determinarão a validade social e prática da regra, o que não seria possível caso ficássemos somente no plano hipotético ideal. Com a realização de testes empíricos, conforme constata Alexy, seria possível determinar “contradicciones dentro de una praxis existente, e incompatibilidades entre convicciones normativas existentes de hecho”³⁸.

A constatação empírica de determinada regra de fato que regulamenta comportamentos ou atos discursivos, embora não demonstre validade só pelo fato de ser realizada de forma predominante em dada sociedade. No entanto, o fato de sua realização já é prova de sua possibilidade, o que não se apresenta em construções hipotéticas e ideais. Como referida rota fixa-se na constatação fática das regras existentes, irá se resumir a verificar uma parcela de um tempo histórico delimitado. Logo, não demonstrará que é a única possibilidade de regulamentação de discursos, mas uma entre várias, sendo apenas “[...] provisional, dependiendo de las correcciones mediante otros modos de fundamentación”³⁹.

Uma terceira possibilidade de se estabelecer regras do discurso racional prático é a análise de um sistema de regras que estabelece um jogo de linguagem (existente ou hipotético). Para Alexy “[...] [l]o único importante para esta manera de fundamentar es que la presentación de un sistema de reglas que definen una praxis sea considerada como lo que motiva la decisión de aceptarla [...]”⁴⁰; dessa forma, será aceitável adotar outros modos de justificação, mas o que define o estabelecimento de jogos de linguagem é justamente estabelecer regras que guiarão o discurso. O estabelecimento das regras do discurso se apresentará como “[...] “[...] [l]o único importante es que la presentación de un sistema de reglas, con independencia de la indicación de otras razones, se vea como el fundamento o el motivo para su aceptación. Esta forma de fundamentación se denominará <<definitoria>>”⁴¹.

Nesse sentido, ao se situar como razão ou motivo para a aceitação do discurso tão somente o estabelecimento dos jogos de linguagem, não se determina uma substância dessas regras; portanto, Alexy sustenta que referido modo fica à deriva da “mera vontade arbitrária”, mas que poderá ser vantajoso, já que permitirá a criação de sistemas de regras totalmente novos⁴².

³⁸ Ibid., p. 180.

³⁹ Ibid., p. 181.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid., p. 182.

A quarta rota apresentada por Alexy é a chamada por Apel de modo de justificação “transcendental pragmático”, e “pragmática universal” por Habermas, para a “reconstrução de pressuposições gerais e inevitáveis de possíveis processos de entendimento”, fixando-se como uma condição da possibilidade de comunicação linguística⁴³.

Segundo Alexy:

Una variante débil de este modo de fundamentación consiste en mostrar que (1) la validez de determinadas reglas es constitutiva de la posibilidad de determinados actos de habla y que (2) no podemos renunciar a estos actos de habla sin abandonar formas de comportamiento que consideramos como especificadamente humanas. Las aserciones podrían pertenecer a tales actos de habla.⁴⁴

Ocorre, entretanto, que determinar que os discursos que conferirem validade a todo comportamento humano tenha que seguir um ato do discurso, também não quer dizer muito⁴⁵. Aqui, ainda, não se fala qual o comportamento que atribuirá validade às proposições normativas oriundas do discurso.

Será dedicada na próxima seção a análise das formas racionais do discurso jurídico, o que torna de fundamental importância determinar de forma explícita as formas e regras do discurso prático em geral, com o objetivo de esclarecer as possíveis falhas existentes nas regras e formas, decorrentes do “[...] contenido de las reglas, al carácter incompleto de su enumeración, al carácter superfluo de alguna reglas y formas, así como a su insuficiente expresión formal [...]”⁴⁶, é o que passaremos a fazer.

1.4. As regras básicas da razão prática

Alexy apresenta um grupo de regras básicas do discurso prático geral, demonstrando as condições prévias de possibilidades de toda comunicação linguística, sendo o preenchimento de referidas exigências o exercício mínimo para se iniciar um discurso válido sob o manto da racionalidade discursiva:

- (1.1) nenhum orador pode se contradizer;
- (1.2) todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê;

⁴³ Ibid., p. 182.

⁴⁴ Ibid., p. 182-183.

⁴⁵ Ibid., p. 184.

⁴⁶ Ibid., p. 185.

(1.3) todo arador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes;

(1.4) diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados⁴⁷.

A regra (1.1) refere-se às inferências da lógica no discurso jurídico. Dessa forma, todo orador que se coloca no discurso público, apresentando suas razões, não poderá entrar em contradição com as premissas utilizadas, alcançando resultados que não se deduzem, logicamente, das premissas. Imaginemos a seguinte situação: existe um armário vazio em cujo interior é possível que ingresse uma criança. João, de nove anos e de pequena estatura consegue entrar no armário. Do ponto de vista de uma análise empírica, será possível formular a seguinte afirmação “João está no interior do armário”. Para confirmar referida afirmação, o observador poderá perguntar onde João se encontra. A resposta adequada, levando em consideração às premissas empíricas seria: “João está no armário”; das premissas empíricas: “é possível uma criança ingressar no armário” e “João ingressou no armário” é logicamente dedutível a afirmação “João está no interior do armário”.

Entretanto, João poderia responder de dentro do armário: “Não estou aqui!”. Nesse último caso, a sentença proferida por João não respeita as premissas empíricas a que está submetida, ingressando seu argumento em uma contradição lógica. Por tais razões, a afirmação “Não estou aqui!” não é uma argumentação lógica e válida.

Vale ressaltar que a proibição do argumento contraditório (1.1), segundo Alexy, “[...] las reglas de la lógica no se refiere sólo a la lógica clásica, sino sobre todo a la lógica deóntica que ha tenido [...] La prohibición de no contradecirse se refiere por ello también a incompatibilidades deónticas”⁴⁸.

O dever de sinceridade previsto na regra (1.2) determina o compromisso do orador em sustentar somente razões que acredite serem verdadeiras. Caso o dever de sinceridade não fosse reconhecido, a possibilidade de mentir não existiria. É possível determinar um objeto a partir da sua negação: para utilizar uma construção hegeliana “a canoa é a não-árvore”. É possível se determinar a canoa a partir da negação da árvore, ou seja, a árvore, que foi submetida ao trabalho humano, transformou-se em canoa; a criação da última exige a negação da primeira. Para esse processo de negação e construção de um novo objeto é necessário que se reconheça o primeiro objeto (árvore), que, uma vez negado, num segundo momento, permita a criação da canoa. Por tal razão, podemos afirmar que a possibilidade de mentir

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid., p. 186.

(negação da sinceridade) somente é possível a partir do momento em que se reconhece o dever de sinceridade. É necessário reconhecer o dever de sinceridade para se decepcionar ao mentir⁴⁹.

A regra (1.3) exige, segundo Alexy, “auto-consistência no uso do termo”. Para Alexy, “[...] [e]sto no sería una diferencia esencial, si se pudiera reforzar (1.4) diciendo que sólo usa una expresión quien está dispuesto a aplicarla cuando ella sea aplicable [...]”⁵⁰. A regra (1.3) é destinada ao orador que atribui determinado predicado a um objeto delimitado; por questões de coerência e consistência do argumento, aquele mesmo orador, quando diante de um objeto que guarde semelhanças substanciais com o primeiro objeto, terá que atribuir a ele o mesmo predicado, sob pena de não conferir validade racional a seu discurso.

Como desdobramento de (1.3) Alexy, chegamos à (1.3’): “[t]odo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes”⁵¹.

A regra (1.4) guarda grande relação com a regra (1.3), mas, com esta, não se confunde; enquanto a última se relaciona com a auto-consistência do orador, a primeira exige uma comunidade linguística. A pretensão é não permitir que diferentes sentidos sejam atribuídos à mesma expressão, gerando caos e irracionalidade no discurso. Para permitir a aplicabilidade desse mecanismo, é de fundamental importância que se parta de uma linguagem comum, e que as expressões sejam questionadas e testadas somente levando em consideração o momento em que surjam confusões e mal-entendidos⁵².

1.5. As regras da racionalidade

Toda afirmação elaborada em um discurso exigirá justificação, o que culminará na criação de novas afirmações que fundamentem a anterior, e assim por diante. Para Alexy, as afirmações não servirão apenas para justificar uma afirmação proferida, mas também para “[...] refutar algo, para contestar preguntas y para fundamentar propuestas”⁵³. Afinal “[...] [u]n discurso práctico sin aserciones no es posible”⁵⁴.

Toda afirmação proferida pelo orador, para que seja qualificada como uma argumentação válida racionalmente, não bastará representar o que é correto ou verdadeiro,

⁴⁹ Ibid., p. 186.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid., p. 187.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid., p. 188.

⁵⁴ Ibid.

mas exigirá que possa ser justificado como tal⁵⁵. Para tanto, poderá o orador: (a) justificar sua sentença, criando outras sentenças que justifiquem a primeira; (b) poderá se referir a outra pessoa que justificará sua sentença (atribuição de competência que poderá ser questionada por outro orador); (c) deixar de justificar certas afirmações, uma vez que “[...] [l]a pretensión de fundamentabilidad no significa además que el hablante deba fundamentar toda afirmación en cualquier momento frente a cualquiera [...]”⁵⁶, porém a recusa à justificação exigirá uma justificação. Diante dessas considerações, Alexy apresenta a seguinte regra da racionalidade discursiva: “(2) [t]odo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación”⁵⁷. Essa regra pode ser denominada como “regra geral de fundamentação”⁵⁸.

Todo aquele que profere uma afirmação, que pode ser justificada, e é justificada quando questionada (seja pelo próprio orador, ou por aquele a quem ele faz referência como possuidor de competência para justificar sua sentença), deverá reconhecer seu interlocutor como parceiro de igual posição, sendo que a força a ser exercida somente poderá decorrer do melhor argumento (devidamente justificado), não almejando o orador praticar coerção nem depender da coerção exercida por outros. Além do tratamento igualitário entre os oradores, será necessário que o argumento apresentado possa ser sustentado diante de qualquer interlocutor. Para Alexy “[...] [l]os juegos de lenguaje no pretendan por lo menos cumplir esta exigencia, no puedan considerarse como fundamentación. Las exigencias de igualdad de derechos, universalidad y no coerción pueden formularse como tres reglas”⁵⁹:

- (2.1) [q]uien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
La segunda regla regula la libertad de discusión. Puede subdividirse en tres exigencias:
- (2.2) (a) [t]odos pueden problematizar cualquier aserción;
(b) [t]odos pueden introducir cualquier aserción en el discurso;
(c) [t]odos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades
[...]
- (2.3) [a] ningún hablante puede impedirle ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2), mediante coerción interna o externa al discurso.⁶⁰

Referidas regras correspondem ao que Habermas denominou situação de discurso ideal, que visa a situar a esfera pública como arena dos discursos racionalmente válidos, estabelecidos por procedimentos que garantem a participação de toda e qualquer pessoa capaz

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., p. 189.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

de comunicar-se, que qualquer assunto possa ser tematizado, que qualquer assunto tematizado possa ser questionado, e que as garantias do discurso não sejam violadas por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso.

Logo, todo argumento que reivindique para si a validade racional deverá, inicialmente, passar pelo filtro das regras da racionalidade do discurso prático, que, segundo Alexy, formam um *critério hipotético negativo* para a correção de afirmações normativas⁶¹. Negativo, pois, uma vez não satisfeitas, não preenchidas as regras da racionalidade do discurso prático, quando, por exemplo, o orador é impedido pela força de expor seus afirmações e de justificá-las, o argumento vencedor não será racionalmente válido. Quanto ao *critério positivo*, a situação é mais problemática, podendo se referir a discursos reais e hipotéticos. Em relação aos discursos reais, a situação ideal de fala somente se realizará de forma aproximada, afirmando Alexy que “[...] (2.1)-(2.3), si se cumplen en la medida óptima alcanzable en la situación a juzgar, proporcionan algo así como un criterio provisional”⁶²⁻⁶³. Já nos discursos hipotéticos, o problema surge em diagnosticar os comportamentos daqueles que seriam afetados pelo debate, o que, para Alexy, “[...] es necesario un considerable conocimiento empírico. El criterio será tan inseguro Sean estas prognosis [...]”⁶⁴.

Podemos afirmar, portanto, que as regras da racionalidade discursiva representadas por (2.1), (2.2) e (2.3), além de permitirem o teste de validade racional das afirmações apresentadas pelos oradores, terão o papel também de⁶⁵:

a) servir como instrumentos de teste às limitações injustificadas da possibilidade de fala dos oradores;

⁶¹ Ibid., p. 190.

⁶² Ibid., p. 190.

⁶³ Quanto ao caráter ideal da *situación ideal de fala*, que, faticamente, somente poderá ser realizado de forma aproximada, Alexy lança as seguintes considerações: “La objeción quizá más a menudo planteada se refiere a que la situación ideal de diálogo no se puede realizar. Así, el mismo Habermas constata que las <<limitaciones espacio-temporales del proceso de comunicación, así como también ... las limitaciones psicológicas de los participantes en el discurso>> excluyendo esto. Una objeción cercana a ésta realizada o no la situación lingüística ideal [...] Esta anticipación de la realización de una situación lingüística ideales sólo <<garantía de que con un consenso alcanzado fácticamente podemos unir la pretensión de un consenso racional; al mismo tiempo, es un criterio crítico con el que se puede cuestionar y comprobar cualquier consenso alcanzado fácticamente, en el sentido de si éstos es o no un indicador suficiente para un consenso fundado>>. <<A la estructura del discurso posible corresponde el que nosotros, en el desarrollo del acto de habla, hagamos contrafácticamente como si la situación ideal de diálogo no fuera una mera ficción, sino una realidad. Precisamente es a esto a lo que llamamos una suposición [...] Si estas reflexiones fueran acertadas, entonces se habría ganado algo en relación con el problema de fundamentación de las normas básicas del diálogo racional. K.-O. Apel llama <<pragmático-transcendental>> a una fundamentación como la expuesta por Habermas. Es trascendental, en cuanto que estas reglas pueden ser fundamentadas mostrando que su validez es condición de posibilidad de la comunicación lingüística. Es pragmática, porque estas reglas son reglas lingüísticas que no se refieren sólo a la sintaxis o a la semántica, sino que, además, regulan la relación de los hablantes con las manifestaciones realizadas por ellos [...] (Ibid., p. 128-130.).

⁶⁴ Ibid., p. 190.

⁶⁵ Ibid., p. 190.

b) as regras, que constituem a situação ideal de fala habermasiana estabelecem um limiar ideal a ser alcançado, mesmo que aproximadamente, o que exigirá testes empíricos para se determinar o quanto se alcançou; e

c) a existência dessas regras que permitem a validade racional do discurso também terá o papel de justificar a exigência de correção e veracidade das afirmações surgidas no discurso.

1.6. A carga da argumentação

Asseguradas as condições ideais de fala, todo e qualquer orador, em condições igualitárias, poderá apresentar qualquer afirmação – (2.2.b) – (mas, como vimos nas regras básicas, estas terão que ser, no mínimo, justificáveis); e qualquer afirmação exposta poderá ser problematizada (2.2.a). Ocorre, conforme nos alerta Alexy, que, caso a possibilidade de tematização não seja qualificada, poderíamos ingressar em um círculo infinito de questionamentos do tipo “por quê?”, que não exigiria a apresentação de razões para a problematização⁶⁶.

As regras básicas da razão prática e as regras da racionalidade do discurso apresentadas nos itens (1.2) e (1.3) mostram-se como regras que distribuem os encargos de justificação daqueles que queiram ingressar na arena discursiva, fixando afirmações, mas não àqueles que se dedicam à realizar perguntas ou apresentar dúvidas⁶⁷.

E esse ponto guarda estrita relação com a regra básica da razão prática (1.3) que instrumentaliza o princípio kantiano da universalização; ou seja, que todo aquele que atribui um predicado *F* a determinado objeto *a* terá que atribuir o mesmo predicado a todos os objetos que guardam relevante semelhança com *a* (*b*). Para superar a *auto-consistência* do argumento e deixar de aplicar o predicado *F* aos objetos semelhantes, o orador deverá expor razões que justifiquem o tratamento desigual entre *a* e *b*. Nesse sentido, o predicado *F* a ser atribuído à *b* poderá ser problematizado pelo orador (2.2.a), mas, para tanto, deverá oferecer razões que legitimem a superação da atribuição até então realizada.

Alexy faz referência ao princípio da inércia de Perelman que “exige que una opinión o una praxis que haya sido aceptada una vez, no puede abandonarse sin un motivo para ello”⁶⁸ e segue afirmando:

⁶⁶ Ibid., p. 191.

⁶⁷ Ibid., p. 191.

⁶⁸ Ibid., p. 191.

La distribución de la carga de la argumentación exigida por Singer resulta conjuntamente del principio de universalidad (1.3') y de la regla de fundamentación (2). Quien pretende tratar a A de manera distinta que a B afirma (en tanto presupone [1.3'] que existe una diferencia relevante. Esta afirmación tiene que probarla [...]⁶⁹

Por conta dessas constatações, formula a primeira regra para a partilha da argumentação:

(3.1) [q]uien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.⁷⁰

Em relação ao estabelecimento de freios frente à possibilidade de se iniciar um movimento infinito de questionamentos do tipo “por quê?”, desprovidos de qualquer razão, Alexy apresenta a segunda regra para partilhar a carga da argumentação:

(3.2) [q]uien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.⁷¹

Alexy fixa, ainda, uma regra de partilha de argumentos que busca impedir que um orador persista em exigir cada vez mais razões do seu interlocutor. Os argumentos expostos deverão somente combater as novas razões contrárias apresentadas na problematização, assim:

(3.3) [q]uien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos.⁷²

As regras (2.2.b) e (2.2.c) permitem que os interlocutores introduzam qualquer afirmação no discurso, expressando, inclusive, suas atitudes, seus desejos e suas necessidades. Nesse sentido nenhuma regra quanto à pertinência ou relevância das argumentações sustentadas é elaborada para impedir que argumentações impertinentes ou irrelevantes sejam apresentadas. Para Alexy, “[...] [n]o es necesario excluir completamente tales comentarios. Si sólo suceden ocasionalmente, no tienen por qué perjudicar la discusión. Hay que dejar a los que participan en el discurso el decidir cuándo deban éstos ser excluidos [...]”⁷³, até mesmo porque a pertinência ou não dos argumentos não poderá ser resolvida pela teoria do discurso, mas sim pelas partes, razão pela qual formulou-se a seguinte regra:

⁶⁹ Ibid., p. 191.

⁷⁰ Ibid., p. 191.

⁷¹ Ibid., p. 192.

⁷² Ibid., p. 192.

⁷³ Ibid., p. 193.

(3.4) [q]uien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiere como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.⁷⁴

1.7. As formas de argumento

O estabelecimento de formas de argumentos auxiliará na verificação da validade racional dos discursos e debates, de modo a constituir padrões ou estruturas argumentativas a serem comparadas com os debates reais a serem testados.

Segundo Alexy, as afirmações normativas (N), quando expostas em discursos práticos, poderão ser justificadas de duas maneiras: a) mediante referência a uma *regra* (R) pressupostamente válida; ou b) por meio de anseio à consequência (F) ao observar os imperativos implicados em N.

Ao expor uma afirmação normativa (N) “x agiu mal”, terá que pressupor uma regra válida (R), “quem sai do restaurante sem pagar a conta age mal”, bem como que as condições suficientes para a aplicação da regra foi cumprida (T), “x saiu do restaurante sem pagar a conta”. Vale ressaltar que as condições de aplicação (T) podem ser características de uma pessoa, ação, um objeto ou a existência de um certo estado de coisas. Nesse sentido, quem apresenta (N) deve pressupor como verdadeiras as condições empíricas (T), bem como correta a regra (R).

Poderá, ainda, o orador justificar a afirmação normativa (N), pressupondo uma regra (R) que estabelece que o alcance de consequências da aplicação é obrigatória ou boa. Aqui não se está apresentando o cumprimento de condições fáticas para a aplicação da regra (R), mas que a regra pressuposta determina que as consequências de sua aplicação é obrigatória. Assim, Alexy distingue as formas de argumento pelas fórmulas:

(4.1) T	(4.2) F
<u>R</u>	<u>R</u>
N	N

⁷⁴ Ibid., p. 193.

As regras (4.1) e (4.2) são sub-formas da forma geral:

(4) G
R
 N'

A racionalidade discursiva e a impossibilidade de se determinar verdades correspondenciais absolutas permite questionar a verdade empírica de (T), levando em consideração todos os desenvolvimentos relacionados à pretensão de verdade; é a pretensão de correção pertencente às proposições descritivas e proposições normativas e a ideia de realidade mediada pela linguagem. Além da tematização relacionada à verdade de (T), poderá ser questionado se (F) realmente é uma consequência da ação em questão. A problematização desses elementos deverá ser realizada em discursos racionais, de modo a pressupor todas as regras do discurso, entre elas a necessidade de apresentação de, ao menos, uma razão para a tese contrária, bem como a observação do princípio de inércia exposto por Perelman, em que todos os argumentos somente são questionados a partir do despertar movido pela apresentação de argumentos contrários; logo, nem todas as premissas necessitarão ser justificadas a todos os momentos.

Como se verá nos itens seguintes, quando estamos diante da verificação de cumprimentos de condições para a aplicação de uma dada regra (pressuposta como válida), estaremos em um nível interno da justificação do discurso.

Teremos, ainda, a disputa sobre R. Nas palavras de Alexy,

R puede justificarse señalando el estado de cosas que se da si R tiene vigencia (Z_R), o señalando el estado de cosas futuro que se producirá si se sigue R (Z_F). Z_R y Z_F se distinguen entre sí porque para la descripción de Z_R es necesario incluir una referencia a R, al lado de la indicación de las consecuencias que pueden describirse con independencia de R. Teniendo en cuenta esta diferencia está justificado, sin embargo, por razones de simplificación, tanto en el caso de Z_R como en el Z_F , hablar de *consecuencias de la regla R* (F_R).⁷⁵

Podem surgir, dentro de formas argumentativas que sustentam consequências (F_R) como razões para a aplicação de regras, regras de segundo nível. Portanto, “[...] es posible indicar una regla adicional R' que exija R bajo una condición T' que no puede clasificarse

⁷⁵ Ibid., p. 194-195.

como uma consequência de R [...]”⁷⁶. Para Alexy, isso oferece duas formas de argumento de segundo nível:

$$\begin{array}{ll} (4.3) F_R & (4.4) T' \\ \underline{R} & \underline{R'} \\ R & R \end{array}$$

Diante das formas de argumentos apresentados, é admissível sustentar que resultados distintos são possíveis, inclusive excludentes e contraditórios. Assim, é preciso decidir que argumentos justificativos devem ter precedência, convocando as “*regras de prioridade*”⁷⁷.

As *regras de prioridade* estabeleceram uma ordem de preferência de regras (**P**) a serem consideradas; em caso de conflitos, portanto, quando uma compensação não é possível, poderá fixar uma preferência absoluta (como veremos no terceiro capítulo essa solução de preferência abstrata não se apresenta possível quando da colisão de princípios normativos), portanto, independentes de circunstâncias do caso concreto (C), ou, subordinadas a uma hierarquia decorrente de circunstâncias do caso particular. Vale, portanto:

$$(4.5) (R \mathbf{P} R_K) \text{ ou } (R_K \mathbf{P} R); \text{ e}$$

$$(4.6) (R \mathbf{P} R_K) C \text{ ou } (R_K \mathbf{P} R)C;$$

As próprias regras de prioridade podem ser questionadas e modificadas, exigindo regras de prioridade de segunda ordem, nos moldes de (4.3) (4.4). Essas formas de argumentação constituem uma estrutura argumentativa, que permitirão nos argumentos de justificação procedimentos de testes, que, por sua vez, exigirão justificações.

Portanto, as regras utilizadas como premissas na fundamentação de uma proposição normativa (N) exigiram que tanto os elementos fáticos sejam justificados, de modo a proporcionar elementos empíricos de comprovação, como as regras que exigirão dentro dessas estruturas de argumentação, compostas pelas formas de argumentação, justificação de sua validade. Aqui, estaremos diante da justificação externa do discurso, uma vez que estamos verificando a própria validade das premissas normativas em debate.

⁷⁶ Ibid., p. 195.

⁷⁷ Ibid., p. 196.

Vale ressaltar que nem todas as regras são justificadas, havendo uma mera pressuposição de sua validade. Como são possíveis testes de validade de todas as regras expostas, de forma hipotética, poderíamos iniciar uma tematização infinita na tentativa de justificar regras de segundo, terceiro e infinito nível ($R, R', R'' \dots R^n$), de modo a cair no “trilema de Münchhausen”. Quanto a esse impasse, Habermas apresenta a resposta apeliana, de forma a pressupor como princípio ponte de justificação o princípio da universalidade, que não se submete aos testes de dedução lógica, mas é pressuposto como princípio que encerra a celeuma da justificação infinita.

1.8. As regras de justificação

As regras relacionadas às formas do argumento dizem respeito, segundo Alexy, a toda forma de argumentação, nos discursos práticos, que repelem, naquela estrutura, a possibilidade de aderência ao discurso por meio de agrados, acusações ou ameaças. Porém, nada há ali que determine que os argumentos sejam realizados dessa maneira. Para tanto, Alexy se socorre das construções desenvolvidas por Hare, Habermas e Baier.

Para Hare, que parte do já formulado princípio da universalidade (1.3) e o da prescritividade, faz a seguinte exigência:

(5.1.1) [q]uien 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 él se encontrara en la situación de aquellas personas.⁷⁸

Portanto, “[...] cualquiera debe poder estar de acuerdo con las consecuencias de las reglas afirmadas o presupuestas por él para cualquier otro”⁷⁹.

Habermas, por sua vez, entende que a versão do princípio da generalibilidade resulta da estrutura do discurso como determinado pelas regras da racionalidade (2.1) e (2.3), uma vez que todos que participam de um discurso prático, aduzindo suas razões na mesma situação, geralmente concordarão com as afirmações normativas e regras aceitáveis por todos; logo:

(5.1.2) [l]as consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.⁸⁰

⁷⁸ Ibid., p. 198.

⁷⁹ Ibid., p. 198.

⁸⁰ Ibid., p. 198.

Assim, “[...] cada uno debe poder estar de acuerdo con cada regla. (5.1.2) comparte el carácter ideal de las reglas de razón”⁸¹.

Já Baier parte de duas exigências que governam o discurso: abertura e sinceridade. Nesse sentido, estabelece que:

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

Mesmo diante das regras ora apresentadas, Alexy insiste que não há ainda uma garantia de que ocorra um acordo racional, já que “[...] (5.1.1) permite partir de las diferentes convicciones normativas fácticas de los respectivos hablantes; (5.1.2) comparte el carácter ideal de las reglas de razón; y (5.1.3) excluye sólo relativamente pocas reglas morales”⁸². Assim, partindo da proposta de Habermas, Alexy propõe encontrar um procedimento que aumente a probabilidade de ajustes de visões inconsistentes mutuamente, mas sustentadas na direção do acordo racional, pois o que se coloca em evidência é o procedimento discursivo e não o conteúdo do discurso. Assim, formula uma regra adicional do discurso:

(5.2.1) [l]as reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:
 a) si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o
 b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.⁸³

Referido teste da origem sócio-histórico das normas deve ser suplementado pelo teste das visões normativas em seu desenvolvimento individual⁸⁴:

(5.2.2) [l]as reglas morales que sirven de base a las concepciones morales de hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.⁸⁵

Pode-se assinalar que as condições de socialização somente podem ser justificadas se resultarem ou forem capazes ou dispostas a participar nos discursos, no conceito individual⁸⁶. Alexy sustenta, finalmente, que discursos práticos devem, necessariamente, apresentar

⁸¹ Ibid., p. 198.

⁸² Ibid., p. 199.

⁸³ Ibid., p. 199.

⁸⁴ Ibid., p. 199.

⁸⁵ Ibid., p. 200.

⁸⁶ Ibid., p. 200.

resultados práticos, não podendo importar mero prazer do orador que o realiza, logo, além de resultados práticos, devem ser faticamente realizáveis:

(5.3) [h]ay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.⁸⁷

Diante das regras exibidas haveria uma maior aderência aos discursos racionais, de modo a se permitir um controle via testes de verificação da pretensão de validade dos discursos realizados, isso que seria, inclusive, permitido pela constatação empírica de resultados que seriam não somente práticos, mas factualmente possíveis.

1.9. As regras de transição

Em decorrência de problemas que incluem questões fáticas, problemas linguísticos, como os de entendimento, questões relacionadas à própria discussão prática, será necessário transitar para outras formas de discursos, uma vez que o prático não será suficiente para solucionar. Alexy elenca, assim, três regras, chamadas de “regras de transição”:

(6.1) [p]ara cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

(6.2) [p]ara cualquier hablante y cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

(6.3) [p]ara cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.⁸⁸

Elas permitem que, por exemplo, embora haja consenso quanto à premissa normativa, seja necessário que se estabeleçam regras que regulamentem, por exemplo, a presunção prática de algum elemento empírico, para que possa solucionar uma disputa quanto aos fatos em discussão, o que não seria possível tão somente com as regras do discurso prático.

1.10. Os limites do discurso prático geral

A fixação de regras da razão prática, quanto à carga da argumentação, em relação às formas dos argumentos, às regras de justificação, às regras de transição entre todas aquelas que buscam estabelecer uma racionalidade discursiva, embora tenham esta pretensão, não

⁸⁷ Ibid., p. 200.

⁸⁸ Ibid., p. 201.

permitirão alcançar um consenso absoluto de forma a constituir um conhecimento imutável e eterno. Alerta Alexy que algumas das próprias regras básicas do discurso, como as (2.1) – (2.3)⁸⁹, são apenas aproximadamente realizáveis; nem todos os passos da argumentação são absolutamente fixados e todo discurso precisa se basear em elementos que, necessariamente, precisam ser pressupostos, uma vez que são, historicamente, dados e, nesse sentido, são mutáveis.⁹⁰

Diante das próprias regras básicas da razão prática que permitem a tematização de toda e qualquer premissa, e que esta seja arguida por qualquer orador que tenha a capacidade comunicativa, os resultados do discurso nunca serão pontos finais; contudo, para que haja uma pretensão de validade forjada na racionalidade discursiva, as regras já apresentadas devem ser observadas.

Alexy sustenta, ainda, que as próprias regras já expostas seriam suficientes para excluir alguns discursos e obrigações, apresentando a “*impossibilidade discursiva*” e a “*necessidade discursiva*”. Assim, quando alguns seres humanos são excluídos em absoluto do discurso, quando há, por exemplo, a imposição de *status* jurídico de escravo, este argumento é excluído em decorrência da contradição performativa que leva em consideração a regra (2.1), havendo, então, uma “*impossibilidade discursiva*”⁹¹. Dessa forma, “[...] la fundamentación de tales reglas, necesarias o imposibles discursivamente, pueden usarse como premisas las reglas del discurso”⁹².

Quando observamos dissenso quanto às premissas normativas ou empíricas, haverá a possibilidade de justificá-las mesmo sem violar nenhuma das regras do discurso; aqui, falaremos em “*possibilidade discursiva*”. Nesses discursos, “[...] se fundamentan reglas que permiten decidir entre los soluciones contradictorias discursivamente posibles. Tales reglas pueden ser, por ejemplo, las reglas de legislación parlamentaria que se apoyan en el principio de representación y de mayoría [...]”⁹³.

⁸⁹ (2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

La segunda regla regula la libertad de discusión. Puede subdividirse en tres exigencias:

(2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción;

(b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso;

(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades

[...]

(2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2), mediante coerción interna o externa al discurso.

⁹⁰ Ibid., p. 201.

⁹¹ Ibid., p. 202.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

Por tais razões, as limitações dos discursos práticos, como os ora apresentados, exigirão o estabelecimento de regras jurídicas para que os embates levados ao Poder Judiciário sejam resolvidos, o que comportará aquilo que Alexy denomina de “Tese do Caso Especial”, já que o discurso jurídico se submeterá a todas as regras do discurso prático e, por conta das suas limitações, também às normas jurídicas.

2. A tese do caso especial: o discurso jurídico como província do discurso prático

2.1 O Discurso Jurídico: a conexão entre a Teoria da Argumentação e a Teoria do Direito

Para a concepção alexyana, há uma ligação interna entre a teoria da argumentação e a teoria do direito. Não se permite compreender uma teoria racional da argumentação sem uma teoria do direito, sem direitos institucionalizados, sem dogmática jurídica e precedentes⁹⁴. Da mesma forma, a racionalidade do direito clamará pela existência de uma teoria que seja suficiente para atribuir racionalidade aos discursos jurídicos, principalmente quando nos deparamos com situações em que os pontos de partida apresentados pelos enunciados normativos não indicam, necessariamente, qual o comportamento a ser realizado, havendo um aumento do ônus argumentativo para aquele que irá preencher o quadro normativo, concretizando o direito que se expunha em forma de potencialidade.

Para se determinar a relação entre Teoria da Argumentação e Teoria dos Direitos, Alexy apresenta o que se compreende por direito, demonstrando a existência de duas teses: uma fraca e outra forte. A tese forte, partindo de construções desenvolvidas por Jhering, que define direito como “intereses juridicamente protegidos”⁹⁵ Windscheid, enxergando-o como “un poder de la voluntad o superioridad de la voluntad que confiere el orden Jurídico”⁹⁶, bem como os céticos, que afirmam ser o conceito de direito um conceito vazio, entre outros.

⁹⁴ Aqui é importante acentuar que a expressão “precedentes” utilizada por Robert Alexy, como normas que vinculam o discurso jurídico, não nos parece se aproximar de um sentido forte de precedentes, tal como aquele desenvolvido por Thomas da Rosa de Bustamante em sua obra “Teoria do Precedente Judicial – A justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais”, em que se verifica uma construção teórica analítica (mas, também, normativa) dos Precedentes, ou seja, há delimitação dos seus elementos constituintes e da forma de sua aplicação. Aqui podemos compreender “precedentes” como manifestação jurisdicional anterior, que abarcará toda a história dos Tribunais e que vinculará, em alguma medida, suas manifestações futuras. Observa-se que esse sentido fraco de “precedentes” alcançará também os institutos da Jurisprudência, Coisa Julgada com efeito *erga omnes*, Súmulas Vinculantes, o próprio sentido forte de “precedentes, entre outras formas de manifestação jurisdicional.

⁹⁵ ALEXY, Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional *In.*: **Derecho y Razon Practica**. México: Fontamara. Tradução de Pablo Larrañaga. 1993, p. 26.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 26.

Segundo Alexy, há uma série de desvantagens em se defender uma concepção forte de direito, já que serão necessárias considerações substanciais da teoria do direito muito discutidas em problemas conceituais.

Por outro lado, o conceito fraco do direito trata de evitar considerações dessa natureza sobre a teoria dos direitos, passando a compreendê-lo como relações jurídicas, cujo vínculo mais importante é a pretensão jurídica, que pode ser expressa utilizando um operador do direito (R), mediante a seguinte fórmula: (1) R a b G, da qual se compreende que *a* possui um direito oponível em face de *b*, diante da existência de um direito *G*, fato que torna a inversão também verdadeira: ou seja, *b* possui uma obrigação perante *a*, diante da existência do direito *G*, que pode ser apresentada da seguinte forma: (2) O b a G⁹⁷.

Partindo-se de uma compreensão fraca de direito, que o identifica como relações jurídicas, “[...] [q]uizá la relación-derecho más importante es la de pretensión-derecho [...]”⁹⁸, podemos afirmar que a direitos são tipos especiais de normas, o que não significa que toda norma expressa direitos. Toda norma que expressa uma obrigação implica a existência de um direito, e todo enunciado que expressa uma relação jurídica e uma obrigação é um enunciado que expressa uma norma⁹⁹.

Diante dessas considerações quanto à existência do direito como tipos especiais de normas, que fixam obrigações no interior de uma relação jurídica, Alexy afirma que é aceitável fazer distinções entre direito e razões para direitos. Nesse sentido “[...] [l]a protección de la voluntad libre o de los intereses fundamentales no son elementos del concepto de derecho, pero son posibles razones para derechos y, como razones para derechos, son razones para normas [...]”¹⁰⁰.

Por tais razões, pode-se afirmar que a teoria da argumentação jurídica se apresentará como elemento fundante da própria justificação e estabelecimento do direito. Primeiro permitirá, constatar as distinções entre razões para direito e o próprio direito, e, segundo, auxiliará na justificação do estabelecimento de obrigações decorrentes de uma relação jurídica constituída a partir de uma pretensão jurídica sustentada em normas jurídicas. Assim:

[...] Esto significa que un derecho jurídico existe cuando hay una norma jurídica válida a la cual corresponde. Incluso parece que el problema de la relación jurídica está resuelto. La argumentación relativa a los derechos

⁹⁷ Ibid., p. 26-27.

⁹⁸ Segundo Alexy, “[...] [e]sta es una relación normativa entre tres elementos: quien detenta un derecho (a), a quien se dirige el derecho (b), y el contenido del derecho (G) [...]” (ALEXY, Derechos, razonamiento ... Op. Cit., p. 27).

⁹⁹ ALEXY, Derechos, razonamiento ... Op. Cit., p. 28.

¹⁰⁰ Ibid., p. 28.

jurídicos parece ser la misma argumentación conectada con la aplicación de normas en general. Parece que no hay un discurso especial de los derechos. Que esto no es completamente erróneo pero que, no obstante, es algo superficial en un punto crucial, parecerá obvio una vez que veamos nuestra segunda distinción. Esta es la distinción entre reglas y principios o, entre derechos definitivos y derechos *prima facie*.¹⁰¹

As razões para o direito serão aduzidas argumentativamente; logo, a Teoria da Argumentação compõe a própria determinação daquilo que se compreende por razões para o direito. Embora direito e razões para o direito não se confundam, uma vez que o direito poderá ser identificado sem que determine suas razões, estas deverão ser consideradas haja vista que a substância da norma, tais como a proteção da livre manifestação e todos os demais direitos fundamentais, são razões para o direito e, conseqüentemente, são razões para a norma, como sustentou Alexy em passagem acima transcrita. As razões para o direito, que se tornam razões para as normas, embora não tenham o elemento deontológico que pertence, única e exclusivamente, às normas jurídicas, deverão ser aduzidas nos discursos jurídicos, cuja premissa normativa pressupõe mencionadas razões. Daí podemos observar uma relação intrínseca entre Teoria da Argumentação e Teoria do Direito.

Quando estamos diante de um discurso prático são debatidas questões da vida cotidiana, como a política, cultura, música ou qualquer outra esfera do mundo vivido, percebe-se que as limitações do discurso prático não são as mesmas do discurso jurídico. A questão é saber qual a relação entre discurso prático e discurso jurídico e qual a implicação das regras da razão prática nos discursos jurídicos, cujas limitações são mais amplas do que aquelas presentes nos debates do cotidiano.

2.2 A tese do caso especial

Segundo Alexy, a distinção entre argumentação jurídica e argumentação geral prática compõe um dos problemas centrais da teoria do discurso jurídico, podendo de imediato, ser fixado que: “[...] la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al Derecho vigente”¹⁰². Portanto, nem todas as questões estão abertas na discussão jurídica, haja vista que sempre será necessária uma conexão entre os argumentos e a lei válida.

¹⁰¹ Ibid., p. 29.

¹⁰² ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación ...** Op. Cit., p. 206.

Nas discussões ocorridas no interior dos processos judiciais, os limites são maiores, já que “[...] los roles están desigualmente distribuidos, la participación, por ejemplo, del acusado no es voluntaria, y el deber de veracidad está limitado. El proceso de argumentación está limitado temporalmente y está reglamentado por medio de las reglas procesales. Las partes pueden orientarse según sus intereses. Con frecuencia, quizás como regla, no se trata de que la sentencia sea correcta o justa para las partes, sino ventajosa. Las otras formas pueden situarse, por lo que respecta a la extensión de las distintas limitaciones, entre estos dos extremos”¹⁰³.

Nesse sentido, a questão é saber como exigir o cumprimento das regras do discurso geral nos discursos judiciais, em que as argumentações estratégicas, a limitação de partes e de tempo são elementos que constituem o processo.

Alexy aduz como razões que sustentam a tese do caso especial as seguintes constatações:

Anteriormente se estableció la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Esto se fundamentaba: (1) en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo condiciones de limitación del tipo mencionado.¹⁰⁴

Contra essas três razões apresentadas por Alexy para sustentar sua tese do caso especial, a primeira argumentação contrária poderá sustentar que, nos debates jurídicos, muitos se dedicarão a solucionar problemas que não se preocupam com substanciar afirmações normativas, mas, antes, com o estabelecimento dos fatos, o que incluirá investigações na história jurídica, sociologia da lei, teoria jurídica e as descrições da lei válida. Embora isso seja ocupação de grande parte dos discursos jurídicos, é importante ter em mente que tais são elaboradas tão somente para resolver questões práticas, mesmo que em dado momento seja autonomizado da solução do caso prático por questões metodológicas e didáticas para sua melhor compreensão¹⁰⁵.

A segunda objeção à tese do caso especial diz respeito à ausência da pretensão de correção dos discursos jurídicos. A pretensão de correção dos discursos jurídicos é distinta da pretensão que envolve os discursos práticos. Não há elementos suficientes para determinar que uma decisão seja absolutamente racional, porém é possível determinar que há uma

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid., p. 207.

¹⁰⁵ Ibid.

pretensão a essa racionalidade, na medida em que referidas decisões precisam ser justificadas de modo racional, diante das regras jurídicas e práticas existentes.

Toda forma de discurso, seja nos discursos práticos gerais, seja nos discursos jurídicos, deve ser apresentado mediante argumentos justificativos. Ocorre, entretanto, que não basta a exposição de argumentos justificativos, é necessário que o orador forneça aqueles argumentos que entenda corretos. Nas palavras de Alexy “[...] [e]n el discurso jurídico, al igual que en discurso práctico general, no resulta admisible afirmar algo y después negarse a fundamentarlo, sin indivar razones para ello [...]”¹⁰⁶.

A pretensão de correção nos discursos judiciais também pode se justificar mediante a exigência legal, o que não ocorre nos discursos práticos gerais. Alexy faz referência à previsão legal constante na Constituição da República Federal da Alemanha, que se assemelha à exigência prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal. Referidos dispositivos exigem que os julgadores justifiquem suas decisões, não bastando que apresentem qualquer argumento às decisões, mas que forneçam os melhores argumentos e os mais corretos. Essa exigência legal coloca as decisões sob a reivindicação da pretensão de correção.

Além desta previsão legal, Alexy lembra, ainda, do art. 20, parágrafo 3 da Constituição (*Grundgesetz*), que sujeita todo exercício de jurisdição à “[...] ley y al Derecho [...]”¹⁰⁷. Poderíamos apontar o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal brasileira, que preceitua o princípio (*sic*) da legalidade, bem como o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ambas determinam que a fonte primária do nosso sistema jurídico é a lei. Logo, a atividade jurisdicional fica sujeita a toda a ordem normativa vigente, o que exigirá, também, uma pretensão de correção das manifestações jurisdicionais.

Ainda quanto à pretensão de correção, é possível questionar se a pretensão de correção constitui o próprio conceito de decisão judicial e isso dependerá de como se compreende esse conceito. Uma teoria jurídica analítica, conforme aquela desenvolvida por Herbert Hart, apresentará boas razões para afirmar que não há essa exigência no próprio conteúdo da decisão¹⁰⁸. Por outro lado, conforme salienta Alexy, um julgamento como: “O Sr. N é sentenciado a dez anos de prisão em nome do povo, embora não haja boas razões a favor disso”, não se demonstra eficaz somente por razões morais, uma vez que sua eficácia se parece como uma manifestação: “O gato está sobre o tapete, mas não acredito nisso”. O que

¹⁰⁶ Ibid., p. 208.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Quanto à dissociação entre Ciência do Direito x Ética e Direito x Moral abordaremos com maior cuidado no segundo capítulo, para agora basta compreender que a dissociação realizada pelas teorias jurídicas analíticas entre Direito e Moral impedem que se reconheça que a pretensão de correção seja um elemento constituinte da decisão judicial.

impõe dizer que, embora, nesses casos, haja defeito substancial na formulação da proposição, não se perderá sua validade de imediato; assim “[...] hay razones para opinar que la falta de la pretensión de corrección de una decisión no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente”¹⁰⁹. Veremos, mais adiante, que o controle de validade da proposição normativa por um vício de conteúdo somente será admitido em casos extremos, casos esses de defeitos severos, mas não extremos à validade normativa permanece.

Para facilitar a compreensão, podemos afirmar, então, que o reconhecimento de que há pretensão de correção nos discursos jurídicos decorre dos seguintes argumentos:

- a) nos discursos, sejam eles práticos ou jurídicos não bastará que o orador apresente argumentos justificativos, deverá fornecer somente aqueles argumentos que sejam os mais corretos. Esta exigência é de cunho objetivo logo estará presente, mesmo que o orador, secretamente, não queira cumprir a promessa que realizou ou não acredite que seu argumento é o correto¹¹⁰;
- b) a pretensão de correção nos discursos jurídicos, diferente dos discursos práticos, decorre também de previsão legal, quando há exigência de fundamentação da decisões, bem como estabelece que todo ato jurisdicional deverá se submeter ao sistema normativo;
- c) e, finalmente, a partir de uma concepção não-positivista, pode-se argumentar que a pretensão de correção é elemento constituinte da própria decisão, o que não implica dizer que a sua ausência (o que gera uma decisão defeituosa) excluirá a validade da decisão. Isso somente será permitido em casos mais extremos.

A última contra-argumentação à tese do caso especial a ser analisada aqui e abordada por Alexy sustenta que as discussões jurídicas são, na verdade, relativas: “[...] las decisiones jurídicas contempladas aquí se trata de cuestiones prácticas y que en ellas se plantea la pretensión de corrección y que ésta tiene incluso importancia de hecho; pero igualmente, con la referencia a las limitaciones existentes en las discusiones jurídicas, se podría negar que éstas tengan algo que ver con las formas del discurso [...]”¹¹¹.

Quando se analisam procedimentos legais, percebe-se que estes impõem limitações de tempo, limitações quanto ao momento para apresentar argumentos, produzir provas, limites de tempo, e as motivações dos participantes, que muitas vezes estão preocupados com o

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación ...** Op. Cit., p. 209.

¹¹⁰ Ibid., p. 210.

¹¹¹ Ibid., p. 211.

alcance de um resultado favorável, no lugar de buscar um resultado justo ou correto. É, nesse sentido, que é possível se sustentar que um processo é, na verdade, um empreendimento estratégico em vez de um discurso¹¹².

Ocorre que, conforme já salientado, mesmo que haja argumentações estratégicas, que mascaram o elemento subjetivo do orador, a exigência de correção (que marca o discurso racional) é elemento objetivo, que, portanto, se estabelece diante da vontade ou não do orador. Logo a pretensão de correção não é algo que esta disponível ao orador. Assim, sustenta Alexy:

A primera vista, estas razones parecen ser incontrovertibles. Sin embargo, hay que considerar que aunque (por ejemplo, en el proceso civil) pueda ocurrir que las partes persigan su propio provecho, éstas no negocian sin embargo sobre esto, en la medida en que no pretende llegar a un compromiso. La argumentación ante los tribunales se distingue básicamente de la que, por ejemplo, tiene lugar en las negociaciones de contratos. Las partes o sus abogados plantean con sus intervenciones una pretensión de corrección, aunque sólo persigan intereses subjetivos. Lo que exponen como razones a favor de una determinada decisión podría, al menos en principio, estar incluido en un tratado de ciencia jurídica. No es infrecuente, sobre todo en procedimientos ante altos tribunales, que las fundamentaciones procedan de discusiones científicas. Además, los argumentos formulados ante el tribunal son recogidos frecuentemente en la fundamentación racional; y resulta difícil poner en duda que ésta se sitúa bajo la pretensión de corrección.¹¹³

Em virtude dessas razões, postular uma distinção entre discurso e negociação, para os discursos jurídicos, é sugestão simplista. Diante dessas constatações, é certo que não se pode afirmar que os discursos jurídicos possuem a mesma forma e conteúdo dos discursos práticos gerais, diante das limitações já expostas, porém isso não significa dizer que os debates jurídicos não podem ser entendidos como argumentos que não podem ser, teoricamente, percebidos sem referência ao conceito de discurso, principalmente quando se fala em pretensão à racionalidade discursiva. Quando uma parte ingressa com uma demanda, não buscará convencer a parte diversa, mas sim fornecer argumentos que qualquer pessoa racional teria de concordar, inclusive o julgador. Portanto, a teoria do discurso “[...] no resulta sólo adecuada, sino incluso necesaria para la comprensión teórica de la argumentación”¹¹⁴.

Assim, para corroborar a tese do caso especial, é possível sustentar que o discurso racional como discurso jurídico exige que o discurso direto seja realizado de modo a haver um

¹¹² Ibid., p. 212.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid.

entendimento entre os participantes a partir de argumentos universalizáveis, o que inevitavelmente pressupõe a exigência de correção dos argumentos apresentados.

O discurso jurídico, como província do discurso prático geral, se sustenta, portanto, em (1) argumentos de que as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer; (2) que essas questões são discutidas com a exigência de correção. É demanda de “caso especial” porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito. Contudo, até o momento, nada se falou a respeito de como se darão esses discursos de justificação no interior dos processos judiciais, principalmente como se estruturam os argumentos apresentados pelos julgadores quando da prolação das suas decisões.

2.3 Justificação Interna e Externa do Discurso: A Argumentação Jurídica nas Decisões Judiciais

Pondera Alexy que a análise das decisões judiciais compreende a análise de fundamentações, em que se verifica a correção ou não dos argumentos apresentados. A dinâmica de apresentação de argumentos justificativos para as proposições normativas que constituem uma dada decisão judicial deverá compreender para tanto o conceito de fundamentação e o de consequência lógica¹¹⁵.

Segundo Alexy,

Entre o conceito de fundamentação e o da consequência lógica existem relações estreitas. Sem dúvida, as expressões “fundamentação” e “consequência lógica”, de modo nenhum, são sinônimas. O conceito de fundamentação abrange mais do que a consequência lógica. Mas a consequência lógica é o candidato mais promissor para a determinação da parte nuclear de um conceito adequado da fundamentação de sentenças jurídicas. Ela é a relação, formulável mais seguramente, entre proposições, que dirimem algo para uma proposição, e essa proposição. No âmbito da ciência do direito, alternativas para essa relação, sem dúvida, frequentemente foram consideradas e propostas, mas, até agora, apresentadas nem precisas suficientemente nem convincentemente [...]¹¹⁶

Nesse sentido, as decisões judiciais que utilizam a lógica jurídica como condição para a fundamentação permitirão testes de reconstrução, de modo a comprovar que a sentença resulte dedutivamente, das proposições citadas nos fundamentos. A fundamentação, embora

¹¹⁵ Robert Alexy. A análise lógica de decisões jurídicas. In.: **Direito, Razão, Discurso** – Estudos para a filosofia do direito. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p.19.

¹¹⁶ Ibid.

extrapole a consequência lógica, compreenderá o núcleo duro das decisões judiciais, o que se ganhará em muito no aspecto da racionalidade da decisão. Mas não bastará a existência de conexão entre as sentenças e suas proposições, estas deverão ser corretas, verdadeiras e aceitáveis¹¹⁷.

Aqui é possível verificar os dois níveis de justificação do discurso, um nível interno e externo. Enquanto o primeiro se preocupa em construir as fundamentações a partir de premissas já estabelecidas (premissas normativas, empíricas, dogmáticas etc.), a segunda se dedicará em tematizar a validade e aceitação das premissas utilizadas na primeira. Nas palavras de Alexy: “[...] a *justificação interna*, na qual se trata, se a sentença resulta logicamente dos preceitos citados para a fundamentação, e a *justificação externa*, cujo objeto é a verdade, correção ou aceitabilidade das premissas da justificação interna”¹¹⁸.

É importante frisar que não há uma cisão do discurso em discurso de justificação interno e externo, mas sim dois níveis diferentes da justificação de um único discurso. Enquanto o nível interno buscará estabelecer as correntes de dedutibilidade das premissas pressupostas, o nível externo buscará tematizar a validade, correção ou aceitação das premissas pressupostas no nível interno da justificação.

Segundo Alexy, é, no campo da justificação externa, em que se verificará a validade, correção e veracidade das premissas utilizadas na justificação interna, que se desenvolve com maior intensidade a argumentação jurídica ou o discurso jurídico. Vale ressaltar que todas as discussões inerentes à dualidade normativa “regras” e “princípios”, principalmente estes últimos (em relação à sua delimitação nos casos concretos), representará verdadeira discussão quanto à justificação externa. Quanto à distinção normativa entre regras e princípios e a regra da proporcionalidade trabalharemos com maior cautela no terceiro capítulo.

Enfim, afirmar que o nível externo da justificação do discurso é o campo principal do discurso jurídico não implica dizer que a justificação interna é insignificante ou de significado técnico, porém este ficará mais restrita à proposição já pressupostas no discurso, portanto, em uma atuação mais limitada¹¹⁹.

¹¹⁷ Ibid. 20.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid.

2.3.1 Justificação Interna do Discurso, Silogismo Jurídico e a Hipótese de Reconstrução

A justificação interna se dedicará a estabelecer, racionalmente, conexões entre as premissas livres de contradição e a decisão judicial. Como essa dinâmica não ocorre de modo mecânico ou automático, e mesmo porque a justificação interna não se esgota na mera condição de dedutibilidade de uma quantidade de premissas, além das deduções lógicas, são necessárias exigências adicionais à estrutura lógica da justificação interna, daí que “[...] a teoria do silogismo jurídico não é nenhuma teoria puramente lógica [...]”¹²⁰.

O fragmento quase-lógico¹²¹ do silogismo jurídico resulta da necessidade de referência às regras universais, pois ao menos uma das premissas utilizadas na justificação interna deve ser a formulação de uma norma universal. A necessidade de referência à regra universal como premissa corresponde, segundo Alexy, ao princípio da justiça formal, o que “[...] exclui que, em dois casos, cujos aspectos relevantes para a decisão podem ser descritos de modo igual completamente, sejam pronunciadas sentenças distintas”¹²².

Com isso, impede-se a arbitrariedade na fundamentação das decisões, tornando-se condição para uma série de objetivos desejáveis, tais como a certeza jurídica, a justiça e a consistência e o controle racional das decisões¹²³.

As estruturas lógicas permitirão realizar uma análise da racionalidade de dedutibilidade das decisões judiciais, quando no discurso de justificação interna, o que, para tanto, será imprescindível a previsão de uma forma simples, que possui a seguinte estrutura¹²⁴:

$$\begin{aligned}
 \text{(IR.1)} \quad & .(1) (x) (Tx \rightarrow ORx) \\
 & .(2) Ta \\
 & (3) ORa \quad (1), (2)^{125}
 \end{aligned}$$

Para referida expressão, pode-se afirmar que:

¹²⁰ Ibid., p. 21.

¹²¹ Quanto a natureza quase-lógica do princípio da universalidade ver acima.

¹²² ALEXY, Robert. **Direito, Razão ...** Op. Cit., p. 21.

¹²³ Ibid., p. 21.

¹²⁴ Ibid., p. 21.

¹²⁵ Quanto aos elementos da expressão lógica vale transcrever a seguinte passagem de Alexy: “ ‘(x)’ é o quant[ificador] universal (para todos x vale, ...), “ \rightarrow ” o sinal para o condicional (sempre quando ..., então ...) e “ O ” um operador deôntico (operador mandamental: é indicado, que ...) [...]” In ALEXY, Robert. **Direito, Razão ...** Op. Cit., p. 22.

- “*x*” é uma variável individual sobre o âmbito das pessoas, das atuações ou dos outros objetos, sobre os quais é falado no discurso;¹²⁶
- “*T*”, é um predicado, que reúne os pressupostos do tipo de uma norma como qualidade de um indivíduo de um dos tipos mencionados;¹²⁷
- “*R*”, um predicado, que faz aquilo correspondente com respeito àquilo que deve ser;
- “*a*” é o nome ou a descrição determinada de uma pessoa, de uma atuação ou de um outro indivíduo;¹²⁸ e
- “.”, os pontos à esquerda, antes das linhas declaram que essas premissas não são derivadas de nenhuma outra premissa da dedução¹²⁹.

Esclarece Alexy que (IR.1) não reproduz todos os passos da derivação; para tanto, ela necessita de uma fórmula adicional:

$$(1') Ta \rightarrow ORa$$

(1') nasce de (1) “[...] por eliminação do quantificador universal e emprego de constantes individuais. O último é, em virtude de uma regra de eliminação universal ou de subsunção, formulável em um cálculo de concluir mental, admissível. Uma tal regra não indica outra coisa do que aquilo que vale para tudo também vale para cada particular [...]”¹³⁰.

Nesse sentido teremos uma fórmula mais completa para fundamentar o discurso de fundamentação interna:

$$\begin{array}{ll}
 \text{(IR.1')} & .(1) (x) (Tx \rightarrow ORx) \\
 & (1') Ta \rightarrow ORa \quad (1) \text{ regra de eliminação universal} \\
 & .(2) Ta \\
 & (3) ORa \quad (1), (2) \text{ regra de separação}^{131}
 \end{array}$$

As fórmulas apresentadas até aqui são suficientes para solucionar casos mais simples, nos quais não se discute as premissas a serem aplicadas, as consequências jurídicas ou a qualidade dos elementos individualizados, que devem ser subsumidos sob a regra. A

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Direito, Razão ...** Op. Cit., p. 22.

¹²⁷ Ibid., p. 22.

¹²⁸ Ibid., p. 22.

¹²⁹ Ibid., p. 22.

¹³⁰ Ibid., p. 23.

¹³¹ Ibid., p. 24.

questão se expõe em casos mais complexos, em que não há consenso quanto à própria extensão da premissa utilizada, podendo apresentar elementos indeterminados ou hipóteses de incidência não indicadas (no caso de premissas normativas), o que exigirá uma hermenêutica jurídica mais elaborada e o auxílio de outras normas esclarecedoras.

Alexy trabalha, inicialmente, com a tensão existente em se determinar que *a* compreende ou não um *T*, ou quando é nebuloso o que significa que *a* deve ser um *R*. Segundo o jusfilósofo de Kiel, quando há confusão em se determinar que *a* constitui ou não um *T*, este último possui um espaço semântico, em que se distinguem três tipos: ambiguidade, vagueza e abertura valorativa¹³²⁻¹³³.

A *ambiguidade* se caracteriza pela possibilidade de empregar várias regras semânticas distintas à mesma expressão, sendo a *vagueza* sua causa mais significativa, o que permitirá afirmar que tanto *a* pode ser *T*, quanto *a* não pode ser *T*¹³⁴.

Já os casos *valorativamente abertos* são expressões como “bom”, “justo”, “antimoral”. Para Alexy, a ambiguidade é, em regra, eliminada pelo contexto, entretanto, no caso de vagueza e abertura valorativa, somente o uso do idioma não será suficiente para se decidir¹³⁵. Desse modo, será necessária uma regra semântica para fixação do idioma, assim havendo obscuridade quanto ao alcance de *a*, deverá ser estabelecida uma regra que “[...]”

¹³² Ibid., p. 24.

¹³³ Quanto à indeterminação da própria linguagem e do conceito de direito, Tércio Sampaio aduz que “[o]ra, o temo *direito*, em seu uso comum, é sintaticamente impreciso, pois pode ser conectado com verbos (meus direitos não valem), com substantivos (o direito é uma ciência), com adjetivos (este direito é injusto), podendo ele próprio ser usado como substantivo (o direito brasileiro prevê...), como advérbio (fulano não agiu direito), como adjetivo (não se trata de um homem direito). Já do ponto de vista semântico, se reconhecemos que um signo linguístico tem uma *denotação* (relação a um conjunto de objetos que constitui sua extensão – por exemplo, a palavra *planeta* denota os nove astros que giram em torno do Sol) e uma *conotação* (conjunto de propriedades que predicamos a um objeto e que constituem sua intensão – com *s*, em correlação com extensão –; por exemplo, a palavra *homem* conota o ser racional, dotado da capacidade de pensar e falar), então é preciso dizer que *direito* é, certamente, um termo denotativo e conotativamente impreciso. Falamos, assim, em *ambiguidade* e *vagueza* semânticas. Ele é denotativamente vago porque tem muitos significados (extensão). Veja a frase: “*direito* é uma ciência (1) que estuda o *direito* (2) quer no sentido de direito objetivo (3) – conjunto das normas –, quer no de direito subjetivo (4) – faculdades”. Ele é conotativamente ambíguo, porque, no uso comum, é impossível enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra se usa. Por exemplo, se definirmos *direito* como um conjunto de normas, isto não cabe para direito como ciência. Ou seja, é impossível uma única definição que abarque os dois sentidos. Por fim, pragmaticamente, *direito* é uma palavra que tem grande *carga emotiva*. Como as palavras não apenas designam objetos e suas propriedades, mas também manifestam emoções (injustiça! tradicionalista! liberalóide!), é preciso ter-se em conta isto para defini-las. A dificuldade que daí decorre está em que, ao definir *direito*, podemos melindrar o leitor, se propomos, por exemplo, uma definição pretensamente neutra como: direito é um conjunto de prescrições válidas, não importa se justas ou injustas”(FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas. 2013. p. 15).

¹³⁴ ALEXY, Robert. **Direito, Razão ...** Op. Cit., p. 24.

¹³⁵ Ibid., p. 25.

indi[que] que sempre então, quando um determinado complexo de características M , que está dado em a , existe, o indivíduo afetado é um T .¹³⁶ Temos, portanto:

$$(x) (Mx \rightarrow Tx).$$

Ou, na forma mais forte:

$$(x) (Mx \leftrightarrow Tx).^{137}$$

Ocorre, entretanto, que referida fórmula ainda não impede o surgimento de obscuridade quanto a uma a ser um M^1 , o que exigirá outra regra do tipo: $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$. Para M^2 , pode ser formulada uma terceira regra correspondente, e assim por diante, até chegar a uma claridade quanto à extensão de a em relação à T , que será representado por “ S ”¹³⁸.

Teremos, com isso, o seguinte esquema:

$$\begin{aligned} \text{(IR.2)} \quad & .(1) (x) (Tx \rightarrow ORx) \\ & .(2) (x) (M^1x \rightarrow Tx) \\ & .(3) (x) (M^2x \rightarrow M^1x) \\ & \quad \cdot \\ & \quad \cdot \\ & \quad \cdot \\ & .(4) (x) (Sx \rightarrow M^n x) \\ & .(5) Sa \\ & (6) ORa \qquad (1) - (5)^{139} \end{aligned}$$

Esse esquema escalonado de dedutibilidades permite, de forma geral, tornar claro como se darão as justificativas internas até se alcançar um consenso sobre a descrição do estado das coisas, até se obter (Sa) $(.5)$. A análise do processo de fundamentação das decisões judiciais passará por testes de verificação da dedutibilidade das premissas utilizadas

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Segundo Alexy, o sinal “ \leftrightarrow ” é o sinal para o bicondicional (rigorosamente então, quando ..., então ...) (ALEXY, Robert. **Direito, Razão ...** Op. Cit., p. 26).

¹³⁸ Ibid., p. 26.

¹³⁹ Ibid.

para se chegar a um resultado racional. A partir desse padrão de dedutibilidade, é possível verificar a validade lógica dos argumentos apresentados pelos julgadores.

Percebe-se que, até aqui, não se falou em tematização das premissas, quiçá da premissa normativa (R), mas tão somente da possibilidade de aplicação de uma norma (R) que se aplica a dadas situações (T), que se apresentam (a) faticamente. E mais, como justificar que realmente a implica T , diante das mais diversas características que ela pode apresentar ($M^1 \dots M^n$).

Quando tratarmos da tematização das premissas, inclusive das premissas normativas a serem aplicadas ($R^1 \dots R^n$), estaremos no nível externo da justificação do discurso, a que nos dedicaremos nos itens posteriores. Cabe agora aplicar as fórmulas expostas em testes de decisão judicial, e seguindo a apresentação das construções alexyanas, rerepresentaremos a reconstrução lógica da sentença-Lebach do tribunal constitucional federal alemão.

2.3.2 Justificação Interna do Discurso aplicada: reconstrução lógica da sentença-Lebach

Relata Alexy que, na noite de 19 para 20 de janeiro de 1969, dois homens mataram quatro soldados adormecidos do corpo de guarda de um depósito de munição do exército federal, em Lebach:

[...] feriram um outro gravemente e roubaram armas e munição. Ambos aspiravam, juntamente com um terceiro, que não cooperou no assalto, mas, antes do assalto, esclareceu a um dos autores a aplicação de uma das pistolas empregadas no ato, à fundação de uma comunidade de vida fora da sociedade. Com as armas capturadas, outras condutas puníveis deveriam ser cometidas com a finalidade de proporcionar-se os meios para um vida em um iate de alto mar, no mar do sul. Mais tarde, os dois tentaram, com aprovação do terceiro, chantagear um intermediário financeiro com referência a esse ato. A relação dos três tinha um componente homossexual.¹⁴⁰

Após várias tentativas, os agentes foram presos no verão de 1969. O tribunal de jurados de Saabrücken condenou os dois autores principais à pena de prisão perpétua e o partícipe à pena privativa de liberdade de seis anos¹⁴¹.

A questão que gerou polêmica e que foi apreciada por Alexy diz respeito à confecção de um filme-documentário intitulado “O assassinato dos soldados de Lebach”. No documentário, os três agentes são citados nominalmente, projetando suas imagens e, a seguir,

¹⁴⁰ Ibid., p. 28.

¹⁴¹ Ibid.

apresentados pelo comediante. A citação nominal ocorre frequentemente no transcorrer do filme¹⁴².

O condenado à pena privativa de liberdade de 6 anos, que Alexy passou a designar por *a*, podia contar com a suspensão condicional da pena residual no verão de 1973. Em sua opinião, a retransmissão do filme colocaria em risco sua ressocialização¹⁴³. Diante disso, *a* ingressou com demanda judicial no tribunal de segunda instância, em Mainz, requerendo, em sede de medida cautelar, a proibição da televisão alemã de transmitir o filme, já que seu nome seria citado, o que lhe acarretaria prejuízos em relação ao seu processo de ressocialização. O pedido foi negado, do mesmo modo que a apelação movida no tribunal de Koblenz. Diante da negatória, *a* promoveu recurso constitucional, concomitante a um pedido cautelar no tribunal constitucional federal. O tribunal constitucional interditou a televisão alemã, em sede cautelar, de transmitir o documentário e, posteriormente, acolheu o recurso constitucional, anulando as sentenças iniciais¹⁴⁴.

Alexy aprecia essa decisão, levando em consideração todas as fórmulas do discurso de justificação interna, de modo a realizar a reconstrução lógica da decisão de Lebach, promovendo testes de dedutibilidade da fundamentação apresentada. Será esta reconstrução alexyana que faremos no próximo item.

Afirma Alexy que tanto a sentença do tribunal de terceira instância de Koblenz como na sentença do tribunal constitucional federal, os fundamentos se dedicaram a alcançar ponderações de bens entre o direito de personalidade (art. 2, alínea 1, em união com o artigo 1, alínea 1, da lei fundamental alemã) e o direito de liberdade de reportagem (artigo 5, alínea 1, proposição 2, da lei fundamental alemã)¹⁴⁵.

O tribunal de terceira instância realiza a ponderação levando como ponto de partida normativo o § 23, alínea 2, da lei sobre direitos do autor de obras de arte; logo, esta foi a premissa normativa pressuposta para se dar início ao discurso de justificação interna da decisão¹⁴⁶.

Já o tribunal constitucional não utilizou como premissa normativa o § 23, alínea 2, como o fez o tribunal de terceira instância de Koblenz. Vale ressaltar que a competência do tribunal constitucional se resumia a verificar se o efeito de irradiação das decisões de valores, contidas nos direitos fundamentais, sobre o direito civil, foi observada suficientemente,

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid., p. 29.

¹⁴⁶ Ibid.

conforme esclarece Alexy¹⁴⁷. Diante disso, o § 23, da lei sobre direitos do autor de obras de arte não poderia ser utilizado como premissa normativa, já que isso implicaria uma tarefa de “interpretação e aplicação das prescrições jurídicas competentes”, que não pertence ao tribunal constitucional¹⁴⁸.

Diante da não utilização dos §§ 22, 23 da lei sobre direitos do autor como premissa normativa, o que se coloca em questão é o que deve ser considerado como premissa, a partir da justificação interna do tribunal constitucional federal. Segundo Alexy,

As prescrições de direitos fundamentais entram em questão não sem mais, porque entre os direitos fundamentais deve primeiro ser ponderado. A ponderação de bens, como tal, não se deixa formular como premissa. Significa isso que a fundamentação do tribunal constitucional federal deve ser reconstruída de modo que a sentença, uma sentença de dever jurídico concreto, é justificada imediatamente pela ponderação de bens e não por uma norma universal, o esquema geral da justificação interna (IR.2), portanto, não é aplicável? Se isso fosse assim, a força analítica do esquema (IR.2) seria muito limitada. Ele, como hipótese de reconstrução, nem sequer terá a oportunidade de confirmar-se, mas se mostrou perante a decisão do tribunal constitucional federal irrelevante. Como (IR.2), como exposto acima, não apresenta um esquema de conclusão arbitrário, mas abarca implicações teórico-argumentativas importantes, a questão, se a sentença do tribunal constitucional federal pode ser reconstruída no sentido de (IR.2), não só do ponto de vista lógico é interessante, mas, mais além, do ponto de vista teórico-argumentativo, de importância extrema.¹⁴⁹

Logo, a justificação interna poderá fornecer premissas distintas, mas sempre permitirá reconstruir a decisão de modo a determinar a racionalidade lógica de cada salto dedutível já apresentado em (IR.2). Quando tratamos das ponderações de bens para se delimitar qual direito fundamental tem preferência sobre outro(s), estaremos no nível externo da justificação do discurso. Contudo, independente da ponderação como atividade originária da justificação externa, qualquer decisão necessitará da indicação de uma norma universal (conforme já mencionado acima, o que ameniza a caráter técnico do método silogístico); corroborando referida ideia, Alexy cita fragmento da decisão do tribunal constitucional federal: “[...] A decisão impugnada também, então, deve ser objetada se o tribunal, na aplicação dos *critérios típicos*, que resultam da irradiação dos direitos fundamentais para a apreciação de *casos do tipo presente*, não poderia ter chegado ao resultado encontrado”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Ibid., p. 29.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid., p. 30.

¹⁵⁰ Ibid., p. 31.

Com base nessas premissas normativas, e da necessidade de atribuir um sentido universalista da decisão, o tribunal constitucional alemão passa a apresentar os fundamentos da decisão, apontado que: “No total, é, com isso, uma reportagem de televisão repetida, não mais coberta pelo interesse da informação atual, sobre uma conduta punível grave, em todo o caso, então, inadmissível, quando ela põe em perigo a ressocialização do autor”¹⁵¹.

Diante da abertura semântica da expressão “perigo de ressocialização”, o tribunal aduz que “[u]m perigo de ressocialização deve regularmente ser aceito quando uma pressão identificadora do autor deve ser emitida após a sua liberação ou em proximidade temporal da liberação iminente”¹⁵².

Determinadas as premissas normativas e empíricas como pontos de partida para a justificação interna, Alexy introduz algumas “[...] letras-esquema para predicados”, a partir dos fundamentos apresentados pelo tribunal alemão:

- *RG...*: ...é alguém, cuja ressocialização é posta em perigo por uma reportagem de televisão,
- *W...*: ...é alguém, sobre cujas condutas puníveis graves já foi relatado na televisão (isto é, do qual cada reportagem de televisão seria uma repetida),
- *A...*: ...é alguém, no qual uma reportagem de televisão sobre sua conduta punível grave serve a um interesse de informação atual,
- *Fs...*: ...é alguém, cuja conduta punível grave é objeto de uma reportagem de televisão.¹⁵³

Diante dessas construções, pode a decisão do tribunal constitucional acompanhar a seguinte fórmula, nos termos do que explica Alexy:

$$(I') (x) (RGx \longrightarrow (Wx \wedge \neg Ax \longrightarrow O \neg Fsx))$$

Ou, ainda, a forma equivalente:

$$(I'') (x) (RGx \wedge Wx \wedge \neg Ax \longrightarrow O \neg Fsx)^{154}$$

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid., p. 32.

¹⁵⁴ Em relação aos sinais utilizados, Alexy pondera que “‘ \wedge ’ é um sinal para a conjunção (e), “‘ \neg ’ o sinal para a negação (não) [...]” (ALEXY, Robert. **Direito, Razão ...** Op. Cit., . p. 33).

É possível, também, estabelecer a seguinte equivalência:

$$O \neg p \longleftrightarrow Fp,$$

Nessa última fórmula apresentada, pode-se compreender que: rigorosamente, então, quando é ordenado que algo (p) é proibido, pode, em vez de (I''), com o operador de proibição F :

$$(I''') (x) (RGx \wedge Wx \wedge \neg Ax \longrightarrow F Fsx)^{155}$$

Explica Alexy que a consequência jurídica $F Fs$ já está relacionada com o caso, Fs , porém, ainda não contém os elementos de individualização do caso concreto (que ocorrem com a indicação do nome e da reprodução da imagem de a). Entretanto, diante da própria abstração da proibição de Fs ($F Fsx$), esta, na sua própria abstração, seria suficiente para proibir a reprodução do filme. Ocorre, todavia, que o tribunal de terceira instância, em Koblenz, deixa parecer desejável formular:

- $F_{N...}$: ...é alguém, cuja pessoa é, por um comediante, no quadro de um filme de televisão, após uma indicação do nome e reprodução de sua imagem, apresentada¹⁵⁶.

Percebe-se que tanto $F F_{NX}$ (consequência jurídica determinada pelo tribunal de terceira instância) como $F Fsx$ se apoiam na construção desenvolvida em (I'''), já que: diante do perigo em que é posto a ressocialização de um indivíduo por uma reportagem (R_G) (e) sendo que suas condutas graves já foram relatadas na televisão (filme repetido), (e) sendo a reportagem sobre a conduta punível grave de alguém (não) serve de interesse de informação atual, (então) fica (proibido) que a conduta punível grave seja objeto de uma reportagem de televisão, da qual surge a seguinte fórmula geral:

$$(I) (x) (RGx \wedge Wx \wedge \neg Ax \longrightarrow F F_{NX})$$

Até aqui representamos a ordem de argumentos e razões em fórmulas. Desse modo, com a condição da análise lógica, foi possível verificar a ordem de implicações e negações para se alcançar a proibição da transmissão do documentário. Ocorre, todavia, como bem

¹⁵⁵ Ibid., p. 33.

¹⁵⁶ Ibid., p. 33.

salienta Alexy, que, embora tenha apresentado a fórmula (I) como importante instrumento para testar a dedutibilidade da decisão, ainda não se determinou o que de fato a relação existente entre a transmissão do documentário e o perigo da ressocialização.

Assim, a relação entre “[...] irradiação da emissão e o perigo da ressocialização deve, para no quadro do esquema fundamental da justificação interna (IR.2) levar junto a dedução, ser reproduzida pelo condicional”¹⁵⁷. Para Alexy, entram em jogo as indeterminações acerca das legalidades empíricas, cujo:

[...] ser exato de um predicado em uma norma ou uma regra precisadora é incerto, portanto, por exemplo, é incerto se A_1a vale, para isso, porém, é certo, suficientemente, que A_1a sempre ou com uma probabilidade suficiente acontece, quando A_2a está dado. Sob esses pressupostos, pode, de A_2a , juntamente com uma hipótese da lei empírica correspondente, ser concluída por A_1a .¹⁵⁸

Pois bem, quando se determina o que se compreende como perigo de ressocialização, delimita-se um objetivo positivo (ressocialização) e um negativo (perigo), porém a mera referência à expressão “risco” representa tão somente um termo vago, sem maiores precisões. Diante dessa indeterminação, Robert Alexy desenvolve a chamada hipótese da lei empírica, determinando que “[...] após discussões bem pormenorizadas de informações científicas [...] (é) feita uma fixação do conceito de perigo de ressocialização e, com isso, uma precisação (*sic*) do objetivo positivamente avaliado, assim como do risco proibido: um perigo da ressocialização é aquilo que é efetuado pela irradiação de emissões do tipo a ser apreciado em casos como esse a ser decidido”¹⁵⁹. Cria-se uma ocorrência particular de regra semântica ao se determinar, nesse caso concreto, o que se compreende por “risco de ressocialização”.

Pode, ainda, na tentativa de fixação do que se compreende por “risco de ressocialização”, formular uma terceira expressão que permitirá se alcançar um ponto que o tribunal não mais possuirá dúvida, bem como achar que ninguém de modo razoável poderá impugnar a aplicabilidade da expressão (Sa). Para tanto, Alexy acentua que será necessário decompor a decisão do tribunal constitucional federal, com o auxílio das “letras-esquema”:

- E_S ...: ...é alguém sobre o qual é irradiada uma emissão, que o identifica como autor, após sua liberação,¹⁶⁰

¹⁵⁷ Ibid., p. 34.

¹⁵⁸ Ibid., p. 34.

¹⁵⁹ Ibid., p. 35.

¹⁶⁰ Ibid., p. 36.

- $N_S...$: ...é alguém sobre o qual é irradiada uma emissão, que o identifica como autor, em proximidade temporal à sua liberação iminente.¹⁶¹

Das letras-esquema, é possível formular:

$$(2') (x) (E_{SX} \vee N_{SX} \wedge \rightarrow R_{GX})^{162}$$

Ocorre, entretanto, que, nas palavras de Alexy, “(2’) é incompleto em um ponto significativo. Se E_S ou N_S é exata, R_G não sempre, mas só regularmente deve ser aceita como acertada. (2’) deve, por conseguinte, como dotado com uma condição-ceteris paribus^{163,164}:

- $C_R...$: ...é alguém com vista a cuja situação não existem *nenhuma* circunstância particular.¹⁶⁵

Daí:

$$(2) (x) (E_{SX} \vee N_{SX}) \wedge C_{RX} \rightarrow R_{GX})^{166}$$

Partindo de todas as fórmulas apresentadas de (1) e (2), inclusive com auxílio das proposições singulares:

$$(3) N_{Sa}$$

$$(4) C_{Ra}$$

$$(5) W_a$$

$$(6) \neg A_a$$

a sentença normativa singular:

$$(7) O \neg F_{Na} \text{ ou } F F_{Na}.^{167}$$

¹⁶¹ Ibid., p. 36.

¹⁶² Ibid., p. 36.

¹⁶³ Nota do tradutor (Luís Afonso Heck): “ceteris paribus: sob, em outras ocasiões, as mesmas circunstâncias”. (ALEXY, Robert. **Direito, Razão ...** Op. Cit., p. 36).

¹⁶⁴ Ibid., p. 36.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid.

Diante de todo o apresentado, a justificação da sentença do tribunal constitucional federal pode ser dada com a seguinte forma:

$$\begin{aligned}
 \text{(IR.3)} \quad & . (1) (x) (RGx \wedge Wx \wedge \neg Ax \rightarrow F F_{NX}) \\
 & . (2) (x) (E_{SX} \vee N_{SX}) \wedge C_{RX} \rightarrow R_{GX} \\
 & . (3) N_{Sa} \\
 & . (4) C_{Ra} \\
 & . (5) W_a \\
 & . (6) \neg A_a \\
 & (7) F F_{Na} \qquad \qquad \qquad (1) - (6)
 \end{aligned}$$

2.3.3 Justificação Externa do Discurso

Até agora, argumentou-se quanto à reestruturação da decisão judicial, a partir de premissas normativas e empíricas já estabelecidas de modo a desaguar na fórmula: $(x) (RGx \wedge Wx \wedge \neg Ax \rightarrow F F_{NX})$. Na justificação externa do discurso, o ônus argumentativo se destinará à tematização dos pontos de partidas normativos a serem utilizados no discurso de justificação interna e, como pondera Alexy “[...] o processo psíquico do ponderar e decidir deve ser distinguido da fundamentação da decisão. Somente o último é objeto de análise lógica. Nisso, deve ser realçado que a análise lógica da apresentação idiomática de ponderação de bens somente é uma possibilidade da análise da ponderação de bens não psicológica [...]”¹⁶⁸.

Quanto à tematização do ponto de partida normativo utilizado pelo tribunal constitucional alemão, Alexy explica que transcorre sobre três graus ou passos: a) o ponto de partida e a regra fundamental da ponderação de bens; b) a ponderação geral; e c) a ponderação no caso concreto¹⁶⁹.

Em relação ao ponto de partida e à regra fundamental da ponderação de bens, o tribunal fundamenta que a ponderação de bens é necessária para os direitos fundamentais, por possuírem a mesma hierarquia abstrata, via de regra, implicando soluções conflitantes.

No caso Lebach, são aplicáveis o art. 2, alínea 1, em união com o art. 1, alínea 1, da lei fundamental (ora denominado N_1), por um lado, e art. 5, alínea 1, proposição 2 (ora denominado N_2), da lei fundamental, por outro. Analisando de forma isolada N_1 , seria proibida

¹⁶⁸ Ibid., p. 37.

¹⁶⁹ Ibid.

a transmissão do documentário (FF_{Na}); por outro lado, analisando de forma isolada N_2 , seria permitida a transmissão ($\neg FF_{Na}$). Com isso, é possível se determinar que o resultado das duas normas implicam resultados cuja relação é de tensão: (FF_{Na}) e ($\neg FF_{Na}$).¹⁷⁰

Nesse sentido é necessário que se estabeleça uma relação de preferência entre N_1 e N_2 no que diz respeito à sua aplicabilidade. O estabelecimento de uma regra de preferência será representado por **P**. Quando nenhuma das normas em conflito deve ser classificada como inválida, então serão possíveis quatro relações: a) $N_1 \mathbf{P} N_2$; b) $N_2 \mathbf{P} N_1$; c) $N_1 \mathbf{P} N_2 (C)$; e $N_2 \mathbf{P} N_1 (C)$.

(C) representa que, em determinadas circunstância, N_2 terá preferência sobre N_1 ou o inverso. De início, poderemos afirmar que, de forma abstrata, nem N_2 prevalecerá sobre N_1 , nem o inverso, uma vez que, segundo o tribunal constitucional alemão, “[...] ambos os valores da constituição formam componentes essenciais da ordem democrática liberal da lei fundamental, de modo que *nenhum deles pode requerer uma primazia fundamental*”¹⁷¹.

Logo, as duas possibilidades de relação apresentadas em (a) e (b) ficam excluídas, pressupondo essas considerações. Agora caberá realizar a devida ponderação de valores (representados por N_1 e N_2) levando em conta as circunstâncias do caso concreto (C) de modo a determinar **P**. Neste sentido, Alexy, observando o princípio da proporcionalidade, que será trabalhado com maior cuidado no terceiro capítulo deste trabalho, conclui que¹⁷²:

I) Quanto mais fortemente um interesse (I_i) é limitado, tanto maior deve ser a justificação do outro interesse (I_k)¹⁷³.

Logo, pela união de I_i e I_k e das normas N_1 e N_2 , Alexy conclui pela regra:

II) Quando N_1 protege I_i e N_2 protege I_k e no caso C a justificação de I_k no sentido da regra (I), é grande o suficiente para preferir a proteção de I_k à de I_i , prevalece no caso C, N_2 sobre N_1 , logo ($N_2 \mathbf{P} N_1$) C.¹⁷⁴

Nesse sentido, por demonstrar conflito de interesses e de bens, a regra que determinará a prevalência não se submeterá a um procedimento da lógica jurídica (semelhante aos testes de dedutibilidade da justificação interna, já expostos), mas sim a todo o caminho fornecido pela argumentação jurídica geral. Assim, segundo Alexy, “[...] está, simultaneamente, demonstrado o núcleo racional da ponderação de bens. Trata-se de uma estrutura formal do emprego de, no essencial, argumentos práticos gerais, que, em virtude da

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid., p. 39.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid.

forma lógica de determinadas partes do material normativo, especialmente das prescrições de direitos fundamentais, é necessário”¹⁷⁵.

Com isso, terminamos o primeiro grau da fundamentação.

No segundo grau da fundamentação, o tribunal constitucional alemão se dedica a realizar uma ponderação geral de bens segundo suas regras. Nas palavras de Alexy:

[...] Ele discute, como primeiro – completamente no sentido de ix. e x. (I e II) -, sob inclusão de resultados de investigações empíricas, as repercussões de filmes documentários do tipo em questão (226-230). Nisso, ele chega à conclusão de que tais emissões “regularmente” apresentam “uma intervenção grave” na “esfera de personalidade” do autor (230). Associado a isso, o tribunal examina – de novo completamente no sentido de ix. e x (I e II) – a justificação dos interesses em sentido contrário. Ele comprova que, geralmente, a intensidade da intervenção ainda é sobrepujada pela fortidão da justificação dos interesses em sentido contrário: “Se se pondera o interesse de informação não escrito por uma reportagem correspondente na televisão (I_2) geralmente contra a invasão, com isso unida forçosamente, no âmbito da personalidade do autor (I_1), então merece, para a reportagem atual sobre condutas puníveis (A'), o interesse da informação, no geral (G'), a primazia.” No caso de A' , portanto, quando existe uma reportagem atual sobre condutas puníveis, deve, com isso, caso não existem condições particulares, impedoras de uma reportagem (G'), N_2 ser preferido a N_1 ¹⁷⁶.

Realizando a ponderação dos valores (interesse de informação não escrito por uma reportagem correspondente na televisão I_2 em conflito com o âmbito da personalidade do autor I_1), diante das circunstâncias fáticas (reportagem atual sobre condutas puníveis A' e interesse da informação G'), deverá N_2 ser preferido a N_1 , nos seguintes termos:

III) ($N_2 \mathbf{P} N_1$) A', G' .

Nesse sentido, a fórmula apresentada em III transforma-se em norma que servirá como ponto de partida para a justificação interna da decisão. Para a construção, agora apresentada, em que N_2 prevaleça N_1 , vale a conclusão: $N_2 (\neg FF_{Na})$ ou $(\neg O \neg F_{Na})$, ou seja, não é permitido proibir a transmissão do documentário, que equivale à permissão da transmissão (F_{Na})¹⁷⁷. Essas são, em geral, as ponderações de bens, que compreendem o segundo grau da fundamentação.

No terceiro grau da fundamentação, o Tribunal Constitucional alemão se dedicou ao aspecto da ponderação no caso concreto. O primeiro elemento de informação empírico diz respeito à ausência de atualidade da informação trazida pelo documentário: não se trata de

¹⁷⁵ Ibid., p. 40.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Ibid.

reportagem atual. Logo, é preciso comparar se aquilo que vale para a reportagem com informação atual valerá para a informação pretérita¹⁷⁸.

O tribunal formula, assim, o seguinte: “‘critério decisivo’ para a admissibilidade de uma representação posterior [...] se a reportagem em questão, perante a informação atual, é idônea para efetuar um prejuízo do autor consideravelmente novo ou adicional (234)”¹⁷⁹

Portanto, Alexy, com base nos argumentos apresentados pelo tribunal constitucional, formula um novo predicado para auxiliar na justificação externa:

- I_B ...: ...é alguém, cujos interesses são prejudicados consideravelmente por uma reportagem de televisão sobre sua conduta punível¹⁸⁰.

Diante do predicado de repetição (W) e interesse de informação atual (A), pode ser formulada a seguinte norma:

IV) (x) ($I_{BX} \wedge Wx \wedge \neg Ax \rightarrow F F_{NX}$)¹⁸¹.

(IV) representa que, no caso de alguém cujos interesses são prejudicados consideravelmente por uma reportagem de televisão sobre sua conduta punível (I_B) juntamente (e) com a informação de suas condutas graves já foram relatadas na televisão (repetição) (W), além (e) da negação (\neg) de que a informação televisada compreende um interesse de informação atual (A), resulta na proibição (F ou $\neg O$) de transmissão do documentário (F_N).

Com isso, é possível estabelecer uma relação de preferenciabilidade:

V) ($N_1 \mathbf{P} N_2$) $I'_B, W', \neg A'$.

(V) representa que o direito da personalidade prevalecerá sobre o direito de manifestação e da informação, quando, no caso, estiver presente alguém cujos interesses são prejudicados consideravelmente por uma reportagem de televisão sobre sua conduta punível, e que esta informação já foi objeto de transmissão anterior e, portanto, não há interesse atual sobre a informação.

A grande questão a ser tematizada, segundo Alexy, diz respeito à relação de dedutibilidade ou à conexão existente na expressão “ressocialização posta em perigo” (R_G, R'_G) e a “existência de um prejuízo considerável (I_B, I'_B), da qual se constrói”¹⁸²:

VI) ($R_{GX} \rightarrow I_{BX}$)

ou

¹⁷⁸ Ibid. p. 41.

¹⁷⁹ Ibid..

¹⁸⁰ Ibid., p. 36.

¹⁸¹ Ibid., p. 41.

¹⁸² Ibid.

VII) $(R'_G \rightarrow I'_B)$

Diante de VI e VII e de todas as fórmulas já apresentadas nos dois primeiros graus da fundamentação, Alexy estabelece a seguinte fórmula de preferência entre N_1 e N_2 :

VIII) $(N_1 \mathbf{P} N_2) R'_G, W', \neg A'$.¹⁸³

Diante da conexão estabelecida entre R'_G e I'_B , a relação de preferência fixada entre N_1 e N_2 também passa a ser condicionada pela presença de R'_G .¹⁸⁴

Sendo assim, tanto a apresentação da fundamentação na justificação interna quanto na justificação externa em relação à sentença de Lebach restam apresentadas de forma a demonstrar a reconstrução da sentença que decidiu, finalmente, da seguinte forma: “[...] [a]o fim e ao cabo, deve, com isso, em uma interpretação, orientada nas representações de valores da constituição, do § 23, da lei sobre direitos do autor de obras de arte, caber a primazia ao interesse do promovente do recurso, de impedir a irradiação do filme documentário”¹⁸⁵.

¹⁸³ Ibid., p. 41.

¹⁸⁴ Ibid., p. 41.

¹⁸⁵ Ibid., p. 42.

CAPÍTULO II – DIREITO E MORAL: A aproximação entre Direito e Moral e suas implicações nos discursos de justificação externo

A decisão judicial, enquanto medida estatal que busca uma solução para o caso concreto, terá que cumprir, necessariamente, duas medidas: a) identificar a premissa a ser aplicada no caso concreto, e, a partir dessa, apresentar os argumentos que justificarão a decisão, demonstrando sempre correntes de justificação entre os argumentos lançados e a própria premissa; e b) tematizar a própria premissa, portanto, fora da justificação interna, socorrendo-se de elementos externos ao próprio Direito para compreender se a premissa normativa utilizada é adequada ou não, e em que medida ela pode ser superada.

A possibilidade de tematização dos enunciados normativos implicará determinar em que medida a Moral se conectará com o Direito e se essa relação é conceitualmente necessária, possível ou impossível. Para tanto, será necessário determinar, mesmo em forma de excursão, como o positivismo de Hans Kelsen e Herbert Hart lida com a conexão entre Direito e Moral e qual a proposta da pureza conceitual exposta na Teoria Pura do Direito kelseniana e pelo ponto de vista externo de Herbert Hart.

Apresentada as linhas de força que determinam a relação entre Direito e Moral no pensamento de Kelsen e Hart, faremos algumas considerações sobre o que Robert Alexy conclui como a conexão necessária entre Direito e Moral, considerando a pretensão de correção do Direito, e de que forma essa pretensão de correção poderá retirar a própria qualidade jurídica de enunciados normativos extremamente injustos, colocando em evidência o discurso de justificação externa.

Como demonstração da tematização dos enunciados normativos extremamente injustos, que não cumprem exigências morais, e, por isso, perdem sua qualidade de jurídicos, será analisado o caso dos sentinelas do Muro de Berlim, caso *Mauerschützen*, e as considerações de Robert Alexy sobre a possibilidade de um controle do Direito positivo por um Direito Suprapositivo, a partir da chamada Fórmula de Radbruch, a irretroatividade da lei penal, cegueira moral e Direito extremamente injusto.

3. A TESE DE SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NO POSITIVISMO DE HANS KELSEN E HERBERT L. A. HART

3.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CIÊNCIA JURÍDICA DE HANS KELSEN: pela superação de um jusmoralismo irracional

Algumas considerações sobre a Teoria Pura do Direito e a pretensão científica apresentada por Hans Kelsen apresentam-se de fundamental importância para a delimitação das questões cotidianas do mundo jurídico.

Hoje, muito se fala em uma possível e necessária superação da aplicação fria da lei pelo hermeneuta julgador, como moderníssima e contemporânea construção teórica jurídica nomeia-se o chamado pós-positivismo, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo como verdadeiras construções salvadoras de uma dinâmica tecnocrata-silogística, afinal Hans Kelsen, com seu reducionismo jurídico legal, legitimou e permitiu todas as catástrofes ocorridas contra a humanidade pelo movimento nazifascista durante a Segunda Grande Guerra (*reductio ad Hitlerum*). Bobbio já fazia tal constatação, principalmente pelos defensores do jusnaturalismo:

Começamos pelos promotores do Direito Natural. Eles dizem: a Teoria Pura do Direito, como expressão última e conseqüente do positivismo jurídico, exclui que haja outro Direito fora do Direito Positivo; por isso é obrigada a aceitar como Direito qualquer aberração moral ou religiosa (e quantos foram os exemplos que a história recente nos colocou diante dos olhos com dramática evidência!) que agrade a um déspota ou a uma classe de homens políticos sem escrúpulos de se impor nas formas do direito constituído. O erro capital da Teoria Pura do Direito, segundo eles, estaria no fato que, impondo ao jurista comportar-se como um frio intérprete da norma positiva, qualquer que seja o valor ético da norma, transforma-o em um colaborador de qualquer regime, por objeto e repugnante que seja, num aceitador ou pelo menos num impassível indagador do fato consumado¹⁸⁶.

Já no entender de Andytias Soares:

Com a derrocada da Alemanha, surgiu a necessidade urgente de se encontrar um bode expiatório, uma justificativa para o injustificável e uma explicação fácil de se entender e de se aceitar para o horror nazifascista. Encontraram-se todas essas três realidades no positivismo jurídico, conforme a visão desfigurada que lhe impingia – e até impinge – o renascido jusnaturalismo. A maior prova da culpa incontestada do juspositivismo foi o fato de os réus em Nuremberg terem justificado as suas ações com base na lei positiva:

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007, p. 25.

“Persegui, torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei é a lei”. *Gesetz ist Gesetz*: Eis a filosofia do positivismo jurídico, bradavam, impávidos, os jusnaturalistas. Sem a consideração de valores superiores que devem guiar o direito, este corre o risco de se transformar em uma ordem de opressão na qual a norma jurídica, por ser jurídica, possui um valor intrínseco, devendo ser obedecida incondicionalmente. Essa seria então a verdadeira herança do positivismo jurídico, que desprezando a evolução de valores jusnaturalistas como a igualdade e a liberdade, teria imposto regimes políticos como a igualdade e a liberdade, teria imposto regimes políticos opressivos ou, pelo menos, justificado e legitimado as experiências autoritárias da primeira metade do século passado¹⁸⁷.

Mas, até que ponto podemos afirmar que a Teoria Pura do Direito legitimou que determinadas escolhas políticas fossem institucionalizadas, como foram as nazifascistas, o que culminou no atual paradigma do direito que renega o positivismo jurídico, e toda aquela pretensão de pureza de uma construção jurídica? Será que não há uma pretensão de retirar do jurídico qualquer elemento religioso ou político de cunho absoluto?

Conforme nos alerta Norberto Bobbio, a Teoria Pura do Direito apresentou-se como levante a duas trincheiras: contra o Direito Natural e contra a Sociologia. Contra o Direito Natural, conduzia-se em nome da *objetividade* da ciência, cuja tarefa era meramente descritiva da realidade, e não avaliativa, diferente do jusnaturalismo, que de tempos em tempos, conduzido pelos movimentos políticos-ideológicos, inclinava o direito em conformidade com certas ideias de justiça (doutrinas conversadoras ou revolucionárias que alcançavam o poder)¹⁸⁸. Afirma Bobbio que “[...] [a]gindo contra a objetividade da Teoria Pura do Direito (e sem objetividade não há ciência), o Direito Natural exprime valores *subjetivos* ou até irracionais, os quais, por isso mesmo, são irreduzíveis a análises científicas”¹⁸⁹.

Em relação ao afastamento da ciência jurídica da Sociologia, buscou-se determinar que a Sociologia pertence à esfera do ser, que analisará fenômenos sociais, enquanto o direito pertence ao mundo do dever-ser, já que busca estabelecer uma estrutura de qualificação da realidade social, mediante o estabelecimento de normas jurídicas. Assim, enquanto o objeto de estudo da Sociologia é o fenômeno social, o direito, como ciência particular, não aborda

¹⁸⁷ MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva**: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético. In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009, p. 16.

¹⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **Direito e ...** Op. Cit. p. 23.

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1997, p. 67.

como objeto de estudo os fenômenos das relações humanas, mas as normas que qualificam aqueles¹⁹⁰.

A pureza da teoria se apresenta na pretensão de se identificar o que compõe o direito (o que *é* o Direito) e não como ele *deve ser*. Para tanto, Kelsen identifica como objeto da Ciência Jurídica a norma, de tal forma que permita realizar uma delimitação do Direito frente às outras áreas do saber humano. Nas palavras de Kelsen,

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.¹⁹¹

A pureza teórica está ligada à pretensão kelseniana de retirar da Ciência Jurídica toda e qualquer quinquilharia metafísica ético-religiosa, provenientes dos antigos modelos de determinação do conhecimento e do saber que fundamentavam os Estados absolutos e teológicos. Quando se estabelece a confusão entre, por exemplo, Ética e Direito a pureza do método é posta em perigo “[...] não só pelo fato de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas – muito mais ainda – pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral”¹⁹².

Nesse sentido, a Teoria Pura do Direito terá, inicialmente, duas pretensões: a) ser ciência, portanto, possuir objeto delimitado que possa ser racionalmente controlável e analisado, sem se submeter às intempéries das ideologias humanas; e b) ser a ciência própria do objeto específico a que se dirige, o Direito¹⁹³.

Kelsen sustenta, ainda, que não é possível determinar uma conexão, conceitualmente necessária, entre Direito e Moral, pois somente o primeiro poderá reclamar a coercitividade para determinar que um comportamento seja realizado, enquanto o segundo gera somente reprovação do comportamento que se apresenta contrário às normas morais, não havendo um elemento externo que obrigue a aderência à norma.

A possibilidade de conexão entre Direito e Moral poderá ser analisada a partir de uma conexão normativamente necessária (*deve* haver uma vinculação) ou conceitualmente

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Direito e ...** Op. Cit. p. 24.

¹⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura ...** Op. Cit. p. 1.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ BOBBIO, Norberto. **Direito e ...** Op. Cit. p. 24.

necessária (a conexão é uma questão do plano da *existência*). Caso seja compreendido que há uma conexão conceitualmente necessária, toda norma jurídica têm conteúdo moral, logo aquela que contraria um preceito moral não é Direito. Por outro lado, quando a vinculação é normativamente necessária, a contradição entre norma jurídica e norma moral não retira daquela seu caráter jurídico, afinal “[...] o Direito pode ser moral – [...] justo –, mas não tem necessariamente de o ser”¹⁹⁴. Contra o controle do caráter jurídico pela Moral, Kelsen aduz que,

Quando se entende a questão das relações entre o Direito e a Moral como uma questão acerca do conteúdo do Direito e não como uma questão acerca da sua forma, quando se afirma que o Direito por sua própria essência tem um conteúdo moral ou constitui um valor moral, com isso afirma-se que o Direito vale no domínio da Moral, que o Direito é uma parte constitutiva da ordem moral, que o Direito é moral e, portanto, é por essência justo. Na medida em que uma tal tese vise uma justificação do Direito – e é este o seu sentido próprio –, tem de pressupor que apenas *uma* Moral que é a única válida, ou seja, uma Moral absoluta, fornece um valor moral absoluto e que só as normas que correspondam a esta Moral absoluta e, portanto, constituam o valor moral absoluto, podem ser consideradas “Direito”. Quer dizer: parte-se de uma definição do Direito que o determina como parte da Moral, que identifica Direito e Justiça.¹⁹⁵

O problema se apresenta, justamente, quando há a pretensão de se estabelecer valores absolutos pela moral, que somente serão garantidos pela religião, na autoridade absoluta e transcendente da divindade¹⁹⁶. Quando se reclama o reconhecimento institucional de uma moral religiosa, havendo confusão entre Direito e Moral, somente será Direito quando o enunciado normativo cumprir as exigências da divindade, do absoluto, do insuperável.

Assim, para impedir a confusão entre a existência do direito, com a justiça (divina) do direito, será necessário analisar a norma (ou seu conjunto – ordenamento jurídico), a partir de três critérios que não se confundem: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz¹⁹⁷.

Estabelecer a análise da justiça da norma exigirá necessariamente que se verifique seu o conteúdo, observando se há ou não congruência com os valores últimos ou finais de determinado ordenamento jurídico. Para Bobbio,

¹⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura ...** Op. Cit. p. 71.

¹⁹⁵ Ibid., p. 72.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariana Bueno Sudatti. 2008. p. 46.

[...] O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema *deontológico* do direito.¹⁹⁸

A análise da norma voltada à sua validade está relacionada à sua existência ou não, independentemente, portanto, do juízo de valor quanto ao seu conteúdo. Assim, trata-se de um juízo de fato, de verificar se a norma apresentada é existente, conseqüentemente se é regra jurídica. Segundo Bobbio:

[...] Enquanto para julgar a justiça de uma norma, é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar investigações do tipo empírico-racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento. Em particular, para decidir se uma norma é válida (isto é, como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), é necessário com frequência realizar três operações: 1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou *tinha poder legítimo para emanar normas jurídicas*, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema; 2) averiguar se não foi *ab-rogada*, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer *que ainda o seja*, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também se chama *ab-rogação implícita*), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em um Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras). O problema da validade jurídica pressupõe que se tenha respondido à pergunta: o que se entende por direito? Trata-se, querendo adotar uma terminologia familiar entre os jusfilósofos, do problema *ontológico* do direito.¹⁹⁹

O terceiro elemento analítico de uma norma é o problema da *eficácia*, que diz respeito ao fato de ela ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida. “[...] Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida”²⁰⁰. A questão da eficácia da norma está relacionada ao caráter histórico-sociológico, para o

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Ibid. p. 47.

²⁰⁰ Ibid.

comportamento da sociedade diante do estabelecimento de uma norma jurídica, que para Bobbio, trata-se de um problema *fenomenológico* do direito²⁰¹.

Esses três critérios de avaliação normativa são independentes e não se confundem, sendo a confusão realizada entre esses três elementos que conduzirão às críticas infundadas à Teoria Pura do Direito. Teorias que promovem a fusão desses elementos conduzem um “reducionismo”, que “[...] leva à eliminação ou, pelo menos, ao ofuscamento de um dos três elementos constitutivos da experiência jurídica e, portanto, a mutilam”²⁰². Segundo Norberto Bobbio, há teoria que *reduz a validade à justiça*, afirmando que uma norma só é válida se é justa, sendo o exemplo mais ilustre desta redução a doutrina do direito natural²⁰³.

Uma segunda reduz a justiça à validade, quando afirma que uma norma é justa somente pelo fato de ser válida, isto é, faz depender a justiça da validade, que pode ser vista numa construção legalista, formalista, no sentido mais restrito e limitado do positivismo jurídico²⁰⁴.

E, finalmente, há aquela que *reduz a validade à eficácia*, “quando tende a afirmar que o direito real não é aquele que se encontra, por assim dizer, enunciado em uma Constituição, ou em um Código, ou em um corpo de leis, mas é aquele que os homens efetivamente aplicam nas suas relações cotidianas: esta teoria faz depender, em última análise, a validade da eficácia. O exemplo histórico mais radical é dado pelas correntes consideradas realistas da jurisprudência americana e pelas suas antecipações no continente”²⁰⁵.

Referidas argumentações guardam estrita relação com a ideia de princípios que fundamentam a validade do ordenamento e que são apresentados por Kelsen, distinguindo-se entre os princípios estático e dinâmico. Estático é aquele no qual as normas estão relacionadas como as proposições de um sistema dedutivo:

[...] ou seja, pelo fato de que derivam uma das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico. [...] Pode-se dizer, em outras palavras, que num sistema desse gênero as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu *conteúdo*.²⁰⁶⁻²⁰⁷

²⁰¹ Ibid. p. 48.

²⁰² Ibid. p. 54.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1999. p. 72.

²⁰⁷ Nas palavras de Kelsen: “[...] As normas de um ordenamento do primeiro tipo (estático), é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser submetido a conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. Assim, por exemplo, as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos

Já a segunda concepção de sistema, orientado pelo princípio *dinâmico*, é aquele no qual as normas derivam de outras por meio de sucessivas delegações de poder²⁰⁸; portanto, a comunicação normativa decorre da autoridade que as positivou e não de seus conteúdos. “Pode-se dizer que a relação entre as várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas *formal*”²⁰⁹. Segundo Bobbio,

A distinção entre os dois tipos de relação entre normas, a material (estático) e a formal (dinâmico), é contestável na experiência diária, quando, encontrando-nos na situação de ter que justificar uma ordem (e a justificação é feita inserindo-se num sistema), abrimos dois caminhos, ou seja, o de justificá-la deduzindo-a de uma ordem de abrangência mais geral ou de atribuí-la a uma autoridade indiscutível. Por exemplo, um pai ordena ao filho que faça a lição, e o filho pergunta: “Por quê?” Se o pai responde: “Porque deves aprender”, a justificação tende à construção de um sistema dinâmico. Digamos que o filho, não satisfeito, peça outra justificação. No primeiro caso perguntará: “Por que devo aprender?” A construção do sistema estático levará a uma resposta deste tipo: “Porque precisas ser aprovado”. No segundo caso perguntará: “Por que devo obedecer a meu pai?” A construção do sistema dinâmico levará a uma resposta deste tipo: “Porque teu pai foi autorizado a mandar pela lei do Estado”. Observem-se, no exemplo, os dois diferentes tipos de relação para passar de uma norma a outra: no primeiro caso, através do conteúdo da prescrição, no segundo caso, através da autoridade que a colocou²¹⁰.

Kelsen sustenta que os ordenamentos jurídicos são sistemas do tipo dinâmico, já que o estabelecimento de enunciados normativos decorrem da delegação de poderes; enquanto os sistemas estáticos (conexões normativas determinadas pelo conteúdo) seriam ordenamentos morais. Assim: “O ordenamento jurídico é um ordenamento no qual o enquadramento das

tomados, não devemos prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade [...]” e segue “[...] Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura...** Op. cit. p. 219).

²⁰⁸ Nas palavras de Kelsen: “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental [...]” e segue “[...] Com efeito, a norma fundamental limita-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema. A norma que constitui o ponto de partida da questão não vale por força do seu conteúdo, ela não pode ser deduzida da norma pressuposta através de uma operação lógica. Tem de ser posta por um ato do par e vale – utilizando a formulação corrente – porque foi posta dessa maneira ou, formulando corretamente, porque se pressupõe como válida uma norma fundamental que, em última linha, estatui este modo de fixar as normas. Uma norma pertence a um ordenamento que se apoia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental – e não porque tem um determinado conteúdo. A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam este sistema [...]” (Ibid. p. 219-220).

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento...** Op. Cit. p. 72.

²¹⁰ Ibid. p. 73.

normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo [...]”²¹¹.

Do critério de avaliação da norma quanto a sua “validade”, portanto, de existência (critério formal), está estritamente relacionado ao sistema dinâmico, já que a existência normativa dependerá de um sistema de delegações de poderes que positivarão enunciados normativos. Nesse sentido, para uma construção científica formal, que seja passível de estabelecimento de premissas objetivas e lógicas, o critério de validade formal no interior de um sistema dinâmico será aquele que atribuirá pureza à construção de Kelsen, sob pena de, uma vez estabelecida as premissas no *conteúdo* das normas jurídicas, promover-se uma moralização do direito, cujas escolhas morais/ideológicas/políticas irão determinar a sua natureza. Logo, não será em razão do conteúdo normativo que se deverá observar o caráter jurídico da norma, mas sim a competência de quem ordene, permite ou atribui poder; assim, apenas “[...] uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas [...]”²¹².

Gustav Radbruch, já em uma segunda fase de suas construções teóricas marcadas por um viés jusnaturalista, ao estabelecer o critério da justiça como condição da existência da norma jurídica, promoveu essa moralização do direito, que, conforme Andytiás Soares,

[...] conclamou os juristas a considerarem o componente ético do direito – a justiça – como o seu traço fundamental, devendo todo o positivismo jurídico ser negado exatamente em razão de sua vacuidade axiológica. A posição assumida por Radbruch foi particularmente influente não apenas em razão da importância pessoal de sua figura na ciência jurídica alemã, mas sim porque antes da segunda guerra o autor apresentava – em texto de 1932 – ideias de natureza nitidamente juspositivista, sustentando que a ordem e a segurança das normas jurídico-positivas justificariam a obrigatoriedade de qualquer direito, “[...] mesmo se injusto e mal adaptado a um fim”. A justiça ostentaria então um valor meramente secundário. Com o fim da guerra, o jusfilósofo mudou de opinião, passando a acreditar que o jurista deveria recusar validade às leis injustas, cabendo-lhe denunciá-las como simulacros de direito. Da mesma forma, o povo não estaria obrigado a cumprir leis iníquas. Na verdade, Radbruch admitia que a segurança jurídica juspositivista e a noção de justiça entram constantemente em conflito, devendo este ser resolvido em nome da primeira, a não ser que a contradição alcançasse um nível de insuportabilidade tal que o “direito injusto” devesse ser preterido em nome da justiça. Isso ocorreria, sustenta Radbruch, quando a lei positiva desrespeitasse de forma flagrante o conceito de igualdade – núcleo da justiça-, devendo ser, portanto, desconsiderada, dado que o ordenamento jurídico só existe enquanto tal para realizar a justiça. A partir

²¹¹ Ibid.

²¹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura ...** Op. Cit. p. 216-217.

do texto de Radbruch formou-se um espécie de argumento geral contra o positivismo jurídico chamado de *reductio ad Hitlerum* [...] ²¹³

A grande preocupação da Ciência Jurídica desenvolvida por Hans Kelsen foi buscar estabelecer uma distinção bastante objetiva entre o que é direito, partindo de critérios formais de validade, e aquilo que deveria ser direito justo, portanto, a partir de compreensão ética. A questão de um conjunto normativo constituir direito não passaria por uma análise ético-valorativa, mas tão somente formal de validade; nesse sentido, justificava-se uma das frases mais polêmicas de Kelsen de que o direito poderia ter qualquer conteúdo.

O fato de ser ou não ser direito não passaria por uma análise de conteúdo normativo, em que se observaria a massa ética do enunciado normativo, mas não mais que o procedimento formal de sua elaboração, o que permitiria abarcar qualquer conteúdo, justo e injusto, já que este elemento axiológico não faz parte da condição de validade do jurídico.

Kelsen afirmou de modo bastante claro que o direito pode ter qualquer conteúdo. Ainda que seja óbvio que “poder ter” não significa “dever ser”, a consequência lógica dessa proposição, para qualquer teoria verdadeiramente juspositivista, é que juízos como “O ordenamento sócio-normativo nazista é direito” ou “O direito soviético era tão jurídico como o norte-americano” são não apenas perfeitamente válidas, mas também necessárias. Aprofundando ainda mais: “O direito do inimigo é tão jurídico quanto o meu, o que significa que não poderei vencê-lo com a velha e boa tática do rechaço e da denúncia ética, devendo, antes, utilizar uma perigosa opção: discutir racionalmente com o rival, em pé de igualdade”. São proposições como essas três que horrorizam os jusnaturalista e jusmoralistas de todos os tempos. ²¹⁴

Nesse sentido, o fato de se reconhecer o fenômeno como jurídico será mera atividade declarativa/constitutiva de uma dinâmica formal, sem que se apresente uma análise valorativa, isso porque são campos de verificação distintos. O campo da existência/validade do direito não se confunde com o campo da valoração do jurídico, portanto, não se nega a existência de valores inseridos no direito, mas tão somente realiza-se a devida segregação dos seus espaços de atuação.

No entanto, afirmar que certo conjunto normativo apresenta natureza jurídica não significa aprová-lo ou recomendá-lo. A proposição “X é direito” envolve um juízo de fato, e não um juízo de valor. Da mesma maneira, quando se diz que o Império Romano assentava a sua estrutura econômica na forma de produção escravagista não significa que se está aprovando ou justificando a escravidão. Curiosamente, tal raciocínio não é aplicado com frequência às proposições “X é direito” e “X não é direito”. Tal porque seus predicados

²¹³ MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de ...** Op. Cit. p. 16.

²¹⁴ Ibid. p. 20

não são entendidos como fatos, mas como valores. Para os jusnaturalistas, o juízo de fato “X é direito” se transforma, de modo totalmente arbitrário, em juízo de valor, já que emprestam ao termo “direito” uma função valorativa. Para tanto, confundem direito e valor, realidade e ideal, teoria e ideologia. É exatamente isso o que fazem também todas as teorias hoje chamadas de jusmoralistas; e é o que o positivismo jurídico pretende evitar a todo custo. As teorias juspositivistas dignas desse nome entendem o direito como um fenômeno factual, empírico e profundamente não-metafísico, desligado da esfera do sacral desde que atingiu a sua maturidade”.²¹⁵

Reconhecer que determinado conjunto normativo é justo ou injusto (portanto, já superada a questão da sua existência) culminará na prolação de um juízo de valor ideológico, no sentido de expressar os valores que determinada sociedade elegeu como tal. Kelsen buscou justamente, extirpar tais efeitos da sua construção científica, já que, para o autor, as questões ideológicas não são passíveis de um controle racional, sendo que representará as preferências político-ideológicas de determinado grupo, que não será passível de um controle objetivo/formal²¹⁶. Para Andityas, “[o]s jusnaturalistas entendem que o ‘mau direito’ não deve ser descrito enquanto direito, posição altamente subjetiva que esconde uma intenção ideológica conservadora: se o direito – enquanto descrito como ‘verdadeiro direito’ – é sempre justo, não há motivos para desobedecê-lo”²¹⁷.

Encerrada a fase científica, que promove a separação entre o conteúdo puro do direito, cuja constatação é formal, inicia-se a construção política, que não rechaça a comunicação entre direito e moral. O conteúdo político-ideológico apresenta-se quando das construções do conteúdo normativo, no procedimento legislativo (que não se confundem com a condição de existência do direito), bem como no preenchimento do quadro-normativo pelo hermeneuta julgador, sendo certo que,

[...] o direito é capaz de interações axiológicas extremamente complexas, mas não é, ele mesmo, um valor, e sim um fato ou um conjunto de fatos. O ‘fato direito’ pode ser avaliado segundo operação intelectual, da qual a razão não participa mais sozinha, como no puro ato de conhecimento. Quando se trata de um juízo de valor, a razão vem acompanhada pela vontade, que quase sempre se apresenta como ideologia. Então já não se fala mais da

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Sobre a possibilidade de várias interpretações e o alcance de *uma* decisão correta, aduz Kelsen que: “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas” (HANS, Kelsen. **Teoria Pura ...** Op. Cit., p. 393).

²¹⁷ Ibid. p. 21.

realidade, mas de como deveria ser a realidade. Termina a missão do cientista e se inicia a do político [...]”²¹⁸

Surgem, assim, as construções teóricas discursivas que buscam racionalizar a interpretação axiológica do texto normativo no caso concreto, principalmente após a inserção de elementos valorativos no texto constitucional, como a Ética do Discurso de Jürgen Habermas e Karl Otto Apel e as Teorias da Argumentação de Robert Alexy e Neil MacCormick, entre outras. Com estas primeiras considerações quanto ao conteúdo científico do direito para Kelsen, é necessário, ainda, que se determine com maior clareza qual a relação estabelecida por Kelsen, existente entre Direito e Moral, para que se possa, posteriormente, apresentar as construções de Robert Alexy acerca da *pretensão de correção* do Direito e suas implicações nos discursos de justificação externo.

3.1.2 Direito e Moral em Hans Kelsen

Feitas estas considerações em relação à compreensão que se tem a respeito da Ciência Jurídica de Hans Kelsen, será necessário, agora, fixar em sua teoria como que se dá a relação entre Direito e Moral e Ciência Jurídica e Ética, de forma mais delimitada.

A regulamentação dos comportamentos humanos não é objeto único e exclusivo da Ciência Jurídica; normas sociais também possuem a mesma pretensão de regulamentação das ações dos indivíduos. Segundo Kelsen, essas outras regras não compreendidas pelo Direito podem ser designadas de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e à sua descrição como Ética. A Justiça é uma exigência da Moral; nesse sentido, a relação que se apresenta, a princípio, entre Direito e Moral se dá no nível da Justiça²¹⁹. Diante dessas ponderações, não haverá que se confundir Ciência Jurídica com Direito, tampouco Moral e Ética, sendo o sincretismo que põe em perigo a pureza da teoria kelseniana.

Pondera Kelsen que a distinção entre Direito e Moral não poderá ser estabelecida com referência aos efeitos de suas normas, como se a Moral implicasse efeitos internos ao destinatário, e o Direito a efeitos externos. Tanto a Moral como o Direito implicam efeitos das duas ordens. Com isso, a coragem, como norma moral, “[...] não consiste apenas no estado da alma de ausência de medo, mas também numa conduta exterior condicionada por aquele estado [...]”²²⁰, do mesmo modo que o homicídio sob o aspecto jurídico “[...] não proíbe apenas a produção da morte de um homem, mas também uma conduta interna, ou seja, a

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura ...** Op. Cit. p. 67.

²²⁰ Ibid., p. 68.

intenção de produzir um tal resultado [...]”²²¹. Os efeitos internos a que se refere às normas morais dizem respeito a um bloqueio às inclinações e desejos egoístas; entretanto, esta também é uma pretensão das normas jurídicas, pois não haveria utilidade em produzir normas que simplesmente corroborassem as inclinações e interesses egoístas que guiam as ações sócias; portanto, “[...] aquela ordem só tem sentido se os indivíduos se devem conduzir mesmo contra estas inclinações ou interesses egoísticos [...]”²²².

Ademais, os efeitos externos também interessam à norma moral, haja vista que, embora o indivíduo possa estar psicologicamente dirigido a praticar uma conduta aparentemente moral ou reprovar a sua realização, poderá os efeitos de sua ação produzir um resultado imoral, como, por exemplo, quando alguém pratica o crime de homicídio, mediante o cumprimento de uma ordem, esta que vai de encontro com suas inclinações, o resultado não possuirá uma aprovação moral, ainda que o efeito interno da norma moral tenha atingido seu objetivo (que era gerar uma reprovação no nível da consciência de quem pratica o ato). Assim, os efeitos internos ou externos das normas não são suficientes para determinar uma relação de conexão ou separação entre Direito e Moral.

Tanto as normas morais quanto as jurídicas são criadas pelos costumes ou postas conscientemente, logo, são *positivas*. A Ética, portanto, se destinará à análise das normas postas pela Moral, ao passo que a Ciência do Direito se destinará a descrever e analisar as normas do Direito. Enquanto um sistema normativo jurídico se apresenta com uma certa centralidade de suas fontes e de sua aplicação, as normas morais não possuem esta mesma característica. Entretanto, o direito primitivo e o internacional também não possuem o elemento da centralidade das fontes e de órgãos de sua aplicação; Assim, este elemento não poderá ser elemento de distinção ou conexão entre Direito e Moral. Entretanto, somente o Direito possuirá um elemento de coação para seu cumprimento, ou seja, “[...] como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana, ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado”, em contrapartida a Moral não possui qualquer elemento externo que determine o cumprimento forçado de suas normas, gerando tão somente um juízo de reprovação ou aprovação da conduta²²³.

Direito e Moral constituem dois sistemas de normas distintos, podendo ser determinada uma relação entre eles no plano existencial (*ser*) ou no plano normativo (*dever-ser*). Quando se determina que a conexão entre Direito e Moral fica no plano do *ser*, sendo

²²¹ Ibid., p. 68.

²²² Ibid., p. 69.

²²³ Ibid., p. 70-71.

uma relação que determina a própria existência dos dois sistemas normativos, é possível afirmar que a própria essência do Direito é Moral; toda conduta proibida pelo Direito é, então, uma conduta Imoral, e toda conduta Imoral é uma conduta proibida pelo Direito²²⁴.

Contudo, a conexão entre Direito e Moral também poderá se estabelecer no plano normativo, portanto, no plano do *dever-ser*. Nesse caso, não se determina uma relação mútua de existência, em que a ausência de justiça retira o caráter jurídico da norma ou o inverso. Aqui, embora a norma tenha o *dever* de ser justa, a sua existência, enquanto norma jurídica, não ficará condicionada à sua justiça; logo, poderemos ter normas jurídicas justas ou injustas. A relação entre Direito e Moral, considerando estas duas possibilidades (plano do *ser* e *dever-ser*), coloca em evidência o conteúdo do Direito e não a questão da sua forma, com isso “[...] afirma-se que o Direito vale no domínio da Moral, que o Direito é uma parte constitutiva da ordem moral, que o Direito é moral e, portanto, é por essência justo [...]”²²⁵.

Quando se admite que o Direito é, em sua essência, justo (correspondente da Moral), é de se admitir, concomitantemente, que existe uma única e absoluta Moral admissível. É, nesse sentido, que Kelsen considera que:

[...] Na medida em que uma tal tese vise uma justificação do Direito – e é este o seu sentido próprio –, tem de pressupor que apenas *uma* Moral que é a única válida, ou seja, uma Moral absoluta, fornece um valor moral absoluto e que só as normas que correspondam a esta Moral absoluta e, portanto, constituam o valor moral absoluto, podem ser consideradas “Direito”. Quer dizer: parte-se de uma definição do Direito que o determina como parte da Moral, que identifica Direito e Justiça.²²⁶

Para que se possa estabelecer uma conexão entre Direito e Moral de tal modo que haja uma condicionante de existência entre eles, é necessário que se encontre uma única Moral possível, absoluta, que se irradia para todo e qualquer agrupamento social, de forma que uma norma moral valha incondicionalmente e contra qualquer argumento. Para tanto, será imprescindível reconhecer uma Moral transcendental, sobre-humana, divina, que determine uma verdade revelada, o que fica descartado desde já, haja vista que o elemento absoluto e insuperável da Moral não é adequado a uma pretensão de cientificidade teórica.

Certo é que há grande diversidade daquilo “[...] que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode(ndo) determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens

²²⁴ Ibid., p. 71.

²²⁵ Ibid., p. 72.

²²⁶ Ibid.

morais”²²⁷. Sendo assim, há que se admitir um relativismo ético, em que não mais se admitirá a perenidade absoluta do saber, daquilo que é correto, daquilo que é justo ou adequado. Nem mesmo a manutenção da paz pode ser elevada como o mais alto e supremo valor do Estado, que, necessariamente, guiará a atuação justa de qualquer governante:

[...] Tem-se afirmado que uma exigência comum a todos os sistemas de Moral seria: conservar a paz, não exercer violência sobre ninguém. Mas já Heráclito ensinou que a guerra não só é o “pai”, isto é, a origem de tudo, mas também o “rei”, isto é, a mais alta autoridade normativa, o mais alto valor, sendo, portanto, boa, que o Direito é luta e que a luta, por isso, é justa. E até Jesus diz: “Eu não vim para trazer a paz à terra, mas a discórdia”; e, portanto, não proclama de forma alguma, pelo menos para a ordem moral deste mundo, a paz como o valor mais alto [...]”²²⁸

Por outro lado, quando não se leva em consideração a existência de uma única Moral possível, como total e último valor, não há como se determinar em um plano transcendental qual o comportamento que tenha que ser havido, de maneira que a comunicação entre Direito e Moral, na esfera da existência, fica prejudicada, segundo a compreensão kelseniana. Não se pode determinar um *conteúdo* da Moral que alcance um plano transcendental, absoluto e imutável; entretanto, enquanto sistemas normativos, tanto a Moral quanto o Direito coincidem quanto à função de determinar quais comportamentos sejam realizados. Logo há identidade quanto à forma dos sistemas, mas não quanto ao conteúdo deles²²⁹.

Levando em consideração a forma Direito e a forma Moral, que estabelecem como normas sociais o que deve ser feito, é possível determinar que o Direito é, em sua essência Moral, não a partir de seu conteúdo, mas a partir da sua forma. Assim, “[...] neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo) [...] a questão das relações entre Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma”²³⁰. Conclui Kelsen, sobre o conteúdo Moral do Direito que,

Por tal forma, pois, não se aceita de modo algum a teoria de que o Direito, por essência, representa um mínimo moral, que uma ordem coercitiva, para poder ser considerada como Direito, tem de satisfazer uma exigência moral mínima. Com esta exigência, na verdade, pressupõe-se uma Moral absoluta, determinada quanto ao conteúdo, ou, então, um conteúdo comum a todos os sistemas de Moral positiva. Do exposto resulta que o que aqui se designa como valor jurídico não é um mínimo moral neste sentido, e especialmente

²²⁷ Ibid., p. 73.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ibid., p. 74.

²³⁰ Ibid.

que o valor de paz não representa um elemento essencial ao conceito de Direito.²³¹

Quando se promove a conexão de conteúdo entre Direito e Moral, levando em consideração a existência de uma única Moral absoluta, não faz sentido qualquer exigência de que o Direito *deve ser* Moral. Quando há conexão interna entre Direito e Moral, a expressão "Direito Injusto" ingressa numa contradição performativa, haja vista que o Direito somente pode ser Moral, portanto, justo. Em contrapartida, quando não se estabelece a conexão no plano da *existência*, o existir do Direito independe da Justiça; logo, ele poderá ter a pretensão de ser Justo ou não, sem que coloque em risco sua existência.

Determinar a conexão em um plano normativo (*dever-ser*) permite superar a ideia de que existe uma única Moral absoluta, podendo o Direito se aproximar de *um* sistema Moral dentre vários existentes, portanto, de uma Moral relativa. Isso não significa que “[...] não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos, mas apenas valores relativos [...]”²³², o que implica não excluir em absoluto os valores opostos.

A Ciência Jurídica enquanto ciência que analisa e descreve as normas jurídicas terá a função de as conhecer e descrever, não lhe cabendo reprovar o conteúdo normativo, a partir de um ponto de vista moral. Percebe-se que, aqui, caberá tão somente um ponto de vista do observador, enquanto participante externo que não tematiza ou constrói a norma a ser aplicada, mas apenas a conhece e a descreve. O que implica afirmar que, embora “[...] as normas jurídicas, como prescrições de *dever-ser*, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é, de forma alguma, uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*)”²³³.

Por tais razões, será analisada na sessão 3.2 e seguintes a relação que Herbert Lionel Adolphus Hart realiza entre Direito e Moral e a chamada “virada hartiana” que, como nos ensina Thomas da Rosa de Bustamante, Hart também defende uma análise do jurídico a partir do ponto de vista do participante, abrindo caminho para a superação do positivismo clássico e para a institucionalização das mais interessantes teorias da argumentação jurídica, embora não

²³¹ Ibid.

²³² Ibid., p. 76.

²³³ Ibid., p. 77.

tenha o professor de Oxford abandonado o positivismo jurídico “nem utiliz(ado) seu *insight* para resolver a questão da relação entre os domínios da legalidade e da moralidade”²³⁴.

Antes, contudo, de iniciar a análise da construção hartiana, vale realizar algumas considerações em defesa de Hans Kelsen, apresentando construções que buscam bloquear as interações entre Direito e *a* Moral.

3.1.3 Em defesa de Hans Kelsen: pela superação de uma divindade omnipresente como elemento absoluto da moral

Juízos de valor podem ser realizados mediante a comparação do comportamento humano real e a hipótese de incidência determinada no enunciado normativo. Quando o comportamento humano contraria a ordem emanada da norma, podemos afirmar que o comportamento é mau, é incorreto ou negativo. Em contrapartida, quando o comportamento humano emparelha com a ordem prescrita no enunciado normativo, o juízo de valor concluirá que o comportamento real é bom, correto ou positivo.

Kelsen alerta, entretanto, que, pelo fato de as normas jurídicas serem provenientes do atuar humano, como manifestação da vontade que determina um comportamento de outrem (imputação que permite, proíbe ou determine que se faça algo), os juízos de valores que necessitam da norma como paradigma da comparação estarão sujeitos à discricionariedade humana. Portanto, diante do ordenamento jurídico vigente num período pretérito, realizar pesquisas com célula-tronco embrionária geraria um juízo de valor negativo, uma vez que o ordenamento proibia tal conduta; entretanto, mediante alteração legislativa e entendimento do Supremo Tribunal Federal, passou-se a permitir pesquisas segundo o cumprimento de certos requisitos; assim, referido comportamento passou a gerar um juízo de valor positivo. O que importa salientar é que ambos os juízos de valor podem ser considerados válidos em momentos distintos, mesmo que antagônicos, uma vez que os valores estabelecidos decorrem de um ato de vontade humana, portanto, correspondem a valores relativos.

Nas palavras de Kelsen essa situação poderá se tornar extrema,

Quando, porém, nos representamos a norma constitutiva de certo valor e que prescreve determinada conduta como procedente de uma autoridade supra-humana, de Deus ou da natureza criada por Deus, ela apresenta-se-nos com a

²³⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de Bustamante. Pós-Positivismo: O argumento da injustiça além da Fórmula de Radbruch. *In.*: **Teoria do Direito e Decisão Racional** – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Org.: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Rio de Janeiro/Renovar. 2008. p. 151.

pretensão de excluir a possibilidade de vigência (validade) de uma norma que prescreva a conduta oposta. Qualifica-se de absoluto o valor constituído por uma tal norma, em contraposição ao valor constituído através de uma norma legislada por um ato de vontade humana. Uma teoria científica dos valores apenas toma em consideração, no entanto, as normas estabelecidas por atos de vontade humana e os valores por elas constituídos.²³⁵

O ordenamento jurídico representará a vontade humana, portanto embebida de toda sua falibilidade e natural mutabilidade, o que permitirá que valores que sejam tidos como verdadeiros hoje sejam naturalmente vencidos e alterados no futuro. Diante dessa dinâmica transitiva, é possível afirmar que à norma jurídica não poderá ser atribuído o caráter de verdadeira ou falsa, mas somente de válida ou inválida²³⁶.

Entretanto, quando ao valor é atribuído um caráter divino, por representar um elemento supra-humano, portanto desvencilhado de toda a falibilidade humana, esse não permitirá ser vencido ou alterado, representando um verdadeiro valor absoluto, já que é representação de Deus como “[...] fim mais elevado, do valor supremo, do bem absoluto, quando da causa última”²³⁷.

Os dogmas religiosos se cristalizam em torno da crença, fazendo referência a uma autoridade supra-humana, o que condiciona e obriga a comportamentos humanos que implicará uma relação de dependência com o divino. Assegura Kelsen que, caso se compare a autoridade normativa com a deidade (fonte de tudo o que é divino), esta última toma posse da alma do indivíduo, com a exigência incondicional de obediência, atribuindo ao elemento supremo caráter absoluto que nenhuma psicologia empírica conhece, nenhuma regulamentação normativa desvinculada desse caráter supremo penetra com tamanha profundidade na alma do ser²³⁸.

O valor como determinação daquilo que deve-ser, pressupondo a comparação entre uma norma objetiva e um comportamento real, quando atribui caráter absoluto ao valor (dever-ser), desnaturaliza o comportamento, objeto da valoração, que pertence ao mundo do ser. Assim, o “[...] valor, como dever-ser, coloca-se em face da realidade, como ser; valor e realidade – tal como o dever-ser e o ser – pertencem a duas esferas diferentes”²³⁹.

²³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura ...** Op. Cit. p. 20.

²³⁶ Ibid. p. 21.

²³⁷ KELSEN, Hans. Deus e o Estado. Tradução de Andityas Soares de Moura Costa Matos e Betânia Côrtes de Queiroz Caixeta *In.*: **Contra o Absoluto** – Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra Kelseniana. Org. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa Matos; NETO, Arnal Bastos Santos Neto. Curitiba: Juruá. 2012.. p. 38.

²³⁸ Ibid.

²³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura ...** Op. Cit. 20.

O caráter absoluto e insuperável do valor em geral, portanto, decorrente de um ponto de vista religioso, retira o caráter científico do processo de conhecimento, haja vista que, sendo ela a única moral e verdade válida, todos os pontos de vistas contrários não poderão ser considerados em nenhuma hipótese. A partir do que se passou a considerar como giro linguístico (“*linguistic turn*”), que marcou a superação do conhecimento marcado pela relação *sujeito x objeto*²⁴⁰ (homem que conhece e objeto que é conhecido), para uma relação *sujeito x sujeito*, a verdade deixou de ser aquela estabelecida para essencialidade dos objetos (a verdade fixada pela descoberta da essência dos objetos) para uma verdade estabelecida intersubjetivamente pelos seres comunicantes.

Assim, mesmo uma pretensão da racionalidade humana que buscava estabelecer uma verdade, diante da comprovação da existência dos objetos no mundo da vida, desvinculando-se de justificativas extraterrenas, também não se manteve. Em contrapartida, a teoria da verdade como consenso busca estabelecer a verdade não mais como a procura da correspondência da sentença ou proposição ao objeto do mundo da vida (como se a verdade correspondesse a um “bombom desembrulhado”; a sentença ou proposição verdadeira somente seria alcançada pela determinação da essência do objeto real, portanto, mediante a revelação do bombom pela retirada do papel celofane vermelho, como pretendia Eros Grau ao determinar o conceito de norma como fruto dessa *extração*²⁴¹). Entretanto, é sua pretensão a atribuição de sentido realizada linguisticamente, a partir de um consenso dos interlocutores, reconhecendo que a realidade é linguisticamente mediada. Sendo assim, a ideia de verdade é transferida do plano da semântica para o plano da pragmática²⁴², ou seja, para o plano do uso competente da linguagem, o que culminará em uma ideia de verdade relativa, reconhecendo que as alterações dos consensos sobre os assuntos do mundo da vida alterará a própria compreensão daquilo que se considera verdadeiro.

Uma verdade religiosa que busca se estabelecer de forma absoluta, sequer como uma verdade correspondencial, mas como uma verdade que corresponde à vontade divina, sobre-humana, decorrente do omnipresente, jamais se permitirá trabalhar com a compreensão do superável. Quando se compreende que determinada norma decorre de uma verdade religiosa,

²⁴⁰ A teoria da verdade correspondencial afirma que “[...] uma sentença ou uma expressão, por exemplo, uma proposição ou uma afirmação (statement) só pode ser chamada de verdadeira se e quando o estado das coisas às quais a sentença dá expressão de fato existe. Um estado de coisas que existem é um fato. Assim, a verdade pode ser definida como uma correspondência entre a sentença e o fato” (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação** ... Op. Cit., p.92)

²⁴¹ GRAU, Eros. **A interpretação no Direito**. Palestra realizada na Escola Superior Dom Helder Câmara. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=h5DEO3I59js>>. Acesso em 02 de Set. de 2013.

²⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p.62.

da moral cristão, budista, islâmica ou qualquer outra de cunho supra-humano, questões como casamento homoafetivo, uso de preservativos, a utilização de células-tronco em pesquisas, entre outros temas que se inserem nos dogmas religiosos, jamais serão ao menos tematizados e, uma vez transferidos ao plano jurídico poderão acarretar decisões intolerantes e autoritárias, que negam o multiculturalismo social.

É nesse sentido que Kelsen, buscando extrair qualquer tipo de posicionamento político ou qualquer conteúdo moral do Direito que poderá representar a fixação do absoluto, defende a separação entre Direito e Moral, na medida em que sustenta a diferença entre Ciência Jurídica e Ética.

3.2 NORMAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS EM H. L. A. HART: por uma identificação do Direito para além da Moral

Apresentando uma crítica ao modelo simples do direito concebido como ordens coercivas do soberano, baseadas em ameaças, proposta por Austin como “comandos”, Hart representa, hipoteticamente, referida relação pela existência de uma população que vive num território em que reina um monarca absoluto (Rex), que, durante um período de tempo muito longo, controla o seu povo “[...] através de ordens gerais baseadas em ameaças, as quais lhes exigem a prática de diversos actos [...]” .

A conexão entre as ordens proferidas por Rex e o acatamento pela população poderá basear-se, inicialmente, como um hábito de obediência dos súditos em relação às ordens de Rex (cada um, em uma relação direta com Rex, externaliza atos pessoais de obediência).

A instabilidade jurídica surge quando Rex morre, deixando seu filho, Rex II, que passa a emitir ordens gerais. Como bem salienta Hart: “[...] O mero facto de existência de um hábito geral de obediência a Rex I, em vida deste, nem sequer torna por si só provável que Rex II virá a ser habitualmente obedecido”, uma vez que não há qualquer hábito firmado de obediência a Rex II.

Sem que houvesse uma prática reiterada de obediência das ordens emanadas de Rex II que atribuísse carácter de habitualidade na obediência, não há que se falar, neste momento inicial de soberania de Rex II, até “[...] que este estágio seja atingido, haverá um interregno em que não será criado nenhum direito”.

Mencionado interregno de “lacuna jurídica” poderá ser solucionado mediante uma elaboração por Rex I de uma regra que atribua sucessão; por exemplo, ao filho mais velho, atribuindo a Rex II o título de sucessor. Há, assim, uma transição do mundo de fato (relação

de ordens e obediências), para um mundo de regras de uma segunda espécie, que para Hart, “nesse mundo, não havia regras e, portanto, não existiam direitos subjectivos nem títulos e, por isso, *a fortiori*, nenhum direito ou título à sucessão: havia apenas os factos de que Rex I dava ordens e as suas ordens eram habitualmente obedecidas”.

Essa regra, em que Rex I atribui o poder para legislar à Rex II (denominado por Hart como poder público), bem como regras voltadas a constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados), não se baseiam em ameaças, mas tão somente na atribuição de poderes para o exercício de uma função pública (legislar ou julgar) ou a enumeração de formas para o reconhecimento de relações jurídicas (legislação que regulamente a transmissão de bens imóveis, casamento entre outras relações jurídicas).

Tais regras diferem daquelas que atribuem obrigações entre os sujeitos que compõe a relação jurídica. Nesse sentido, Hart apresenta uma classificação dicotômica das regras, segregando-as entre aquelas que são consideradas do tipo básico ou primário, que, “[...] aos seres humanos, é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não [...]” e outras, classificadas como secundárias ou parasitárias, em relação às primeiras, “[...] porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõe deveres; as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados [...]” .

Serão estas “regras parasitárias”, para utilizar a expressão cunhada por Hart, que reconhecerão as regras básicas (primárias), atribuindo direitos e deveres aos homens, sendo esta situação (relação entre regra secundária que reconhece o jurídico) fundamento para o sistema jurídico. Essa regra de reconhecimento poderá adotar várias formas, conforme explica Hart:

Onde quer que uma tal regra de reconhecimento seja aceite, tanto os cidadãos particulares como as autoridades dispões de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação. Os critérios deste modo disponíveis podem, como vimos, tomar uma ou mais formas diversas: estas incluem a referência a um texto dotado de autoridade; ao acto legislativo; à prática consuetudinária; às declarações gerais de pessoas determinadas ou a decisões judiciais passadas, proferidas em casos concretos. Num sistema muito simples, como o de Rex I, descrito no Capítulo IV, em que apenas o que ele estatui é direito e não são impostas quaisquer limitações jurídicas ao seu poder legislativo, por qualquer regra consuetudinária ou documento constitucional, o único critério para identificar o direito será uma simples referência ao facto da promulgação por Rex I. A existência desta forma simples da regra de reconhecimento manifestar-se-á na prática geral, por parte dos funcionários ou dos particulares, de identificar as regras por este critério. Num moderno sistema

jurídico, em que existe uma variedade de <<fontes>> de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis, através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativas. É assim que no nosso sistema a <<common law>> está subordinada à lei parlamentar.²⁴³

Da dualidade apresentada, percebe-se que a relação existente entre as regras somente dá conta de levar em consideração questões estritamente formais; ou seja, se determinada regra, que não possui elemento deontico pautado na ameaça, reconhecerá ou não outras regras que atribuem direitos e deveres aos homens. Não se fala aqui em reconhecer a qualidade da regra, a partir da análise do seu conteúdo, mas apenas na dicotomia existente entre regras que reconhecem o jurídico e regras que atribuem direitos e deveres.

Assim, a declaração de que uma regra jurídica é válida é uma afirmação interna, reconhecendo que a regra satisfaz os testes que permitem identificar o que deve ser considerado como direito no sistema, seja pela afirmativa de um julgador ao decidir um processo, seja em uma decisão administrativa pelo agente público, ou pelo cidadão, quando realiza atividade que deve observar determinada formalidade legal (ex. casamento, transmissão de bens imóveis, etc.). Em todos esses casos, haverá uma regra paradigma de *reconhecimento* que servirá como elemento jurídico de identificação do Direito. Para Hart,

A regra de reconhecimento, que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, é, num sentido importante que tentaremos clarificar, uma regra última: e onde, como é usual, há vários critérios ordenados segundo a subordinação e a primazia relativa, um deles é supremo. Estas ideias do carácter último da regra de reconhecimento e da supremacia de um dos seus critérios merecem alguma atenção [...] ²⁴⁴

Enquanto a análise de validade de uma regra primária dependerá da disposição da regra parasitária para reconhecê-la como válida, a validade da própria regra de reconhecimento gera questionamentos. Conforme nos alerta Hart, alguns autores afirmam que, enquanto a validade jurídica das regras básicas pode ser confirmada por referência àquela, a sua própria validade não pode ser demonstrada, devendo ser assumida como uma “hipótese”, o que, desde já, é descartado por Hart²⁴⁵. Para analisar a questão de validade da regra de reconhecimento, Hart se socorre das construções formuladas em torno da concepção

²⁴³ HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit., p. 111-112.

²⁴⁴ Ibid., p. 117.

²⁴⁵ Ibid., p. 119.

de “ponto de vista interno” e “ponto de vista externo”, em que os homens (sejam na esfera pública ou privada) aceitam a regra de reconhecimento do sistema (pressupõem sua validade), e isso se dará quando afirmam, com seriedade, a validade de certa regra de direito dada (identificando o Direito válido), empregando-a no funcionamento geral do sistema jurídico.

A regra de reconhecimento não poderá ser submetida à análise de validade tal como se submete a regra básica, já que esta pressupõe aquela, mas deverá ser observada como aceita e apropriada para tal utilização. E, para rebater aqueles que defendem a impossibilidade de demonstração da validade da regra de reconhecimento, Hart afirma que “[...] [e]xpressar este simples facto dizendo de forma pouco clara que a sua validade é <<suposta, mas não pode ser demonstrada>>, é como dizer que supomos, mas não podemos demonstrar, que a barra de metro-padrão em Paris, que é o teste último da correcção de toda a medida métrica, é ela própria correcta” .

Feitas estas primeiras considerações quanto à regra de reconhecimento apresentada por Hart, a princípio, percebe-se que ele não apresenta nenhum *conteúdo* moral que determine o reconhecimento daquilo que se compreende como Direito. Sendo assim, passaremos, a seguir, aos principais pontos que o professor de Oxford apresenta quando da análise da relação entre Direito e Moral.

3.2.1 Direito Natural mínimo: cinco truísmos que o justificam

Hart dedica parte da sua obra a analisar a relação entre Justiça e Moral e Direito e Moral, afirmando que aqueles para os quais a relação entre Direito e Moral é necessária até compreenderem ter havido um avanço com a distinção entre regras primárias e secundárias, ao retirar o caráter de ordens baseadas em ameaças, mas apenas isso não é o bastante.

Acentua o autor que, inicialmente, é possível estabelecer suas possibilidades de conexão: “[...] um sistema jurídico *deve* mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, ou *deve* repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer [...]”²⁴⁶.

A partir dos vários desdobramentos que decorrem dessas possibilidades de conexão, Hart passa a cuidar da relação entre Direito Natural e Positivismo Jurídico²⁴⁷. Às críticas ao Positivismo Jurídico, têm se destinado a afirmar que há certos princípios, que, mesmo ainda

²⁴⁶ Ibid., p. 201.

²⁴⁷ Nas palavras de Hart, Positivismo Jurídico é compreendido com “[...] o significado da afirmação simples de que não é um sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzem ou satisfaçam certas exigência da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito [...]” (HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit., p. 202).

não revelados pela racionalidade, ou ainda não positivados, permanecendo em estado de latência, devem coagir o Direito a, com ele, se conformarem, para que, assim, tenha reconhecida sua validade.

A possibilidade de revelar regras que determinam os fenômenos ocorridos na natureza não permite confusão com as regras que determinam comportamentos humanos; as primeiras podem ser classificadas como descritivas, já que descrevem fatos, já a segunda espécie é denominada prescritiva, já que determina que se realize algum comportamento. As prescritivas, quando violadas, permanecem como leis; já as descritivas, quando violadas, não. Não haverá sentido chamar, por exemplo, a lei da inércia de lei, se os corpos não se comportarem segundo a descrição realizada por ela. As descritivas somente realizam uma constatação das dinâmicas naturais; as prescritivas buscam determinar obrigações, permissões e deveres aos homens, portanto, estão em níveis distintos de implicações de comportamentos²⁴⁸.

Portanto, a expressão “dever” exercerá funções distintas nas orações “você *deve* auxiliar os mais necessitados” e “com a chegada dessa frente fria, amanhã *deverá* fazer muito frio”²⁴⁹. As regras da natureza, durante muito tempo, foram associadas a uma fonte divina, como se o fazer frio decorresse de uma determinação do “[...] Governador Divino do Universo[...]”²⁵⁰. Essa vinculação, contudo, nem sempre foi assim, e mesmo havendo a vinculação à divindade, a estrutura das regras não depende da crença²⁵¹. Segundo Hart:

[...] Na verdade, a reafirmação continuada de alguma forma da doutrina do Direito Natural deveu-se em parte ao facto de que o seu atractivo é independente, quer da autoridade divina, quer da humana, e ao facto de que, apesar de uma terminologia e de uma metafísica que poucos podem aceitar nos nossos dias, contém certas verdades elementares de importância para a compreensão, não só da moral, como do direito [...]²⁵²

A pretensão de uma teoria científica descritiva será de apresentar, no plano da abstração, elementos que permitam traçar conexão entre fatos e consequências, de modo tal que se permita antecipar consequências do mundo natural, assim, “[...] em última análise, dependente de seu poder de predizer o que ocorrerá, poder que se baseia em generalizações do que ocorre regularmente [...]”²⁵³.

²⁴⁸ Ibid., p. 203.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Ibid., p. 204.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Ibid.

Na concepção hartiana, o Direito Natural não se apresenta apenas como uma ciência que busca descrever causas e efeitos da natureza, de modo a prever os fenômenos naturais; é, antes disso, “[...] nesta visão mais antiga, cada espécie concebível de coisa existente, é pensada não só como tendendo a manter-se a si própria em existência, mas dirigindo-se para um estado definido óptimo que é o bem específico – ou o fim (τελος. *finis*) apropriado para tal”²⁵⁴.

A ideia de ponto de vista teleológico é, então, apresentada; logo, a observação não passará a analisar somente a ocorrência regular de causas e efeitos, mas, aqui, surgem questões como a ocorrência *efetiva* das coisas, sobre se *deviam* ocorrer e sobre se é *bom* que ocorram. Assim, aquilo que é *bom* que ocorram e aquilo que *deveria* ocorrer não são regras separadas, mas analisadas em conjunto, como um passo para a finalidade que se busca na análise teleológica²⁵⁵.

Quanto à verificação do desenvolvimento dos *bons* ou *devidos* fenômenos naturais, Hart aduz que,

[...] Assim, no caso de uma bolota, a sua transformação num carvalho é algo que é não só conseguido regularmente pelas bolotas, mas distingue-se, diferentemente do seu envelhecimento (que é também regular), como um estado óptimo de maturidade, à luz do qual os estádios intermédios são simultaneamente explicados e julgados como bons ou maus, e são identificadas as <<funções>> das suas várias partes e mudanças estruturais. É necessário o crescimento normal das folhas para se obter a humildade necessária ao <<pleno>> ou <<adequado>> desenvolvimento, e é <<função>> das folhas fornecê-la. Daí que pensemos neste crescimento e falemos dele como aquilo que <<devia ocorrer naturalmente>> [...].²⁵⁶

Entre os seres vivos existem aqueles que possuem a capacidade de refletir sobre suas finalidades próprias, como os seres humanos que o fazem de forma consciente, e outros não, mas isso não implica uma diferença radical na perspectiva teleológica. Diante dessa capacidade reflexiva do homem, é possível fixar comportamentos para se alcançar, com maior eficiência, determinados fins, podendo-os classificar como *bons* ou *maus*, e mais, podendo-os (ou não) desejá-los. Assim, embora possam deixar de realizar algum comportamento que seja necessário para sua sobrevivência, como comer e descansar, “[...] consideramos a comida e o descanso como algo mais do que coisas que os homens fazem regularmente ou que lhes

²⁵⁴ Ibid., p. 205.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Ibid., p. 205-206.

sucedem simplesmente desejar. A comida e o descanso são necessidades humanas, mesmo se alguns os recusam quando deles precisam [...]”²⁵⁷.

Cabem aos homens, *naturalmente*, comer e descansar. Segundo Hart, a expressão *naturalmente* vem justamente determinar que o *comer* e o *descansar* devem ser elevados aos campos não das regras prescritivas, que são estabelecidas pela imputação humana, mas como regras descritivas que narram algo da natureza. Aqui, os homens partilham das mesmas necessidades biológicas que os demais animais incapazes de refletir criticamente seus comportamentos e suas finalidades²⁵⁸.

Diante disso, é possível visualizar que a finalidade óbvia do ser humano é a sobrevivência, e, para tanto, dar continuidade à sua existência. É por isso que os comportamentos destinados a esse fim serão considerados bons, ao serem suficientes para tanto, como comer e descansar. Logo, esse seria o elemento central do que se compreende como Direito Natural²⁵⁹.

Os desacordos surgem, entretanto, quando se deve estabelecer qual a melhor forma de existir, ou seja, qual a melhor forma de vida. A finalidade humana, porém, destinada à existência permanece com um estatuto especial em relação à conduta humana; assim as formas das relações sociais devem ser estabelecidas de tal modo que garantam o cumprimento dessa finalidade. É necessário, então, saber se, dentro dessas relações sociais, “[...] há alguns que podem ser esclarecidamente ordenados como leis naturais suscetíveis de descoberta pela razão e qual a sua relação com o direito humano e a moral [...]”²⁶⁰.

Pode-se afirmar, assim, que, em qualquer agrupamento social, é necessário que sejam estabelecidas regras básicas que garantam este mínimo do Direito Natural que permitirão a manutenção da existência humana, sendo que, sem tal conteúdo, o Direito e a Moral não poderiam apoiar essa finalidade humana, o que geraria uma desnecessidade de cumprimento das regras pelos destinatários²⁶¹.

Para que se possa compreender a conexão entre Direito e Moral é preciso, primeiro, compreender como Hart fixa esse mínimo do Direito Natural, para se determinar em que medida um conteúdo mínimo do Direito pode ser reconhecido como um mínimo Moral.

²⁵⁷ Ibid., p. 206-207.

²⁵⁸ Ibid., p. 207.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ Ibid., p. 208-209.

²⁶¹ Ibid., p. 209.

Assim, Hart apresenta o que ele denomina de cinco *truísmos*, como “[...] características salientes da natureza humana sobre as quais se baseia este modesto mas importante mínimo”²⁶².

O primeiro truísmo compreende a *vulnerabilidade humana* (i), consistente no estabelecimento de normas que sejam suficientes para determinar abstenções, comportamentos negativos, no sentido de impedir, por exemplo, o uso de violência. A necessidade de imposição de normas dessa espécie se apresenta diante da espontaneidade humana em realizar ataques e se apresentado de forma vulneráveis a estes²⁶³.

O segundo truísmo repousa na ideia da *igualdade aproximada* (ii). Os homens diferem quanto à força física, agilidade e na capacidade intelectual. Entretanto, para o estabelecimento do Direito ou da Moral, é necessário levar em consideração que, mesmo diante dessas desigualdades, nenhum homem pode subjugar outro por um longo período de tempo. É importante frisar que mesmo o mais forte dos homens, em algum momento, precisa descansar, tornando-se, nesse momento, vulnerável a ataques. Assim, é necessário que se estabeleça uma relação de igualdade aproximada de tal forma que implique “[...] abstenções mútuas e de compromisso [...]”, na base de qualquer obrigação jurídica ou moral.

Haverá aqueles que, diante do estabelecimento de uma igualdade aproximada, viverão sob a sua proteção e violarão as restrições impostas. Este será o motivo de se transferir de uma simples moral para as formas jurídicas de controle²⁶⁴.

O terceiro truísmo apresentado é o *altruísmo limitado* (iii). Os homens não são, em toda a sua essência, demônios que buscam, a todo o momento, ceifar a vida do próximo, possuindo apenas sentimentos egoístas e desinteressados em relação aos demais seres humanos. Por outro lado, não são absolutamente altruístas. Assim, partindo de um ponto de vista mediano dessas extremidades, Hart afirma que “[...] o altruísmo humano é limitado no seu âmbito e intermitente, e as tendências para a agressão são suficientemente frequentes para serem fatais relativamente à vida social, se não forem controladas”²⁶⁵.

Hart apresenta os *recursos limitados* (iv) como o quarto truísmo. É fato contingente a natural limitação de recursos para a manutenção da vida, tais como alimentos, roupa, moradia entre outros. Essas limitações geram, de certa forma, o estabelecimento da propriedade (não necessariamente privada) e uma norma que a preserve. A própria manutenção da vida exigirá que haja uma proteção à propriedade para que exista certa reserva dos elementos básicos para

²⁶² Ibid., p. 208-209.

²⁶³ Ibid., p. 210.

²⁶⁴ Ibid., p. 211.

²⁶⁵ Ibid., p. 212.

a vida. É diante da limitação de recursos, do estabelecimento de propriedade e da divisão do trabalho que normas são produzidas para a regulamentação de atividades relacionadas às trocas de produtos e, assim, desenvolve-se a sociedade e o próprio sistema normativo.

E, finalmente, como quinto truísmo que determina o mínimo do Direito natural, fala-se na *compreensão e força de vontade limitadas* (v). Diante dessas limitações apresentadas, tanto aquelas relacionadas aos recursos para sobreviver, quanto à própria vulnerabilidade humana entre as demais contingências apresentadas, é possível afirmar que os homens sintam-se inclinados a se submeterem a um sistema normativo que venha a equalizar estas situações. Entretanto, outras razões podem surgir, como assegura Hart:

[...] A maior parte dos homens é capaz de os ver e de sacrificar os interesses imediatos de curto prazo que a conformidade a tais regras pede. Podem na verdade obedecer, por uma variedade de motivos: uns a partir de um cálculo prudente de que os sacrifícios valem os ganhos; outros a partir de uma preocupação desinteressada pelo bem-estar dos outros; e ainda outros porque encaram as regras como merecedoras de respeito em si próprias e encontram os seus ideais na devoção a elas. Por outro lado, nem a compreensão do interesse de longo prazo, nem a força de vontade ou a rectidão desta, das quais depende a eficácia destes diferentes motivos de obediência, são partilhadas igualmente por todos os homens [...]²⁶⁶

Logo, diante do eventual desequilíbrio relacionado à aderência às normas que venham a determinar comportamentos, é necessário que se promova a organização e centralização de um órgão que prescrevam as normas e as sanções. Entretanto, a sanção pelo descumprimento não pode se apresentar como elemento que determine a aderência às normas; ela deverá somente ser como um meio que garanta o seu cumprimento, pede-se, assim, uma “[...] cooperação *voluntária* num sistema *coercivo*”²⁶⁷.

Os cinco *truísmos* apresentados dão conta de justificar o estabelecimento, segundo a concepção hartiana, da doutrina do Direito Natural, de tal forma que a análise do Direito e da Moral deslocada dessas contingências e voltada para meros aspectos formais tem se mostrado inadequada. Nesse sentido, é proposta uma reflexão sobre a máxima positivista kelseniana de que “<<o direito pode ter qualquer conteúdo>>”²⁶⁸.

²⁶⁶ Ibid., p. 213-214.

²⁶⁷ Ibid., p. 214.

²⁶⁸ Ibid., p. 215.

3.2.2 Validade jurídica e valor moral em Hart

Diante dos truísmos apresentados que justificam um mínimo Direito Natural garantido no Direito institucionalizado, Hart sustenta que, uma vez não estabelecido um mínimo que garanta a própria existência humana, o Direito ofenderá os princípios da moral e da justiça. Assim,

[...] A visão moral professada é, em geral, impregnada pela concepção de que, nestes pontos fundamentais, pelo menos, os seres humanos têm o direito de ser tratados de forma igual e que as diferenças de tratamento exigem, para as justificarem, mais do que um apelo aos interesses dos outros.²⁶⁹

Entretanto, mesmo após todo este caminho percorrido para justificar o mínimo existencial, Hart constata que, ainda que os sistemas jurídicos e os morais não garantam efetivamente tais direitos e garantias, eles não “[...] precisam de estender as suas proteções e benefícios mínimos a todos [...]”²⁷⁰.

Portanto, é possível que, em agrupamentos sociais, específicos, tenha se perdido o reconhecimento desse mínimo para determinados grupos minoritários, porém se tenha permanecido sensível à maioria, como nas sociedades escravagistas, conforme denuncia o diálogo apresentado por Hart:

[...] Huckeberry Finn, quando lhe perguntaram se a explosão da caldeira do barco a vapor tinha ferido alguém, respondeu: <<Não, senhora; matou um negro>>. O comentário da Tia Sally - <<Bem, tiveram sorte, porque por vezes ficam feridas pessoas>> - resume toda uma moral que tem prevalecido frequentemente entre os homens. Quando prevalece, como Huck descobriu à sua custa, o estender aos escravos a preocupação pelos outros, que é natural entre os membros do grupo dominante, pode bem considerar-se como um delito moral grave, o qual traz consigo todas as sequelas de culpa moral. A Alemanha nazi e a África do Sul mostram casos paralelos desagradavelmente próximos de nós no tempo.²⁷¹

Assim, embora seja necessário reconhecer alguns elementos mínimos para se garantir a viabilidade de uma comunidade, a história nos demonstra que isso, de fato, não ocorre. Entretanto, a eficácia das normas jurídicas dependerá de uma aderência voluntária dos seus destinatários, de tal forma que a sanção presente no Direito somente seja aplicada de forma secundária somente contra uma minoria de transgressores.

Para a obediência voluntária das disposições jurídicas, Hart parte daquilo que ele denomina de *ponto de vista interno*, ou do participante, em que o destinatário da norma não

²⁶⁹ Ibid., p. 216.

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Ibid., p. 216-217.

obedece à regra em decorrência da mera observação de que outras pessoas também a cumprem (hábitos), ou pela existência de sanções, mas, antes, pela reflexão e tematização da própria norma que, uma vez garantindo um mínimo para viabilidade daquilo que se compreende como vida boa, terá uma aderência voluntária dos destinatários.

A organização e a centralização de um poder capaz de estabelecer normas jurídicas e as aplicar gera muitos benefícios, tais como maior segurança para seus destinatários. Aqui, ocorre a transição de um sistema composto somente de normas primárias para um sistema constituído, também, de normas secundárias. Entretanto, poderá o complexo normativo de regras primárias e secundárias ser instrumentalizado igualmente para a subjugação dos mais fracos, externalizando o Direito como violência. Assim, Hart apresenta esta como uma nova razão para que o Direito *deva* se conformar com a Moral na tentativa de frear referida relação de subjugação, além do conteúdo mínimo do Direito Natural²⁷².

Dessa possível conexão necessária entre Direito e Moral, Hart apresenta seis situações em que o Direito se comunicará de alguma forma com a Moral:

(i) *O poder e a autoridade*: como o Direito determina, pressupondo uma vontade humana, que comportamentos sejam ou não realizados por outros homens, essa relação entre os indivíduos não poderá ser estabelecida somente baseada numa relação de submissão de uma vontade sobre as demais. O Direito como *coerção* exigirá, conforme já sustentado, uma aderência voluntária dos seus destinatários e, uma vez aceito o sistema jurídico, se reconhece sua própria autoridade. Certo é que serão várias as razões que determinam a aderência ao sistema, inclusive elementos morais, mas não elementos controláveis para se determinar isso.

Assim, quando há a obediência e a aceitação da autoridade do sistema jurídico, não se pode determinar que assim o fizesse porque se reconhece que o que está previsto no Direito é moralmente correto²⁷³. Aqui, essa conexão ainda não é possível.

(ii) *A influência da moral sobre o direito*. A interferência da Moral no Direito poderá ocorrer tanto mediante ingerências nos processos legislativos, em que questões morais sejam tematizadas e institucionalizadas, constituindo o que Hart reconhece como influência abrupta. Entretanto, essa conexão poderá ocorrer de forma mais paulatina, por meio dos processos judiciais²⁷⁴.

Segundo Hart, diante dessa conexão,

²⁷² Ibid., p. 218.

²⁷³ Ibid., p. 219.

²⁷⁴ Ibid., p. 220.

Nenhum <<positivista>> poderá negar estes factos, nem que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte de tais tipos de correspondência com a moral. Se tal for o que se quer dizer com a expressão conexão necessária do direito e da moral, então a sua existência deverá ser admitida.²⁷⁵

(iii) *A interpretação.* Diante de abertura semântica dos textos, da textura aberta dos enunciados normativos, deixa-se um campo à atividade criativa do julgador. Assim, não caberá ao intérprete somente extrair um sentido pré-determinado no texto normativo (este que já possui indeterminações), mas, também, não será atribuído um poder arbitrário para atribuir qualquer sentido. Portanto, sua interpretação deve ser realizada de tal modo que seja guiada “[...] pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípio morais assentes [...]”²⁷⁶. As interpretações exigirão ponderações de valores, de escolhas, e estas devem ser razoáveis, pautadas na neutralidade e na imparcialidade, na consideração de todos os interesses em debate e a apresentação de uma solução que seja racionalmente aceita²⁷⁷.

Essas balizas da decisão são os elementos morais que irão se inserir na interpretação do Direito, o que determinará uma conexão necessária entre Direito e Moral.

(iv) *A crítica ao direito.* Quando se realiza uma análise do Direito, esta é destinada a afirmar se o sistema normativo é *bom* ou *mal*. E, para tanto, os elementos que permitem afirmar que o Direito é *bom* é o cumprimento a certas exigências morais, tais como aquelas apresentadas quando se falou em interpretação do Direito (iii).

A questão se apresenta em determinar qual Moral que deverá ser levada em consideração para criticar o Direito:

[...] Quererá a palavra moral, com a qual o direito se deve conformar, para ser bom, significar a moral aceite pelo grupo de cujo direito se trata, ainda, que tal moral possa basear-se na superstição ou possa negar os seus benefícios e protecção aos escravos ou às classes subjugadas? Ou moral quererá significar padrões esclarecidos, no sentido de que se baseiam em crenças racionais no tocante a questões de facto, e aceitam que todos os seres humanos tenham direito a igual consideração e respeito?²⁷⁸

Assim, o Direito, buscando determinar uma exigência Moral, deverá garantir, dentro de várias possibilidades de reivindicações morais, certas proteções e liberdades fundamentais

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ Ibid., p. 221.

²⁷⁸ Ibid., p. 222.

aos seus destinatários, sendo que uma Moral que não reserve ao menos essas garantias mínimas ingressa em uma contradição interna ou irracionalidade.

Mas essas exigências, que podem ser consideradas mínimas, da Moral, embora venham a ser exigidas no Direito, durante muitos períodos, sistemas jurídicos mantiveram sua existência e validade, mesmo sem seu cumprimento, o que leva a considerar que esta mínima exigência moral, uma vez não reconhecida, não implica o controle do jurídico; logo, normas iníquas permanecem jurídicas²⁷⁹.

(v) *Princípios de legalidade e justiça.* Quando se realiza um juízo de valor de um sistema normativo, comparando-o à Moral, Hart sustenta que, pelo simples fato de o Direito se apresentar como estabelecimento de enunciados normativos que devem ser aplicados para todos a quem se destina, sem qualquer distinção e preconceito, já se expõe como critério para se determinar que, minimamente, há conexão entre Direito e Moral. Estaria, aqui, na imparcialidade do Direito, o germe da Justiça²⁸⁰.

A exigência, portanto, de que, dentro do sistema normativo, as normas tenham que “[...] ser inteligíveis e ao alcance da capacidade de obediência da maior parte das pessoas e, em geral, não devem ser retroactivas, embora excepcionalmente possam ser [...]”²⁸¹. Essa exigência mínima representa uma pretensão Moral de que, por exemplo, aqueles que sejam acusados de algo possam se defender, possam conhecer as regras que determinam seu comportamento e, assim, tenham uma solução do conflito mais adequado e previsível. Essa pretensão Moral, então, é satisfeita, *a priori*, pelo princípio da legalidade que determinará uma conexão interna entre Direito e Moral²⁸².

(v) *Validade jurídica e resistência ao direito.* A grande questão que se apresenta como resultado da conexão entre Direito e Moral se dará quanto à possibilidade de controle do Jurídico pela Moral; ou seja, quando se sustenta a possibilidade de se retirar o caráter jurídico quando o enunciado normativo não cumpre determinados requisitos da Moral. É, aqui, que as seguintes questões devem ser tematizadas:

Qual foi então a preocupação dos grandes gritos de guerra do positivismo jurídico: <<a existência do direito é uma coisa; o seu mérito ou demérito, outra>>; <<O direito de um Estado não é um ideal, mas algo que realmente existe... não é o que devia ser, mas o que é>>; <<as normas jurídicas podem ter qualquer espécie de conteúdo>>?²⁸³

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Ibid., p. 223.

²⁸¹ Ibid.

²⁸² Ibid.

²⁸³ Ibid.

Como deveríamos agir, desse modo, enquanto meros cidadãos, funcionários subordinados, pessoas comuns, diante de um enunciado normativo que fosse criado mediante o cumprimento de todos os requisitos formais (estabelecidos pelas regras de reconhecimento), mas que se apresenta moralmente iníquo?

Hart fixa como primeiro ponto de vista a capacidade dos indivíduos de reconhecerem a validade do Direito iníquo, porém, uma vez imoral, deveria ser recusada a sua aplicação; deveríamos dizer: “[...]«isto é direito, mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido»»²⁸⁴.

Diametralmente oposto a este ponto de vista, após as mudanças de paradigmas institucionais e políticos marcados em revoluções, guerras etc., os tribunais de um sistema devem apreciar os comportamentos dos cidadãos e dos funcionários do antigo regime que atingiram um interesse jurídico. A sociedade e o novo paradigma político poderão ansiar pela sanção daqueles comportamentos, entretanto, para isso, seria necessário retroagir leis penais punindo condutas que eram permitidas legalmente, e isso que poderia gerar maior reprovação moral que a própria conduta praticada, não reconhecendo a validade jurídica diante da violação moral:

[...] Pode parecer então tentador dizer que as leis que se associaram à iniquidade ou a permitiram não deviam ser reconhecidas como válidas, ou não deviam ter a qualificação de direito, mesmo se o sistema em que foram promulgadas não reconhecia qualquer restrição à competência legislativa do seu poder legislativo.²⁸⁵

Foram esses argumentos utilizados pelos Tribunais constituídos no pós-Segunda Guerra que justificaram o não reconhecimento do caráter jurídico das regras que constituíam o sistema normativo nazista; mas seriam adequadas as argumentações pautadas num Direito suprapositivo, um Direito Natural?

Hart propõe, então, uma análise quanto ao método de classificação das regras em um âmbito mais amplo e mais restrito. Segundo um conceito mais amplo, o Direito seria compreendido como todas as regras válidas, constituindo um sistema de regras primárias e secundárias, sem que se tenha que adentrar ao mérito de que respectiva regra observa (ou não) um conteúdo moral; logo, mesmo que iníquo moralmente, mas que, dentro desse sistema de regras primárias e secundárias, a sua validade jurídica será reconhecida²⁸⁶.

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ Ibid. p. 224.

²⁸⁶ Ibid., p. 225.

Para um conceito mais restrito, seria extirpada do sistema jurídico toda regra que não cumprisse as exigências morais, portanto, que fosse moralmente ofensiva. Em Hart, parece “[...] claro que nada há a ganhar no estudo teórico ou científico do direito, enquanto fenômeno social, com a adoção do conceito mais restrito: levar-nos-ia a excluir certas regras, mesmo que elas apresentassem todas as outras características complexas do direito”²⁸⁷. O que restaria, pelo contrário, seria a atribuição de outras disciplinas, que não a jurídica, para solucionar questões morais e, portanto, questões jurídicas de forma reflexiva.

Esse deslocamento de objeto de estudo para outras disciplinas seria evitado caso se adotasse a concepção ampla das normas jurídicas, sendo que caberiam, também, às disciplinas jurídicas debater e tematizar que as regras, embora válidas, fossem moralmente iníquas, já que o “[...] estudo de seu uso envolve o estudo do seu abuso”²⁸⁸.

Ademais, reduzir o reconhecimento do jurídico ao respeito às exigências morais permitiria simplificar, excessiva e grosseiramente, a variedade de questões morais que dão origem a esses debates; poderiam juízos apressados ser realizados quanto às efetivas iniquidades normativas e consequências mais iníquas seriam seus resultados. Além disso, como poderíamos exigir de cada indivíduo sujeito ao sistema normativo injusto o reconhecimento de que seu comportamento adequado à regra representaria um comportamento imoral?

Essas questões complexas não poderiam ser resolvidas com meras considerações quanto à separação ou conexão absoluta, portanto “[...] não podem ser resolvidos por um recusa, feita de uma vez para sempre, de reconhecer as leis más como válidas para todo e qualquer fim. Trata-se de uma atitude demasiado brutal para complexas e delicadas questões morais”²⁸⁹.

Entretanto, a separação entre aquilo que é o Direito (Direito válido) e aquilo que *deve* ser o Direito (Direito Moral) será de fundamental importância para compreender essa complexa interação, isso que não seria permitido pela compreensão restritiva do Direito.

Além disso, salienta Hart que, na pretensão de que entre Direito e Moral há uma conexão necessária, existem muitas variantes, uma vez que “[...] [h]á muitas interpretações possíveis dos termos-chave <<necessário>> e <<moral>> e estas nem sempre têm sido distinguidas e consideradas separadamente, tanto pelos defensores como pelos críticos [...]”.
Segue o autor:

²⁸⁷ Ibid., p. 226.

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ Ibid., p. 227.

[...] A mais clara, talvez, porque é a forma de expressão mais extrema deste ponto de vista, é a que está associada à tradição tomista do Direito Natural. Ela contém uma afirmação dupla: em primeiro lugar, que há certos princípios de verdadeira moral ou justiça, passíveis de descoberta pela razão humana sem o auxílio da revelação, ainda que tenham uma origem divina; em segundo lugar, que as leis elaboradas pelos homens que contrariam estes princípios não são direito válido. <<Lex iniusta non est lex>>. Outras variantes deste ponto de vista geral adoptam uma diferente visão, tanto do estatuto dos princípios da moral, como das consequências do conflito entre direito e moral [...].

Para Hart, porém, por haver distinção entre regras morais e regras jurídicas, em algumas hipóteses até poderá haver coincidência em exigirem ou proibirem o mesmo comportamento (isso que não é essencial ao estatuto de todas as regras jurídicas), já que “[...] [u]ma regra jurídica pode ser considerada pelas pessoas em geral como não tendo importância suficiente para ser mantida; pode até haver concordância geral em como deveria ser revogada: porém, permanece como regra jurídica até ser revogada [...]” .

Em seu pós-escrito, publicado mais de trinta e dois anos após o lançamento da sua obra, Hart expõe seus argumentos contra as críticas apresentadas por Ronald Dworkin, afirmando, inicialmente, que, “[...] embora haja muitas conexões contingentes diferentes entre o direito e a moral, não há conexões conceptuais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral, e daí que possam ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas [...]” .

Essa segregação calha porque o Direito se socorre do ponto coercivo para restringir ou ampliar liberdades, conferir ou retirar poderes, enquanto que a Moral se desenvolve em outro campo, instalado nas interações intersubjetivas que não exigem elementos coercivos, que sejam intrínsecos a ela. Para se utilizar de exemplo apresentado por Hart, um homem que vai à Igreja e retira o chapéu para assistir o rito religioso não está, necessariamente, submetido a realizar tal ato pela força coativa de uma regra jurídica primária que lhe atribui tal dever, mas tão somente nos hábitos de uma determinada comunidade. O descumprimento de referida regra social, que poderá conter algum conteúdo moral, não lhe trará consequências na esfera jurídica (poderá sofrer represália da comunidade religiosa, mas não do sistema jurídico).

Por tais razões Hart, afirma que,

[...] Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requerem atenção como pontos focais nas actuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito. Por isso, é falso que as afirmações de direitos e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral para sustentar a afirmação da sua existência.

A identificação do Direito, nos mesmos termos que as construções desenvolvidas por Hans Kelsen, pode se dar por fontes que não estão ligadas à moral (para Hart, a identificação do direito ocorre mediante a Regra de Reconhecimento e, para Kelsen, mediante a Norma Hipotética Fundamental), diferentemente de Dworkin, que afirma que, para se determinar o que é Direito, é fundamental realizar um juízo moral, já que “as proposições de direito são verdadeiras apenas se, juntamente com outras premissas, decorrem daquele conjunto de princípios, os quais melhor se ajustam a todo o direito estabelecido, identificado por referência às fontes sociais do direito, e lhe conferem a melhor justificação moral”²⁹⁰.

Percebe-se, portanto, que tanto em Kelsen quanto em Hart, a preocupação é, fundamentalmente, realizar a devida distinção entre Direito e Moral, justamente para poder se determinar o conteúdo científico e objetivo do primeiro, o que levará à impossibilidade de um controle do Direito pela Moral, sendo certo que somente o Direito poderá realizar os devidos reajustes do sistema normativo, mediante instrumentos estritamente jurídicos e não morais.

3.2.3 O ponto de vista interno hartiano como elemento ponte para a tematização das premissas normativas

O Direito é concebido a partir da capacidade intelectual do ser humano, logo corresponde ao esforço de homens e mulheres “[...] que mantém ao promoverem o seu uso e as correções necessárias ao seu bom funcionamento [...]”²⁹¹; não se apresenta pronto e acabado na natureza, mas criado pela aptidão linguística humana. Assim, mostra-se de fundamental importância compreender as possibilidades de análise do Direito, pressupondo o que Hart nos apresenta como *ponto de vista interno* e *ponto de vista externo*²⁹², que será aqui analisado.

Quando se fala em pontos de vista, é necessário que um dado agrupamento social tenha um conjunto normativo que regulamente seus comportamentos. Os pontos de vista

²⁹⁰ Ibid., p. 332.

²⁹¹ CUNHA, Mirlir; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O erro metodológico de Hart: Ensaio sobre a relevância e as implicações do ponto de vista interno na teoria jurídica contemporânea. In.: **Juridicidade, Fundamentação & Discurso**. Coord. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; SOARES, Fabiana de Menezes. Belo Horizonte: Initia Via. 2012. p. 44.

²⁹² Esta constatação é, como nos explica Thomas da Rosa de Bustamante, essencial, já que “[...] sem essa ‘virada hartiana’ a teoria jurídica fica um tanto quanto incompleta, pois permanece necessariamente presa a um certo tipo de positivismo que vê o Direito apenas como um ‘fato social’, como um produto pronto e acabado que é fruto unicamente da decisão de uma autoridade cujos poderes estão institucionalizados de alguma maneira na sociedade [...]” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de Bustamante. **Teoria do Direito ...** Op. Cit., p. 148/149).

interno e externo se distinguirão diante da forma em que o sujeito que analisa o Direito se colocará frente a esse conjunto normativo.

Para delimitar aquilo que chama de *ponto de vista interno e ponto de vista externo* Hart, baseado nas regras de reconhecimento e regras primárias, utiliza as regras de pontuação de um jogo. As regras que determinam como se deve proceder para jogar, pontuar, participar, delimitar o campo, as faltas etc., nem sempre são expressamente determinadas, porém, tanto os participantes quanto os árbitros reconhecem-na e a aplicam no decorrer da partida²⁹³.

O fato de reconhecer e aceitar referidas regras determina uma atuação reflexiva do participante, este agir que determinará o que Hart denomina o ponto de vista interno. Assim, quando o árbitro e os jogadores, embora não estabeleçam antes de cada partida expressamente quais são as regras do jogo, seus comportamentos são guiados por elas, mediante seu reconhecimento e aceitação. Aqueles que as reconhecem “[...] através desse uso a sua própria aceitação das regras como regras de orientação e, relativamente a esta atitude, está associado um vocabulário característico diferente das expressões naturais do ponto de vista externo [...]”²⁹⁴.

Em contrapartida, o ponto de vista externo é marcado pela mera descrição da regra sem que haja a externalização da sua aceitação (do observador), podendo descrever que um determinado grupo as aceita ou não. Compõe esta a *afirmação externa*, “[...] porque é a linguagem natural de um observador externo ao sistema que, sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o facto de que outros a aceitam”²⁹⁵. Esse ponto de vista, por sua vez, poderá ser de diferentes tipos²⁹⁶. Poderá o observador, que não aceita as regras em análise, descrever que seus destinatários as aceitam, portanto, a partir de um ponto de vista *interno* dos afetados. Aqui nos deparamos com o ponto de vista *externo-interno*, ou, como nos ensina Bustamante e Cunha, o ponto de vista hermenêutico, fazendo referência à análise de Neil MacCormick. Nesse sentido:

Como explica MacCormick, a melhor maneira de se entender o ponto de vista externo-interno (ou “hermenêutico”) proposto por Hart é no sentido de que, para Hart, este ponto de vista, característico do teórico do direito, se diferencia do ponto de vista interno, típico dos participantes da prática jurídica, da seguinte maneira: enquanto o participante “aceita” a regra de reconhecimento tanto do ponto de vista *volitivo* como do ponto de vista *cognitivo*, o teórico do direito, ao considerar a perspectiva do aplicador do direito apenas para entender o que aceita como uma regra de

²⁹³ HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit., p. 113.

²⁹⁴ Ibid., p. 113.

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ Ibid., p. 99.

reconhecimento, adota um ponto de vista interno *cognitivo*, mas não *volitivo* (MACCORMICK, 2010, p. 58). O teórico do direito adota um ponto de vista interno cognitivo porque ele precisa se pôr no mesmo plano do aplicador do direito para compartilhar a sua compreensão da regra de reconhecimento e, dessa forma, conhecer o conteúdo do direito. Mas ele não adota integralmente esse mesmo plano, e permanece como um observador externo, pois ele próprio não aceita a regra de reconhecimento como um critério vinculante para si. É o ponto de vista interno-externo a tese central da metodologia proposta na Teoria do Direito de Hart, que, segundo MacCormick, deve ser chamada de hermenêutica.²⁹⁷

Poderá o observador, entretanto, não analisar o caráter volitivo dos destinatários das normas, desprezando o ponto de vista interno do grupo. Para este observador, cumprirá sua função, levando em consideração um ponto de vista externo, com a “[...] anotação das regularidades de comportamentos observáveis em que consiste em parte a conformidade com as regras, e das demais regularidades, na forma de reacções hostis, censuras e castigos com que os desvios das regras são combatidos”²⁹⁸. Esse ponto de vista despreocupado com o ponto de vista interno do grupo é denominado de ponto de vista “externo-extremo”:

Alerta Hart que, se o observador perseverar em uma postura “radicalmente externa”, e permanecer no ponto de vista externo-extremo, desconsiderando completamente a forma como os membros do grupo que aceitam as regras veem seu próprio comportamento usual, a sua descrição não corresponderá, de modo algum, à noção de regra [...]²⁹⁹

Quando o observador se resume a analisar o comportamento social diante das regras estabelecidas, desprezando o ponto de vista interno do grupo, se abreviará a descrever regularidades observáveis de conduta, de predições, de probabilidades e de sinais³⁰⁰. Havendo um comportamento contrário àquele previsto no ordenamento jurídico, este observador se resumirá em descrever que, em casos de descumprimento das regras jurídicas, habitualmente se aplicam sanções, logo, provavelmente para o agressor, também lhe será aplicada uma sanção, e nada mais³⁰¹. Assim, despreza o modo como o grupo encara seu próprio comportamento, não levando em consideração a diferença de categoria entre as regras sociais (como, por exemplo, as que determinam a prática de um crime) e as leis da natureza, já que o observador não se importará quanto ao efeito das regras como razões para os comportamentos. Portanto, da mesma forma como observa que, havendo nuvens carregadas,

²⁹⁷ CUNHA, Mirlir; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O erro metodológico ... Op. Cit., p. 38.

²⁹⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit., p. 99.

²⁹⁹ CUNHA, Mirlir; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O erro metodológico ... Op. Cit., p. 38.

³⁰⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit., p. 99.

³⁰¹ Ibid.

provavelmente choverá, constatará que aquele que pratica homicídio provavelmente será punido, pois, regularmente, quem pratica crime é punido.

[...] Para tal observador, os desvios de conduta normal por parte de um membro do grupo serão um sinal de que é provável que se seguirá uma reacção hostil, e nada mais. O seu ponto de vista será semelhante ao daquele que, depois de ter observado durante algum tempo o funcionamento de um sinal de trânsito numa rua de grande movimento, se limita a dizer que, quando as luzes passam a encarnado, há uma probabilidade elevada de que o trânsito pare. Ele trata a luz apenas como um *sinal natural de que* as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um *sinal de que* virá chuva. Ao fazer assim, escapar-lhe-á uma dimensão total da vida social daqueles que ele observa, uma vez que, para estes, a luz encarnada não é apenas um sinal de que os outros vão parar: encaram tal como um *sinal para* eles pararem e, por isso, como uma razão para parar em conformidade com as regras que transformam o acto de parar, quando a luz está encarnada, num padrão de comportamento e numa obrigação. Mencionar isto é trazer para o relato o modo por que o grupo encara o seu próprio comportamento. Significa referir-se ao aspecto interno das regras, visto do ponto de vista interno dele.³⁰²

Assim, quando se pretende formular uma crítica ao ponto de vista externo, se verificará que não basta ao intérprete observar externamente o semáforo como um instrumento dado pela natureza que indica probabilidade de comportamentos humanos (que ao sinal verde, como isso já vem ocorrendo, provavelmente as pessoas irão cruzar a avenida e, ao sinal vermelho, provavelmente irão parar), mas deverá ter a consciência de que referido instrumento apresenta-se como elemento simbólico proveniente da racionalidade humana, que estabelece *ordens* para organizar o movimento correto e seguro nas vias de trânsito, portanto, representando *razões* para o agir humano.

Para o ponto de vista externo, serão comuns frases tais como “[...] <<Estava obrigado a fazer tal>>, <<Provavelmente sofrerei por causa disso, se ...>>, <<Far-te-ão aquilo se ...>> [...]”³⁰³. Em contrapartida, não precisará de expressões como “[...] <<tinha a obrigação>> ou <<tens a obrigação>> [...]”³⁰⁴, já que estas exigem uma reflexão do próprio comportamento em relação a uma norma prevista; logo, necessita reconhecer e aceitar uma regra, pressupondo o ponto de vista interno, em que se analisará *razões* para cumprir determinado comportamento.

Pode-se afirmar que referidas construções são de fundamental importância, haja vista que o teórico do direito, o magistrado, o advogado, as partes do processo ou qualquer um que

³⁰² Ibid. p. 99-100

³⁰³ Ibid., p. 100.

³⁰⁴ Ibid.

se disponha a analisar o Direito poderá deixar aquela postura de mero observador (a partir de um ponto de vista externo), assumindo uma postura de participante, possibilitando um alargamento do conhecimento jurídico. Segundo Thomas da Rosa de Bustamante,

[...] essa concepção alargada do ordenamento jurídico traz para dentro da noção de “sistema jurídico” os procedimentos argumentativos (ditados pela teoria da argumentação) necessários para fundamentar corretamente uma decisão jurídica. Isso implica, inevitavelmente, um alargamento também do conceito de Direito. Esse alargamento só foi possibilitado pela adoção da perspectiva do participante, ou seja, do jurista que está preocupado não apenas em descrever o Direito que existe como um fato cultural, e, portanto, como algo que pode ser encontrado no passado, mas em convencer os destinatários da teoria jurídica – e em especial os juízes – de que “a sua proposta [de interpretação ou de aplicação do Direito] é a mais correta”.³⁰⁵

Vale ressaltar, conforme o fez Bustamante, que, embora Hart alerte pela atuação participativa do hermeneuta julgador, abrindo caminho para a superação do positivismo clássico e para a institucionalização das mais interessantes teorias da argumentação jurídica, “Hart nem abandonou o positivismo jurídico e nem utilizou seu *insight* para resolver a questão da relação entre os domínios da legalidade e da moralidade”³⁰⁶, ainda que reconheça haver uma relação entre Direito e Moral, sustentando, inclusive, um certo “conteúdo mínimo de Direito natural” para qualquer ordenamento jurídico já sustentado no item anterior³⁰⁷. Nesse sentido,

[...] apesar do enorme sucesso, “por maior que fosse a competência de Hart como jurista, maior do que a de qualquer outro jurista britânico do século XX, não se pode alegar que a obra dele seja impecável ou que apresente uma visão integral e completa do Direito. Como toda grande obra, traz marcas de tempo e lugar; e como toda grande obra, é certamente passível de críticas e deve pelo menos um pouco de sua importância às críticas que provocou” (MACCORMICK, 2010, p. 12). E foram essas críticas à sua teoria que deram “sobrevida” às suas ideias ao longo desses cinquenta anos de debate.³⁰⁸

Apesar de ter construído argumentos que colocaram em certa evidência o ponto de vista interno, superando todas as construções teóricas anteriores que ignoravam referido ponto, Hart estruturou sua construção teórica sobre o alicerce do ponto de vista externo, não libertando “[...] o filósofo do direito de se relacionar neste aspecto, considerado pelos autores

³⁰⁵ Ibid., p. 152.

³⁰⁶ Ibid. p. 151.

³⁰⁷ Ibid. p. 152.

³⁰⁸ CUNHA, Mirlir; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O erro metodológico ... Op. Cit., p. 41.

deste trabalho como o que realmente importa [...]”³⁰⁹. Com a pretensão de realizar uma análise científica e neutra do Direito, Hart fixou sua construção no ponto de vista *externo*, porém, aplicando, em alguns momentos, o ponto de vista interno em evidência, o que acaba gerando uma tensão “[...] em sua própria teoria ocasionada pela exigência desses dois aspectos por um nível diferente de comprometimento científico. O meio termo proposto por Hart gera uma insatisfação que só poderá ser resolvida com a opção por uma dessas perspectivas científicas [...]”³¹⁰.

Portanto, mesmo que tenha desenvolvido a concepção do ponto de vista interno, toda construção hartiana acaba correspondendo a uma teoria “[...] de transição que aponta na direção certa, mas não conduz longe o bastante [...]”³¹¹.

O jurista observador apenas se colocará diante do fenômeno jurídico como elemento externo, que não interage com o objeto observado, não podendo, com isso, alterar sua substância, questionar suas premissas, mas irá se resumir a descrever a hipótese de incidência e as consequências jurídicas a serem aplicadas. É o que asseguram Cunha e Bustamante:

Não obstante a preocupação de Hart com a coerência do sistema jurídico com os pressupostos que lhe garantem funcionalidade, sua análise do direito não ousa permitir que se discuta, na prática, questões relativas aos fundamentos do direito. O mais próximo a essas discussões sobre divergências em seu texto é a afirmação de que a escolha do intérprete é orientada pelo pressuposto de que o objetivo da norma interpretada é razoável, de modo que esta não se destina a promover injustiças ou ofender princípios morais estabelecidos.³¹²

O que é chamada de “virada hartiana” é justamente esta rotação da atuação do hermeneuta enquanto mero observador, que constata o fenômeno jurídico, inserindo-se neste como verdadeiro elemento criativo, assumindo postura reflexiva das próprias premissas do ordenamento, alcançando a consciência de que o Direito é fruto de sua própria atividade. Quando se inicia a tematização da própria premissa normativa, daquilo que se compreende como a decisão correta, abandona-se a postura de mero observador e se assume a *status* de participante³¹³.

Aqueles que possuem capacidade para aplicar os enunciados normativos não deverão somente analisar as questões fáticas, mas também “[...] podem adentrar em desavenças

³⁰⁹ Ibid., p. 42.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Ibid., p. 41.

³¹² Ibid., p. 44.

³¹³ Ibid., p. 45.

teóricas sobre os fundamentos do direito [...]”, o que determinará, necessariamente, o abandono do ponto de vista externo, meramente descritivo, para o ponto de vista interno.

Quando se tematizam os pressupostos normativos, questões políticas e morais se inserem também como critérios para a própria identificação do Direito. Ademais, como “[...] a palavra é o que une os homens entre si e a realidade, esta não poderia reconhecer a separação entre o que é moral, político e jurídico sem, levar em consideração a prática jurídica que, claramente, reconhece essas três dimensões (e, quiçá, entre tantas outras), valores transversais e sobrepostos, conforme o caso”³¹⁴.

Portanto, a atuação do julgador como mero observador já não se apresentava satisfatória, pois diante da reviravolta hermenêutico-linguística-pragmática³¹⁵, que superou o pressuposto metodológico do homem solipsista (homem que conhece e objeto que é conhecido), transitou do “eu penso” para “eu argumento”, passou-se a exigir um comportamento participativo/criativo no interior de uma relação intersubjetiva dos indivíduos que dialogam, guiados pela ética do discurso³¹⁶.

O texto normativo não expressa a totalidade dos sentidos, não se permite estabelecer um liame correspondencial entre a linguagem escrita e os fenômenos da vida de forma absoluta e exauriente, como se fosse possível uma verdade correspondencial.

A partir do que se passou a considerar como giro linguístico (“*linguistic turn*”), conforme já sustentado, ficou marcada a superação do conhecimento designado pela relação homem que conhece e objeto que é conhecido³¹⁷, para uma relação *sujeito x sujeito*; a verdade deixou de ser marcada pela descoberta da essência dos objetos, para uma verdade estabelecida intersubjetivamente pelos seres comunicantes.

Diante da virada linguística, a atuação daquele que analisa o Direito não poderá se resumir a descrever objetos, buscando extrair um sentido imanente das coisas, uma vez que

³¹⁴ Ibid., p. 46.

³¹⁵ Sobre a virada linguística ver nota 34.

³¹⁶ Segundo P. M. S. Hacker a obra *Tractatus Logico-Philosophicus* de Ludwig Wittgenstein “foi a principal inspiração do Círculo de Viena, núcleo formador do movimento conhecido como ‘positivismo lógico’, que floresceria entre a Primeira e a Segunda Guerras. Foi também o maior influenciador da escola analítica de Cambridge nos anos 20 e 30. O *Tractatus* deu origem à “virada linguística” que caracterizou a filosofia analítica do século XX, direcionando a investigação e a metodologia filosóficas para o estudo da lógica de nossa linguagem e do uso que fazemos dela” (HACKER, P. M. S. **Wittgenstein**. Tradução de João Virgílio Gallenari Cuter. São Paulo/Editora Unesp. 2000. p. 7).

³¹⁷ A teoria da verdade correspondencial afirma que “[...] uma sentença ou uma expressão, por exemplo, uma proposição ou uma afirmação (statement) só pode ser chamada de verdadeira se e quando o estado das coisas às quais a sentença dá expressão de fato existe. Um estado de coisas que existem é um fato. Assim, a verdade pode ser definida como uma correspondência entre a sentença e o fato” *In.*: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação ...** Op. Cit., p. 92).

estes são construídos linguisticamente, levando em conta a atribuição competente de sentido.

Assim:

[...] aqueles que pretendem ser leais aos ganhos da análise sobre o pensamento jurídico e a concepção sobre o que é o direito, promovidos por Hart, devem abandonar por completo a metodologia descritiva do positivismo e a identificação de um aspecto externo do direito, já que este não é transparente ou legítimo aos sujeitos que vivenciam e desenvolvem a prática do direito.³¹⁸

Nesse sentido, a impossibilidade de se assumir uma postura meramente descritiva do Direito ocorre, principalmente, porque:

- a) o Direito deve ser observado como fruto da atividade humana, portanto, está em constante fase de construção, sendo o homem e suas interações linguísticas sua fonte criativa;
- b) com a virada linguística, percebeu-se que a externalização da linguagem (institucionalizada em forma de enunciados normativos) não conseguirá estabelecer uma verdade correspondencial entre linguagem e fatos do mundo da vida; com isso, não há possibilidade de o legislador estabelecer um enunciado normativo que seja absolutamente límpido e claro, de forma a impedir qualquer interpretação, conforme nos ensina Streck³¹⁹, sendo certo que toda análise do texto de lei será análise interpretativa, a qual dará origem a uma norma (possuidora de elemento deôntico);
 - b.1) não há identidade entre enunciado normativo (texto de lei) e norma, sendo que a norma (que estabelecerá um dever-ser – elemento deôntico – para os indivíduos) será fruto da atividade interpretativa do hermeneuta julgador, o que exigirá uma participação do hermeneuta e não uma mera descrição do Direito e dos textos legais.

Segundo Humberto Ávila, ao preencher o quadro normativo, alcançando-se a norma pela atividade interpretativa, deverá o julgador examinar a razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido

³¹⁸ CUNHA, Mirlir; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O erro metodológico ... Op. Cit., p. 47.

³¹⁹ Segundo Streck, não há clareza que dispense interpretação; assim: “[...] se no mínimo defasada a decisão do Min. Ricardo Lewandowski, que no ano de 2012 ainda lançou mão do brocardo que afirma inexistir interpretação diante da clareza do texto, ressaltando e elogiando esse legado da Escola Exegese. *Verbis*: ‘Nessa linha de raciocínio, a tão criticada – e de há muito superada – Escola da Exegese, que pontificou na França no século XIX, na esteira da edição do Código Civil Napoleônico, legou-nos uma assertiva de difícil, senão impossível, contestação: *In claris cessat interpretatio*. Ou seja, quando a lei é clara não há espaço para a interpretação’ (decisão do Min. Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 54) [...]” (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre/Livraria do Advogado. 2013. p. 56.).

da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*ouerruling*). “Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras “possuem” um modo absoluto “tudo ou nada” de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados”³²⁰.

Assim, para tornar mais clara nossas argumentações, tomemos o exemplo apresentado por Ávila³²¹:

A norma construída a partir do art. 224 do Código Penal, ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos. *Se* for praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, *então* deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma, dentro do padrão classificatório aqui examinado, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se a vítima for menor de 14 anos, e a regra for válida, o estupro com violência presumida deve ser aceito. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias *não previstas pela própria ou outra regra*.³²²

Observa-se que a solução dada ao caso concreto não vem estabelecida de forma absoluta e abstrata no enunciado normativo, permitindo tão somente uma análise descritiva do Direito, partindo do ponto de vista externo do Direito, como propõe Hart, mas constrói-se a norma de forma argumentativa, observando o caso concreto, as razões oriundas no texto legal e do caso individualizado, devendo o magistrado levar em consideração todo sistema normativo e a ordem constitucional. Assim, como afirma Barroso, “[...] [n]a medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da

³²⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo/Malheiros, 2003, p. 38-39.

³²¹ Vale ressaltar que, neste exemplo, Ávila buscar criticar o critério de distinção entre regras e princípios do modo de aplicação “tudo ou nada” – das regras – demonstrando que esta espécie normativa também se submete à proporcionalidade – de suas razões. O que queremos demonstrar é que, uma vez não havendo identidade entre enunciado normativo e norma, caberá ao julgador criar a norma mediante atividade hermenêutica, buscando as razões do enunciado inserido no sistema normativo.

³²² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos ...** Op. Cit. p. 37.

pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito”³²³.

Por tais razões, as construções de Herbert Hart, embora não tenham permitido se alcançar maiores conquistas no campo da Hermenêutica Jurídica e da Teoria da Argumentação, uma vez que deixou em evidência o ponto de vista externo; todas aquelas relacionadas ao ponto de vista interno, no entanto, são de grande importância para a ciência do Direito e para os posteriores desenvolvimentos teóricos, como aqueles desenvolvidos por Robert Alexy e para a possibilidade de sustentar a factível conexão entre Direito e Moral, a partir do ponto de vista do participante, que exigirá uma pretensão de correção do Direito.

³²³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 17 de janeiro de 2013, p. 11.

4. A TESE DE CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL NO NÃO-POSITIVISMO ALEXYANO: a pretensão de correção do Direito e a possibilidade de tematização dos enunciados normativos

4.1 A conexão necessária entre Direito e Moral em Robert Alexy

A questão da conexão entre Direito e Moral alcança tanto a delimitação e compreensão do próprio sistema normativo e ordenamento jurídico quanto à própria extensão da Teoria da Argumentação. Para Alexy, “[...] hay una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general”³²⁴.

Realizadas as considerações, em forma de excursão, em relação à separação entre Direito e Moral nas obras de Hans Kelsen e Herbert Hart, percebe-se que as teorias positivistas defendem uma delimitação do Direito sem incluir qualquer elemento da Moral³²⁵; nesse sentido, constituem o Direito dois elementos: o elemento da decisão da autoridade (demarcado pelas regras do sistema estático apresentado por Kelsen) e o elemento da efetividade social³²⁶.

Diametralmente opostas, as teses não positivistas argumentam uma relação necessária entre Direito e Moral, como a alexyana; nesse sentido, o *status* jurídico também é constituído com elementos da Moral. Entretanto, “[...] sin embargo, ningún no positivista serio excluye del concepto de Derecho los elementos de la decisión de la autoridad y la efectividad social [...]”³²⁷. Logo, a força deontológica do Direito também se baseará em elementos do discurso de autoridade, da qual se socorre o próprio sistema normativo, bem como da verificação da efetividade, porém, isso não basta.

Segundo Alexy, os argumentos a serem apresentados para determinar uma relação de conexão ou separação podem ser divididos em três categorias: os analíticos, os empíricos e os normativos. Alexy se resume à análise dos elementos analíticos e normativos, uma vez que os elementos empíricos somente podem mostrar a relação entre Direito e Moral de forma

³²⁴ ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. Tradução de Pablo Larrañaga. *In.: Derecho y razón práctica*. México: Fontamara. 2010. p. 43.

³²⁵ Vale realizar uma ressalva quanto às considerações de Herbert Hart, que defende um Direito Natural mínimo, conforme já apresentado anteriormente, o que poderia permitir um conteúdo mínimo da Moral no Direito. Entretanto, o que vale deixar em evidência é que o *status* jurídico não é colocado em questão diante do não cumprimento dessas exigências mínimas. Diferente do que ocorre nas construções de Robert Alexy, que, como veremos nas próximas linhas, permite o controle do jurídico pela moral nos casos de injustiças extremas.

³²⁶ ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias ... Op. Cit., p. 44.

³²⁷ Ibid.

necessária, mediante certo uso da linguagem ou por certa prática, o que não implica uma conexão necessária em geral³²⁸.

Para o argumento *analítico*, em favor da tese positivista da separação, não há nexo conceitualmente necessário entre Direito e Moral ou como o Direito *é* ou como *deve ser*. Alexy alerta que este argumento não se confunde com a tese de que o conceito de Direito tem que se definir independentemente da Moral, já que o “[...] hecho de que los dos no deben confundirse se vuelve obvio con el talento de los no positivistas para conceder que no hay una conexión conceptual necesaria. Los no positivistas pueden fundamentar su tesis de que el concepto de derecho tiene que definirse con elementos de la Moral por medio de argumentos no analíticos”³²⁹.

Já os argumentos normativos de separação ou conexão se sustentam quando se assinalam que *é necessária* a exclusão ou a inclusão de elementos morais na identificação do Direito, justamente para se permitir que se alcance certo objetivo ou para o cumprimento de dada norma. Portanto, as “[...] conexiones o separaciones que se justifican de esta manera pueden llamarse ‘normativamente necesarias’ [...]”³³⁰.

Haverá argumentos normativos que sustentam a tese da separação, afirmando que, dessa forma, será possível alcançar uma maior claridade da linguagem, haja vista que expressões linguísticas que implicam elementos morais se apresentam de forma vaga ou ambígua, e conceitualmente isso garantirá uma segurança jurídica. Em relação à tese de conexão pelos argumentos normativos, sustenta-se que a conexão será fundamental para a solução de casos que envolvam injustiças no Direito, o que será abordado, de forma mais detida, com da análise do caso Mauerschützen.

Em decorrência do eterno debate travado entre juspositivismo e jusnaturalismo a delimitação do conceito de “Direito” não poderá se resumir às deduções de análises conceituais. Assim, pode-se justificar o conceito de Direito levando-se em consideração

³²⁸ Em relação aos argumentos de categoria empírica, Alexy aduz que: “Los argumentos empíricos pueden ser tanto aquéllos que se basan en la descripción de cierto uso del lenguaje o práctica como aquéllos que se refieren a necesidades fácticas. Los argumentos de este tipo sólo pueden mostrar que la relación entre Derecho y Moral es necesaria para cierto uso del lenguaje o para cierta práctica, pero no que es necesaria en general. Para mostrar lo anterior, el uso del lenguaje o la práctica analizada tienen que ser señalados de alguna manera. Los argumentos del segundo tipo pueden basarse en tesis empíricas como la de que el sistema jurídico que no protege la vida, la libertad y la propiedad es, sin embargo, también un requerimiento moral. Por lo tanto, se puede decir que satisfacer ciertos requerimientos es fácticamente necesario para que el derecho tenga una validez duradera y, consecuentemente, que esto es necesario para la existencia de un sistema jurídico (cf. Hart, 1961, p. 188 y ss.). También en esta versión, el argumento empírico queda incompleto, en lo Derecho y la Moral. Para decir, a partir de la tesis de que satisfacer ciertos requerimientos morales mínimos es necesario para la validez permanente del sistema jurídico, que tales requerimientos tienen que incluirse en el concepto de concepto de Derecho, se necesitan más premisas” (Ibid., p. 45).

³²⁹ Ibid., p. 45-46.

³³⁰ Ibid., p. 46.

elementos normativos, que determinarão uma sugestão de definição. Isso não implica sustentar uma abertura ilimitada do conceito do Direito, o que, por se tratar de uma “mera” sugestão de definição (partindo-se dos argumentos normativos), não culminará na possibilidade de atribuir qualquer sentido. Assim, defende Alexy que a “[...] afirmación sólo se refiere a una apertura con respecto a la conexión entre Moral y Derecho. Esta es equivalente a la tesis de que la conexión entre Derecho y Moral no es ni conceptualmente necesaria ni conceptualmente imposible”³³¹. Portanto, o ser normativamente necessário, que implicará uma sugestão de conceituação do Direito, não fixará uma conexão conceitualmente necessária nem impossível.

Segundo Alexy, a tese de separação total entre Direito e Moral, o que determina afirmar que não haverá comunicação em nenhuma possibilidade de aplicação, partiria de uma argumentação analítica que se sustentaria na impossibilidade de comunicação conceitual. Portanto:

Este no es el caso [da impossibilidade conceitual], y se vuelve obvio cuando observamos situaciones en las que un enunciado como: “La norma *N* ha sido correctamente establecida y es socialmente efectiva, pero no es Derecho porque viola los principios fundamentales” no contiene una contradicción, y la pregunta “¿La norma *N* ha sido creada correctamente y es socialmente efectiva, pero, es Derecho?” no carece de sentido. Lo único que puede probarse por argumentos analíticos por sí solos es el hecho de que hay algunas aplicaciones del término “derecho” en los que la Moral no puede ser incluida por razones conceptuales. Sin embargo, esto no es lo que dice la tesis de la separación. (g.n.)³³²

Assim, a tese de separação positivista tem que se sustentar em dois níveis: a) em um nível analítico, de que não há qualquer relação conceitual necessária entre Direito e Moral (o que confrontaria a argumentação de que o fato de confrontar direitos fundamentais lhe retiraria o caráter jurídico); e b) em um nível normativo, em que deverá sustentar que existem melhores razões para a tese da separação do que para a tese da conexão³³³.

Em sentido contrário, a tese de conexão não positivista deverá argumentar tanto (a) que há possibilidade de uma relação conceitual entre Direito e Moral, (b) sem ingressar em uma contradição performativa, bem como que existem melhores razões para a conexão do que para a separação.

Para a tese alexyana não positivista que sustenta a conexão, esta ocorrerá em um marco conceitual que consiste em quatro distinções: I) Conceito e Validez; II) Norma e

³³¹ Ibid., p. 47.

³³² Ibid., p. 47.

³³³ Ibid., p. 47-48.

Procedimento; III) O ponto de vista do observador e do participante; e IV) Conexões definitórias e qualificativas³³⁴.

O primeiro marco conceitual que dirá respeito ao conceito e à validade levará em consideração um conceito de Direito que inclua o conceito de validade e outro que não o inclua (I). Para tanto, Alexy propõe que a afirmação “[...] *N* es una norma jurídica, pero *N* ya no es válida – en esto momento – todavía” não ingressa numa contradição performativa, permanecendo válida. Com isso, pode-se afirmar que a compreensão que se tem do conceito de Direito não implica afirmar que a validade lhe constitui. Por outro lado, quando se sustenta que uma norma é válida, isso não exige que se argumente pela sua validade, basta afirmar que “[...] La ley lo exige [...]”³³⁵. Logo, tanto o conceito que inclua quanto aquele que não inclua a validade como elemento constituinte do Direito serão corretos.

Para a tese positivista, o elemento validade não seria considerado como elemento do Direito, o que retiraria a possibilidade de conexão entre Direito e Moral, implicando a possibilidade de que a norma possa ter algum conteúdo qualquer. A possibilidade de institucionalização de qualquer conteúdo não seria bloqueada pelo elemento “validade” do Direito, já que a inclusão “[...] de la validez en el concepto de Derecho significa la inclusión del contexto institucional de promulgación, aplicación y la coacción del Derecho”³³⁶.

Quanto à distinção entre sistema jurídico como sistema de normas e como sistema de procedimentos (II), é possível sustentar que, em relação à concepção de sistema de procedimentos, o sistema jurídico é composto de um sistema de ações baseadas em regras que criam, justificam, interpretam, aplicam e coagem normas³³⁷. Assim, a tese de conexão se estabelecerá em relação ao aspecto *interno* (conexão entre procedimento e Moral). Por outro lado, há a concepção de que o sistema jurídico é um sistema de regras, portanto composto por um conjunto de resultados do processo de criação, logo a conexão entre Direito e Moral se destinam às externalidades do sistema³³⁸.

O terceiro marco conceitual diz respeito ao ponto de vista do observador e do participante (III)³³⁹. O ponto de vista do participante se apresentará quando alguém toma parte do debate para fixação daquilo que é devido, proibido ou permitido dentro do sistema

³³⁴ Ibid., p. 48.

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Ibid., p. 49.

³³⁷ Ibid.

³³⁸ Ibid.

³³⁹ Aqui se apresenta de fundamental importância todos aqueles desenvolvimentos promovidos por Herbert Hart, que embora não tenha deixado sua teoria alicerçada no ponto de vista interno, serviu de forte substrato para as teorias que defendem a conexão entre Direito e Moral, com a de Robert Alexy, apresentando-se como verdadeira teoria de transição.

jurídico. Já do ponto de vista do observador, o interlocutor não tematizará a correção da decisão a ser tomada, mas se resumirá a analisar como as decisões são tomadas e, a partir daí, adere aos hábitos sem questioná-los; logo, se coloca de forma externa ao debate um exemplo de observador: “[...] es el americano blanco de Norbert Hoerster, que quiere viajar a Sudáfrica con su esposa negra y considera los aspectos jurídicos del viaje [...]”³⁴⁰. O americano branco não questionará a premissa normativa vigente na África do Sul, mas irá se preocupar tão somente em analisar quais os hábitos decorrentes da previsão legal racista, colocando-se externamente à norma.

O quarto marco conceitual diz respeito aos diferentes tipos de conexões conceituais necessárias entre Direito e Moral chamadas: a) definitórias; e b) qualificativas (IV). Para a conexão definitória, quando uma norma não cumpre uma exigência moral, nega-se seu caráter jurídico. Já a conexão qualificativa determina que embora não cumpra as exigências morais é possível reconhecer seu caráter jurídico, mesmo que se possa determinar em termos conceituais que é juridicamente defeituoso (defeito jurídico e não moral)³⁴¹.

Entre as possibilidades de conexões, conceitual e normativamente necessárias, e os quatro marcos conceituais apresentados podem gerar 64 teses distintas de combinações (32 teses que defendem a conexão e 32 que negam), o que implica dizer que nem sempre um argumento que nega a conexão atacará outro argumento inversamente oposto (não havendo confronto direto de argumentações); portanto, poderão debater em níveis diferentes. Assim, diante das múltiplas possibilidades de conexões (34), Alexy examina somente as conexões conceitualmente necessárias, considerando, como argumento base, o primeiro marco conceitual (I), em que se tematiza ser o elemento “validade” constituinte ou não do conceito de Direito; portanto, restam oito possibilidades de combinações (16 teses, entre possibilidade e negação de conexão), das quais somente as duas mais extremas são analisadas³⁴².

A primeira delas adotará alguém que veja o Direito como um sistema de normas (como resultado, conexão externa – marco conceitual II), a partir do ponto de vista do observador (sem tematizações das premissas, marco conceitual III) e que busca uma conexão do tipo definitória (norma imoral, não se reconhece seu caráter jurídico, marco conceitual IV). A combinação dos marcos conceituais e a tese de conexão conceitualmente necessária permitirá sustentar que a violação a um critério moral remove o caráter jurídico da norma ou

³⁴⁰ ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias ... Op. Cit., p. 50.

³⁴¹ Ibid., p. 51.

³⁴² Ibid., p. 52.

sistema jurídico. A possibilidade de controle do caráter jurídico a partir do ponto de vista do observador, pode se denominar “externo” ou “analítico”³⁴³.

Do outro lado, compreendendo que o Direito é um sistema procedimental (marco II), pelo ponto de vista do participante (marco III) e sendo que a conexão é qualificativa (IV), deve-se argumentar que o Direito em conexão com a Moral terá uma pretensão de correção moral. Assim, das duas possibilidades de combinações analisadas podem culminar em argumentos da injustiça “forte” e “fraco”³⁴⁴.

O controle forte do caráter jurídico poderá ocorrer tanto em relação à normas individuais quanto em relação ao sistema normativo como um todo. Em relação ao controle das normas individuais, apresenta-se a tese da injustiça, sendo a de Radbruch a mais conhecida:

El conflicto entre justicia y certeza jurídica puede resolverse de forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, incluso si éste no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelve tan intolerable que la condición de “derecho incorrecto” tenga que hacer lugar a la justicia. (Radbruch 1946, p. 353)³⁴⁵⁻³⁴⁶

Alexy sustenta que o que interessa analisar da fórmula de Radbruch é se, do ponto de vista do observador que analisa o sistema jurídico como um sistema de normas, é possível determinar uma conexão conceitualmente necessária ou conceitualmente impossível.³⁴⁷ Para tanto, Alexy analisa a décima primeira regulamentação da Lei da Cidadania do Reich (*Reichsbürgergesetz*), pelo qual se revogava aos emigrantes judeus a cidadania alemã por questões raciais. Baseada na fórmula de Radbruch, a Corte Constitucional Alemã considerou o artigo nulo desde sua criação. Como avaliar referida decisão, a partir do ponto de vista do observador?³⁴⁸

Analisando os seguintes enunciados apresentados por Alexy: “(1) A es expatriado de acuerdo con el derecho alemán sin mayores explicaciones [...]” e “(2) A no es expatriado de acuerdo con el derecho alemán”, não aduzindo informação alguma não se permite determinar uma conexão necessária entre Direito e Moral, o que não implicará uma impossibilidade

³⁴³ Ibid.

³⁴⁴ Ibid., p. 53.

³⁴⁵ Ibid., p. 54.

³⁴⁶ Em relação à fórmula de Radbruch e a tese da injustiça extrema ver sessão 4.1.2.

³⁴⁷ ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias ... Op. Cit., p. 54.

³⁴⁸ Ibid.

conceitual (constatar que não se é possível vislumbrar uma conexão entre Direito e Moral, não implica em dizer que é conceitualmente impossível fazê-lo)³⁴⁹.

A partir daquilo que já se dissertou sob o ponto de vista externo apresentado por Herbert Hart, aquele que se depara com referidos enunciados normativos somente irão descrevê-los, a partir de uma perspectiva *cognitiva*, sem demonstrar uma aceitação ou mesmo a recusa do enunciado. O conteúdo de injustiça não interessa aquele que observa o comportamento humano diante do enunciado; cabe-lhe tão somente descrever as consequências da sua aplicação.

Alexy, entretanto, insere mais informações e apresenta o seguinte enunciado:

(3) A no es expatriado de acuerdo con el derecho alemán a pesar de que todos los tribunales alemanes y la administración lo tratan como expatriado y se refieren, como fundamento, al texto de una norma que ha sido promulgada correctamente de acuerdo con los criterios de validez vigentes jurídico efectivo en Alemania.³⁵⁰

Sob este enunciado, pode-se afirmar que há uma contradição, uma vez que o uso do termo “direito”, no caso de inclusão de elementos morais, por um ponto de vista do observador, implicará uma conexão conceitualmente desnecessária e impossível. Neste caso “direito” não é considerado como reflexo das decisões dos tribunais que decidem com base em enunciados jurídicos válidos; aqui, se ingressa na mesma contradição performativa da mesma espécie em que se afirma que “o gato está em cima do tapete, mas eu não acredito nisso” ou na afirmação de João que está de dentro do armário, mas grita de lá “não estou aqui!”. Como poderia a manifestação do tribunal se expor contrariamente ao ordenamento jurídico, portanto, fora daquilo que se compreende como Direito Válido, e sua decisão constituir uma norma do Ordenamento Jurídico? Aqui que se identifica a contradição performativa do enunciado (3).

O mesmo não sucede com o seguinte enunciado: “(4) A es expatriado correctamente de acuerdo con el criterio de validez en Alemania, y su expatriación es socialmente efectiva. Pero, ¿es esto derecho?”³⁵¹. A partir do questionamento “Isso é direito?”, o interlocutor insere-se na tematização da premissa normativa, assumindo a perspectiva do participante,

³⁴⁹ Ibid., p. 56.

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ Ibid.

abandonando a do observador³⁵². Entretanto, ainda não se determinou se o não cumprimento dos requisitos morais lhe retirou o caráter jurídico ou somente constatou um defeito jurídico.

Assim:

[...] que la cuestión va más allá de la combinación que aquí se examina. Es por esto que hay que afirmar que la tesis de Radbruch para la combinación que aquí, es decir, la tesis del observador que atiende normas particulares y pregunta por una conexión definitoria, no está fundamentada por una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral. Debe notarse, sin embargo, que el hecho de que el positivismo esté en lo correcto, en lo que a las variaciones externa y analítica del argumento de la injusticia de normas individuales se refiere, nada se sigue en lo que respecta a corrección de la variante interna y normativa.³⁵³

A Fórmula de Radbruch que prevê a tese de conexão sob o ponto de vista do observador, demonstrou-se insuficiente, já que o fato de questionar o caráter jurídico do enunciado normativo (conexão definitória) implicará um abandono da perspectiva do observador para a do participante³⁵⁴, isso implicará a negação da primeira combinação (conexão conceitualmente necessária, mediante controle de normas, levando em consideração o ponto de vista do observador), o que resultará no sucesso da tese da separação positivista.

O que se dissertou em relação às normas individuais não se pode considerar em relação ao sistema jurídico como um todo, já que o “[...] que es correcto para una norma individual no lo es automáticamente para el sistema jurídico en su totalidad”³⁵⁵. Logo, há que se determinar se há alguma conexão necessária entre sistema jurídico em sua totalidade e a Moral, o que se fará, inicialmente, partindo do ponto de vista do observador, considerando o sistema jurídico como um sistema composto por normas (externalidades e resultados) e vislumbrando uma conexão definitória, ou seja, que não reconheça o caráter jurídico a partir do descumprimento de exigências morais.

As exigências morais podem ser de dois tipos: requerimentos formais e materiais. Alexy menciona como exemplo de teoria que propõe uma conexão cujas exigências morais são formais a teoria de Fuller sobre a moral interna do Direito, afirmando que entre “[...] estos criterios Fuller incluye principios de legalidad como la generalidad del derecho, la

³⁵² Perceba que aqui se justifica a apresentação de toda a construção hartiana que defende o ponto de vista externo para atribuir neutralidade e cientificidade a sua teoria, porém não permite tematizar e questionar os enunciados normativos como o ora apresentado.

³⁵³ ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias ... Op. Cit., p. 57.

³⁵⁴ É nesse sentido que Alexy considera que: “o observador, enquanto observador, somente pode descrever a prática da Corte Constitucional e o debate no qual a corte está engajada. Ele não pode adentrar em uma argumentação sobre a questão de qual resposta é legalmente correta. Tão logo ele faça isso, ele deixa de ser um observador e se torna um participante” (citado por CUNHA, Mirliir; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O erro metodológico Op. Cit., p. 45).

³⁵⁵ ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias ... Op. Cit., p. 57.

promulgación y la prohibición de la aplicación retroactiva del Derecho [...]”³⁵⁶. Em relação às exigências materiais para a conexão, Alexy expõe o rechaço de Otfried Höffe de sistemas de normas que não satisfazem critérios de justiça, ou seja, que não satisfazem seu caráter jurídico. Höffe “[...] determina esos criterios fundamentales de justicia por medio del principio de ventaja distributiva, que incluye el principio de seguridad colectiva, entre otras cosas, la prohibición de matar, Así como de robar, a todos los miembros del sistema jurídico”³⁵⁷.

As conexões entre Direito e Moral nos sistemas jurídicos poderão ter caráter fático ou conceitual. É necessário que o sistema jurídico possua regras gerais que permitam ao menos a proteção dos indivíduos a quem ele é dirigido, de forma a garantir, minimamente, a liberdade e a propriedade, sob pena de não possuir nenhuma validade contínua. Para defender referido argumento de um mínimo de garantia para se sustentar segurança jurídica, Alexy apresenta duas formas sociais que não podem adquirir a forma de sistema jurídico: a) uma ordem sem sentido; e b) uma ordem predatória³⁵⁸.

A ordem sem sentido se exibirá quando não for possível determinar a fonte das ordens que regulamentam as relações sociais, que poderá ser representada pela comunidade organizada por um bando de foragidos armados. Dentro do bando se permite qualquer ação armada, sendo que aqueles que são subjulgados não possuem qualquer direito, e a única regra que vale é aquela que determina que somente o bando os possa subjulgar. Os foragidos “[...] dan a los sujetos órdenes concretas parcialmente contradictorias, siempre cambiantes y parcialmente imposibles de satisfacer. Siempre que los súbditos obedecen lo hacen únicamente por miedo a la violencia [...]”³⁵⁹. Assim, este sistema não será jurídico por questões conceituais.

Essa ordem social se transforma em predatória quando o bando se organiza, proibindo, ao menos, a violência, determinando uma ordem de hierarquia entre os bandidos, podendo estabelecer regras direcionadas aos súditos para prolongar a exploração. Entre essas, o rito de ingresso no bando obrigaria o foragido a ter que assassinar um dos súditos para vender seus órgãos internos. Assim, o bando deverá manter as vítimas o mais saudáveis possível. Esses fatos são de conhecimento das vítimas. Alexy afirma que se pode reconhecer

³⁵⁶ Ibid., p. 57-58.

³⁵⁷ Ibid., p. 58.

³⁵⁸ Ibid.

³⁵⁹ Ibid., p. 59.

que se trata de um sistema válido entre os foragidos, mas em sua totalidade não o é por razões conceituais³⁶⁰.

O bando poderá, ainda, reclamar legitimidade para seus atos, constituindo, assim, um Poder Legislativo para passar a regulamentar todas as formas de subjugação, transformando o sistema em um sistema de regras, apresentando como justificativa para a exploração o cumprimento de um propósito superior, como, por exemplo, o desenvolvimento do povo. Ainda, “[...] los gobernantes son castigados si no matan o robran de acuerdo con cierta forma, por ejemplo, mediante la decisión de tres miembros del grupo dominante [...]”³⁶¹.

Embora seja um sistema visivelmente injusto, não se pode negar, conceitualmente, seu caráter jurídico. Alexy afirma que o que determina a transição de um sistema qualquer (como o dos foragidos organizados) para um sistema jurídico (foragidos organizados, com sistema de regras e pretensões gerais) é a presença de uma pretensão de correção, esta que determinará uma conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral. A tese da pretensão de correção do Direito que determinará o fracasso da tese da separação positivista, baseada no ponto de vista do observador, sistema de normas e conexão definitiva³⁶².

A partir de agora, analisaremos a tese “fraca” de conexão entre Direito e Moral, de modo a identificar se é possível, ao menos, determinar uma conexão, conceitualmente necessária, basicamente de caráter qualificativo, e que leve em consideração o ponto de vista do participante, e se, a partir destes pontos de partidas, é possível falar em um sistema jurídico constituído de um procedimento. Para responder pela possibilidade de conexão, a partir desta tese “fraca”, Alexy se socorre de duas teorias: “[...] la teoría de la pretensión y la teoría del discurso, con la tesis del caso especial”³⁶³.

O reconhecimento do caráter jurídico de uma decisão judicial, de uma norma individual ou de um sistema normativo somente ocorrerá mediante o reconhecimento da existência, em seu interior, de uma pretensão de correção; logo, os “sistemas de normas que no tienen esta pretensión, implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos [...]”³⁶⁴. Portanto, a pretensão de correção tem caráter definitivo, já que o não cumprimento de exigências morais lhe retira seu caráter jurídico. Entretanto, quando diante de decisões

³⁶⁰ Ibid.

³⁶¹ Ibid., p. 60.

³⁶² Ibid., p. 61.

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ Ibid., p. 62.

judiciais ou normas individuais que não cumpram a pretensão de correção, estas serão defeituosas, portanto, de carácter qualificativo³⁶⁵.

Em relação a pretensão de correção, Alexy afirma que esta tese poderá ser atacada mediante duas vias: a) nega-se que o Direito tenha qualquer conexão com a pretensão de correção; b) afirma-se que o Direito é constituído também pela pretensão de correção, entretanto, isso não implica assumir qualquer conteúdo moral³⁶⁶.

Contra o primeiro argumento, permite-se imaginar um Estado em que a minoria domina a maioria e, para continuar essa relação de exploração, preceitua como norma constitucional: “(1) X es una república soberana, federal e injusta”³⁶⁷. Percebe-se que, considerando uma conexão qualificativa, que (1) é um artigo defeituoso e que o defeito consiste no fato de que ele não serve ao seu propósito, estaríamos, portanto, diante de um defeito técnico. Entretanto, é possível reconhecer um defeito moral, mas afirmar que isso não basta.

Afirmar, contudo, que “(2) X es un Estado justo”³⁶⁸ é redundante, haja vista que a pretensão de correção do próprio Direito é ser justo, sendo que uma “pretensión de corrección se relaciona necesariamente con el acto de establecer una constitución, y en este caso se trata, principalmente, de una pretensión de justicia”³⁶⁹. Assim, determinar em (1) que o Estado é Injusto está se negando a própria pretensão do estabelecimento de uma constituição, ou seja, a institucionalização da justiça.

Um segundo exemplo diz respeito a uma sentença condenatória que preceitua que “(3) El acusado es – equivocadamente – sentenciado a cadena perpetua”³⁷⁰. Do enunciado, pode-se concluir tanto que o magistrado condena equivocadamente, porque o sistema normativo é injusto e ele se vê obrigado a condenar com base em lei injusta; ou poderá, consciente de que sua decisão é injusta, condenar o réu sem boas razões para tal, podendo ser representada pelo seguinte enunciado: “(4) El acusado es – equivocadamente, porque el derecho ha sido interpretado incorrectamente – sentenciado a cadena perpetua”³⁷¹.

Diante da decisão extremamente injusta, Alexy pondera que,

Si duda, el juez deja su papel social y viola reglas del derecho positivo que, posiblemente en todos los sistemas, lo obligan a interpretar correctamente el

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ Ibid.

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Ibid., p. 64.

³⁶⁹ Ibid.

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ Ibid., p. 65.

derecho válido. Sin embargo, también violaría reglas sociales si pronunciase el veredicto sin haberse afeitado y vistiendo una toga sucia. El veredicto también violaría reglas del derecho positivo si la interpretación fuese incorrecta, aunque el juez creyera, y pretendiera, que es correcta. Y la inversa, también se cometería una falta, si el juez supusiese que su interpretación era incorrecta y, anunciando este error, no violase el derecho positivo. Es obvio que lo que tenemos aquí es algo más que una irregularidad social o jurídica. El juez comete una contradicción performativa y, en este sentido, un error conceptual. Una decisión judicial pretende siempre aplicar correctamente el derecho, sin importar qué tan relevante sea el caso. El contenido del veredicto contradice la pretensión hecha por el acto institucional de enunciar la sentencia.³⁷²

A pretensão de correção irá se apresentar de forma objetiva, quer se dizer, com isso, que ela independará do elemento subjetivo de quem profere a sentença ou de quem produz a norma individual. Logo, o magistrado que interpreta de forma equivocada, havendo ou não emparelhamento desta com sua vontade, ingressará numa contradição performativa, já que nega um elemento intrínseco do Direito, que é a pretensão de correção.

Analisa-se novamente o discurso jurídico e a tese do caso especial para determinar que esta pretensão de correção, que é elemento constituinte do Direito, que determinará uma conexão conceitual necessária do Direito com a Moral. A pretensão de correção implica a pretensão de justificação, afinal somente foi possível determinar que a decisão (4) era injusta a partir das razões que ali foram apresentadas (“[...] equivocadamente, porque el derecho ha sido interpretado incorrectamente [...]”).

Em uma perspectiva de conexão qualificativa, o fato da decisão não respeitar as exigências morais, apresentando justificativas irracionais ou mal justificadas, não retirará seu caráter jurídico; portanto, não deixará de ser uma decisão judicial. Assim, será elemento que auxiliará uma análise crítica (do ponto de vista do participante) da decisão, de forma a permitir tematizar as razões apresentadas na decisão e sugerir outras melhores, logo “[...] la pretensión de justificabilidad que se presenta necesariamente, significa, por si misma, la posibilidad de establecer niveles de justificación más altos como los desarrollados en los sistemas jurídicos modernos”³⁷³. A possibilidade de tematização, de apresentação de melhores razões e da avaliação da injustiça da decisão não irá, contudo, lhe retirar o caráter de decisão judicial, embora lhe reconheça um defeito.

A tese do discurso jurídico como província do discurso geral, conforme já sustentado em outra oportunidade, faz pressupor que aquele que apresenta uma justificação dos argumentos apresentados primeiro reconhece seu interlocutor como um igual, a quem

³⁷² Ibid.

³⁷³ Ibid., p. 66.

pretende convencer, e que seu argumento poderia ser aderido por qualquer pessoa. Então, também no discurso jurídico, o debatedor deverá abdicar da violência e da coerção, de modo a reconhecer o outro como um igual e ter pretensão de universalidade de seu argumento, mas, diferente do discurso prático, aqui, ele deverá se submeter também às regras jurídicas.

Portanto, a Moral também se comunicará com o Direito, a partir da exigência de se respeitar a racionalidade discursiva também dos discursos jurídicos; nesse sentido se a tese do caso especial é verdade que representa uma moral universalista: “[...] que ha encontrado (en el Derecho) expresión en los derechos básicos y en los principios de la democracia, es la – o una – moral correcta, entonces se encontraría alguna conexión entre el Derecho y la – o una – Moral correcta”³⁷⁴.

Alexy põe em evidência que a pretensão de correção do discurso jurídico não buscará atingir uma correção absoluta, senão somente dentro de um marco do sistema jurídico particular, levando em consideração a lei, a dogmática e os precedentes que compõem aquele³⁷⁵. E, diante do caráter qualificativo da pretensão de correção, é possível a existência de decisões judiciais injustas, decorrentes de interpretações equivocadas (intencionais ou não) ou decorrentes da aplicação de normas injustas. Mesmo nessas hipóteses, sustenta Alexy que o caráter jurídico da decisão não será retirado, porém esta será juridicamente defeituosa, o que será arguido discursivamente.

Así, mi argumento a favor de una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral está cerrado. La base está formada por la pretensión de corrección. Ésta sólo tiene carácter definitorio para el sistema jurídico en su conjunto, aparte de que su carácter calificativo se hace obvio si el sistema jurídico se ve como un sistema de procedimientos, desde el punto de vista de un participante. La explicación de esta pretensión dentro de la teoría del discurso deja claro que el Derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al Derecho con una moral procedimental universalista.³⁷⁶

Assim, enquanto, para o sistema jurídico analisado como um todo, a pretensão de correção se apresenta como uma conexão definitiva, de modo que a cláusula que determina ser o Estado injusto retira a própria qualidade de jurídico do Estado, bem como sendo a própria pretensão elemento que permite ultrapassar a mera organização de um bando de fugitivos armados com sistema normativo para um sistema jurídico; já para as decisões judiciais e para as normas individuais, a pretensão de correção, como conexão qualificativa, apenas irá demonstrar o defeito jurídico da norma ou da decisão sem lhe retirar sua qualidade

³⁷⁴ Ibid., p. 67.

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ Ibid., p. 67-68.

jurídica. Entretanto, o discurso jurídico, neste último caso mencionado, forçará o agente a se apresentar como participante do sistema jurídico procedimental, de forma a buscar sempre demonstrar seu melhor argumento, impulsionado pela pretensão de correção, o que demonstra a conexão interna existente entre Direito e Moral.

No próximo item, analisaremos o caso dos sentinelas do muro de Berlim, denominado caso Mauerschützen, em que poderemos verificar as consequências de se retirar o caráter jurídico da norma, em decorrência de um conteúdo de injustiça extrema, e a questão da retroatividade das leis para cobrir o vazio normativo deixado pelo controle moral da lei absolutamente injusta.

4.1.2 DIREITO VÁLIDO E INJUSTIÇA EXTREMA: o controle do jurídico pela moral no caso Mauerschützen

Em 03 de novembro de 2012, completaram-se vinte anos do julgamento do caso Mauerschützen, marcado por profundos debates teóricos que estão em consonância com todas as discussões jusfilosóficas promovidas, principalmente, após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Robert Alexy publicou, em 1993, o artigo “DERECHO INJUSTO, RETROATIVIDAD Y PRINCIPIO DA LEGALIDADE PENAL - La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, artigo em que realizou algumas considerações sobre a Fórmula de Radbruch, direito injusto, ignorância moral, culpabilidade, direito suprapositivo, entre outras questões que envolveram o caso e que passaremos a analisar agora, justamente para se verificar em que medida é racional realizar o controle da norma jurídica válida por questões morais.

4.2 O Caso dos Sentinelas do Muro de Berlim – caso MAUERSCHÜTZEN

Após os conflitos travados na Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos da América (EUA) e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) ascenderam como as duas maiores potências mundiais, buscando a hegemonia militar, tecnológica, científica e territorial. As duas potências político-militares travaram conflitos durante grande parte da segunda metade do século passado, a fim de colocar em evidência um dos sistemas econômicos defendidos pelos respectivos países; venceu o sistema capitalista.

Como demonstração de influência política e de força militar, a capital do *Terceiro Reich*, Berlim, foi dividida em duas partes, uma que pertenceria à dominação norte-americana (República Federal da Alemanha – “Alemanha Ocidental”) e outra que se sujeitaria à dominação soviética (República Democrática Alemã – “Alemanha Oriental”).

Conforme nos ensina Roberta Magalhães Gubert, durante os anos, que se estendem de 1949 a 1961, mais de dois milhões e meio de pessoas fugiram da República Democrática Alemã (RDA) em direção à República Federal da Alemanha (RFA), sendo que, em alguns períodos, foram registradas quase duas mil fugas diárias³⁷⁷.

Em agosto de 1961, iniciou-se a construção de um muro na cidade de Berlim, com o objetivo de bloquear o número crescente de fugitivos e, para o fortalecimento da segurança, foram instaladas minas terrestres, minas de fragmentação e postos de vigilância em toda a extensão da fronteira *interna* entre as duas Alemanhas³⁷⁸. Segundo Bulau Doris:

Em 13 de agosto de 1961, guardas da Alemanha Oriental começaram a separar com arame farpado e concreto os lados oriental e ocidental de Berlim, isolando Berlim Ocidental dentro do território Oriental [...]

Para os berlinenses de ambos os lados da fronteira, a brutalidade do muro passou a fazer parte do cotidiano. Apenas 11 dias após a construção, morreu pela primeira vez um alemão-oriental a tiros durante tentativa de fuga. A última vítima dos guardas da fronteira foi Chris Gueffroy, morto em fevereiro de 1989.

Até 1989, o Muro de Berlim foi o símbolo por excelência da Guerra Fria, da bipolarização do mundo e da divisão da Alemanha.³⁷⁹

Muitas pessoas morreram no período de vinte e oito anos que se seguiram à construção do muro e ao reforço da segurança no território de fronteira entre os dois países, todas tentando escapar em direção ao oeste.

Após a queda do muro de Berlim, em 09 de novembro de 1989, decorrente da dissolução da República Democrática Alemã e da reunificação da Alemanha, os tribunais foram chamados a se manifestar acerca das mortes ocorridas na fronteira interna. Entre os casos está o “o caso dos atiradores do muro”, conhecido como “caso *Mauerschützen*”, que ganhou grande notoriedade no mundo jurídico, julgado pelo Tribunal Supremo Federal alemão (*Bundesgerichtshof*), em 3 de novembro de 1992. Referido caso ficou marcado por

³⁷⁷ GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy**: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral. Disponível em bdtd.unisinos.br/tde_busca/processaArquivo.php?codArquivo=345. Acesso em 17 de set. 2012.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 16.

³⁷⁹ Informação disponível em < <http://www.dw.de/1961-constru%C3%A7%C3%A3o-do-muro-de-berlim/a-608522-1>>. Acesso em 31 de outubro de 2013.

sua controversa temática e pela fundamentação jusfilosófica de sua decisão, demonstrando o eterno embate travado entre o *positivismo jurídico* e o *jusnaturalismo*³⁸⁰.

4.2.2 Os fatos ocorridos na noite de 14 de fevereiro de 1972

Conforme consta no célebre artigo “DERECHO INJUSTO, RETROATIVIDAD Y PRINCIPIO DA LEGALIDADE PENAL - La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre lós homicídios cometidos por lós centinelas del Muro de Bérlin”, na noite de 14 para 15 de fevereiro de 1972, o guarda fronteiriço K.-H. W., sentinela chefe da patrulha da fronteira (composta por ele e por outro soldado), ficou destinado a guardar *Reichstag* e *Rudower Chausse*, fronteira que seguia o curso do rio *Spre*³⁸¹.

Por volta das dez e meia da noite, Manfred Weylandt, de 29 anos, natural de Berlim Oriental, havia saltado no rio com a intenção de cruzar a nado a costa de Kreuzberg para chegar à zona ocidental da cidade. Quando os guardas fronteiriços o descobriram, já alcançava metade do rio. Como não atendeu à advertência dos soldados, estes, ao mesmo tempo, dispararam a uma distância de quarenta metros, mediante fogo contínuo, em direção ao fugitivo³⁸².

Os dois soldados eram conscientes de que podiam ferir mortalmente o fugitivo, pois assumiram afirmativamente este fato. Depois dos disparos, não mais podiam socorrer o nadador, já que aquele fora sido atingido por um disparo na cabeça e morrido afogado. Não foi possível determinar qual dos soldados deu o disparo letal, porém ambos atuaram com o objetivo de cumprir a ordem recebida quando das trocas da guarda³⁸³. As metralhadoras estavam em posição de fogo contínuo, K.-H. W. apertou o gatilho três vezes e seu colega, duas.

As instruções recebidas antes da incorporação ao serviço da fronteira estabeleciam, de acordo com o número 89 do regulamento de serviço 30/10 do Ministério para a Defesa Nacional do ano de 1967, que “a patrulha [...] vigiará a fronteira estatal com a missão de não permitir que nada atravessasse a linha fronteiriça e de deter provisoriamente ou, dependendo do

³⁸⁰ GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen ...** Op. Cit., p. 16.

³⁸¹ ALEXY, Robert. **DERECHO INJUSTO, RETROATIVIDAD Y PRINCIPIO DA LEGALIDADE PENAL.** La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre lós homicídios cometidos por lós centinelas del Muro de Bérlin. Disponível em mail.ecdl2006.org/servlet/.../Doxa23_09.pdf. Acessado em 17 de set. 2012. p. 198.

³⁸² Ibid.

³⁸³ Ibid.

caso, abater, aqueles que passem ilegalmente a fronteira, assim como de garantir qualquer circunstância da proteção da fronteira estatal”³⁸⁴.

Os soldados foram, naquela mesma noite, exonerados do posto de vigilância, porém, no dia seguinte, outorgaram-lhes uma distinção por mérito de serviço e um prêmio de 150 marcos. Foi comunicado à viúva, quatro semanas mais tarde, que havia se tratado de um suicídio e que o cadáver fora incinerado.

As condenações do Tribunal de Berlim foram fundamentadas na conclusão de que – frente ao princípio do Estado de Direito, de forma geral, e do princípio da proporcionalidade, em específico – as condutas não estavam justificadas pelo artigo 27 da Lei de Fronteiras da RDA, que autorizava o uso de disparos de arma de fogo para impedir o cometimento de crimes, sendo a tentativa de fuga crime punível com pena privativa de liberdade de 1 a 8 anos, conforme previsão do § 213, inciso 3º, do Código Penal da RDA³⁸⁵.

4.2.3 As decisões que apreciaram o caso *MAUERSCHÜTZEN*

Os soldados do muro de Berlim que realizaram os disparos mortais foram julgados pelo Tribunal Territorial de Berlim, pelo Tribunal Supremo Federal e pela Corte Constitucional Alemã, cujas decisões serão rapidamente apresentadas neste tópico.

Nos termos do § 2.3 do Código Penal vigente na Alemanha unificada, esta questão deveria ser resolvida pela aplicação da lei mais favorável aos réus. Pontua Alexy que, em primeiro lugar, deveria se verificar se o fato cometido pelos sentinelas fronteiriços era, há época de seu cometimento, punível de acordo com o direito da República Democrática Alemã. Caso contrário, ambos os soldados deveriam ser absolvidos³⁸⁶.

O crime de homicídio doloso estava previsto tanto no ordenamento jurídico da República Democrática Alemã, quanto na República Federal da Alemanha, assim o fato somente não seria punível se estivesse presente alguma causa legal de justificação³⁸⁷.

³⁸⁴ Ibid.

³⁸⁵ GUBERT, Roberta Magalhães. *Mauerschützen ...* Op. Cit., p. 18.

³⁸⁶ ALEXY, Robert. *DERECHO INJUSTO...* Op. Cit., p. 199.

³⁸⁷ Ibid.

4.2.4 O direito vigente à época dos fatos

O fato objeto do caso *Mauerschützen*, ocorrido na extinta República Democrática Alemã (sob a vigência de seu ordenamento jurídico), foi cometido por membros da RDA contra outro membro da RDA.

O Tratado de Reunificação da Alemanha, de 03 de outubro de 1990, em seu artigo 8º, tornou vigente, em todo território de Berlim, o direito federal aplicado na República Federal da Alemanha, salvos previsões legais em contrário constantes no Tratado de Reunificação e seu Anexo I³⁸⁸.

Dentre as exceções previstas está o já citado § 2º do Código Penal, que prevê o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica aos fatos ocorridos na RDA. Assim, a conduta somente poderia ser punida se houvesse disposição legal neste sentido na RDA à época dos fatos³⁸⁹.

O crime de homicídio era previsto no § 112 do Código Penal da RDA, sendo que o fato poderia deixar de ser punível em caso da presença de alguma causa de justificação. Dentre estas, existia a previsão do § 27 da Lei de Fronteiras da RDA, que autorizava a utilização de armas de fogo como último recurso (extremo) para impedir o cometimento de um crime grave ou a fuga de um suspeito de crime grave, mas que somente poderia ser empregada quando nenhum outro meio pudesse ser utilizado com sucesso³⁹⁰.

Vale registrar que a vida humana era expressamente protegida pela Constituição da RDA de 6 de abril de 1968, devendo a causa de justificação ser interpretada segundo o princípio do Estado de Direito³⁹¹.

a) A decisão do Tribunal Territorial de Berlim

De acordo com a redação dada pelo art. 315.1 da Lei de Introdução ao Código Penal, vigente na Alemanha Unificada, constante do anexo I do Tratado de Unificação, em relação ao § 2 do Código Penal, vigente à época dos fatos na RDA, a morte de um fugitivo somente poderia ser punida penalmente quando, ao tempo do cometimento do fato, o direito vigente estabelecesse tal punição³⁹². A questão era saber qual legislação deveria ser aplicada, a vigente na República Democrática Alemã ou a Federal agora vigente.

³⁸⁸ GUBERT, Roberta Magalhães. *Mauerschützen ...* Op. Cit., p. 20.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² ALEXY, Robert. *DERECHO INJUSTO ...* Op. Cit., p. 199.

Lembra Alexy que havia entrado em vigor a Lei de Fronteiras da República Democrática Alemã em 25 de março de 1982, sendo que o § 20.3 da Lei, sobre as funções e competências da polícia popular alemã, de 11 de junho de 1968, previa que os membros do exército popular estavam autorizados a “executar as competências reguladas por esta lei em complemento das funções militares de vigilância, ordem e segurança, conforme as instruções do Ministro para a Defesa Nacional”³⁹³.

Segundo o § 17.2.a da Lei sobre as funções e competências da polícia popular alemã, os militares podiam abrir fogo para evitar o iminente cometimento ou a continuação de um fato punível³⁹⁴.

O Tribunal Territorial Alemão interpretou o § 27 da Lei de Fronteiras da República Democrática Alemã de acordo com os “princípios do Estado de Direito”, vinculando sua decisão, em especial, ao princípio da proporcionalidade. Este princípio proibia “sacrificar a vida, como bem jurídico supremo, frente a outros interesses e, em qualquer caso, frente a interesses de menor valor”; aqui, a segurança da fronteira e com ela, em definitivo, a razão do Estado da RDA³⁹⁵.

Alegou, ainda, o Tribunal Territorial que, ao tempo dos fatos, nos termos das disposições do ordenamento jurídico da RDA, não havia nenhuma causa de justificação que estivesse à disposição dos soldados, posto que haviam praticado um fato punível nos termos do direito então vigente. O § 17.2.a da Lei sobre as funções e competências da polícia popular alemã não havia justificado o homicídio no presente caso, vez que não havia concorrido nenhum dos pressupostos decisivos para a utilização legítima de armas de fogo (como estar diante de uma violência grave, já que o crime praticado representaria tão somente uma travessia ilegal)³⁹⁶.

O Tribunal Territorial condenou o soldado (que ainda não havia atingido a maioria penal à época dos fatos) por homicídio, a uma pena para menores de um ano e dez meses, sanção esta que foi suspensa condicionalmente³⁹⁷.

b) A decisão do Tribunal Supremo Federal

Para o Tribunal Supremo Federal, diferentemente do entendimento do Tribunal Territorial, todos da atual República Federal da Alemanha, as condutas dos soldados

³⁹³ Ibid., p. 200.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Ibid., p. 201.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Ibid.

encontravam-se dentro dos limites legais estabelecidos pela causa de justificação, previstas no § 27,2 da Lei de Fronteiras (correspondente ao § 17.2.a da Lei sobre as funções e competências da polícia popular alemã)³⁹⁸.

Entenderam que os disparos foram a única forma de prevenir a prática do crime que se desenvolvia; além do que, a fuga pela travessia representava crime grave, cuja pena chegava a 8 (oito) anos de pena privativa de liberdade.

Logo, o Tribunal Federal não conseguiu estabelecer uma punição aos soldados com base no direito vigente na época dos fatos, passando, assim, a questionar se a causa de justificação então vigente não poderia ser suprimida por um direito suprapositivo³⁹⁹. Nesses termos, escreve Alexy que,

En cuanto a le primera cuestión, se trata de determinar si la justificación otorgada entonces por el derecho positivo puede ser eliminada mediante un derecho supra-positivo. Esto es lo que Tribunal Supremo Federal afirma recurriendo a la Fórmula de Radbruch, la cual el propio tribunal había ya esgrimido en su jurisprudencia sobre el derecho injusto del nacional-socialismo, y cuya aplicación a las muertes en la frontera interior alemana sostiene con ahínco, enfrentando así – por lo demás, con pleno acierto – abundantes voces críticas de la doctrina. La Fórmula de Radbruch es expresión de un concepto no positivista del derecho. Según este concepto, lo que sea derecho viene determinado no solo por la positividad válida y formalmente establecida y por la eficacia social, sino también por su contenido [de justicia material]. Lo que tiene de especial la Fórmula de Radbruch es que postula una conexión necesaria entre derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos. Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivizado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. La Fórmula introduce únicamente un límite excepcional en el [concepto de] derecho. Según Ella, el derecho positivo solo pierde su validez (*Geltung*) cuando, como dice Radbruch “la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que <<derecho injusto>> (*unrichtiges Recht*), ha de ceder ante la justicia”⁴⁰⁰.

A fórmula de Radbruch permitirá, portanto, o controle do caráter jurídico da norma, uma vez que “el derecho extremadamente injusto no es derecho”⁴⁰¹.

Para se permitir a aplicação da Fórmula de Radbruch, então, era necessário determinar se a causa de justificação representava ou não uma grave injustiça, devendo ceder diante da concepção moral (transcendental) de Justiça. Ao se determinar o que se compreende por Direito não se levará em consideração “[...] solo por la positividad válida y formalmente

³⁹⁸ Ibid., p. 202.

³⁹⁹ Ibid., p. 204.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 204-205.

⁴⁰¹ Ibid.

establecida y por la eficacia social, sino también por su contenido [de justicia material] [...]”, o conteúdo a ser observado deverá corresponder ao que Alexy denomina de pretensão de correção do Direito, que, somente em casos extremos, retira a própria qualidade de jurídico do enunciado normativo extremamente injusto. Embora houvesse dúvida quanto à determinação da injustiça da lei, haja vista que havia conflitos políticos (estavam em plena Guerra Fria), este fato não seria suficiente para impedir a aplicação da fórmula. Porém, para se determinar uma injustiça extrema não é suficiente se basear em experiências da evidência, será necessário utilizar um método racional⁴⁰².

Conforme disserta Gubert,

Evidências podem ser destituídas em discursos racionais, através dos argumentos levantados, e o que não era evidente antes do discurso racional pode, depois dele, se tornar evidente. Somente as evidências e as não-evidências que se submetem à comprovação de um discurso racional podem constituir critério para a determinação da existência de injustiça extrema⁴⁰³.

Sendo assim, a decisão do Tribunal Supremo Federal foi de encontro com as construções teóricas desenvolvidas por Gustav Radbruch, que defendiam a prevalência de um conjunto de direitos adquiridos pela humanidade ao longo da história, jamais podendo ser revogados por qualquer direito positivo que seja, devendo, inclusive, ser expurgado quando em confronto com aquele.

O Tribunal entendeu que a condenação dos soldados não fere o princípio da irretroatividade da lei penal, já que o § 27, 2, da Lei de Fronteiras da RDA, permite uma “interpretação favorável aos direitos humanos”. O Tribunal defendeu a interpretação do § 27, 2, à luz do artigo 30, §§ 1 e 2, da Constituição da RDA, que, respectivamente, protege a vida e admite somente exceções proporcionais, concluindo que a causa de justificação não se sustentava frente ao ordenamento então vigente, autorizando a condenação dos guardas⁴⁰⁴.

Quanto à culpabilidade dos guardas, o tribunal se manifestou no sentido de que “o homicídio de um fugitivo desarmado, mediante fogo ininterrupto, nas circunstâncias existentes; foi um ato a tal ponto horroroso e excluído de razoabilidade que a infração contra a elementar proibição de matar, também para uma pessoa doutrinada, era compreensível e, por

⁴⁰² GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen ...** Op. Cit., p. 25.

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 27.

consequência, evidente”⁴⁰⁵. Assim, o Tribunal confirmou a pena para menores de um ano e dez meses.

Os guardas fronteiriços utilizavam como fundamentos para seus recursos a impossibilidade de aplicação da fórmula de Radbruch, uma vez que esta conduziria à retroatividade de lei penal, prevista no art. 103.2 da Lei Fundamental. Além da retroatividade da lei penal, sustentava a reforma da decisão com base no princípio da culpabilidade, já que “[...] la violación de norma penal no habría sido evidente para el [...]”⁴⁰⁶.

c) A decisão do Tribunal Constitucional Federal

As cortes alemãs foram provocadas a julgar demandas similares ao caso *Mauerschützen*, não apenas contra os soldados responsáveis pela segurança da fronteira, mas também contra os superiores e os altos membros do Governo⁴⁰⁷.

Após a condenação dos soldados do muro, em novembro de 1992, pelo Tribunal Supremo Federal, a jurisprudência manteve o mesmo entendimento dos julgamentos posteriores, utilizando, reiteradamente como fundamento, a Fórmula da injustiça legal de Gustav Radbruch⁴⁰⁸.

Antes de apreciar a demanda, o Tribunal Constitucional Federal realizou algumas considerações a respeito da sua competência para não realizar qualquer tipo de atividade jurisdicional de cunho revisional, não havendo que revisar equívocos de cunho penal ou processual penal. A apreciação do Tribunal Constitucional somente se destinaria à análise da lesão de direitos fundamentais, ou seja, “<<cuando se hace visible un defecto basado en una concepción esencialmente incorrecta del significado de un derecho fundamental, en especial sobre la extensión de su ámbito de protección, o bien cuando la aplicación jurídica defectuosa ya no es cohonorable con una consideración razonable de las ideas informadoras de la Ley Fundamental>>”⁴⁰⁹.

O Tribunal Constitucional Federal, em 24 de outubro de 1996, manifestou-se sobre os casos e declarou que a referida jurisprudência estava de acordo com a Constituição da Alemanha, resolvendo, pelo menos no âmbito interno do ordenamento alemão, a controvérsia

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. **DERECHO INJUSTO...** Op. Cit., p. 210.

⁴⁰⁷ GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen ...** Op. Cit., p. 32.

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. **DERECHO INJUSTO ...** Op. Cit., p. 211.

a respeito da punibilidade dos soldados da fronteira e dos membros do Governo responsáveis pela questão⁴¹⁰.

O Tribunal Constitucional Federal analisa o princípio da proibição de retrocesso previsto no art. 103.2 da Constituição, designando a proibição como absoluta, em situações de normalidade e que imperam em uma democracia, em que há separação de poderes e respeito aos direitos fundamentais⁴¹¹. Entretanto, segundo o Tribunal Constitucional Federal, esta é uma “situación completamente especial”⁴¹², uma vez que a causa de justificação apresentada pelos soldados estava inserida em um sistema normativo de um Estado que “[...] <<no respeta ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales>> [...]”⁴¹³. Assim, coloca-se em colisão a proibição absoluta de retrocesso da lei penal e o mandato de justiça material do Estado de Direito:

A juicio del Tribunal, este conflicto se resuelve cuando aquel Estado dicta un <<derecho estatal extremadamente injusto>>, <<tipificando supuestos de hecho penales para las violaciones criminales más graves (*Bereich schwersten kriminellen Unrechts*), pero excluyendo sin embargo la punibilidad mediante causas de justificación para ámbitos parciales, e invitando así, por encima de las normas escritas, a este derecho injusto, favoreciéndolo, y conculcando de forma muy grave los derechos humanos reconocidos con carácter general en la comunidad internacional>>. Y ello porque desaparece entonces el <<fundamento especial de confianza>> que, en condiciones de democracia, división de poderes y derechos fundamentales, se encuentra ligado a la validez estricta de la prohibición de retroactividad. En una palabra: <<la protección estricta de la confianza mediante el 103.2 de la Ley Fundamental debe inaplicarse>> cuando, en primer lugar, ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales sean respetados (*verwicklicht*) y, en segundo lugar, cuando bajo estas circunstancias se prevean causas de justificación que amparen derecho extremadamente injusto, sin olvidar el hecho de que el Estado <<incite, por cima de las normas escritas, a un derecho injusto semejante, favoreciéndolo>> [...]”⁴¹⁴

Diante de um Estado que não observa os direitos fundamentais, a separação de poderes e a democracia, mas que estabelece enunciados normativos extremamente injustos, a proibição de retrocesso da lei penal deixa de ser aplicada e o enunciado normativo absolutamente injusto não é reconhecido como jurídico, a partir de um direito suprapositivo, o que autoriza a condenação dos soldados. Aqui, diante de um Estado injusto, a cláusula

⁴¹⁰ GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen ...** Op. Cit., p. 32..

⁴¹¹ ALEXY, Robert. **DERECHO INJUSTO ...** Op. Cit., p. 212.

⁴¹² Ibid., p. 212.

⁴¹³ Ibid., p. 212.

⁴¹⁴ Ibid., p. 213.

“absoluta” de proibição de retroatividade deveria ceder⁴¹⁵, o que compromete o argumento, apresentando sua contradição performativa ao reconhecer seu caráter *absoluto*; porém, diante da exceção (Estado injusto) é possível reconhecer a não aplicação (sua relativização).

Alexy dirige críticas ao Tribunal Constitucional Federal, pois, embora reconheça a Fórmula de Radbruch em sua decisão, já que reconhece que direito extremamente injusto não é direito, em relação à permissão prevista na legislação da RDA, o Tribunal Constitucional não reconheceu, em seus argumentos, a nulidade da lei, “[...] sino tan sólo una inaplicabilidad actual [...]”⁴¹⁶. Portanto, ainda que admita a fórmula de Radbruch, não a aplica em sua totalidade. A inquietação de Robert Alexy se destina à contradição que esta solução apresenta, uma vez que, mesmo que a autorização legal para atirar seja extremamente injusta e, por isso, deixe de ser aplicada, não lhe é retirado o caráter jurídico; portanto, continua válida no sistema normativo, conduzindo à coexistência de sistemas contraditórios (aquele extremamente injusto que autoriza atirar e toda a gama de direitos fundamentais como premissas do Estado Democrático de Direito).

4.2.5 Robert Alexy e o Caso *MAUERSCHÜTZEN*

Robert Alexy, ao analisar os julgados que derivaram do caso Mauerschützen, inclusive o próprio caso Mauerschützen, concluiu que, nas decisões, principalmente do Tribunal Supremo Federal e do Tribunal Constitucional Federal, encontra-se uma singular miscelânea de critério de justiça, com base no Direito Internacional, que se caracteriza pela aplicação da Fórmula de Radbruch.

Afirma Alexy que isso encerra o perigo de que a Fórmula de Radbruch põe sobre a mesa, o fato de estarmos (ou não) diante de um direito injusto e insuportável ao extremo, que tenha que ser substituído por ter lesionado o direito internacional positivamente vigente⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Alexy formula severa crítica aos fundamentos apresentados pelo Tribunal Constitucional Federal que nomeia a cláusula de proibição de retrocesso de “absoluta” e mesmo assim admite a sua não aplicação no caso analisado: “El Tribunal Constitucional Federal hubiera podido evitar estas irritaciones si hubiera diferenciado más certeramente y hubiera argumentado de forma más abierta. Apenas puede discutirse que lo que la decisión del Tribunal Constitucional Federal significa es que la prohibición de retroactividad del art. 103.2 LF no rige con carácter absoluto en todas las situaciones. En efecto, de verificarse en la actualidad la sanción penal, resulta que para los guardianes del muro, en tanto que autores legitimados entonces por el derecho positivo, así como para los autores mediatos que estuvieron detrás de ellos, dicha prohibición no rige, ni estricta ni absolutamente. Lo que reclaman ellos precisamente es una validez referida a todas las situaciones, esto es, una validez que sea verdaderamente absoluta, que no conozca limitación alguna y, por tanto, que incluya también la confianza en la justificación mediante el derecho injusto legal [...]” (ALEXY, Robert. **DERECHO INJUSTO ...** Op. Cit., p. 214).

⁴¹⁶ Ibid., p. 222.

⁴¹⁷ Ibid., p. 206.

O Tribunal Supremo Federal deixa claro que invocou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, como “ponto de referência” para a “concretização” de *“lo que es extendido como convicción jurídica común a todos los pueblos sobre el valor y la dignidad de las personas”*. E que esse entendimento coaduna com o Fórmula de Radbruch que afirma que *“el trabajo de siglos ... ha producido un sólido acervo, y lo ha reunido en las llamadas declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano con un acuerdo tan amplio, que tan solo un provocado escepticismo puede mantener la duda en relación con algunos de ellos”*⁴¹⁸.

Segundo Alexy, o Tribunal Superior Federal apresenta argumento insuficiente ao avaliar o direito positivo da extinta República Democrática Alemã, avaliando-o, a partir de um direito suprapositivo baseado nos direitos humanos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ao se utilizar do direito suprapositivo, realizando uma interpretação a favor dos direitos humanos, o Tribunal Superior Federal promove uma retroatividade oculta do direito penal, desrespeitando o art. 103.2 da Lei Fundamental Alemã, que prevê o princípio da irretroatividade da lei penal.

Assim, a questão consiste em saber se a aplicação da Fórmula de Radbruch sobre as causas de justificação (possibilidade de utilização da arma de fogo para coibir crimes), em regime injusto, colide com a proibição da retroatividade da lei penal (prevista no art. 103.2 da Lei Fundamental). Caso a resposta seja afirmativa, a Fórmula de Radbruch naufraga, frente ao princípio da *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Alexy alerta que, se a questão for aberta ao debate, muitos serão os elementos a se considerar⁴¹⁹.

Em defesa da aplicação da Fórmula de Radbruch, explica Gubert, que na medida em que a causa de justificação permitiu a realização da injustiça extrema, já não se tratava mais de Direito (nos termos da Fórmula de Radbruch), mesmo na época dos disparos (não se alterou retroativamente o panorama jurídico); mas se determina qual era o panorama ao tempo do fato (não se determinando um novo pano de fundo jurídico, o que ocorre é mera declaração da inexistência da lei extremamente injusta)⁴²⁰.

O Estado Democrático de Direito não representa direitos somente em sentido formal, mas também no sentido material, de tal modo que a interpretação restritiva proposta é compatível com a dimensão objetiva da disposição do art. 103.2, da Constituição Alemã. Além de que, a aplicação da Fórmula de Radbruch não ensejaria a criação de novo direito, ela

⁴¹⁸ Ibid.

⁴¹⁹ GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen ...** Op. Cit., p. 28.

⁴²⁰ Ibid., p. 29.

simplesmente culminaria na declaração e, conseqüente extirpação, da lei declarada absolutamente injusta, com base no direito suprapositivo.

Entretanto, uma vez determinada que a autorização legal não possui o caráter de direito válido, Alexy e o Tribunal Constitucional Alemão⁴²¹ passam a tematizar a culpabilidade dos militares.

Uma das teses de defesa dizia respeito à coação irresistível dos militares, que somente cumpriam ordens emanadas dos seus superiores hierárquicos. Para o Tribunal Supremo Federal, no entanto, a permissão legal para atirar contra os atravessadores era de injustiça tão clara e extrema que qualquer indivíduo, naquelas circunstâncias, não deveria atirar. As razões finais da decisão foram no sentido de que “o homicídio de um fugitivo desarmado, mediante fogo ininterrupto, nas circunstâncias existentes, foi um ato a tal ponto horroroso e excluído de razoabilidade que a infração contra a elementar proibição de matar, também para uma pessoa doutrinada, era compreensível e, por conseqüência, evidente”⁴²².

De forma diversa da compreensão adotada pelo Tribunal, Alexy entende que o caso dos guardas do muro se caracteriza como um caso de cegueira moral, já que muitos ficaram submetidos ao sistema autoritário que manipulou a consciência de grande parte da população, promovendo a manutenção do poder. Diante disso, muitos jovens careciam das condições comunicativas para uma formação racional e moral de seu próprio juízo, sendo inalcançável para estes compreender os disparos, inclusive protegidos pelo ordenamento vigente, como injustiça extrema⁴²³.

Robert Alexy conclui que os soldados do muro deveriam ser absolvidos, ao invés de apenados brandamente, como decidiu o Tribunal Supremo Federal, pois, do contrário, seria desconhecer que a complexa relação entre direito e moral não está, todavia, sopesada quando, como se segue da Fórmula Radbruch, a moral impõe limites ao direito, senão somente quando a moral não exige, motivacional e cognitivamente, aqueles que estão submetidos ao direito⁴²⁴.

A necessidade de se promover a proteção dos direitos humanos, a irradiação dos valores constitucionalmente previstos em todo o ordenamento jurídico⁴²⁵, a conseqüente

⁴²¹ Aqui vale relembrar as críticas realizadas por Alexy, já apresentadas no item anterior, que são no sentido de denunciar que embora o Tribunal Constitucional adote a Fórmula de Radbruch em sua decisão, não a aplica em sua totalidade, haja vista que não reconhece sua nulidade desde o início, mas tão somente a sua não aplicação, ou seja, reconhece sua existência jurídica, mas deixa de aplicar a autorização legal extremamente injusta para atirar.

⁴²² Ibid., p. 31.

⁴²³ Ibid.

⁴²⁴ Ibid.

⁴²⁵ Inclusive com preocupação de se abordar os mais diversos ramos do direito a partir de um viés constitucional, chegando a construções como a Constitucionalização do Direito Processual, tem sido esta uma das preocupações dos estudiosos do direito. O CoDiP – grupo de pesquisa Constitucionalização do Direito Processual do UNIVEM, vislumbrando essa necessária e, hoje, natural comunicação entre Direito Constitucional e Direito

extirpação de todo movimento de retrocesso e reducionismo dos direitos fundamentais (cláusula de proibição de retrocesso que vincula, inclusive, o Poder Constituinte, visto até pouco tempo como o detentor da absoluta liberdade) apresenta-se como o brado dos constitucionalistas e estudiosos do direito contemporâneo; isso, contudo, não poderá ser fundamento único e político para justificar retroatividade de lei penal, punição de meros instrumentos de um Estado Injusto, entre outros atos tão imorais quanto a própria autorização legal para atirar contra os atravessadores.

A grande preocupação que se apresenta diz respeito, portanto, à ausência de critérios racionais quando da (re)aproximação do direito e da moral, já que, conforme salientado por Alexy, há uma tensão pela moralização do direito (posição de Radbruch, para a qual o direito está inserido na moral, servindo esta como braço armado daquele), cujas construções jurídicas ficam à deriva das deduções morais.

A moral deverá se apresentar quando da elaboração das normas jurídicas, impedindo, assim, que estas sejam carregadas de elementos injustos, imorais, que promovam a mitigação dos direitos humanos. Quando da aplicação do direito existente, a partir de elementos morais não positivados, mesmo que represente uma grave injustiça, haverá uma grande instabilidade do sistema jurídico posto.

Assim, os soldados na RDA estavam inseridos em um sistema político que primava pela manutenção do Estado, talvez em detrimento dos direitos humanos. Porém, todo estabelecimento de uma razão de Estado será pautado em construções ideológicas que buscam inverter a realidade dos fatos, inserindo os subalternos numa zona cinzenta que ofusca a realidade fática, retirando-lhes a consciência dos atos praticados em seu favor, principalmente aqueles que cumpriam ordem diretamente (sentinelas do muro de Berlim).

Quem sabe a maior imoralidade não se estabeleceria ao atribuir todas as escolhas políticas/jurídicas injustas de um Estado a dois meros instrumentos de toda a maquinaria institucional?

PARTE 2 – DECISÃO JUDICIAL E RACIONALIDADE JURÍDICA

CAPÍTULO 3 – Direitos Fundamentais e a Teoria dos Princípios

1. Direitos Fundamentais e Racionalidade Discursiva

Independente da espécie de Direito que se aprecia, toda manifestação estatal que em qualquer medida determine comportamentos deverá se pautar em critérios racionais, para, assim, reclamar legitimidade. Quando se pretende realizar uma leitura da Teoria Argumentativa, o que se almeja é justamente saber se nossos discursos podem reclamar uma racionalidade e de que forma podemos realizar análises comparativas entre um discurso racional hipotético e um discurso real, por exemplo, do Poder Judiciário.

Dois pontos são extremamente importantes para se determinar o problema da racionalidade discursiva das decisões judiciais: a) não se é possível *extrair* dedutivamente os fundamentos das premissas normativas, principalmente aquelas dos direitos fundamentais que apresentam certo grau (ainda que variado) de abstração; b) a racionalidade das decisões judiciais se expõe com o estabelecimento de correntes de fundamentações que se sustentam a partir das regras da argumentação e da submissão dos próprios argumentos à legislação, à dogmática jurídica e aos precedentes judiciais.

Como poderemos observar a Teoria da Argumentação Jurídica se mostra de forma extremamente importante diante da abertura⁴²⁶ do sistema jurídico, seja pela fixação de cláusulas gerais, elementos indeterminados, pela própria abertura semântica dos enunciados normativos, pelo caráter *prima facie* das normas dos Direitos Fundamentais, e todas as outras características que determinam uma plasticidade do sistema jurídico. A racionalidade discursiva no âmbito da abertura do sistema jurídico, portanto, será demonstrada pela *fundamentabilidade* dos razões apresentadas nos debates jurídicos, submetendo-se a todas as regras da razão prática, bem como à legislação, à dogmática jurídica e aos precedentes judiciais.

⁴²⁶ Lênio Streck, em contrapartida, como crítico da Teoria da Argumentação e das interpretações equivocadas da Teoria dos Princípios, afirma que, na verdade, os princípios fecham a interpretação e não a abrem, o que implica dizer que não se pode sustentar uma abertura do sistema jurídico pelos princípios, mas uma fechamento do sistema pelos princípios. *cf.*: STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre/Livraria do Advogado. 2013.

Seja no discurso de justificação interna, em que as premissas já estão fixadas, seja no discurso de justificação externa, em que se tematizará as premissas, a racionalidade do discurso se concentrará no estabelecimento de correntes de fundamentação⁴²⁷, na fundamentabilidade dos discursos.

Quando nos deparamos com os Direitos Fundamentais, a questão da racionalidade discursiva se apresenta de forma mais intensa, seja pela própria vagueza das normas que preveem os Direitos Fundamentais, seja pela forma de aplicação ou concretização dessas normas pela manifestação do Poder Judiciário. Em relação à vagueza dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy constata que, diante de uma Teoria dos Direitos Fundamentais da Constituição Alemã, o conjunto normativo que fixam, sobretudo os fins e estruturas do Estado são “estruturas normativas de menor densidade regulatória”⁴²⁸⁻⁴²⁹.

A fluidez e a vagueza conceitual permite a universalidade do Direito, levando a abarcar um número maior de hipóteses de incidência do enunciado normativo; em contrapartida, diante dessa indeterminação conceitual, os Direitos Fundamentais serão marcados por uma intensa controvérsia acerca da própria extensão dos direitos em análise. Quanto maior a abstração do Direito Fundamental, como, por exemplo, a dignidade, a liberdade e a igualdade, maiores as possibilidades de se deparar com controvérsias e disputas a respeito de sua extensão⁴³⁰.

Por corresponderem à estrutura e às pretensões do Estado, as normas de Direitos Fundamentais transitarão, necessariamente, por esferas da Filosofia Política, já que demarcam “[...] a estrutura da democracia, do Estado de Direito e do Estado Social, chega-se a um sistema de conceitos que abarca conceitos-chave do direito racional moderno, complementado pelo princípio do Estado Social, que expressa as exigências dos movimentos sociais dos séculos XIX e XX [...]”⁴³¹.

Será a própria dogmática jurídica e as manifestações dos Tribunais que permitirão preencher essa fluidez normativa. É isso que constata Alexy, ao afirmar que a ciência dos direitos fundamentais, no cenário alemão, tornou-se uma ciência da jurisprudência

⁴²⁷ Para o conceito de correntes de fundamentação e critérios de coerência argumentativa ver: ALEXY, Robert. *Fundamentação jurídica, sistema e coerência. (Constitucionalismo Discursivo)*. Tradução e Organização de Luís Afonso Heck. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 117-130.

⁴²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos ...* Op. Cit., p. 26.

⁴²⁹ Para verificar no sistema constitucional brasileiro, essa vagueza, basta verificar o que dispõe o Art. 1º da Constituição Federal de 1988, que determina a “III - dignidade da pessoa humana” como fundamento da República Federativa do Brasil; o Art. 5º, IV, que dispõe que constitui direito fundamental a “livre [a] manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; entre uma série de direitos fundamentais que possuem como característica estrutural essa fluidez.

⁴³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos ...* Op. Cit., p. 27.

⁴³¹ Ibid.

constitucional⁴³², o que, entretanto, não encerra os debates em torno dos Direitos Fundamentais, haja vista que a própria jurisprudência poderá fornecer manifestações ambíguas e também abstratas, provocando novas discussões.

Portanto, os Direitos Fundamentais ficarão em uma posição central entre a Teoria da Argumentação Jurídica e a Teoria dos Princípios, já que os Direitos Fundamentais que podem ser externalizados como normas jurídicas da espécie, princípio ou regra, exigirá da Teoria da Argumentação todas as construções necessárias para se alcançar uma racionalidade discursiva diante dos debates e das controvérsias que se apresentarão.

Para se pensar em uma racionalidade discursiva das decisões que lidam com essas espécies normativas fluidas, será necessário expor a Teoria dos Princípios, as formas de aplicação das normas de Direitos Fundamentais e todos os seus desdobramentos teóricos, o que ocorrerá nos próximos itens.

2. A Dogmática Jurídica e os Direitos Fundamentais como arena da Teoria dos Princípios

Robert Alexy constrói uma Teoria Dogmática dos Direitos Fundamentais Alemã, portanto, todas suas considerações, embora tenham a pretensão transcendente de uma teoria geral⁴³³, destinam-se a analisar os Direitos Fundamentais (portanto, direitos positivados e não supraleais) da ordem constitucional alemã. Enquanto ciência jurídica dogmática, esta poderá ser compreendida em três dimensões: analítica, empírica e normativa⁴³⁴.

Em decorrência da sua dimensão empírica, é possível sustentar que o Direito não compreenderá somente a descrição das leis, incluindo, também, a descrição e o “[...] prognóstico da práxis jurisprudencial, ou seja, não só direito legislado, mas também direito jurisprudencial [...]”⁴³⁵. Levando em consideração que a dimensão analítica terá uma preocupação sistemático-conceitual do direito vigente (análise dos conceitos elementares; construções jurídicas; e exame da estrutura do sistema jurídico)⁴³⁶, sendo que a empírica transcende essa dimensão e alcança o direito construído nas práticas jurídicas.

⁴³² Ibid.

⁴³³ Em contraposição a uma “*teoria unipolar*”, como aquelas apresentadas por Böckenförde, que, segundo Alexy, diferencia cinco teorias “[...] teorias liberal ou do Estado de Direito burguês, a teoria institucional, a teoria axiológica, a teoria democrático-funcional e a teoria social-estatal” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit., p. 40).

⁴³⁴ Ibid., p. 33.

⁴³⁵ Ibid., p. 34.

⁴³⁶ Ibid.

A dimensão normativa, por sua vez, se destinará a refletir a prática jurídica no sentido de determinar em que medida uma decisão judicial pode ser compreendida como correta; logo, ultrapassa a análise do que a decisão *é* e compreende a análise de como a decisão *deve ser*, logo, uma decisão correta⁴³⁷.

Considerando essas três dimensões, a dogmática jurídica buscará, na análise crítica e reflexiva da atividade jurisprudencial, promover uma integridade do sistema jurídico, levando em consideração aquilo que ela estabelecer, objetivamente, como o conteúdo do direito estático (enunciados normativos), suas formas de interação e fluidez desses enunciados, ou seja, enquanto “[...] *problema de complementação* [...]”⁴³⁸. Para que essa atividade de complementação seja racional, deverá, necessariamente, combinar essas três dimensões:

As razões disso são facilmente perceptíveis. Para se obter uma resposta a uma questão sobre o que deve ser juridicamente, é necessário conhecer o direito positivo. O conhecimento do direito positivo válido é tarefa da dimensão empírica. Nos casos mais problemáticos, material normativo que pode ser obtido por meio da dimensão empírica não é suficiente para fundamentar um juízo concreto de dever-ser. Isso leva à necessidade de juízos de valores adicionais e, com isso, à dimensão normativa. Clareza conceitual, ausência de contradição e coerência são pressupostos da racionalidade de todas as ciências. Os inúmeros problemas sistemático-conceituais dos direitos fundamentais demonstram o importante papel da dimensão analítica no âmbito de uma ciência prática dos direitos fundamentais que pretende cumprir sua tarefa de maneira racional.⁴³⁹

Alexy propõe uma Teoria dos Direitos Fundamentais como Teoria Estrutural, isto é, inicialmente analítica, já que investiga as elementares dos Direitos Fundamentais, mas ultrapassa essa concepção ao se preocupar com a prática jurídica; assim, possui um caráter empírico-analítico. Não deixa, contudo, de propor que as decisões judiciais tenham uma pretensão à correção, ou seja, como *devem ser*, possuindo, também um caráter normativo-analítico⁴⁴⁰.

Essas dimensões empírico-analíticas e normativo-analíticas auxiliarão, justamente, na clareza conceitual teórica, já preocupada com a doutrina e a jurisprudência constitucional que se socorrem de expressões das mais variadas para designar direitos fundamentais e valores constitucionais, o que compromete a objetividade da ciência jurídica. Constata Alexy que,

⁴³⁷ Ibid., p. 36.

⁴³⁸ Ibid.

⁴³⁹ Ibid., p. 38.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 43.

Dificuldades especiais estão associadas às descrições do aspecto objetivo, ligado ao conceito de valor. Exemplos são: “normas axiológicas fundamentais”, “decisão axiológica”, “decisão axiológica jurídico-objetiva”, “conteúdo axiológico”, “valores constitucionais” e “valores comunitários constitutivos”. É também muito difícil ter uma visão de conjunto dos termos não pertencentes à família dos valores, como: “princípio da ordem social”, “diretrizes”, “impulsos”, “princípios estruturais”, “princípios básicos”, “norma guia”, “norma parâmetro”, “parâmetros”, “postulados”, “tarefas” e “dever de proteção” [...].⁴⁴¹

É, nesse aspecto, que a Teoria dos Direitos Fundamentais, enquanto teoria analítica (empírico-analítica e analítico-normativa), permitirá, a partir de um viés estrutural objetivo, identificar a composição dos direitos fundamentais que contribuirá para uma racionalidade das suas fundamentações, pressupondo o “tratamento lógico do direito”⁴⁴². Todavia, Alexy não promove uma redução do conhecimento jurídico ao conhecimento lógico, sendo necessários valores adicionais e, com estes, conhecimentos empíricos.

Com a dogmática que pretende um reducionismo à dimensão analítica, é possível realizar uma crítica à Teoria Pura do Direito, enquanto teoria científica que indica a norma jurídica como objeto do Direito, extraindo, dessa análise pura, a retórica política e intervenções oriundas das lutas ideológicas. É certo que, sem uma análise analítica, não é viável uma disciplina racional⁴⁴³, entretanto, as dimensões empíricas e normativas complementam o Direito como ciência que exige valores adicionais para resolver os casos mais problemáticos⁴⁴⁴.

Tais considerações quanto à Dogmática Jurídica desenvolvida por Robert Alexy mostram-se de fundamental importância para compreender os aspectos estruturais da distinção das normas jurídicas enquanto regras e princípios.

Antes mesmo de se expor a estrutura das normas de direitos fundamentais é importante deixar em evidência as razões pelas quais, ao se analisar tais normas, é necessário trabalhar com a dicotomia “regra e princípio”, representando os direitos fundamentais aquilo que denominamos como *arena* dessas espécies normativas. Salienta Alexy que frequentemente, quando se fala em valores, objetivos, ônus argumentativo e fórmulas abreviadas, automaticamente, se remetem à ideia de princípios constitucionais. Em contrapartida, quando se determina que a Constituição tenha que ser levada a sério, ou seja,

⁴⁴¹ Ibid., p. 44.

⁴⁴² Ibid., p. 46.

⁴⁴³ Ibid., p. 49.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 48.

determinando imediatamente comportamentos e consequências jurídicas, o que se vem em mente é a regra como espécie normativa⁴⁴⁵.

As regras, como se verá com mais detalhe adiante, por implicarem mandamentos definitivos, ou seja, que presentes as possibilidades fáticas e jurídicas devem ser cumpridos, serão encontradas em todo e qualquer sistema normativo que reclame *status* jurídico. Afinal, como sistema jurídico normativo sua pretensão sempre será de regulamentar comportamentos sociais, representando o Direito uma verdadeira “cortina de fogo”, para se utilizar da expressão habermasiana, que deve ser cumprido, independentemente da vontade dos destinatários.

Entretanto, enquanto Direitos Fundamentais que indicam elementos de conteúdo valorativos, como, por exemplo, dignidade, liberdade e igualdade, previstos na Constituição Federal de 1988, não fixam, como normas constitucionais não sopesadas, comportamentos definitivos, mas somente conteúdos *prima facie*, deve-ser ideal analisados isolada e abstratamente. É, nesse sentido, que os princípios constitucionais se oferecem como *mandamentos de otimização* que deverão ser cumpridos em graus diferentes diante das suas colisões e das circunstâncias fáticas e jurídicas que se apresentarem. Podemos afirmar, assim, que as normas de direitos fundamentais possuem uma dupla face: por um lado representam valores, conteúdos axiológicos que fixam aquilo que é bom, corajoso, honesto, etc., e, por outro, uma face deontológica, que expõe aquilo que é devido, obrigatório, permitido; é este lado deontológico que atribui o caráter cogente dos direitos fundamentais, enquanto normas jurídicas e não o caráter valorativo.

Portanto, os Direitos Fundamentais, que constituem normas jurídicas, poderão ser externalizados tanto enquanto regras, quanto em princípios. Quando apresentarem, todavia, conteúdos valorativos, cuja extensão abstrata somente se pode determinar em um aspecto *prima facie* a ser otimizado, representarão a esfera da espécie normativa principiológica. Vale ressaltar que a mera abstração, conteúdos *prima facie* e valorativos não poderão, por si só, determinar os requisitos para uma distinção forte entre regras e princípios; logo, outros elementos deverão ser considerados, como veremos mais adiante. Porém, por ora, tais elementos são suficientes para indicar que serão as normas de Direitos Fundamentais que permitirão o manuseio dessas espécies normativas, localizada aqui a *arena* de atuação dos princípios normativos.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 86.

A clareza teórica para se determinar as espécies normativas que compreendem Direitos Fundamentais será promovida pela dimensão analítica da dogmática jurídica, que, entretanto, deverá se socorrer das dimensões empírica e normativa, principalmente na aplicação dos princípios constitucionais que exigirão valorações adicionais e discursos racionais de fundamentação. Os requisitos para se determinar essa distinção que promoverá, conseqüentemente, um método racional de sua aplicação serão analisados agora.

3. Conceito de Normas de Direitos Fundamentais

Para se determinar o conceito de norma de direito fundamental, é preciso, inicialmente, estabelecer a relação entre “norma de direito fundamental” e “direito fundamental”. Segundo o professor de Kiel, toda vez que alguém afirma que possui um direito fundamental, necessariamente, deverá se socorrer às normas que lhe garantam referido direito subjetivo. Nem sempre, entretanto, a existência de uma norma de direito fundamental implicará a existência de um direito subjetivo fundamental, principalmente quando se observa o catálogo positivado de normas de direitos fundamentais⁴⁴⁶.

Nesse sentido Alexy propõe uma concepção ampla dessas normas, que mesmo não estabelecendo direitos subjetivos, podem ser reconhecidas como normas de direitos fundamentais, partindo da exigência de que “[...] toda pretensão à existência de um direito fundamental pressupõe a validade de uma norma de direito fundamental correspondente [...]”⁴⁴⁷.

Um conceito que seja suficientemente abrangente, que abarcará as várias concepções que se têm de “norma”⁴⁴⁸, será aquele proposto pelo modelo semântico. Para este, há uma distinção entre “norma” e “enunciado normativo”. Imaginemos a seguinte prescrição prevista no Art. 5º, III, da Constituição Federal:

(1) ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 50.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 51.

⁴⁴⁸ Alexy alerta para a abertura semântica do léxico “norma”, que gera inúmeras concepções a seu respeito: “Não é de surpreender que a discussão acerca do conceito de norma como conceito fundamental da Ciência do Direito não tenha fim. Toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre o seu próprio caráter. Dessa forma, a fundamentação daquilo que se sustenta variará conforme se entenda normas como o “sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta” ou uma “expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada”, como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeito ou, quando não, tem como consequência uma reação social, como expressão com uma forma determinada ou uma regra social [...]” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit., p. 52).

Este enunciado normativo proíbe a tortura, o tratamento desumano ou degradante. Esta proibição à tortura, por sua vez, ao tratamento desumano ou degradante, decorre da interpretação de “ninguém será submetido” a estas formas de subjugação. Logo, a norma, aquilo que é proibido, decorre do significado do enunciado normativo⁴⁴⁹.

Essa mesma norma poderá se expressar, diante da distinção entre enunciado normativo e norma, por outros enunciados normativos que impliquem a mesma norma:

(1’) é proibida a submissão à tortura e ao tratamento desumano ou degradante.

Ou

(1’’) nenhum ser humano pode ser submetido à tortura ou ao tratamento desumano ou degradante.

Compreendendo que o resultado da análise interpretativa do enunciado normativo culminará na determinação da norma, e que não há confusão entre texto de lei (enunciado normativo) e norma, poderemos concluir que aquilo que vinculará nossos comportamentos não será o texto, enquanto mero enunciado normativo, mas, sim, a sua atribuição de sentido. Para Ávila,

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.⁴⁵⁰

Quando a norma implicar uma proibição, como no caso ora analisado, os enunciados normativos poderão inserir expressões das mais diversas para determinar essa interpretação, tais como “ninguém será submetido”, “é proibido”, seres humanos “não podem”, “não serão” ou até mesmo implicar consequências que determinem na abstenção do comportamento que

⁴⁴⁹ Ibid., p. 54.

⁴⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. São Paulo/Malheiros. 2005. p. 22.

se quer proibir “Quem torturar qualquer ser humano será punido com pena de cinco anos”⁴⁵¹⁻⁴⁵².

Assim, para se falar em direito fundamental, não é necessário que exista um enunciado normativo que reconheça, com expressões linguísticas específicas, determinadas normas. Analisemos, assim, as possibilidades desse fenômeno.

Os princípios da Segurança Jurídica e da Certeza do Direito não possuem o correspondente texto normativo na Constituição Federal, porém são juridicamente reconhecidos como princípios inerentes ao nosso sistema normativo. No caso do princípio da Segurança Jurídica e da Certeza do Direito, podemos afirmar que decorrem da análise interpretativa de outros dispositivos constitucionais que garantem a legalidade (ex.: art. 150, I, da Constituição Federal), a irretroatividade e a anterioridade, desembocando-se na segurança e certeza jurídica⁴⁵³. Ou, no exemplo de Robert Alexy, quando se proíbe a passagem do sinal vermelho do semáforo sem que exista enunciado normativo para tal⁴⁵⁴.

Outra possibilidade decorre da extração de mais de uma espécie normativa de um único enunciado, como no exame do dispositivo que exige previsão legal para o aumento ou instituição de tributos, a partir do qual se extrai o princípio da legalidade, da tipicidade, da proibição de regulamentos independentes e da proibição da delegação normativa⁴⁵⁵.

Pode haver, ainda, a existência de enunciado normativo sem que se permita alcançar qualquer norma, como é o caso do preâmbulo da nossa Constituição Federal que clama a *proteção Divina*. Nesse caso, embora exista o texto legal⁴⁵⁶, não podemos extrair da lei uma espécie normativa com conteúdos deônticos, que refletirão obrigações e deveres aos destinatários do texto. Não podemos, assim, exigir juridicamente a *proteção Divina*.

A distinção entre enunciado normativo e norma ocorre, pois, segundo Ávila, os textos normativos não trazem em si um significado total que impeça a atribuição de sentidos pelo intérprete, como se a atividade interpretativa estivesse acabada no próprio enunciado

⁴⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit., p. 54.

⁴⁵² Vale, aqui, ressaltar que referidos enunciados deônticos não se confundem com *enunciados imperativos* como “‘jamais um alemão será extraditado!’”, nem os *enunciados indicativos sem expressões deônticas*, como ‘alemanes não serão extraditados’. Sempre que esses enunciados expressarem normas, será possível transformá-los em um enunciado deôntico que expresse a mesma norma. Nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico [...]” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit., p. 57).

⁴⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios ...** Op. Cit., p. 23).

⁴⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit., p. 54.

⁴⁵⁵ Ibid. p. 22.

⁴⁵⁶ Vale consignar que, embora a doutrina constitucionalista ressalte não possuir o caráter de norma constitucional, o texto preambular servirá como texto normativo auxiliar na interpretação de todo o texto constitucional e dos textos infraconstitucionais.

normativo, o que permitiria ao intérprete tão somente alcançar este significado para aplicá-lo no caso concreto, mediante mera subsunção, já que.

[...] a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso, ou melhor, como uso.⁴⁵⁷

Klaus Günther⁴⁵⁸ indica a impossibilidade da existência de uma *norma perfeita*, que abarcaria todos os significados possíveis diante do aparecimento do caso concreto a ser solucionado, o que indicaria os participantes do processo legislativo como seres detentores de um saber limitado e tempo finito, que fundiriam o discurso de fundamentação e o de aplicação.

Para o professor de Frankfurt, não seria possível a existência de uma *norma perfeita*, já que, no processo legislativo, não se poderia antecipar todo conhecimento possível e prever, atemporalmente, todas as consequências fáticas imagináveis que, eventualmente, surgiriam no momento da aplicação da lei aos casos concretos. Não se é possível imaginar que todas as possíveis aplicações individuais haveriam sido tema do discurso no processo legislativo em sua completude, transferindo o problema da aplicação ao campo da validade (elaboração da lei)⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios ...** Op. Cit., p. 23-24.

⁴⁵⁸ GÜNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica.** Apresentação e tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Disponível em <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10502/1/doxa17-18_11.pdf>. Acesso em 26 de fev. de 2013. p. 278-279.

⁴⁵⁹ Ibid.

El ideal de una norma <<perfecta>> sale al encontró de nuestras intuiciones morales, pero resulta problemático por diferentes razones. Por un lado es abiertamente irrealista la hipótesis de que los participantes en un discurso pueden encontrarse alguna vez en la situación de poder disponer de un saber ilimitado y de un tiempo infinito. Pues las hipótesis de un saber ilimitado y un tiempo infinito, del mismo modo que las restantes condiciones idealizadas de argumentación, formarían parte de los requisitos pragmáticos de una argumentación sobre la pretensión de validez de una norma [...].⁴⁶⁰

Diante dessa impossibilidade de estabelecer no processo legislativo todos os imagináveis sentidos a serem atribuídos ao enunciado frente aos casos faticamente possíveis, haverá uma cisão entre o discurso de fundamentação (campo da validade da lei, do processo legislativo, que promove uma generalização do dispositivo) e o discurso de aplicação (em que se atribuirá sentido ao enunciado normativo – ato de atribuição de sentido normativo do enunciado), conforme propõe Günther.

Ao campo de fundamentação, será reservado o discurso de estabelecimento de textos cogentes, que irão regular genericamente o maior número de comportamentos possíveis, utilizando-se da abstração da linguagem. Por seu turno, o discurso de aplicação se destinaria ao momento de conciliar a lei abstratamente posta e os casos concretos que exigiriam uma solução. Seria, pois, nos casos particulares, que ocorreria a dinâmica de atribuição de sentido ao texto, que desembocaria na norma (método hermenêutico) considerando o texto legal.

Importante consignar que, uma vez defendida a ideia de que é possível a existência de uma *lei perfeita*, que antecipada, no processo legislativo, todas as discussões relativas ao plano de aplicação do direito, não poderíamos falar em direitos implícitos, para os quais seria possível extrair um sentido não previsto pelo legislador quando da elaboração do enunciado normativo, já que a completude do Direito estaria gravada no enunciado abstrato.

Diante dessas considerações, podemos afirmar que o conceito semântico de normas será o mais adequado para compreender a extensão da distinção entre enunciado normativo e norma e de que forma a Teoria da Argumentação e a Teoria dos Princípios poderão contribuir para a racionalidade das decisões judiciais que se deparam com norma de direitos fundamentais. Assim, é preciso, agora, compreender a forma de identificação das normas de direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Como nossa pretensão é de analisar a racionalidade jurídica de decisões do Supremo Tribunal Federal, que aprecia direitos fundamentais, necessariamente, devemos demonstrar a forma pela qual identificamos normas de direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 279.

Seguindo orientação do professor de Kiel, identificar as normas de direitos fundamentais como aquelas que indicam direitos fundamentais ou que estas normas seriam somente aquelas presentes na Constituição desaguaria em dois problemas: I) nem todas as normas de direitos fundamentais previstas, tanto na Constituição alemã quanto na Constituição brasileira (marcadamente analítica), implicam o reconhecimento de direitos fundamentais; e II) não seria possível reconhecer direitos fundamentais em enunciados externos à Constituição⁴⁶¹.

Assim, para se identificar as normas de direitos fundamentais ou, segundo Alexy, disposição de direito fundamental, é possível partir de três aspectos: materiais, estruturais e/ou formais⁴⁶².

Os critérios substanciais e estruturais são aqueles que identificam as disposições de direitos fundamentais, a partir do estabelecimento do fundamento do próprio Estado, e que, por *constituírem* o Estado, são reconhecidos pela Constituição⁴⁶³. Assim, representariam as pretensões ideológicas do Estado que compõe, tais como as liberais, por exemplo. Dessa forma, a concepção de norma de direito fundamental fica adstrita à própria estrutura do Estado, sendo que àquelas disposições constitucionais que não se emparelham com a concepção liberal de Estado não lhes são atribuídas o *status* de norma de direito fundamental. Caso se reconheça, assim, que a República Federativa do Brasil seja, hipoteticamente, um Estado Liberal, as disposições do art. 7º, da Constituição Federal, que estabelecem direitos sociais, não poderiam ser reconhecidas como normas de direitos fundamentais.

O conceito, exclusivamente estrutural, levaria à identificação dos direitos fundamentais somente àqueles dispositivos que reconhecessem direitos fundamentais (retornando à crítica formulada por Alexy já apresenta anteriormente).

Assim, apresenta-se de forma mais conveniente o critério formal, que reconhecerá como normas de direitos fundamentais, a partir da sua forma de positivação.

A atribuição de *status* jurídico-normativo “direito fundamental” à determinada categoria de direito exigirá, inicialmente, que o hermeneuta verifique o catálogo de direitos enumerados na Constituição Federal que externam direitos fundamentais. Sendo assim, de início, verificam-se os Títulos I e II, cuja nomenclatura é: “Dos Princípios Fundamentais” e “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, respectivamente.

⁴⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit., p. 66.

⁴⁶² Ibid.

⁴⁶³ Ibid.

O Título II possui, por sua vez, cinco capítulos com as seguintes denominações: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivo”, “Dos Direitos Sociais”, “Da Nacionalidade”, “Dos Direitos Políticos”, respectivamente. Aqui, vale ressaltar que, embora a nomenclatura utilizada pelo legislador constituinte para designar certas normas constitucionais como “princípios”, esta não poderá ser a concepção dogmática analítica ora utilizada, seguindo as construções desenvolvidas por Robert Alexy. Embora o Título I traga a expressão “Dos Princípios Fundamentais”, de início, não há um rigor dogmático para determinar as normas dali decorrentes somente de princípios normativos; parece se aproximar mais da concepção de fundamentabilidade ou importância, como objetivos e fundamentos, dos princípios do que uma preocupação estrutural de sua identificação (como *mandamentos de otimização*, etc.). Nada obsta, contudo, que possa haver uma coincidência de determinação das normas dali decorrentes como princípios normativos, mas não que isso tenha sido uma pretensão do legislador constitucional.

Pois bem, em um primeiro nível de identificação, poderíamos determinar que, pela localização geográfica e de indicação do legislador constitucional, seriam normas de direitos fundamentais todas aquelas compreendidas pelos Títulos I e II da Constituição Federal; isso, porém, ainda, seria pouco. Caso assim o fosse, as indicações ali apresentadas seriam um rol taxativo o que impediria a identificação das normas de direitos fundamentais em outras disposições além Títulos I e II. Robert Alexy, analisando o sistema constitucional alemão, a partir do mesmo raciocínio, ressalta que este método de identificação é um critério ainda estreito e que não abarcaria, por exemplo, o direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 103, § 1º, da Lei Fundamental Alemã, apresentado fora do capítulo intitulado “Os Direitos Fundamentais”⁴⁶⁴.

No caso das normas que preceituam direitos fundamentais, ainda que externo ao capítulo “Os Direitos Fundamentais”, Alexy se apropria da forma cunhada por Friedrich Klein denominada “disposições periféricas associadas”, que seriam disposições de direitos fundamentais fora do capítulo, mas que autorizavam a interposição de reclamação constitucional. Logo, para a ordem constitucional alemã, conjugando os dois critérios:

[...] definir os conceitos de disposição e de norma de direitos fundamentais da seguinte maneira: *disposições de direitos fundamentais* são aquelas contidas nas disposições dos arts. 1º a 19 da Constituição alemã, bem como as disposições garantidoras de direitos individuais dos art. 20, § 4º, 33, 38,

⁴⁶⁴ Ibid., p. 68.

101 e 104 da Constituição alemã. *Normas de direitos fundamentais* são as normas diretamente expressas por essas disposições.⁴⁶⁵

Considerando esse critério, poderíamos afirmar que, no sistema constitucional brasileiro, além daquelas disposições de direitos fundamentais previstas nos Títulos I e II, seria possível identificar outras “disposições periféricas associadas”, que, inclusive, externalizam direitos fundamentais subjetivos, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal brasileira, assim, fora dos Títulos I e II.

O art. 5, inserido no Capítulo I do Título II, enumera, em seu *caput* e setenta e oito incisos, os direitos fundamentais explícitos, já que os indicam, expressamente, de forma exemplificativa, os direitos institucionalmente reconhecidos como fundamentais. Do rol de direitos fundamentais explícitos, verifica-se, entre aqueles classificados como garantias constitucionais⁴⁶⁶, o devido processo legal (inciso LIV da CF); o contraditório e a ampla defesa (inciso LV da CF); vedação da utilização das provas ilícitas (inciso LVI da CF), entre outros.

A partir do reconhecimento das disposições de direitos fundamentais explícitas, é necessário determinar em que medida é possível reconhecer, no nosso sistema constitucional, as “disposições periféricas associadas”, o que nos faz refletir alguns pontos. O primeiro, diz respeito à existência de direitos fundamentais implícitos, que nos coloca a indagar: além da existência daqueles direitos explicitamente reconhecidos pelo ordenamento constitucional

⁴⁶⁵ Ibid., p. 69.

⁴⁶⁶ Em relação à distinção entre *direito* e *garantia*, assentua Cambi: “Quanto à *estrutura*, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como *direitos propriamente ditos* ou como *garantias*. Os direitos representam, por si sós, certos bens, enquanto as garantias inserem-se, direta e imediatamente, na esfera jurídica das pessoas, já as garantias, ao contrário, somente se projetam nas suas respectivas esferas jurídicas pelo nexo que possuem com os direitos, sendo possível afirmar que os direitos são principais e as garantias, acessórias. Cf. Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, t. IV, p. 88-89. Em uma abordagem mais ampla, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como *substanciais* ou materiais e *formais* ou processuais. Nesse sentido, ensina Robert Alexy que os “derechos a procedimiento judiciales (...) son derechos a una ‘protección jurídica efectiva’”. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos” (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit. p. 472). No mesmo sentido: J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, cit. p. 637-640. Nessa perspectiva instrumentalista, pode-se conceber o direito à prova como um *direito processual fundamental*, embora, naquela outra abordagem, fosse possível compreender o instituto processual em estudo pela categoria da *garantia da amplitude probatória*. (nota 3 – p. 164-165). Vale ponderar que há que se estabelecer duas dicotomias distintas: “Direito e Garantia” e “Princípio e Regra” (CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo/RT. 2001. p. 93). Sendo a Garantia um instrumento constitucional de proteção aos direitos materiais, acredito que esta poderá se caracterizar tanto como Princípio ou quanto uma Regra, dependendo do que iremos extrair do enunciado normativo.

haveria possibilidade de reconhecer outros direitos não indicados expressamente pelo artigo 5º da Constituição Federal? Segundo Cambi,

[...] o constituinte fez questão e ressaltar, no art. 5º, § 2º, que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, o dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Desse modo, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou a fórmula dos *direitos fundamentais implícitos* oriunda da tradição jurídica da *common law* e prevista especialmente na Emenda X da Constituição norte-americana, que afirma: “The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.⁴⁶⁷ (p. 165).

Nesse sentido, é possível extrapolar o catálogo de enunciados normativos previstos nos capítulos I e II, podendo alcançar outros com o mesmo *status* constitucional; por exemplo, o princípio da “dignidade da pessoa humana”. Essa identificação, segundo a regra de reconhecimento estabelecida na Constituição, em seu artigo 5º, § 2º, decorrerá do regime e dos princípios adotados pela Lei Fundamental, considerando uma atividade hermenêutica, além daqueles reconhecidos por tratados internacionais que nosso país seja signatário.

Dessa forma é possível a identificação de disposições de direitos fundamentais, no interior da própria Constituição Federal, que, contudo, extrapolem os Títulos I e II, como é o caso do art. 225, e aqueles decorrentes de tratados internacionais, em que o Brasil seja signatário. Para esta última hipótese, será necessário que ocorra o processo de internalização dos Pactos Internacionais, previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. Nessa hipótese, o Pacto Internacional adquire a categoria de Emenda Constitucional. Aqueles que o Brasil seja apenas signatário, mas que não tenham passado pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, e que estabeleça direitos fundamentais, segundo entendimento firmado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a internalização dos Pactos Internacionais mediante *quorum comum* lhe atribuirá a categoria de norma supralegal, portanto, superior às leis ordinárias e complementares federais, mas inferiores à Constituição Federal⁴⁶⁸.

Uma vez realizado o processo de internalização do tratado internacional, portanto, após sua inserção no ordenamento jurídico nacional, seja com *status* de emenda

⁴⁶⁷ CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional ...** Op. Cit., p. 165.

⁴⁶⁸ O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 349.703-1, concebeu os tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal como norma supralegal. Há, entretanto, entendimento doutrinário no sentido de que mesmo aqueles tratados internalizados antes da introdução do art. 5º, § 3º, desde que contemplem direitos fundamentais, serão considerados normas constitucionais e não supralegais.

constitucional, seja como texto supralegal, o direito à prova passará a ser reconhecido direito fundamental, positivado.

Para realizarmos algumas conclusões iniciais, podemos afirmar, assim, que o primeiro aspecto que permite reconhecer disposições de direitos fundamentais, são aqueles explícitos (enunciados normativos previstos no Título I e II), bem como as disposições de direitos fundamentais implícitas, que, portanto, da regra de reconhecimento prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, enunciam:

- a) pela internalização dos tratados internacionais que preveem disposições de direitos fundamentais, como no caso da Convenção Americana de Direito Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; ou
- b) pela análise hermenêutica que reconhece a existência de outros direitos fundamentais a partir do “regime e dos princípios” adotados pela Constituição.

É, nesse sentido que podemos afirmar que as disposições de direitos fundamentais não se resumem aquelas previstas no Título I e II da Constituição Federal brasileira, podendo alcançar outras disposições pela janela estabelecida na regra de reconhecimento prevista no § 2º, do art. 5º. Todavia, ainda é pouco para se determinar a identificação das disposições de direitos fundamentais, a partir desses critérios. É necessário abordar, agora, aquilo que Alexy denomina de normas de direitos fundamentais atribuídas, que implicarão uma extensão de seu alcance e que auxiliarão substancialmente o julgador, quando da apreciação da colisão de normas de direitos fundamentais.

3.1 Normas de Direitos Fundamentais Atribuídas

Com as considerações realizadas no tópico anterior, foi possível determinar que as disposições de direitos fundamentais podem ser todas aquelas previstas nos Títulos I e II da Constituição Federal, bem como aquelas decorrentes do § 2º, do art. 5º da Constituição. Ocorre que é possível verificar, ainda, que mesmo aquelas disposições de direitos fundamentais direta ou indiretamente reconhecidas, ainda não determinam comportamentos, podendo ser demonstradas indeterminações em suas estruturas que, segundo Alexy, poderão ser de suas espécies: abertura semântica ou abertura estrutural da norma.

Podemos fixar, novamente, o art. 5º, III, da Constituição Federal brasileira como exemplo:

- (1) ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Este enunciado normativo, que, uma vez interpretado, implica uma norma, poderá, ainda, ser representado pela inclusão de outros elementos deônticos, tais como:

(1') é proibida a submissão à tortura e ao tratamento desumano ou degradante.

Ou

(1'') nenhum ser humano pode ser submetido à tortura ou ao tratamento desumano ou degradante.

Tanto (1') quanto (1'') podem decorrer, diretamente, de (1), já que o sentido normativo permanece o mesmo; ou seja, há manutenção da norma. Entretanto, resta indeterminado aquilo que se compreende por “tortura”, “tratamento desumano” e “tratamento degradante”. Para essas indeterminações, Alexy afirma que há uma abertura semântica⁴⁶⁹⁻⁴⁷⁰, que pode ser resolvida por regras semânticas estabelecidas, por exemplo, pelos tribunais ou pelo próprio legislador, constitucional ou infraconstitucional. Aqui, podemos reconhecer a abertura semântica das manifestações linguísticas como as “regras de textura aberta” já denunciadas por Herbert Hart em sua obra “O conceito do Direito”.

Quando se proíbe a submissão de qualquer pessoa à tortura, ainda não se determinou qual comportamento é compreendido dentro dessa expressão. Podemos verificar, no nosso sistema normativo, a existência de outros enunciados normativos que estabelecem regras semânticas para determinar a extensão da expressão “tortura”. Assim, nos socorremos do art. 1º da Lei 9455/97, que define o crime de tortura e demais disposições, prevendo que,

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

⁴⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit., p. 70.

⁴⁷⁰ Quanto a abertura semântica das expressões linguísticas ver nota 132 anterior.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesesseis anos.

Diante da disposição penal, podemos afirmar que o crime de tortura será reconhecido quando o agente “constrang[e] alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa” por exemplo.

Assim, podemos reconhecer que,

- (2) Haverá tortura quando se constrange alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.

De (2) com (1) chega-se a:

- (3) Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, é proibido.

Vale ponderar que essa construção não seria necessária para compreender que (2) é proibido, haja vista que este elemento deôntico (proibido) já vem representado pela imposição da pena no art. 1º da lei acima mencionada. Todavia, a construção (1) – (3) apresenta-se necessária para demonstrar que o enunciado (3) representa uma norma, inclusive uma norma de direito fundamental atribuída, já que complementa um sentido para (1), como poderemos verificar.

Embora (3) não constitua diretamente o enunciado normativo (1), previsto na Constituição Federal, dele decorre argumentativamente e, diante do vínculo de fundamentação estabelecido entre eles, é possível determinar que (3) é norma de direito fundamental, contudo, atribuída.

Alexy expõe, também, a *abertura estrutural*, como elemento de abertura do sistema jurídico e que permite o estabelecimento de normas de direitos fundamentais atribuídas. A *abertura estrutural* indicará indeterminação quanto à necessidade de ações omissivas ou

comissivas do Estado para sua concretização, bem como da necessidade de estabelecimentos de direitos subjetivos para sua materialização⁴⁷¹.

Poderíamos estabelecer que, hipoteticamente, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar um caso concreto em que seja reclamada a aplicação do art. 5º, III, da Constituição Federal, fizesse a seguinte manifestação:

(4) O Estado deve promover políticas de fiscalização dos agentes públicos que atuam no Sistema Penitenciário e da Polícia Judiciária no exercício do poder de polícia para promover a diminuição de crimes de tortura.

e:

(5) Todo aquele que é vítima de crime de tortura promovido por agente público tem direito de defesa contra qualquer interferência estatal tendenciosa no processo investigatório.

Caso (4) e (5) fossem, de fato, manifestações do Poder Judiciário, portanto, revestidas de autoridade jurídica, por determinarem comportamentos e decorrerem, ainda que indiretamente, do art. 5º, III, da Constituição Federal, são normas. Mas até que ponto podemos sustentar que (3), (4) e (5) são normas de direitos fundamentais?

Certo é que (3), (4) e (5) não evoluem, diretamente, de (1); logo, uma vez realizadas interpretações contrárias a elas, não se atingirá (1), conseqüentemente o art. 5º, III, da Constituição Federal. O direito subjetivo garantido à vítima do crime de tortura contra qualquer interferência estatal tendenciosa no processo investigatório não deriva, diretamente, de (1); logo não implica a sua validade⁴⁷².

Nesse sentido, poderíamos afirmar que somente são normas de direitos fundamentais aquelas expressamente previstas na Constituição; assim, somente (1) poderia ser reconhecido como norma de direito fundamental. Mas existem argumentos contrários mais fortes⁴⁷³.

Para retirar a indeterminação de (1), seja a *abertura semântica*, seja a *abertura estrutural*, (3) – (5) é necessário que se fixe relações não somente causais, mas *necessárias* para permitirem a aplicação de (1) em um caso concreto, sem as quais a indeterminação normativa permaneceria e impediria a sua concretização. A extração da indeterminação da norma constitucional pelo oferecimento de outras normas do tipo (3) – (5) estabelece o que

⁴⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos** Op. Cit., p. 71.

⁴⁷² Ibid.

⁴⁷³ Ibid.

Alexy denomina de “relação de refinamento”. Enquanto normas que guardam uma relação argumentativa entre (1) e (3) – (5), Alexy denomina esta como “relação de fundamentação. Assim, essas “[...] duas relações justificam considerar como normas de direitos fundamentais não somente normas que são expressas diretamente pelo texto constitucional, mas também normas do tipo acima mencionado”⁴⁷⁴.

Justifica, nesse sentido, reconhecer que, além das normas previstas expressamente pela Constituição Federal como normas de direitos fundamentais, também aquelas que se expõe por uma relação de “refinamento” e “fundamentação” que passam a ser reconhecidas como normas de direitos fundamentais atribuídas.

A pergunta que Alexy levanta, considerando essa construção apresentada, relaciona-se ao limite de reconhecimento das normas de direitos fundamentais atribuídas, ou seja, “[...] Devem ser consideradas como asserções sobre normas de direitos fundamentais todas as asserções sobre normas que forem levantadas nessa discussão?”⁴⁷⁵, inclusive aquelas que foram levantadas aqui, de forma hipotética, em (4) e (5)?

Alexy fornece dois critérios para esta identificação: um empírico e outro normativo. Poderia ser reconhecido como critério empírico aquele que indica que o reconhecimento das normas de direitos fundamentais atribuídas fica a cargo da jurisprudência e da Ciência do Direito. Segundo o professor de Kiel, para uma perspectiva de uma teoria jurídica, referido método não se apresenta adequado, já que “[...] simples referências àquilo que já foi decidido ou afirmado não são suficientes”⁴⁷⁶.

Diante disso, Alexy propõe como critério para reconhecimento de validade das normas de direitos fundamentais atribuídas, sendo que “[...] para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais* [...]”⁴⁷⁷.

Por tais razões, será a correta fundamentação de vinculação entre a norma de direito fundamental e a norma atribuída o critério de reconhecimento desta última. E mais, referido critério poderá, ainda, ser generalizado e estendido às normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas⁴⁷⁸. Aqui, deixa-se em evidência a conexão entre a Teoria da Argumentação, que norteará a correta fundamentação das normas de direitos fundamentais, e a Teoria dos Direitos Fundamentais; e, assim, conseqüentemente, a Teoria dos Princípios.

⁴⁷⁴ Ibid.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 73.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 73-74.

⁴⁷⁷ Ibid., p. 74.

⁴⁷⁸ Ibid., p. 76.

4. Regras e Princípios

A identificação das normas de direitos fundamentais, seja a norma diretamente estabelecida, seja a aquela atribuída, somente nos auxiliará no estabelecimento da premissa normativa para a solução dos casos concretos. Contudo, somente será possível solucionar os casos concretos que clamam direitos fundamentais, de forma racional, a partir da análise da estrutura das suas normas, e, posteriormente, da análise da forma de sua aplicação, considerando a ideia de proporcionalidade e da fórmula peso.

Enquanto teoria científica, a teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy terá a pretensão de constituir uma “[...] teoria normativa-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais [...]”⁴⁷⁹.

Para que se possam estabelecer critérios que auxiliarão na distinção entre regras e princípios, é necessário, primeiro, reconhecer que ambas são espécies normativas, ou seja, são reunidas sob o conceito de norma, já que dizem o que deve ser. Sendo assim, a distinção entre regras e princípios ficará no nível da distinção entre duas espécies normativas⁴⁸⁰.

O professor de Kiel expõe um catálogo de critérios para a distinção entre as espécies normativas, dentre elas: a generalidade (alta nos princípios e baixa nas regras); a determinabilidade dos casos de aplicação (hipóteses de incidência); a forma de seu surgimento; o caráter explícito de seu conteúdo; o caráter da importância para o ordenamento jurídico; como razões (princípios como razões para regras e regras como razões para si); normas de argumentação ou normas de comportamento, entre outros⁴⁸¹.

Diante desses critérios fornecidos, três teses seriam possíveis: a) toda tentativa de separação seria levada ao fracasso diante da diversidade existente; b) há distinção, porém esta é somente de grau; c) há distinção entre regras e princípios e esta distinção ocorre não somente em nível de grau, mas também qualitativamente. Alexy compreende ser a última corrente a única correta⁴⁸², já que permitirá distinções suficientes que auxiliarão na sua aplicação e concretização.

Assim, como ponto decisivo para a distinção entre regra e princípio, Alexy propõe que *princípios* são “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida

⁴⁷⁹ Ibid., p. 85.

⁴⁸⁰ Ibid., p. 87.

⁴⁸¹ Ibid., p. 87-88.

⁴⁸² Ibid., p. 89-90.

possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* [...]”⁴⁸³.

No plano dos princípios, então, sua concretização ficará delimitada pelas possibilidades fáticas e jurídicas, sendo que estas últimas ficarão adstritas às colisões de regras e princípios. Em contrapartida, as regras são mandamentos definitivos, ou seja, são satisfeitas ou não diante da sua validade; a distinção entre regras e princípios, portanto, “[...] é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau [...]”⁴⁸⁴.

Alexy, ao realizar uma leitura da tese dworkiana sobre a separação entre regras e princípios, afirma que a diferença entre estas duas espécies normativas encontra-se num plano lógico (lógica num sentido amplo), já que as regras são aplicadas de um modo “tudo-ou-nada”. Sendo, desse modo, válida a regra, ela deverá ser aplicada pela decisão judicial que implicará a concretização das suas consequências jurídicas; caso não seja válida, não vinculará a decisão judicial. Ocorre, todavia, que as regras podem possuir exceções, isto é, regras secundárias que determinam sua suspensão, o que não determinará a descaracterização do seu modo de aplicação “tudo-ou-nada”, já que uma formulação completa da regra deve conter todas as exceções⁴⁸⁵.

A distinção entre regras e princípios poderá ser visualizada com maior clareza a partir da análise de suas colisões.

4.1 Conflito entre regras

Havendo conflito entre regras, a solução poderá ocorrer mediante o estabelecimento de uma cláusula de exceção que suspende os efeitos da regra excepta ou mediante a declaração de invalidade de forma a manter válida somente uma regra⁴⁸⁶.

Havendo uma regra válida R que determina uma consequência a , para uma situação C e, concomitantemente, existindo uma regra R' que determina uma consequência b ⁴⁸⁷, para a mesma circunstância C , duas soluções são possíveis: a) poderá se declarar a invalidade de R ou de R' , com base em uma regra de segundo nível, de modo a impedir a simultaneidade das consequências distintas a e b ; ou b) reconhecer que, entre as regras R e R' , há uma relação de

⁴⁸³ Ibid., p. 90.

⁴⁸⁴ Ibid., p. 91.

⁴⁸⁵ ALEXY, Robert. Sobre o conceito do princípio de direito. In.: **Direito, Razão, Discurso** – Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 140.

⁴⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** Op. Cit. p. 92.

⁴⁸⁷ Importa frisar que as consequências jurídicas a e b estabelecem uma relação de contradição entre si, logo uma vez aplicado R com a consequência jurídica a , necessariamente, torna-se impossível a aplicação de R' com a consequência jurídica b . Assim, $a \rightarrow \neg b$, bem como $b \rightarrow \neg a$.

exceção, ou seja, que R suspende R' ou o inverso, impedindo possibilidade de aplicação simultânea das consequências a e b , sem que seja necessário se declarar a invalidade de quaisquer das regras.

Para utilizarmos o exemplo apresentado por Alexy⁴⁸⁸: imaginemos uma regra válida R que determina a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque (a); concomitantemente há uma regra R' , também válida, que determina a saída da sala de aula com o toque do alarme de incêndio (b). As consequências jurídicas a e b são contraditórias entre si, já que determinam comportamentos contrários: a permanência na sala de aula até soar o alarme do intervalo colide com a ordem de sair da sala com o acionamento do alarme de incêndio; logo: $a \rightarrow \neg b$, bem como $b \rightarrow \neg a$.

Entretanto, ao reconhecer que R' apresenta-se como cláusula de exceção de R , as consequências jurídicas por elas determinadas não colidirão, já que não serão aplicadas conjuntamente. Caso isso não seja possível, ao menos uma das regras deve ser declarada inválida⁴⁸⁹.

A declaração de invalidade de uma das regras conflitantes poderá se socorrer das regras estabelecidas na LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que estabelece regras gerais de revogação e derrogação de regras, da seguinte forma:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. ([Vide Lei nº 3.991, de 1961](#))

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Dessa forma, a decisão que aplique as regras estabelecidas no art. 2º anteriormente mencionada, será uma decisão sobre a validade da regra⁴⁹⁰. Estabelecida sua validade, a regra fixará mandamentos definitivos que devem ser cumpridos; ou seja: soado o sinal para o intervalo, os alunos sairão da sala ou, descumprindo as regras, permanecerão na sala, mas jamais poderão cumprir ou descumprir em graus diferentes a regra estabelecida. Em contrapartida, os princípios permitirão cumprimento em graus variados.

⁴⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos ...** Op. Cit. p. 92.

⁴⁸⁹ Ibid.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 93.

4.2 Colisão entre princípios

Enquanto o conflito de regras implica a declaração de invalidade de alguma delas ou a inserção de uma cláusula de exceção, no caso de conflito de princípios a solução não ocorre dessa mesma forma, devendo ser estabelecida uma relação de preferência entre elas, sem que seja declarada sua invalidade ou inserida uma cláusula de exceção.

A relação de preferência entre princípios, por sua vez, indicará a existência de diferentes pesos entre eles quando da colisão no caso concreto. Será o desequilíbrio estabelecido entre os princípios colidentes que determinará a relação de preferência entre si, portanto, ocorrem na dimensão do peso⁴⁹¹.

Enquanto normas que se realizam em graus diversos, a sua concretização dependerá das condições fáticas e jurídicas presentes. Portanto, as “[...] posibilidades jurídicas se determinan, aparte de por reglas, esencialmente por principios opuestos. Por esta razón, los principios, cada uno tomado por si, siempre contienen sólo un mandato *prima facie* [...]”⁴⁹².

A forma de aplicação dos princípios normativos terá como forma específica de aplicação a ponderação, o que exigirá, necessariamente, toda a concepção que se criou de racionalidade discursiva, a partir da Teoria da Argumentação Jurídica agregada à Fórmula do Peso, ambas desenvolvidas por Robert Alexy. Falar em ponderação implica falar em princípios normativos:

[...] La disputa sobre la teoría de los principios respecto de los derechos fundamentales – se puede hablar de la teoría de los principios de los derechos fundamentales así como también de su construcción como principios -, es en primer lugar una disputa sobre la ponderación y, entonces, ya que la ponderación conforma el núcleo del examen de proporcionalidad, una disputa sobre el principio de proporcionalidad.⁴⁹³

Como os princípios possuem somente um conteúdo *prima facie*, a relação de preferenciabilidade somente se dará no plano real. Como meras constatações abstratas de enunciados positivados, os princípios possuirão somente um conteúdo ideal que permite gradação na dimensão concreta, a partir do exercício de ponderar. Não se é possível determinar uma relação de preferenciabilidade entre os princípios no plano abstrato, sem o sopesamento que levará em consideração as condições fáticas e jurídicas. Essa “relação de

⁴⁹¹ Ibid., p. 94.

⁴⁹² ALEXY, Robert. **La Construcción de los derechos fundamentales**. Tradução de Laura Clérico e Jan Sieckmann. Buenos Aires: Ad Hoc. 2012. p. 20.

⁴⁹³ Ibid., p. 21.

tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, ‘*por si só*, de prioridade’⁴⁹⁴.

A ponderação entre os princípios indica a existência de uma lei de colisão. Quando isoladamente considerados, por possuírem um conteúdo *prima facie*, indicam soluções contraditórias. Para demonstrar isso, podemos nos socorrer do já apresentado caso Lebach.

Afirma Alexy que tanto a sentença do tribunal de terceira instância de Koblenz como na sentença do tribunal constitucional federal, os fundamentos se dedicaram a realizar ponderações de bens entre o direito de personalidade (art. 2, alínea 1, em união com o artigo 1, alínea 1, da lei fundamental alemã) e o direito de liberdade de reportagem (artigo 5, alínea 1, proposição 2, da lei fundamental alemã)⁴⁹⁵.

Caso analisássemos, isoladamente, o direito de personalidade, o único resultado possível para o caso Lebach seria a proibição da retransmissão do documentário, de forma a proteger a personalidade do condenado e, concomitantemente, assegurando a sua reinserção social.

Por outro lado, caso fosse desconsiderado o direito de personalidade e se deixasse em evidência somente o direito de liberdade de reportagem, não haveria dúvidas de que a emissora teria o direito garantido de retransmitir o documentário.

É importante frisar que os direitos em análise geram resultados que se excluem, portanto, contraditórios, sendo necessário ser estabelecida uma fixada de preferenciabilidade entre eles, levando em consideração as possibilidades fáticas do caso e as possibilidades jurídicas, decorrentes da colisão destes princípios. Não há, pois, que se declarar a invalidade de qualquer deles ou incluir uma cláusula de exceção que valerá para casos futuros, como norma que é realizada ou não⁴⁹⁶.

Estabelecidas as circunstâncias (*C*), as razões fáticas e as limitações jurídicas, é possível determinar qual princípio, naquele caso específico, deverá prevalecer. Isso traz como consequência a possibilidade de, em casos futuros, outras relações de preferência serem estabelecidas de modo a chegar a outras soluções⁴⁹⁷. Aqui, poderemos vislumbrar as possibilidades da relação entre os princípios colidentes. Pode o princípio da proteção da personalidade ser representado por P_1 e o princípio da liberdade de reportagem por P_2 . A

⁴⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit. p. 95.

⁴⁹⁵ ALEXY, Robert. A análise lógica de decisões jurídicas. *In.: Direito, Razão e Discurso – Estudos para a filosofia do direito.* Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 29.

⁴⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit. p. 96.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

relação de preferenciabilidade poderá ser condicionada ou incondicionada. O símbolo de preferência poderá ser representado por \mathbf{P}^{498} . Teremos, assim:

- (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$.
- (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$.
- (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$.
- (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$.⁴⁹⁹

Como não é possível fixar uma relação de preferência absoluta e abstrata entre os princípios, já que possuem apenas conteúdo *prima facie* e a ideia de princípio absoluto não é sustentável (trabalharemos com estas ideias desenvolvidas por Alexy a seguir), ficam excluídas as possibilidades de relação (1) e (2). Restar identificar em quais circunstâncias deve ser reconhecido (3) e em quais circunstâncias deve ser estabelecido (4), o que leva à seguinte conclusão parcial: “[...] Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C , presentes nesse caso concreto [...]”⁵⁰⁰.

É importante, assim, também levar em consideração quais circunstâncias do caso concreto levam a C , de tal forma que as condições fáticas que preenchem C e que violam os direitos fundamentais devem ser proibidas. Assim, caso haja a retransmissão do documentário (h) do caso Lebach com uma lesão ao princípio da proteção da personalidade, h deve ser proibido. Assim, como C é condição para a relação de precedência, e h preenche C , aquele deve ser proibido “[...] sob o ponto de vista dos direitos fundamentais”⁵⁰¹⁻⁵⁰². Assim, Alexy formula a chamada “lei de colisão”:

(K) Se o princípio P_1 tem preferência em face do princípio P_2 sob as condições C : $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$, e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica; $C \rightarrow R$.

Uma formulação menos técnica seria:

⁴⁹⁸ Ibid.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 97.

⁵⁰⁰ Ibid.

⁵⁰¹ Ibid., p. 98.

⁵⁰² Aqui as circunstâncias fáticas (h) que compõe C são representadas da seguinte forma: “ C_2 é composto por quatro condições (repetição/ ausência de interesse atual pela informação/grave crime/ risco à ressocialização). A regra $C_2 \rightarrow R$, que corresponde ao enunciado de preferência, é uma regra com quatro atributos de suporte fático, com a seguinte estrutura: (6) T_1 e T_2 e T_3 e $T_4 \rightarrow R$. Ou seja: uma notícia repetida (T_1), não revestida de interesse atual pela informação (T_2), sobre um grave crime (T_3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T_4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** Op. Cit. p. 102).

(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.⁵⁰³

Com isso, é possível determinar a características dos princípios como *mandamentos de otimização*, quem são cumpridos em graus diferentes e que não possuem um caráter absoluto em abstrato. Será importante, ainda, analisar, agora, as distinções do caráter *prima facie* das regras e dos princípios e a concepção de *dever ideal* presente.

4.3 Caráter “*prima facie*” das regras e princípios e *dever ideal* e *dever real*

Os princípios (enquanto *mandamentos de otimização*) somente terão seu conteúdo estritamente delimitado quando da análise das condições fáticas e jurídicas; logo, não possuem, na mera abstração, um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*⁵⁰⁴. Assim, não será o conteúdo abstrato que vinculará resultados definitivos para casos futuros, de modo que princípios podem determinar um resultado *x* para uma dada situação e implicarem os mesmos princípios colidentes em resultado *y* para outras circunstâncias futuras.

Pela possibilidade dessa superabilidade diante das circunstâncias dadas, e que não implicará uma declaração de invalidade dos princípios, Alexy afirma que estes “[...] não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”⁵⁰⁵.

As regras, por sua vez, determinam *mandamentos definitivos*, ou seja, “[...] elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas [...]”⁵⁰⁶. Uma vez superada a vagueza semântica e estrutural dos enunciados normativos, e delimitado o alcance das regras num nível abstrato, essas determinarão aquilo que deve ser feito, de modo que sua aplicação segue a fórmula *tudo-ou-nada*.

Entretanto, esse modelo ainda é precário, segundo Alexy, já que, em relação às regras, é possível serem estabelecidas cláusulas de exceção que abalarão a fórmula *tudo-ou-nada* desenvolvida por Dworkin⁵⁰⁷. Com o estabelecimento de uma cláusula de exceção, há a perda de seu mandamento definitivo. As cláusulas de exceção, inclusive, poderão ser

⁵⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** Op. Cit. p. 99.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 104.

⁵⁰⁵ Ibid.

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ Ibid.

estabelecidas em virtude de princípios, o que impedirá a sua catalogação⁵⁰⁸. Em razão disso, é possível se sustentar, também, um caráter *prima facie* às regras. Contudo:

[...] o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada, pura e simplesmente, quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios *formais*”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*.⁵⁰⁹

As regras possuem, na forma abstrata, elementos que demonstram uma determinação para a decisão de casos, diferentemente dos princípios que não os têm. Dessa forma, Alexy sustenta que as regras possuem uma existência histórica, que lhe atribuem a determinação, de forma diversa dos princípios que não têm existência histórica, logo, “[...] seu conteúdo de determinação com referência a casos são, sob esse aspecto, todos, fundamentalmente, iguais. Não existe, por conseguinte, nenhum fundamento para, de antemão, privilegiar um [...]”⁵¹⁰.

Enquanto princípios determinam que algo seja realizado na maior medida do possível como mandamentos de otimização, possuindo tão somente um caráter *prima facie* que não atribui aos princípios definitividade, é possível relacionar esta característica àquilo que Alexy denomina de um *dever ideal* dos princípios, que pode ser entendido como “[...] todo dever que

⁵⁰⁸ Para salvar a fórmula *tudo-ou-nada* desenvolvida por Dworkin, Alexy pondera que: “Existe, certamente, um procedimento simples de salvar o caráter tudo-ou-nada de regras. Em vez de tentar completar regras pelo fato de se incluir todos os tipos de exceção concretos em sua formulação, que, como demonstrado, sob pressupostos aceitáveis, não é possível, pode-se tentar obter esse objetivo por introdução de uma cláusula de reserva geral. Assim, é possível, sem mais, acrescentar às características conhecidas da proposição antecedente de uma regra cláusulas como, “e se não, segundo um princípio, algo diferente é ordenado juridicamente” ou “e se fundamentos, a serem observados do ponto de vista do direito, exigem outra coisa”. A regra torna-se, de imediato, um assunto-tudo-ou-nada. Se as características conhecidas existem, se nenhum princípio ordena outra coisa ou nenhum fundamento, a ser observado do ponto de vista do direito, exige outra coisa, resulta, coercitivamente, a consequência jurídica” (ALEXY, Robert. Sobre o conceito do princípio ... Op. Cit., p. 146). Aqui, parece se aproximar do entendimento desenvolvido por Humberto Ávila quanto à possibilidade de superação das regras, a partir das razões fáticas e jurídicas, bem como pelas construções desenvolvidas por Thomas da Rosa de Bustamante a respeito dos argumentos *contra legem*.

⁵⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** Op. Cit. p. 105.

⁵¹⁰ ALEXY, Robert. Sobre o conceito do princípio ... Op. Cit., p. 154.

não pressupõe que aquilo que é devido é possível real e juridicamente em sua totalidade, mas isso pede cumprimento tão amplo ou aproximativo quanto possível”⁵¹¹.

O *dever ideal* aproxima-se tanto da concepção do caráter *prima facie* dos princípios quanto ao seu conteúdo abstrato, quanto à necessidade de sua otimização no caso concreto, a partir da sua proporcionalidade.

De modo inverso, aqueles mandamentos normativos que somente ou podem ou não podem ser cumpridos são classificados como *dever real*⁵¹². Esta última concepção de *dever* também estará presente na ideia de princípios. Considerando o princípio enquanto mera abstração, de forma isolada e sem as devidas ponderações, aqueles representarão somente mandamentos de otimização que deverão alcançar em maior medida a sua concretização. Entretanto, apresentadas as possibilidades fáticas e jurídicas e realizada a devida ponderação, o resultado representará algo que deve ser cumprido em sua integralidade, afinal de contas, o caráter deontológico (*dever ser*) permanece íntegro na decisão judicial, o que implicará um *dever real*⁵¹³.

4.4 Três objeções ao conceito de Princípios

Feita a apresentação da estrutura das normas de direitos fundamentais, bem como da distinção entre as espécies normativas, regras e princípios, será necessário analisar as objeções que Robert Alexy enfrenta em sua obra contra a Teoria dos Princípios. São três as objeções apresentadas: a) a primeira alega que há possibilidade de, havendo colisões entre princípios, ser declarada a invalidade de um deles; b) a segunda afirma que existem princípios absolutos que não podem ser superados por outros em qualquer situação fática; e c) a terceira sustenta que o conceito de princípios é muito amplo e, por isso, inútil, já que qualquer interesse pode ser inserido no processo de sopesamento⁵¹⁴.

Alexy apresenta à primeira objeção a existência de contradição normativa em sentido amplo, que desaguará em declaração de invalidade da norma, seja ela princípio, seja ela regra. Para tanto é necessário compreender se uma norma pertence ao ordenamento jurídico, ou seja, se ela é válida. O controle de validade das regras representa o exemplo principal dessa dinâmica. Em relação aos princípios, porém, isso também é possível, mas de forma mais rara. Para demonstrar isso, Alexy afirma que o princípio que promove a segregação racial seria em

⁵¹¹ Ibid., p. 155.

⁵¹² Ibid.

⁵¹³ Ibid., p. 156.

⁵¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit. p. 109-110.

qualquer hipótese, mesmo num plano abstrato, preferido por qualquer outro princípio e, nessa medida, poderia ser declarada sua invalidade. O âmbito “[...] da validade diz respeito à decisão sobre o que deve ser colocado dentro e o que deve ser deixado de fora do ordenamento jurídico”⁵¹⁵.

Nessa primeira dimensão da contradição normativa ampla, o que ocorre é o reconhecimento do princípio como pertencente ou não ao ordenamento jurídico, portanto, no âmbito da validade normativa. Uma segunda dimensão ocorre quando há colisões de princípios, portanto, no interior do ordenamento jurídico, quando já se reconheceu sua validade. Assim, “[...] a referência à possibilidade de se classificar princípios como inválidos não atinge o teorema da colisão, apenas torna mais claro um de seus pressupostos”⁵¹⁶.

A segunda objeção diz respeito à existência de princípios absolutamente fracos e absolutamente fortes, ou seja, princípios que em qualquer hipótese seria preferidos por outros ou princípios que em qualquer hipótese iriam ceder em favor de outros⁵¹⁷. Essas construções implicariam na redefinição estrutural dos princípios, haja vista que a sua concretização já não ficaria mais adstrita às limitações jurídicas (de colisões entre eles), mas somente às condições fáticas (limitadas à adequação e necessidade), o que, conseqüentemente, impediria a aplicação do teorema da colisão⁵¹⁸.

Em relação aos princípios absolutos, Alexy aduz que

[...] Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso e colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.⁵¹⁹

Com isso, resta superada a concepção de princípio absoluto, sendo que somente quando diante da existência de elementos que determinam a norma de forma mais precisa, portanto, quando diante das regras normativas, é que será possível pensar no modelo *tudo-ou-*

⁵¹⁵ Ibid., p. 110.

⁵¹⁶ Ibid.

⁵¹⁷ Ibid., p. 111.

⁵¹⁸ Ibid.

⁵¹⁹ Ibid.

nada, admitindo, contudo, ainda críticas, como aquelas já expostas quando da inclusão de cláusulas gerais de exceção.

A terceira crítica apreciada por Alexy contra sua Teoria dos Princípios diz respeito à amplitude do conceito de princípio. Os princípios normativos poderão representar tanto direitos coletivos, quanto direitos individuais, de tal modo que se torna necessária a “[...] criação ou a manutenção de situações que satisfaçam – na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas – critérios que vão além da validade ou da satisfação de direitos individuais”⁵²⁰.

Segundo Alexy a concepção dworkiana de princípio abarca somente a concepção de direitos individuais, aqueles que fazem referência a direitos coletivos são denominados como “políticas”, o que permite uma limitação da compreensão da espécie normativa “princípio”. Para fins de apreciar a colisão de princípios e os devidos sopesamentos entre eles, é necessário uma compreensão ampla e não restrita⁵²¹.

5. A estrutura da Ponderação

Todas as construções teóricas desenvolvidas por Robert Alexy apresentadas até aqui são voltadas para uma ética procedimental que contribuirá para o *decidir* racionalmente, vinculando a atuação do magistrado a um proceder ético, estando esta sistematicamente teorizada e regulamentada. Sendo o procedimento discursivo compatível com resultados os mais variados, será necessário associar a teoria da moral (procedimento discursivo) com a teoria do direito, no âmbito de um modelo procedimental em quatro níveis: o discurso prático geral; o processo legislativo; o discurso jurídico; e o processo judicial⁵²².

O *discurso prático geral* embora estabeleça um código geral da razão prática, não conduz a apenas um resultado em cada caso. A solução dos conflitos sociais clama um resultado único, o que torna necessário um procedimento institucional de criação do direito, não só no âmbito da argumentação, mas também da decisão. Esta necessidade será suprida pelo *processo legislativo* do Estado Democrático constitucional, qual é definido “por um sistema de regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo

⁵²⁰ Ibid., p. 115.

⁵²¹ Ibid., p. 116.

⁵²² Ibid., p. 549-550.

de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de racionalidade prática e que é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento”⁵²³.

Ocorre, todavia, que mesmo esse procedimento, não é capaz de estabelecer de antemão e, para cada caso, um resultado único. Sendo necessário um terceiro procedimento, o procedimento do *discurso jurídico*, que se encontra vinculado à lei, ao precedente e à dogmática, o que permite uma redução da incerteza quanto ao resultado do discurso prático geral. Porém a incerteza quanto ao resultado ainda não é eliminada⁵²⁴.

Surge, assim, o quarto procedimento, o *processo judicial*, no qual, da mesma forma que ocorre no processo legislativo, não apenas se argumenta, mas também se decide. A racionalidade desse último procedimento será alcançada mediante o respeito dos três primeiros processos. Insta ressaltar que, embora o enunciado normativo apresente abertura tanto semântica, quanto estrutural, será no *procedimento judicial* que estas questões deverão ser fechadas, a partir da argumentação jurídica racional⁵²⁵, e, para tanto, se socorrerá na máxima da proporcionalidade, da ponderação, da adequação e da necessidade, que passaremos a analisar agora.

Quando no interior de um processo judicial (*procedimento judicial*) que se exige uma decisão e que enfrenta normas de direitos fundamentais do tipo *princípios*, será necessário se socorrer à máxima da proporcionalidade. Assim, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, de tal forma que o “[...] principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios de la idoneidad, de la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto se sigue en forma lógica de la definición de los principios, y ésta definición se sigue aquél [...]”⁵²⁶. E segue o autor:

[...] Esto significa entonces que si los derechos fundamentales tienen carácter de principio vale el principio de proporcionalidad, y que si el principio de proporcionalidad vale para la aplicación de los derechos fundamentales, entonces los derechos fundamentales tienen carácter de principio. El núcleo de la construcción como principio consiste en esta relación necesaria entre derechos fundamentales y proporcionalidad.⁵²⁷

⁵²³ Ibid., p. 550.

⁵²⁴ Ibid.

⁵²⁵ Ibid., p. 551.

⁵²⁶ ALEXY, Robert. **La construcción ...** Op. Cit., p. 25.

⁵²⁷ Ibid.

A ponderação é parte de um princípio mais amplo, denominado princípio da proporcionalidade⁵²⁸. Este, por sua vez, compõe-se de três princípios parciais: princípios da *idoneidade (adequação)*, *da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito*. Todos esses três princípios expressam a ideia de otimização, logo são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas existentes⁵²⁹.

Quando tratamos da otimização relativa às possibilidades fáticas, estamos tratando dos princípios da idoneidade (adequação) e da necessidade. O primeiro exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem fomentar um dos princípios ou objetivos. Assim, uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras⁵³⁰.

O princípio da necessidade pede que, havendo dois meios, que, em geral, fomentem, igualmente, um determinado bem, escolha-se aquele que menos intensamente afete um segundo bem colidente. Existindo meio menos interveniente e igualmente idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. Caso custos ou sacrifícios não possam ser evitados, torna-se necessária uma ponderação⁵³¹. A necessidade terá, assim, a seguinte estrutura:

[...] o Estado fundamenta a persecução do objetivo *Z* com base no princípio *P₁* (ou *Z* é simplesmente idêntico a *P₁*). Há pelo menos duas medidas, *M₁* e *M₂*, para realizar ou fomentar *Z*, e ambas são igualmente adequadas. *M₂* afeta menos intensamente que *M₁* – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – *P₂* – exige. Sob essas condições, *P₁* é indiferente se se escolhe *M₁* ou *M₂*. Nesse sentido, *P₁* não exige que se escolhe *M₁* em vez de *M₂*, nem que se escolha *M₂* em vez de *M₁*. Para *P₂*, no entanto, a escolha entre *M₁* e *M₂* não é diferente. Na qualidade de princípio, *P₂* exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, *P₂* pode ser realizado em maior medida se se escolhe *M₂* em vez de *M₁*. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto *P₁* quanto *P₂* sejam válidos, apenas *M₂* é permitida e *M₁* é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da necessidade, que o Tribunal Constitucional Federal

⁵²⁸ Quanto à denominação princípio da proporcionalidade, Alexy aduz que “A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada ‘princípio da proporcionalidade’. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem, ser, portanto, consideradas como regras [...]” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit. p. 117).

⁵²⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo ...** Op. Cit., p. 110.

⁵³⁰ Ibid.

⁵³¹ Ibid.

define como a exigência de que o “objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”, decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.⁵³²

A ponderação é objeto do princípio parcial denominado princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Cuida referido princípio das possibilidades jurídicas, sendo idêntico à “lei da ponderação”, que preceitua que: “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁵³³.

A lei da ponderação divide-se em três passos. O primeiro diz respeito à verificação do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Em seguida, deve-se observar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em terceiro lugar, deve, finalmente, ser comprovada se a importância do cumprimento do princípio, em sentido contrário, justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. Ausente referida análise racionalizada e sistematizada para os direitos fundamentais, como princípios, iriam se admitir qualquer solução⁵³⁴.

Alexy representa a máxima da proporcionalidade, que exigirá uma hierarquia constitucional dos princípios colidentes, pela fórmula $(P_2, \dots, P_n \mathbf{P} P_1)C$, utilizando o exemplo do direito fundamental à liberdade artística representada pela norma “A arte é livre”⁵³⁵, o que implicará a proibição de qualquer intervenção estatal que impeça a liberdade artística (essa pode ser reconhecida como uma segunda norma). Caso fossem compreendidos somente esses enunciados, seria atribuído o caráter absoluto ao direito à liberdade artística, sendo necessário nesse sentido incluir uma cláusula de restrição. Assim, com base no repertório de decisões do Tribunal Constitucional Federal, Alexy apresenta a seguinte norma que restringe o direito à liberdade artística:

(3) São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional (que podem se referir a direitos fundamentais de terceiros ou a interesse coletivos), os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade artística.⁵³⁶

A inclusão da cláusula de restrição exigirá princípios colidentes que tenham a mesma hierarquia constitucional (P_2, \dots, P_n) , e que a medida estatal destinada a fomentar P_2, \dots, P_n seja

⁵³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit. p. 119.

⁵³³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo ...** Op. Cit., p. 111.

⁵³⁴ Ibid.

⁵³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...** Op. Cit., p. 141.

⁵³⁶ Ibid., p. 142.

necessária e adequada, e que P_2, \dots, P_n , sob as condições do caso (C), tenham preferência sobre o princípio da liberdade artística⁵³⁷.

Referida análise jurisdicional trabalhará, necessariamente, com elementos que transitam pelo campo da deontologia e axiologia, como é o caso dos princípios e dos valores. Sendo institutos que para sua delimitação dependem diretamente do discursivo racional, é extremamente necessário delimitar referido campo de atuação jurisdicional, de modo o promover maior segurança e previsibilidade jurídica.

Em relação ao princípio (máxima) da proporcionalidade, críticas lhe são dirigidas quanto à sua racionalidade e, via reflexa, à Teoria da Argumentação. Caso sejam procedentes as críticas relacionadas à racionalidade da proporcionalidade, também se atingirá a construção estrutural dos princípios. Alexy enfrenta as críticas apresentadas por Jürgen Habermas e Bernhard Schlink:

El punto central en Habermas es que no existen ‘criterios racionales’ para ponderar:

“Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado”.

En donde Habermas habla de arbitrariedad o costumbre irreflexiva, Schlink habla de subjetividad y decisión:

“En los exámenes de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva sólo puede aflorar la subjetividad del evaluador... Las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva sólo llevarse a cabo mediante el decisionismo”⁵³⁸.

Para se reclamar racionalidade à proporcionalidade, é preciso compreender, primeiro, sua estrutura, como já fora apresentado anteriormente e, principalmente, a estrutura da ponderação, objeto do terceiro subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que se relaciona à otimização das possibilidades jurídicas. E, para tanto, será necessário apresentar a técnica utilizada por Robert Alexy quanto à atribuição de pesos aos princípios colidentes (possibilidades jurídicas) e à racionalidade deste método de decidir. Passaremos, a analisar, assim, a Fórmula do Peso.

6. A Fórmula do Peso

Partindo da separação estrutural normativa *regra e princípios*, é preciso compreender a própria estrutura da ponderação e da fórmula peso que lhe complementa, para que se possa

⁵³⁷ Ibid.

⁵³⁸ ALEXY, Robert. **La construcción ...** Op. Cit., p. 29.

contra-argumentar as críticas baseadas na irracionalidade do ponderar, afinal de contas só “[...] se puede justificar aquello que se puede entender [...]”⁵³⁹

A ponderação, como subprincípio da proporcionalidade, mostra-se como uma alternativa ao método subsuntivo de aplicação do direito⁵⁴⁰. E, sendo assim, deverá enfrentar três problemas: “[...] o da estrutura, o da racionalidade e o da legitimidade [...]”⁵⁴¹. Quanto maior for a demonstração da racionalidade do ponderar, mais legítimo ele será. A racionalidade, por sua vez, dependerá da sua própria estrutura. Demonstrada que a estrutura do ponderar promove a arbitrariedade do decidir, se deve dar razão a Habermas, a Schlink e toda a estrutura da Teoria dos Princípios e da própria racionalidade do discurso jurídico são levadas à ruína.

Logo, será no campo da ponderação que se observará a estrutura da fórmula do peso, que leva em consideração como a escalação triádica permitirá alcançar uma estrutura geral de verificação da racionalidade das decisões judiciais.

Os graus de não cumprimento ou prejuízo de um princípio e o grau de importância de cumprimento em relação a outro princípio colidente, segundo a escalação triádica, podem ser representados pelas expressões “leve”, “médio” e “grave”, que serão simuladas pelas letras “l”, “m” e “s”⁵⁴².

O grau de não cumprimento ou prejuízo (de não satisfação) de um princípio poderá ser representada pela variante P_i (cuja violação é examinada) e o grau de intervenção na sua esfera “ IP_i ”. Aqui, como se trata de verificação das possibilidades reais de intervenção, portanto, em um caso concreto, o grau de intervenção será sempre concreto. Logo, há distinção entre a intervenção concreta “ IP_i ” e o peso abstrato dos princípios: “ GP_i ”. O que não impede, mesmo diante do caráter real de “ IP_i ”, incluir o elemento que indica as circunstâncias do caso concreto, o que leva a se adotar “ IP_iC ”⁵⁴³⁻⁵⁴⁴.

⁵³⁹ Ibid., p. 34.

⁵⁴⁰ Nesse sentido Alexy aduz que: “[...] En el caso de la subsunción bajo una regla, dicho sistema inferencial puede expresarse de la ‘justificación interna’, construido con ayuda de la lógica proposicional, de predicados y deóntica y que puede ser incluido en una teoría del discurso jurídico. Es una cuestión de central importancia tanto para la teoría de los derechos fundamentales así como también para la teoría del discurso jurídico que exista para la ponderación una contrapartida de este esquema deductivo. Este esquema es la fórmula del peso” (ALEXY, Robert. **La construcción ...** Op. Cit., p. 32).

⁵⁴¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo ...** Op. Cit., p. 131.

⁵⁴² Ibid., p. 138.

⁵⁴³ Ibid., p. 138-139.

⁵⁴⁴ O peso abstrato dos princípios está relacionado ao seu conteúdo *prima facie*. Nas palavras de Alexy: “O peso abstrato de um princípio P_i é o peso que cabe a P_i relativamente a outros princípios, independente das circunstâncias de alguns casos. Muitos princípios da constituição não se distinguem em seu peso abstrato. Em alguns, isso, todavia, é diferente. Assim, o direito à vida tem um peso abstrato superior do que a liberdade de atuação geral. Se o peso abstrato dos princípios colidentes é igual, pode ele ser excluído da ponderação [...]” (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo ...** Op. Cit., p. 139).

Alexy propõe representar “ IP_iC ”, quando não se exige realçar quaisquer de seus elementos, por “ I_i ”, valendo que “ $IP_iC = I_i$ ”. O mesmo pode ser formulado em relação ao peso abstrato dos princípios, de tal forma que chegaremos à fórmula “ GP_iA ”, em que teremos o peso (G) abstrato (A) (que substitui C) de P_i , que terá a fórmula concisa “ G_i ”⁵⁴⁵.

Realizadas as considerações em relação ao “não cumprimento ou prejuízo” do primeiro princípio, será necessário verificar a “importância de cumprimento” do outro colidente. O princípio em sentido contrário será representado por “ P_j ”. A “[...] importância concreta do cumprimento de P_j determina-se, por conseguinte, segundo as repercussões que a omissão da intervenção em P_i teria em P_j [...]”⁵⁴⁶. Aqui, deve-se levar em consideração qual o grau de intervenção da medida tomada em relação ao princípio colidente, ou seja, determinar, aproveitando-se do caso Lebach já apresentado, em que medida a proibição de transmissão do documentário intervém na liberdade de reportagem da imprensa, e em que medida a não transmissão do documentário promove a proteção ao princípio da personalidade. Assim, a importância da proteção do princípio da personalidade resulta de quanto intensamente a não proteção, por não intervenção, no princípio da liberdade de reportagem da imprensa iria lhe afetar. Isso “[...] deixa-se generalizar e formular na proposição seguinte: a importância concreta de P_j é calculada segundo isto, quão intensivamente a não intervenção em P_i intervém em P_j ”⁵⁴⁷.

Aqui, a importância concreta do princípio em sentido contrário também poderá ser a representação da mesma forma que se representou o grau de satisfação do princípio P_i . Assim, o equivalente “ IP_iC ” será “ IP_jC ”, valendo também “ $IP_jC = I_j$ ”⁵⁴⁸.

Assim, tanto I_i quanto I_j poderão ser avaliados, a partir do modelo triádico, como l , m e s . A partir da existência do grau de satisfação e intervenção em P_i e P_j , é possível estabelecer três conjuntos de resultados das relações:

- (1) $I_i: s, I_j: l$
- (2) $I_i: s, I_j: m$
- (3) $I_i: m, I_j: l$ ⁵⁴⁹

Para essas relações, P_i tem preferência sobre P_j , fazendo valer a fórmula $(P_iPP_j)C$. Haverá também as relações de preferência de P_j sobre P_i ⁵⁵⁰:

⁵⁴⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo** ... Op. Cit., p. 139.

⁵⁴⁶ Ibid., p. 140.

⁵⁴⁷ Ibid., p. 141.

⁵⁴⁸ Ibid.

⁵⁴⁹ Ibid., p. 143.

⁵⁵⁰ Ibid.

(4) $I_i: l, I_j: s$

(5) $I_i: m, I_j: s$

(6) $I_i: l, I_j: m$ ⁵⁵¹

Entretanto, haverá, ainda, a possibilidade de estabelecimento de relações de empate:

(7) $I_i: l, I_j: l$

(8) $I_i: m, I_j: m$

(9) $I_i: s, I_j: s$ ⁵⁵²

Havendo empate entre o grau de (não) satisfação de um princípio e a importância de intervenção no colidente, a razão entre eles não permitirá se alcançar uma relação de preferência; logo, a ponderação não determinará resultado algum.

Torna-se necessário estabelecer, agora, a fórmula de análise da relação de I_i e I_j , que poderá ser representado por uma “fórmula diferença”⁵⁵³ ou “fórmula peso”. A fórmula peso irá se apropriar da progressão geométrica 2^0 , 2^1 e 2^2 (1, 2 e 4), que apresenta mais fielmente a intensidade crescente e decrescente das intervenções (lei da taxa marginal de substituição minguante)⁵⁵⁴.

Assim, diferente da “fórmula diferença”, a “fórmula peso” se apropria da progressão geométrica e da relação entre as interferências I_i e I_j , a partir de uma fórmula cociente⁵⁵⁵, ou seja:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j} \quad 556$$

Essa é a fórmula que compõe o núcleo da fórmula mais ampla que é a fórmula peso, que, além das intensidades de interferência nos princípios P_i e P_j , conterà também seus pesos abstratos (G_i e G_j), além dos “[...] graus de segurança das suposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios colidentes pelas medidas que estão em questão [...]”⁵⁵⁷. Os três pares de fatores somente serão considerados quando houver diferença entre eles, já que numa relação que utiliza a fórmula cociente, os elementos que representam

⁵⁵¹ Ibid.

⁵⁵² Ibid.

⁵⁵³ Alexy desiste da “fórmula diferença”, uma vez que, embora tenha a vantagem da simplicidade (representada pela fórmula $G_{i,j} = I_i - I_j$), é menos vantajosa que a “fórmula peso” que adota a progressão geométrica como estrutura, permitindo que “[...] os intervalos entre os graus não serem, cada vez iguais, mas crescerem. Com isso pode ser apresentado o fato de que princípios, em intensidades de intervenção ascendente, obtêm sempre mais em força, o que corresponde à lei da taxa marginal de substituição minguante.” (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo ...** Op. Cit., p. 145-146).

⁵⁵⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo ...** Op. Cit., p. 146.

⁵⁵⁵ Ibid.

⁵⁵⁶ Ibid.

⁵⁵⁷ Ibid.

princípios distintos, mas que tenham a mesma representação numérica irão se neutralizar (a diferença numérica pode trazer à balança a inclinação)⁵⁵⁸.

Para que a fórmula peso seja útil para o ponderar, portanto, é necessário que haja distinção entre os pares de fatores. Logo, partindo dos dois princípios colidentes, da fórmula triádica e a progressão geométrica, teremos as seguintes relações de preferência, a partir da “fórmula peso” reduzida:

$$\text{I) } (P_i P P_j) C$$

$$(1) s, l = 4/1 = 4$$

$$(2) s, m = 4/2 = 2$$

$$(3) m, l = 2/1 = 2$$

$$\text{II) } (P_j P P_i) C$$

$$(4) l, s = 1/4 = \frac{1}{4}$$

$$(5) m, s = 2/4 = \frac{1}{2}$$

$$(6) l, m = 1/2 = \frac{1}{2}$$

$$\text{III) } (P_i = P_j) C$$

$$(7) l, l = 1/1 = 1$$

$$(8) m, m = 1/1 = 1$$

$$(9) s, s = 4/4 = 1^{559-560}$$

⁵⁵⁸ Ibid., p. 148.

⁵⁵⁹ Ibid., p. 147.

⁵⁶⁰ Alexy, ainda em relação à preferência pela “fórmula peso” em relação à “fórmula diferença” aduz que: “Essa imagem ($s,l; s,m; \dots; m,m; s,s$), contudo, modifica-se quando se amplia o modelo triádico para um triádico duplo. A consequência aritmética cresce para a consequência 1-9, a geométrica, para consequência 2^0-2^8 . Essas consequências expressam, cada vez, os valores $ll, lm, ls, ml, mm, ms, sl, sm$ e ss , em que, por exemplo, ll representa uma intervenção leve leve, portanto, uma muito leve, ss uma grave grave, portanto, uma muito grave, ml uma leve mediana, portanto, para uma justamente antes já mediana. A diferença entre a fórmula diferença e a cociente torna-se clara quando se compara a justificação minimíssima e a extrema de uma intervenção em um direito fundamental. A intervenção menos justificada é representada no modelo triádico duplo pela combinação ss, ll . Suponha-se uma intervenção muito grave (s,s), por exemplo, uma pena privativa de liberdade de sete anos, e justificada por um fundamento de, em comparação com isso, um peso muito mínimo (ll), por exemplo, o deixar cair em resto de cigarro no passeio. A fórmula diferença conduz, sobre a base dos valores 9 (ss) e 1 (ll), a um peso concreto do direito fundamental do art. 2, alínea 1, e artigo 2, alínea 2, proposição 2, da lei fundamental, de 8. A fórmula cociente deixa, pelo contrário, o peso concreto, sobre a base dos valores 2^8 (ss) e 2^0 (ll), nessa conjuntura, mais extrema no modelo triádico duplo, de uma intervenção nos direitos fundamentais injustificada inchar a 256 [...]” (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo ...** Op. Cit., p. 148).

Aqui, é importante observar que, sendo o resultado da expressão superior a 1, P_i terá preferência em relação à P_j ; entretanto, sendo o resultado da expressão quociente inferior a 1, P_i que terá preferência em relação à P_j . Quando os pesos abstratos (G_i e G_j) são distintos, as expressões não se neutralizam; logo, é necessário deixá-los em evidência na “fórmula peso” ampliada⁵⁶¹:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j} \quad ^{562}$$

Os produtos ($I_i \cdot G_i$; $I_j \cdot G_j$) designados por Alexy como peso concreto não relativo (já que não são nem concretos - I_i ; I_j - nem abstratos - G_i ; G_j , puramente) passam a ser designados como *importância* (W_i , e W_j), da seguinte forma⁵⁶³:

$$W_i = I_i \cdot G_i$$

$$W_j = I_j \cdot G_j \quad ^{564}$$

Todas as considerações relacionadas às intervenções concretas (I_i e I_j), bem como à fórmula triádica, à progressão geométrica e às neutralidades decorrentes da igualdade numérica podem ser transmitidas aos princípios abstratos (G_i e G_j)⁵⁶⁵.

O terceiro par de variáveis da fórmula peso representa o grau de segurança da suposição empírica (“[...] o que a medida, a ser apreciada cada vez, significa para a não realização de um princípio e para a realização do outro [...]”⁵⁶⁶). Desse par empírico de variáveis, Alexy deduz a lei da ponderação epistêmica: “Quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”⁵⁶⁷.

Também, aqui, é recomendável a escala triádica:

[...] O tribunal constitucional federal distinguiu na sentença de codeterminação três graus de intensidade de controle: o de um “controle intensivo quanto ao conteúdo”, o de um “controle de sustentabilidade” e “o de um “controle de advertência”. A isso correspondem os três graus epistêmicos, certo ou seguro (g), sustentável ou plausível (p) e não evidentemente falso (e). Para a segurança da suposição empírica acerca disto, o que significa a medida respectiva para a não realização de P_i e a realização de P_j no caso concreto, pode ser notado “ S_i ” e “ S_j ” ou, na formulação detalhada, “ SP_iC ” e “ SP_jC ” [...]”⁵⁶⁸

⁵⁶¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo ...** Op. Cit., p. 149.

⁵⁶² Ibid.

⁵⁶³ Ibid.

⁵⁶⁴ Ibid.

⁵⁶⁵ Ibid.

⁵⁶⁶ Ibid.

⁵⁶⁷ Ibid., p. 150.

⁵⁶⁸ Ibid., p. 150-151.

Diante da ponderação epistêmica e dos anteriores pares variáveis, é possível aduzir à fórmula completa:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}^{569}$$

Toda a estrutura da fórmula peso desenvolvida por Robert Alexy, e aqui apresentada, contribuirá, aparentemente para a racionalidade do princípio da proporcionalidade e para toda a Teoria dos Princípios. A ainda, porém, é necessário verificar em que medida essa fórmula, quando aplicada em um caso concreto, é inicialmente manuseável e como, concretamente, promoverá resultados adequados à ordem constitucional; será esta a pretensão quando da análise de uma decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal no quarto capítulo deste trabalho. Contudo, importante se faz apresentar as críticas desenvolvidas por Juan Antonio García Amado ao princípio da proporcionalidade e à própria Teoria dos Princípios.

7. Excurso: somente diante dos Direitos Fundamentais se pondera? Algumas considerações em Juan Antonio García Amado

Juan Antonio García Amado, ao apreciar a Teoria dos Princípios e o princípio da proporcionalidade realiza quatro críticas que serão aqui apresentadas: a) a ponderação não é exclusiva da interpretação às normas constitucionais; b) o método da ponderação, quando aplicado pelos Tribunais, na verdade, expõem o método tradicional interpretativo/subsuntivo; c) não há diferença qualitativa e metodológica relevante entre regras e princípios, bem como entre decisões de casos que envolvam normas de direitos fundamentais e casos que envolva normas decorrentes da legislação ordinária; e d) todo caso que envolvam normas decorrentes de legislação ordinária pode ser transformado em caso de conflito entre princípios, da mesma forma que todo caso que envolva normas de direitos fundamentais do tipo princípio pode ser reduzido a um problema de subsunção de regras, auxiliada pela atividade interpretativa (atribuição de significados)⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Ibid., p. 151.

⁵⁷⁰ AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación y sus partes. Críticas de su escasa relevancia. *In.: Teoria do Direito e Decisão Racional* – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Org. Thomas da Rosa de Bustamante. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p.15-16.

O professor da Universidade de León afirma que os três subprincípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) carecem de autonomia operativa, sendo, em certa medida, prescindíveis, já que o resultado de sua aplicação está condicionado às interpretações prévias realizadas pelos Tribunais. Assim, “[...] es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación”⁵⁷¹.

O princípio da adequação (idoneidade) determina que o prejuízo, a limitação, ou a não satisfação de um direito somente é constitucionalmente aceitável se, efetivamente, servir para favorecer outro princípio⁵⁷². Considerando a sentença BVerfGE 19,330 (caso do barbeiro) Juan García passa a analisar o subprincípio da adequação⁵⁷³.

Afirma García Amado que a lei sobre vendas também se aplicava ao comércio de cigarros, mediante máquinas automáticas, e exigia capacidades especiais para a venda de alimentos, produtos farmacêuticos e sanitários e outras exigências para outros tipos de comércio. Segundo o princípio da proporcionalidade, a exigência de conhecimento específico (M) para a proteção dos consumidores (P_j) não é suficiente para promover este (P_j), além de representar grave lesão injustificável à liberdade de profissão e ofício (P_i). Assim, M não é meio adequado para promoção de P_j e, concomitantemente, impede a realização de P_i ; logo, M deve ser proibido pelo subprincípio da adequação (idoneidade). A renúncia à media M não influenciará em P_j , entretanto, promoverá P_i ; portanto, aquela deve ser abandonada⁵⁷⁴.

A crítica exposta por García Amado se dirige à necessidade de se realizar uma pré-decisão, anterior à análise da adequação, que determinará, previamente, qual dos princípios colidentes deverá prevalecer. Dessa forma, a adequação dependerá da decisão e não o contrário. Isso pode ser observado quando se recorre a uma norma N que limita um princípio

⁵⁷¹ Ibid., p.17.

⁵⁷² Ibid., p.18.

⁵⁷³ O caso do barbeiro pode ser rapidamente apresentado aqui: “Un peluquero había colocado una máquina de tabaco en su establecimiento sin contar con un permiso explícito de la administración. A consecuencia de ello, un funcionario administrativo le impuso una multa por quebrantar la ley de comercio al por menor. Esta ley exigía un premissa, que sólo podía ser otorgado si el solicitante demostraba el ‘conocimiento técnico profesional indispensable’ para ejercer la actividad comercial de que se trataba. Esta circunstancia podía acreditarse mediante la prueba de la formación como comerciante o de la práctica de muchos años en un establecimiento de comercio, o mediante un examen especial, en el que se demostraran los conocimientos como comerciante. El peluquero buscó protección jurídica ante los tribunales. El Tribunal Superior de Saabrücken, que se ocupó del asunto es segunda estancia, consideró inconstitucional la exigencia de probar los conocimientos técnicos comerciales para el mero hecho de instalar una máquina de tabaco y planteó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Este alto Tribunal llegó a la decisión de que la exigencia de probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías, es decir, también para el comercio mediante una máquina de tabaco, vulneraba la libertad de profesión y oficio, garantizada por el art. 12.1 LF” (AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación ... Op. Cit. p.18).

⁵⁷⁴ AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación ... Op. Cit. p.19.

P_1 . Para o subprincípio da adequação, somente será admissível aplicar N , caso a limitação a P_1 seja justificada pelo benefício a qualquer outro princípio ($P_2 \dots P_n$). Podemos imaginar que N implica uma não satisfação de P_1 , favorecendo P_3 e não alterando P_2 . Assim, para se determinar a adequação de N é necessário saber qual o fim que se persegue. Dessa forma, ficando estabelecido que a finalidade que se busca é a promoção de P_2 , então N não é adequado; caso se estabeleça que a finalidade é a promoção de P_3 , portanto, N será adequado. Sustenta o professor de Leon que, para se compreender se N irá beneficiar P_2 ou P_3 , dependerá da própria interpretação de N ; logo, a adequação não é autônoma, mas, sim, dependente da interpretação⁵⁷⁵.

Nas palavras do autor:

Si todo esto es cierto, tendríamos que la aplicación del subprincipio de idoneidad nos parece sumamente racional, en casos como el de esta Sentencia, porque dicha aplicación es *trivial*. Quiero decir con esto que la verdadera sustancia de la discusión jurídica del caso no está en la conclusión sobre si una norma que limita un principio beneficia a otro determinado principio. No. La verdadera clave está en determinar cuáles son los principios que se comparan, y muy especialmente cuál es el principio cuyo beneficio se considera que es el fin justificatorio de la norma. *Porque si cambiamos la interpretación teleológica de esa norma, podremos cambiar también el principio de comparación ($P^3 \dots P^n$) y con ello, puede cambiar completamente el resultado del juicio de idoneidad*. Así que la clave argumentativa más importante no se haya en los enunciados de la Sentencia mediante los que se muestra que P^2 se beneficia o no se beneficia con la limitación de P^1 por N . *La clave está en lo que “pesen” los razones por las que se establece que el candidato a medirse con P^1 es P^2 y no P^3 o P^n . Y esas razones son razones interpretativas, muy ligadas al establecimiento de la ratio de N .*⁵⁷⁶

O que deverá ser fixado é o número de princípios, a própria identificação dos princípios que estão em colisão e qual a finalidade da medida a ser implementada que determina alguma limitação. Nesse caso, os princípios que foram reconhecidos pelo Tribunal Constitucional Alemão como colidentes são o princípio da liberdade profissional e de ofício e o princípio da proteção do consumidor, restando ao Tribunal o esforço argumentativo de exclusão de outros princípios. Dessa forma, a racionalidade e a força de convencimento da sentença estaria no esforço argumentativo de se determinar quais princípios estão, de fato, colidindo e quais ficam fora desta relação, não se baseando no princípio da adequação. Conclui García Amado que “[...] *en los casos de ponderación lo decisivo es la interpretación*

⁵⁷⁵ Ibid., p. 21.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 21-22.

*previa de las normas concurrentes y que la operación ponderativa es sólo el tramo final y más irrelevante*⁵⁷⁷.

O Tribunal Constitucional Federal, ao apreciar o caso acima indicado, envolvendo a venda de cigarro por barbeiro, afirmou que o princípio da liberdade profissional, como desdobramento do princípio da personalidade, somente poderia ser limitado em nome do interesse público, observado o princípio da proporcionalidade. A crítica formulada por Amado, aqui, se dirige à desnecessidade de vinculação ao princípio da proporcionalidade, já que poderia haver a substituição pela clássica interpretação restritiva para limitação do princípio constitucional (liberdade profissional)⁵⁷⁸.

Somente o interesse geral pode limitar o princípio da liberdade profissional? O interesse particular ou de grupos delimitados não são ouvidos? Somente os interesses dos consumidores estão em questão? E os interesses dos demais barbeiros? E os vizinhos dos barbeiros? Essas são algumas questões levantadas por Juan García Amado contra o reducionismo promovido pelo princípio da proporcionalidade.

Amado, diante desses questionamentos, inicia a interpretação da lei do comércio, identificando os seguintes elementos: I) a lei visa estabelecer requisito subjetivo para o exercício da atividade comercial (obstáculo ao exercício da atividade); II) essa exigência independe do tipo de mercadoria (exceto para alimentos e produtos farmacêuticos, em que há exigências especiais); e III) a finalidade da lei é organizar a atividade de comerciante, de tal forma a estabelecer limites à atividade, garantindo segurança frente a aproveitadores e pessoas sem escrúpulos, protegendo os consumidores⁵⁷⁹.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, entretanto, entendeu, na sentença, que a exigência de conhecimento específico prevista na lei não promove a proteção ao consumidor, nem do ponto de vista da saúde (vendedor não manipula o cigarro), nem do ponto de vista econômico (não há exigência legal quanto a armazenamento, defeitos etc. do cigarro).

Também não fornece uma proteção dos demais comerciantes, já que a lei do comércio não determina quais são os conhecimentos específicos para exercer a atividade, além de que a venda de cigarro, por meio da máquina automática, não exige qualquer conhecimento específico⁵⁸⁰.

Sustentou o Tribunal, ainda, que a ausência de conhecimento específico iria prejudicar tão somente o comerciante, já que este deve buscar sempre se aperfeiçoar sob pena

⁵⁷⁷ Ibid., p. 22-23.

⁵⁷⁸ Ibid., p. 24.

⁵⁷⁹ Ibid., p. 26.

⁵⁸⁰ Ibid., p. 27.

de alcançar seu êxito profissional. Além disso, não há que se falar em interesse de classe, como por exemplo, da classe dos artesãos, haja vista que aqui cada comerciante vende da mais variada forma e produtos dos mais variados tipos⁵⁸¹.

Para Juan Amado, todos os argumentos apresentados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, embora na sentença sejam direcionados para refutar outros princípios colidentes, demonstram, na verdade, uma interpretação teleológica⁵⁸². Assim:

En resumen, lo que el Tribunal ha hecho es una interpretación teleológica de la norma, a tenor de la cual dicha norma no puede tener racionalmente más que un fin, la protección de los consumidores, protección amparada por un principio constitucional. Como, según el Tribunal, dicho fin no se realiza *ni en el más mínimo grado* con las medidas dispuestas por la norma (es decir, como la norma es totalmente ineficaz para su fin), dicho fin no puede servir como justificación de la limitación del derecho al libre ejercicio profesional. En otros términos, como la norma no es idónea para reportarle ningún beneficio al principio de protección de los consumidores, es inconstitucional por su limitación del mencionado derecho. Ha recaído juicio negativo de idoneidad.⁵⁸³

Sendo assim, o subprincípio da adequação é substituído pela interpretação teleológica, que interpreta o enunciado normativo constitucional, a partir da sua finalidade, e verifica se a medida tomada, considerando o enunciado infraconstitucional (multa por instalar a máquina automática de cigarros), é suficiente para cumprir tal finalidade, o que ficou demonstrado pelos argumentos que não.

Para sustentar a impossibilidade da interpretação teleológica como forma de aplicação adequada dos princípios constitucionais em análise, Amado apresenta duas premissas que devem ser superadas: a) que a norma infraconstitucional não possa ser teleologicamente interpretada de modo a indicar uma finalidade também alcançada pela norma constitucional; b) que a norma infraconstitucional em nada melhora na proteção dos consumidores⁵⁸⁴.

Como (a) e (b) apresentam-se duvidosos pelos argumentos expostos, pode-se defender que o subprincípio da adequação é tributário às interpretações prévias das normas infraconstitucionais e das próprias normas constitucionais, devendo, segundo o professor de León, o subprincípio da adequação ser substituído pela interpretação teleológica.

⁵⁸¹ Ibid., p. 28.

⁵⁸² Ibid., p. 29.

⁵⁸³ Ibid.

⁵⁸⁴ Ibid., p. 30.

O segundo subprincípio, o princípio da necessidade, é apreciado por Juan García Amado, a partir do apresentado da sentença BVerfGE 95,173⁵⁸⁵. Aqui, basicamente, analisa-se o conflito levantado entre o princípio da liberdade profissional e o princípio da saúde pública. Inicialmente, como nos mostra Amado, Alexy propõe a análise do conflito pela ótica do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, já que a medida estabelecida pelo estado (inserir notas de alerta nos maços de cigarro) representava tanto uma intervenção leve no princípio da liberdade profissional dos fabricantes de cigarro, mas, ao mesmo tempo, representava uma promoção alta, severa, do princípio da saúde pública. Caso houvesse a total proibição da venda de cigarro, haveria uma severa intervenção na liberdade profissional, assim, ponderando-se os princípios, verifica-se que a medida é proporcional⁵⁸⁶.

Em contrapartida, verifica-se a possibilidade de outras medidas que, ao mesmo tempo, que representam uma promoção alta do princípio de proteção da saúde pública, representaria, concomitantemente, uma intervenção mínima, ou, ainda, inexistente no princípio da liberdade profissional. Assim, como passamos ao campo das possibilidades fáticas (em saber quais outras medidas seriam mais eficientes em promover um princípio, sem atingir, ou afetar prejudicial menos o outro) ingressamos na seara do subprincípio da necessidade⁵⁸⁷.

Para tanto, Alexy afirma que a proporcionalidade apresenta, neste caso, uma possibilidade indiscutível e evidente, de tal modo que a valoração realizada pelo Tribunal Constitucional é manifestamente racional. É contra isso que Juan Garcia Amado se levanta, ao afirmar que

[...] la relación entre dos magnitudes, m^1 y m^2 , que un sujeto S considera perfectamente proporcionada, otro sujeto S puede verla como clarísimamente desproporcionada. Todo depende de dos factores: i) la valoración que S y Shaga de m^1 y m^2 . ii) Las alternativas que sepan o quieran plantearse a la hora de organizar la interrelación entre m^1 y m^2 . Veremos cómo es posible presentar una alternativa protectora de m^1 como la menos dañosa para m^2 de todas las posibles y cómo ese juicio está

⁵⁸⁵ O caso, nas palavras de Juan García Amado: “Varias industrias que fabrican y distribuyen cigarrillos y tabaco en diversos formatos recurren al Tribunal Constitucional Alemán solicitando que se anule la normativa que las obligaba a estampar en los paquetes de cigarrillos o de tabaco de liar las inscripciones siguientes. Por un lado, “Los Ministros de la Comunidad Europea: fumar es peligroso para la salud”; por otro, una de estas dos leyendas: “fumar provoca cáncer” o “fumar provoca enfermedades cardiovasculares”. Dicha normativa, toda ella transposición de directivas europeas, regula también el tamaño de dichas inscripciones, el tipo de fondo sobre el que han de figurar, etc. Las industrias recurrentes alegan que su vulneran principalmente tres de sus derechos fundamentales: libertad de expresión, libertad de empresa y ejercicio profesional y propiedad. El Tribunal rechazará sus argumentos y considerará que no hay tales vulneraciones y que, en consecuencia, tal normativa es perfectamente constitucional” (AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación ... Op. Cit. p. 31).

⁵⁸⁶ AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación ... Op. Cit. p. 32.

⁵⁸⁷ Ibid.

condicionado no sólo por la *valoración* de la importancia del daño, sino también por la capacidad o voluntad para introducir el análisis de otras alternativas, también posibles.⁵⁸⁸

Amado aponta que a empresa fabricante de cigarro aduz, em seus argumentos, que viu ferido seu direito à liberdade de expressão (garantida no art. 15 Abs. 1, da Lei Federal alemã), bem como sua liberdade profissional (art. 12 Abs. 1 LF). A liberdade de expressão foi ferida já que: a) em decorrência da liberdade de expressão negativa, ninguém é obrigado a externar uma determinada opinião, sendo que as informações nos maços de cigarro não são suas; b) embora as inscrições venham indicando “Los Ministros de La CEE”, o que representaria uma opinião externa, qualquer sujeito deve estar protegido da obrigação de verbalizar opiniões que não são suas; c) pesquisas indicam que muitos consumidores entendem que aquelas são opiniões dos fabricantes; e d) as informações contidas são errôneas, já que indicam o tabaco como a única causa das enfermidades indicadas⁵⁸⁹.

Diante dessas razões, o Tribunal Constitucional entendeu se tratar de lesão à liberdade profissional e não à liberdade de expressão, já que: a) não houve interferência à liberdade de expressão, pois os fabricantes não foram impedidos de realizarem publicidades de seus produtos; b) as informações trazidas nos maços são claramente opiniões que não se originaram dos fabricantes; c) tais avisos são condições postas pelo Estado para a venda de cigarros, e buscam informações os consumidores dos perigos de seu consumo⁵⁹⁰.

Assegura, ainda, Amado que, aqui, não há qualquer exercício de ponderação pelo Tribunal Constitucional, haja vista que somente se preocupou em expor que, no caso analisado, os argumentos apresentados pelos fabricantes de cigarros não se enquadram no princípio à liberdade de expressão, não realizando qualquer sopesamento ou promovendo qualquer análise comparativa com o princípio da proteção à saúde, de onde “[...] de nuevo que lo dirimente no es la ponderación, sino que lo son las elecciones interpretativas previas, que condicionan su posibilidad y determinan su resultado”⁵⁹¹.

Em relação à liberdade profissional, os fabricantes de tabaco alegaram que as inscrições nos maços afetam o princípio da proporcionalidade, já que são falsas e induzem a erro. O Tribunal Constitucional, em sua sentença, por outro lado, afirmou que: a) a intervenção da liberdade profissional exige autorização legal (“art. 12 aptdo. 1LF ... 2 de esse

⁵⁸⁸ Ibid., p. 33.

⁵⁸⁹ Ibid., p. 35.

⁵⁹⁰ Ibid., p. 35-36.

⁵⁹¹ Ibid., p. 36.

mesmo artículo⁵⁹²) e, para tanto, dois requisitos são necessários: i) fundamentos suficientes no bem estar social; e ii) respeitar o princípio da proporcionalidade; b) os requisitos legais para limitação da liberdade profissional restam cumpridos: em relação ao subprincípio da adequação, afirmou que i) o tabaco causa danos à saúde dos fumantes ativos e dos passivos e que há dados científicos para demonstrar que ele pode ser causa única das doenças indicadas; ii) esta é uma das funções do Estado, advertindo os consumidores dos males do tabaco; e iii) tais advertências são adequadas para fazer com que o consumidor não fume sem qualquer prevenção e sem saber dos riscos de fumar; em relação ao princípio da necessidade: v) não há qualquer outra medida que seja suficiente para promover a saúde dos fumantes ativos e passivos e, concomitantemente, represente uma leve intervenção na liberdade profissional dos fabricantes de cigarro⁵⁹³.

É contra a obviedade da ausência de outras medidas que sejam tão *necessárias* quanto esta, e mais eficazes, que Amado apresenta outras medidas, tais como: i) elevar os impostos sobre a venda de tabaco; ii) realizar intensivas e constantes campanhas publicitárias, financiadas pelo Estado; iii) proibir a publicidade de tabaco. Dessa forma, Juan García Amado defende ser o ponderar um processo que, de certa forma, forjado no argumento do evidente, enfraquece a decisão judicial e deixa em evidência que a proporcionalidade é pouco demonstrativa e convincente. A facilidade do caso somente se apresenta diante da não problematização da medida sugerida pelo Tribunal Constitucional alemão⁵⁹⁴.

Como o subprincípio da *necessidade* ficará adstrito à livre indicação de meios que aparentemente sejam os mais indicados, “[...] en realidad esta caso nos muestra es que la *regla de necesidad está siempre al albur de la imaginación*: en cuanto alguien acierta a imaginar una medida verosímilmente mejor, deja de ser necesaria la medida examinada [...]”⁵⁹⁵.

Em relação ao subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, é necessário, antes de adentrar na apreciação deste, passar pelos subprincípios da adequação (o meio é idôneo para promover os princípios em análise) e necessidade (não cabe outra medida que seja suficiente para promover p^1 e não prejudicar, ou prejudicar em menor medida, p^2). Diante das considerações já expostas em relação à instabilidade do princípio da necessidade, Amado afirma que este contamina o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. A partir do momento em que se determina que a fixação de informações nos maços é menos danosa que a proibição da venda dos cigarros, inicia-se a análise da proporcionalidade em sentido estrito,

⁵⁹² Ibid.

⁵⁹³ Ibid., p. 38.

⁵⁹⁴ Ibid., p. 39.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 39-40.

que buscará determinar que a inserção das informações no maço de cigarro implica uma promoção alta do princípio da proteção à saúde e, ao mesmo tempo, indica um prejuízo leve à liberdade profissional. Porém, a problematização dessa afirmação demonstra que esta não é tão evidente assim⁵⁹⁶.

Assim, embora seja sustentável que a ação estatal de proteção preventiva da saúde é mais importante que um mercado irrestrito, para um ultraliberal, isso não se apresenta tão evidente. A evidência dos argumentos “[...] *sólo es evidente para los que comparten determinados valores*, no para los que profesan otros [...]”⁵⁹⁷. Portanto, é necessário que se introduza outras medidas que sejam também aceitas, de modo a promover ambos os princípios, inclusive de forma mais eficaz que a própria inclusão de informações no maço de cigarros.

A partir das críticas, o professor de Leon sugere dois meios alternativos de solução do caso: a) reconhecer que não há método racional para realizar juízos valorativos, já que não há uma objetividade mínima da decisão deste caso. Portanto, se reconheceria que somente conclusões científicas, lógicas, matemáticas e os perfeitos sentidos comuns são conclusões evidentes e que, entre as evidências, se incluem as evidências semânticas, que possibilitarão reconhecer a violação à Constituição quando de forma alguma for possível compatibilizar, semanticamente, a disposição jurídica com os enunciados constitucionais. Havendo consenso amplo sobre alguns argumentos, deverá o Tribunal aplicar o princípio da *prioridade do legislador*; b) adotar a argumentação interpretativa/subsuntiva, ou seja, interpretando o conteúdo dos enunciados normativos no lugar de ponderações supostamente objetivas, como fez o Tribunal Constitucional em relação à liberdade de expressão, argumentos já apresentados anteriormente, em que faz uma interpretação restritiva do princípio da liberdade de expressão, ao não reconhecer seu prejuízo neste caso⁵⁹⁸.

Por isso, Juan García propõe que se faça a mesma análise interpretativa/subsuntiva em relação ao princípio da liberdade profissional, de tal modo a indicar que a inserção das informações nos maços não atinge o princípio em apreço, retirando a dependência da decisão ao delírio imaginativo dos julgadores, representado método menos enganoso que o ponderativo.

⁵⁹⁶ Ibid., p. 41.

⁵⁹⁷ Ibid.

⁵⁹⁸ Ibid., p. 42-43.

Finalmente, Amado passa a avaliar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a partida do caso *Titanic* (Sentença BVerfGE 86, 1)⁵⁹⁹, em que defenderá, novamente, que este subprincípio, como os demais, fica dependente de prévias interpretações dos enunciados normativos em análise. No caso *Titanic*, tanto Alexy, quanto o Tribunal Constitucional alemão sustentam a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, preceituando que “[...] Quanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁶⁰⁰.

Contra a proporcionalidade em sentido estrito o professor de León levanta duas teses: a) ponderar e interpretar/subsunção como sendo somente de modo superficialmente distinto, bem como todos os casos judiciais (ao menos os mais difíceis) podem ser reconstruídos e tratados das duas maneiras; e b) o método interpretativo/subsuntivo sendo o mais compreensível e aparentando melhor racionalidade em relação ao método ponderativo⁶⁰¹.

Alexy sustenta, partindo da decisão do Tribunal Constitucional, que, aqui, ocorre a colisão entre o princípio da liberdade de expressão e o princípio de proteção à honra. Em relação à expressão “nascido assassino” (“assassino nato”), Alexy alega que a condenação do jornal *Titanic* ao pagamento de indenização ao soldado da reserva seria uma intervenção (prejuízo) grave à sua liberdade de expressão; em contrapartida, a expressão “nascido assassino” representaria uma afetação leve à honra do soldado. Assim, diante da ponderação dos valores, a indenização seria inconstitucional.

Já em relação à expressão “aleijado”, afirma o professor de Kiel que, embora permaneça severa a afetação do princípio da liberdade de expressão diante da condenação ao pagamento da indenização em pecúnia, “aleijado” representaria uma severa (“[...] muy grave

⁵⁹⁹ O caso, nas palavras de Juan García Amado, “La revista satírica *Titanic* tenía una sección permanente titulada ‘las siete personalidades más lamentables’. En dicha sección era común que a los nombres de los aludidos les acompañara algún tipo de apelativo, a veces explicado en el propio texto. Varias veces el nombre del aludido iba acompañado de la expresión ‘geb ...’, traducible por ‘nacido ...’. Hasta al presidente de la República se lo presentó así, ‘Richard von Weizsäcker (geb. Bürger – cuidado)’, en tono satírico. Uno oficial del ejército en la reserva y que está parapléjico por causa de un accidente de tráfico, consiguió, después de varias solicitudes e intentos, ser admitido para tomar parte en unos ejercicios militares. Argumentaba que su cabeza funcionaba perfectamente y que podía ser útil en tales ejercicios por sus conocimientos del idioma checo. El caso apareció en el periódico *Bild am Sonntag* como información curiosa. *Titanic* incluye a este hombre en la sección de los siete personajes más lamentables y se refiere a él con su nombre y el añadido ‘geb. Mörder’, es decir, ‘nacido asesino’. No hay que perder de vista que había recaído poco antes la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* en la que absolvía a quien había dicho públicamente que todo soldado es un asesino potencial (*potentieller Mörder*), y hasta el Presidente de la República había participado en la consiguiente polémica, defendiendo a los militares. Dicho militar interpone demanda contra *Titanic* por daño a su honor. *Titanic* publica entonces, en la sección de ‘cartas al lector’ una nota de la propia Redacción en la que, entre otras críticas, se llama al militar ‘tullido’ (*Krüppel*). El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista a indemnizarlo por las dos ofensas al honor. El *Bundesverfassungsgericht* considera que no hay tal ofensa al honor al apostrofarlo como ‘geb. Mörder’, pero sí al llamarlo tullido”. (AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación ... Op. Cit. p. 47).

⁶⁰⁰ AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación ... Op. Cit. p. 45.

⁶⁰¹ Ibid.

o extraordinariamente grave [...]”⁶⁰²) ofensa ao princípio da proteção da honra. Assim “[...] en este caso, la grave intervención en la libertad de expresión que supone la condena a indemnizar está compensada por la gravedad por lo menos idéntica del atentado contra el derecho al honor”⁶⁰³.

Contra o método ponderativo, Amado propõe a reconstrução da decisão do caso *Titanic* pelo método interpretativo/subsuntivo, que prescindirá do sopesamento de valores. Os direitos levantados no caso são o direito à liberdade de expressão (art. 5 aptdo. 1, parágrafo 1 LF), que é limitado pelas disposições gerais da lei, em face da proteção de juventude e da honra das pessoas (art. 5 aptdo. 2 LF). Logo, teremos que toda manifestação é possível desde que não contrária à honra das pessoas: (1) $Px \iff (x \rightarrow \neg h)$ (x = qualquer expressão; h = honra; \neg = negação)⁶⁰⁴. Agora, teremos que identificar se “nascido assassino” e “aleijado” constituem (ou não) uma manifestação contrária à honra, já que, diante da abertura semântica do enunciado normativo (art. 5 aptdo. 2 LF), não se é possível estabelecer uma relação de dudutibilidade entre elas.

Para estabelecer a relação entre “manifestação contra a honra” e “nascido assassino” e “aleijado”, Amado se socorre de duas possibilidades de qualificação das expressões: sátira (não atenta contra a honra: (2) $s \rightarrow \neg (\neg h)$) e insulto (atenta contra a honra: (3) $i \rightarrow \neg h$).⁶⁰⁵

Para se determinar a extensão da expressão “sátira”, é necessário determinar suas características ((4) $(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s$), que implicará uma manifestação que não afronta a honra ((5) $[(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s] \rightarrow h$). Portanto, será necessário se socorrer de elementos externos aos próprios enunciados que permitem a subsunção do enunciado ao caso em análise, portanto, não de forma automática. Amado indica, também, que tais circunstâncias externas podem ser do tipo: semânticas, intencionais, históricas, sociológicas, etc., de tal modo que sua “[...] fuerza es proporcional a su grado de evidencia y a la capacidad de convicción de su uso argumentativo”⁶⁰⁶.

É necessário determinar quais circunstâncias (c) implicaram as características (n^n) que definirão se a expressão configurará uma sátira ou um insulto. Teremos, assim que: (6) $[(c^1 \dots c^n \rightarrow n^1 \dots n^n)] \rightarrow (e \rightarrow s/i)$. Aqui e representará tanto a sátira quanto o insulto.

⁶⁰² Ibid., p. 48.

⁶⁰³ Ibid., p. 48.

⁶⁰⁴ Ibid., p. 49-50.

⁶⁰⁵ Ibid.

⁶⁰⁶ Ibid., p. 51.

Daqui será possível determinar se o resultado de *e* será permitido ou proibido, assim teremos:

$$(7) [(c^1 \dots c^n \rightarrow n^1 \dots n^n)] \rightarrow (e \rightarrow s/i) \rightarrow \mathcal{P}e/\neg \mathcal{P}e^{607}.$$

Toda a construção do processo poderá ser estabelecida da seguinte maneira:

$$(1) Px \rightarrow (x \rightarrow \neg h)$$

$$(2) s \rightarrow h$$

$$(3) i \rightarrow \neg h$$

$$(4) (n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s$$

$$(5) [(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s] \rightarrow h$$

$$(6) [(c^1 \dots c^n \rightarrow n^1 \dots n^n)] \rightarrow (e \rightarrow s/i)$$

$$(7) [(c^1 \dots c^n \rightarrow n^1 \dots n^n)] \rightarrow (e \rightarrow s/i) \rightarrow \mathcal{P}e/\neg \mathcal{P}e^{608}$$

Diante do processo apresentado, Juan García Amado sustenta que não se realizam ponderações de princípio, mas tão somente ponderações de razões que justificam a atribuição de sentido a um enunciado normativo, de tal forma a permitir a subsunção do enunciado ao caso em análise abrindo-se mão de ponderar princípios.

Assim:

[...] (2) es resultado de valorar (ponderar) las razones por las que una sátira no se considera incompatible con el respeto al honor; (3) es el resultado de valorar (ponderar) las razones por las que se considera que un insulto atenta contra el honor; (4) es el resultado de valorar (ponderar) cuál es la mejor definición de sátira, cuáles con sus notas definitorias; (6) es el resultado de valorar (ponderar) la relevancia de las circunstancias concurrentes, e efectos de ver si estamos o no bajo una conducta que encaja o no bajo las categorías de sátira o insulto, definidas con arreglo al paso anterior, en su caso.⁶⁰⁹

Percebe-se, portanto, que o processo interpretativo/subsuntivo proposto por Juan García não representa um processo automático e mecânico, mas que leva em consideração valorações de razões dentro de um processo que refina os argumentos para justificar a proposição normativa de que a expressão *x* ou *y* representará uma sátira ou um insulto, de tal forma a ser permitida ou proibida, respectivamente. E, segundo seu entendimento, afasta-se, também, do processo ponderativo de princípios elaborado no projeto alexyano, que, para ele, representaria um “[...] divertimento intelectual [...]”⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ Ibid.

⁶⁰⁸ No trabalho desenvolvido por Juan García Amado, a fórmula (6) vem apresentada com a seguinte fórmula [$(c1 \dots cn \rightarrow n1 \dots nn) \rightarrow (e \rightarrow s/i)$]. Entretanto, como o professor de Leon quer demonstrar que o processo interpretativo/subsuntivo não é automático e que existem circunstâncias que implicam características de um *insulto* ou de uma *sátira*, há identidade de espécie entre $(n1 \dots nn)$ da fórmula (6) e $(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3)$ da fórmula (5). Assim, ao apresentarmos (6), preferimos representar $(c1)$ por (c^1) e $(n1)$ por (n^n) , para demonstrar a continuidade do raciocínio.

⁶⁰⁹ AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación ... Op. Cit. p. 52.

⁶¹⁰ Ibid.

As vantagens de seu processo interpretativo/subsuntivo levariam as seguintes consequências:

[...] no hay (o no tiene por qué haber) diferencia cualitativa entre decisiones en materia de conflictos entre derechos fundamentales o en cualquier otro caso de conflicto jurídico. 2) No hay diferencia cualitativa entre el tipo de normas que Alexy llama reglas y las que llama principios. 3) A los Tribunales Constitucionales no especifica la aplicación de ningún método peculiar o propio. 4) Su diferencia, si la hay, con los tribunales de la jurisdicción ordinaria sea meramente competencial. 5) En consecuencia, no podrá ser la invocación de su método o perspectiva propios lo que sirva de pretexto a los Tribunales Constitucionales para ampliar sus competencias más allá de lo que es la dicción de las normas constitucionales o legales que se la atribuyen.⁶¹¹

Com a distinção entre regras e princípios desenvolvida por Rober Alexy, fica estabelecida, principalmente, mas não exclusivamente, pela forma de aplicação das normas (proporcionalidade dos princípios e subsunção das regras), Juan García supera a proporcionalidade como método e adota o interpretativo/subsuntivo como procedimento de aplicação das normas, superando também, a distinção qualitativa entre as regras e os princípios, sendo que a atuação do Tribunal Constitucional se distingue dos demais Tribunais somente em relação às espécies normativas (constitucionais) que serão apreciadas, mas não pelo fato da maneira *como* atua.

O professor de Leon sustenta, entretanto, que nos casos mais difíceis, haverá uma complementaridade do método ponderativo e do método interpretativo/subsuntivo. Para demonstrar isso, afirma que, como ocorre no caso *Titanic*, podemos imaginar que há uma colisão entre o direito de liberdade de expressão e o direito à proteção da honra. O Direito à liberdade de expressão é limitado pelo direito de proteção da honra, de tal forma que toda manifestação de ideias e pensamentos é livre, desde que não ofenda à honra de terceiros. Juan García representa essa relação da seguinte forma: $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$, ou seja, qualquer manifestação de expressão (x) é possível, desde que não implique uma ofensa a terceiro (y: ofensa a terceiro; \neg : proibição). Dessa forma, é necessário determinar a extensão do sentido de “honra”, para identificar quais manifestações de opinião a afrontam; ou seja, quais manifestações particulares (e) representam um insulto (i) que afronta a honra de terceiro (y). Daí resulta o seguinte processo interpretativo⁶¹²:

⁶¹¹ Ibid., p. 53.

⁶¹² Ibid., p. 67.

Situação normativa:	(1) $Px \leftarrow \overleftrightarrow{x} \rightarrow \neg y$
Enunciado interpretativo geral:	(2) $i \rightarrow y$
Enunciado interpretativo particular:	(3) $e \rightarrow i$
Enunciado subsuntivo:	(4) $e \rightarrow y$
Conclusão normativa:	(5) $\neg Pe$ ⁶¹³

Com este procedimento, parte-se daquilo que se compreende como manifestação ofensiva à honra (y), que o insulto compreende uma ofensa à honra ($i \rightarrow y$), que a manifestação no caso particular (e) representa um insulto (i), e conseqüentemente, uma ofensa a honra (y) e, dessa forma, deve ser proibida. O fato de proibir a manifestação da ideia ou de pensamento que represente uma ofensa determina, também, uma prevalência do princípio da proteção da honra em relação ao princípio da liberdade de expressão. Portanto, no caso concreto, presentes as circunstâncias fáticas e as justificações da preferência, D1 (princípio da proteção da honra) prevalece sobre D2 (princípio da liberdade de expressão), ou seja, $J(C^1 \dots C^n) D1 \mathbf{P} D2$ ⁶¹⁴.

As circunstâncias do caso são representadas por fontes das razões que determinam a relação de preferência, representadas por Amado em $(R^{C1} \dots R^{Cn})$, que permitirá $J(R^{C1} \dots R^{Cn}) D1 \mathbf{P} D2$., implicando no processo completo de justificação da decisão:

Situação normativa:	(1) $Px \leftarrow \overleftrightarrow{x} \rightarrow \neg y$
Enunciado interpretativo:	(2) $J(R^{C1} \dots R^{Cn}) i \rightarrow y$
Enunciado subsuntivo:	(3) $J(R^{C1} \dots R^{Cn}) e \rightarrow i$
Conclusão normativa:	(4) $\neg Pe$ ⁶¹⁵

Portanto, a indicação da proibição da divulgação do pensamento ofensivo à honra equivale a determinar uma relação de preferência entre a liberdade de expressão e a proteção da honra, em que esta última prevalece, o que determina uma relação de complementaridade entre o método interpretativo/subsuntivo e a proporcionalidade, sendo que, para o entendimento do professor de Leon, as razões *interpretativas* e as razões *fáticas* que determinarão a relação de preferências entre os princípios, portanto, as ponderações, permanecem dependentes das prévias interpretações dos enunciados normativos.

⁶¹³ Ibid.

⁶¹⁴ Ibid., p. 68.

⁶¹⁵ Ibid., p. 69/71.

Feitas as considerações sobre a crítica desenvolvida por Juan García Amado ao princípio da proporcionalidade e à proposta de utilização do método interpretativo/subsuntivo, passaremos a analisar, no próximo item as considerações desenvolvidas por Thomas da Rosa de Bustamante às críticas do professor de Leon, para no próximo capítulo, verificarmos uma decisão do Supremo Tribunal Federal que aprecia um caso de colisões de princípios, utilizando o princípio da proporcionalidade. Buscaremos realizar a reconstrução do discurso de justificação interna da decisão, bem como analisar a justificação externa do discurso para verificar em que medida o Supremo Tribunal Federal promove a legitimidade discursiva de suas decisões pela racionalidade.

8. Em defesa de Robert Alexy: os equívocos metodológicos e analíticos de Juan Antonio García Amado apontados por Thomas da Rosa de Bustamante

No tópico anterior apresentamos as críticas formuladas por García Amado quanto às construções teóricas desenvolvidas por Robert Alexy no tocante ao método ponderativo de aplicação de princípios entre outros pontos. Pretendemos aqui apresentar de forma mais sucinta, embora a clareza analítica nos exija maiores explicações, inclusive para a promoção da racionalidade discursiva, os contra-argumentos formulados pelo professor da escola mineira de Filosofia do Direito, Thomas da Rosa de Bustamante.

Bustamante ataca precisamente quatro pontos, e seus desdobramentos, que sustentam os argumentos do professor de Leon, a saber:

1. A ponderação, como método, não possui autonomia, pois o seu resultado depende de interpretação das normas constitucionais e/ou legais que venham ao caso;
2. Quando os Tribunais Constitucionais dizem que ponderam seguem aplicando o tradicional método interpretativo/subsuntivo, mas mudando em parte a terminologia e com menor rigor argumentativo, pois deixam de argumentar sobre o que verdadeiramente guia suas decisões: as razões e valorações que determinam suas escolhas interpretativas;
3. Se o anterior é certo, implica que não há diferenças qualitativas e metodologicamente relevantes entre:
 - a) Regras e princípios.
 - b) Decisões de casos constitucionais e casos de legislação ordinária.
4. Tudo isto implica que todo caso, tanto de legalidade ordinária como constitucional, poder ser apresentado, decidido e fundamentado como caso de conflito entre princípios (incluindo-se os constitucionais) ou de subsunção em regras. Isso, mais concretamente, quer dizer:
 - i. Que todo caso de legalidade ordinária pode ser transformada em caso de conflito entre princípios;

- ii. Que todo caso decidido pelos Tribunais Constitucionais pode ser reconduzido a um problema de subsunção de fatos em enunciados, com a necessária mediação, portanto, da atividade interpretativa, quer dizer, de decisões de atribuição de significado (entre os significados possíveis).⁶¹⁶

Inicia, Bustamante, demonstrando que os equívocos apresentados por García Amado à Teoria dos Princípios e, conseqüentemente, ao método da ponderação decorrem das diferenças acerca do significado de alguns conceitos utilizados por Alexy, pontualmente sobre a concepção de interpretação, aplicação e ponderação de princípios⁶¹⁷. Logo, imprescindível delimitar o conceito dessas expressões.

O sentido da palavra “interpretar” poderá se apresentar como uma atividade mental dos aplicadores do direito, bem como o produto ou o resultado dessa atividade. Assim, do enunciado normativo Art. 121 do Código Penal que preceitua: “Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos” podemos realizar uma atividade interpretativa de atribuição de sentido a cada uma das palavras prevista no enunciado. Essa atividade mental hermenêutica se identifica com o primeiro sentido de interpretação. Entretanto, interpretação como resultado ou produto será compreendida quando identificarmos o resultado dessa atividade; portanto, do Art. 121 podemos alcançar o produto ou resultado “É proibido matar alguém” ou, ainda, “Não mate” que corresponderá ao resultado dever-ser, ou seja, à norma jurídica fruto da atividade hermenêutica sobre o enunciado normativo.

Quanto à compreensão da locução “atividade interpretativa” Bustamante nos alerta que, diante da sua indeterminação semântica, seu sentido pode variar sensivelmente. Citando Jerzy Wróblewski apresenta três sentidos possíveis: a) um sentido *muito amplo* (concepção *hermenêutica*): que compreende a interpretação de qualquer objeto cultural, alcançando inclusive interpretações de obras artísticas, música, cinema etc.; b) um segundo sentido (concepção semântica), ainda relativamente amplo, em que se utiliza interpretar como referência a qualquer língua falada ou qualquer texto linguístico, sendo considerada um processo construtivo; c) e finalmente, um sentido estrito ou *especificamente jurídico*, em que se utiliza o sentido de interpretação somente em casos de dúvida sobre o “correto entendimento de um texto em seu ‘significado direto’”.⁶¹⁸

⁶¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Ponderação de Princípios e Aplicação do Direito – Análise das críticas de Juan Antonio García Amado à teoria dos princípios de Robert Alexy. *In.*: **Teoria do Direito e Decisão Racional** - Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Org.: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. São Paulo: Renovar. 2008. p. 74.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 76.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 77.

Como a construção teórica alexyana se estrutura a partir da concepção semântica da norma, ou seja, que não há identidade entre enunciado normativo e norma, sendo esta última fruto da atividade interpretativa, como indicado acima, a segunda concepção de interpretação é a mais adequada a ser utilizada para os debates ora travados.⁶¹⁹ Diante disso, é possível sustentar que há uma cisão entre o momento interpretativo, do qual decorre a norma (dever-ser institucionalizado⁶²⁰) e sua eventual aplicação. Interpreta-se para alcançar a norma a ser aplicada.

Para que seja possível compreender o sentido do léxico “ponderar”, que representa o método de aplicação dos princípios, é de fundamental importância compreender a locução “aplicação das normas”, o que exigirá a noção e separação das locuções “aplicação do direito” e “aplicação de normas jurídicas”.

“Aplicação do direito” pode ser compreendida como toda e qualquer atividade jurídica em geral, “[...] abrangendo toda a ação das autoridades competentes para resolver problemas jurídicos concretos [...]”⁶²¹. Por outro lado, “aplicação da norma jurídica” tem uma concepção mais restrita, ou seja, “[...] há aplicação de uma norma quando, nas decisões judiciais, ‘esta forma parte essencial do raciocinar que funda a sentença’”⁶²².

Logo, aderindo à concepção semântica de interpretação e este conceito de aplicação da norma jurídica, diferente do conceito mais amplo de aplicação do direito, a atividade interpretativa e de aplicação são distintos e complementares. Não há possibilidade de aplicar norma jurídica sem antes interpretar o enunciado normativo, somente se aplica algo existente, neste caso a norma só passa a existir com a atividade interpretativa sobre o enunciado.

Nesse sentido, como a ponderação é método de aplicação das normas-princípio, é necessário que antes mesmo de se ponderar, ou seja, aplicar os princípios, os enunciados normativos sejam interpretados para se alcançar aquilo que se irá aplicar (delimitação dos princípios). Vale lembrar que diferentemente das regras os princípios são mandamentos de otimização que exigem que algo seja realizado na maior medida do possível, o que exigirá a ponderação dos princípios em colisão para se determinar no caso concreto a solução do conflito. Assim:

Portanto, quando Alexy fala de ponderação de princípios, está se referindo a um procedimento de restrição (e mútua adaptação) de normas jurídicas que, por estabelecerem um estado ideal de coisas (e, assim, prometerem mais do

⁶¹⁹ Ibid., p. 78.

⁶²⁰ Ibid.

⁶²¹ Ibid., p. 80.

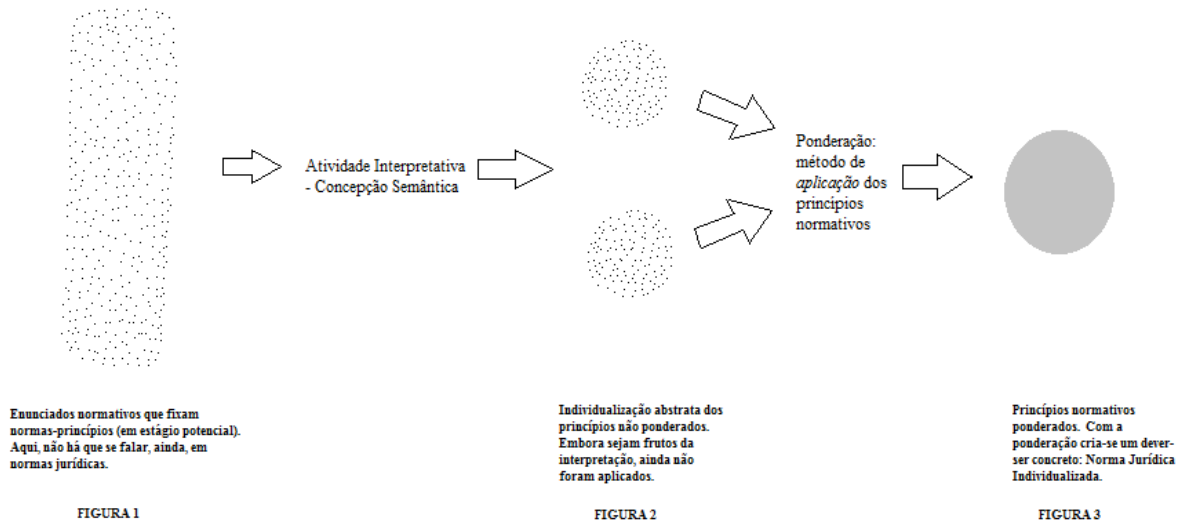
⁶²² Ibid., p. 80-81.

*que é possível fazer), necessitam ser restringidas diante de normas de igual natureza que, num caso concreto, tenham mais peso ou importância. Trata-se de um método específico de aplicação de normas jurídicas específicas (princípios), que, por estabelecerem um dever de otimização, exigem um método de aplicação diferente.*⁶²³

Feitas essas considerações iniciais, Bustamante, demonstrando o rigor analítico que uma teoria argumentativa racional exige, deixa em evidência quais as regras do seu jogo de linguagem, permanecendo fiel às construções alexyanas, para, assim, problematizar as críticas formuladas por Juan Antonio García Amado.

Quanto ao ponto 1⁶²⁴, formulado pelo professor de Leon, Bustamante afirma que realmente a ponderação é atividade que depende da interpretação, afinal somente é possível aplicar normas (princípios) pela ponderação quando os princípios forem identificados. Ocorre, todavia, que no caso de normas-princípio esse interpretação prévia não determina qual a norma a ser aplicada, ou seja, antes de se ponderar somente se delimitou o dever-ser abstrato, o princípio individualizado ainda não concretizado, portanto, que ainda não se materializou como norma jurídica individual que estabelece um dever-ser concreto para alguém, portanto, uma norma jurídica de fato.

Referido raciocínio poderá ser representado pela seguinte figura:



⁶²³ Ibid., p. 83.

⁶²⁴ 1. A ponderação, como método, não possui autonomia, pois o seu resultado depende de interpretação das normas constitucionais e/ou legais que venham ao caso;

Vale ressaltar que referida figura se apresenta tão somente como forma simplificada da representação do raciocínio ora apresentado. As normas-princípio em abstrato apresentados na figura 1, em verdade, representam tão somente princípios em potência, fixados em enunciados normativos (como pontos de partida), que uma vez interpretados dará início à individualização dos princípios normativos, que ainda permanecem não aplicáveis (figura 2). Ainda na figura, 2 os princípios normativos, embora já individualizados, não apresentam as hipóteses de incidência e a consequências jurídicas decorrentes de sua aplicação, comportam-se aqui ainda como mandamentos de otimização que exigem a sua máxima aplicação.

Com a ponderação dos princípios em colisão (embora na figura representamos somente dois princípios, um número maior também poderia entrar em colisão), alcança-se o dever-ser concreto, ou seja, a norma jurídica para o caso concreto a partir da inclusão dos elementos individualizantes do caso concreto.

Toda essa demonstração serve para se determinar que o método da ponderação, que não se confunde com a interpretação, que lhe é prévia, também não se identifica com a subsunção, entendido como método de aplicação de normas-regras. Entretanto, tanto a ponderação (aplicação de normas-princípio) quanto a subsunção (aplicação de normas-regra) exigem uma prévia interpretação dos enunciados normativos, do qual se alcança uma norma. Ocorre que são métodos de aplicação da norma jurídica diferentes. Nas palavras de Bustamante: “[a] diferença entre ponderação e subsunção é uma diferença quanto à aplicação de normas jurídicas, e não uma diferença quanto à existência ou não de uma atividade interpretativa”⁶²⁵.

Ficam assim refutados os argumentos da primeira tese formulada por Juan Antônio García Amado.

No tocante a segunda tese⁶²⁶, sustenta Bustamante que não se poderia abandonar uma construção teórica porque fazem mau uso dela. Até porque a existência de uma construção teórica como a desenvolvida por Alexy permite a reconstrução dos argumentos apresentados pelo Tribunal de tal forma a se permitir testes de sua racionalidade. Ademais, não há que se confundir o método ponderativo com o subsuntivo. Este último dedica-se a aplicar normas jurídicas hipotéticas (levando em consideração o conceito semântico de norma jurídica), que possuem uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica determinada já com a

⁶²⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Ponderação de Princípios ... Op. Cit., p. 85.

⁶²⁶ “Quando os Tribunais Constitucionais dizem que ponderam seguem aplicando o tradicional método interpretativo/subsuntivo, mas mudando em parte a terminologia e com menor rigor argumentativo, pois deixam de argumentar sobre o que verdadeiramente guia suas decisões: as razões e valorações que determinam suas escolhas interpretativas”

interpretação do enunciado normativo; enquanto que o método da ponderação, embora também se dedique à aplicação das normas jurídicas, estas não são hipotéticas (tais como as regras), mas ideais ou de otimização⁶²⁷.

Daí o equívoco metodológico analítico de García Amado ao utilizar a expressão “método interpretativo/subsuntivo”, como se houvesse uma identidade ou isomorfia entre “interpretação” e “subsunção”⁶²⁸. Quanto à segunda tese, conclui Bustamante:

À tese 2 podemos contrapor, portanto, a asserção de que a *interpretação* e a *subsunção*, mesmo quando estamos diante de um modelo de sistema jurídico composto unicamente por regras, são procedimentos *diferentes* que podem ser autonomamente definidos, embora, na prática, ambos estejam compreendidos na atividade que denominados “aplicação do direito” (frisamos, do direito, e não de NJ). A primeira está presente na análise de qualquer enunciado normativo, ao passo que a segunda consiste no procedimento de enquadramento de proposições fáticas (enunciados sobre os fatos provados no curso da aplicação do direito) na moldura definida pela NJ hipotética (regra) a ser aplicada ao caso concreto.⁶²⁹

É esse erro metodológico analítico promovido por García Amado que compromete as teses 3 e 4.

No tocante à primeira parte da terceira tese⁶³⁰ (inexistência de distinção entre regras e princípios) defende Bustamante que é preciso indicar a necessidade da existência de normas-princípio e, conseqüente, do seu método de aplicação, ou seja, a ponderação.

A identificação das normas-princípio decorre da impossibilidade de alcançar comportamentos definitivos dos enunciados normativos interpretados, ou seja, a partir do texto legal não se determina hipóteses de incidência e conseqüências jurídicas decorrentes da aplicação da norma (como ocorre no caso de normas-regra). Logo, as normas-princípio estabelecem aquilo que deve ser realizado na maior medida do possível, “[...] um dever ideal das coisas [...]”⁶³¹.

Por representarem mandamentos de otimização sem que haja um caráter de *definitividade* os princípios jurídicos, embora estabeleçam um dever-ser (há elemento deontológico em sua constituição), podem ser cumpridos em graus diferentes. Assim:

A institucionalização parcial de uma norma (faltando a determinação da conduta devida para o seu cumprimento) é portanto uma boa razão pela qual devemos interpretar um enunciado normativo como veiculando uma

⁶²⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Ponderação de Princípios ... Op. Cit., . p. 85.

⁶²⁸ Ibid., p. 86.

⁶²⁹ Ibid.

⁶³⁰ 3. Se o anterior é certo, implica que não há diferenças qualitativas e metodologicamente relevantes entre:

a) Regras e princípios; b) Decisões de casos constitucionais e casos de legislação ordinária.

⁶³¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Ponderação de Princípios ... Op. Cit., . p. 88.

*norma-princípio e, assim, ponderá-la com outras de caráter idêntico no momento da sua aplicação prática.*⁶³²

De forma inversa, uma vez que se alcance da atividade interpretativa mandamentos definitivos, havendo a devida delimitação de comportamentos a serem tomados, estaremos diante de normas-regra e não normas-princípio. Logo: “[...] há normas-princípio não porque queremos, mas porque essas normas não passaram por um processo de institucionalização forte o suficiente para que exista uma determinação comportamental concreta, como acontece nas regras”⁶³³.

Já a segunda parte da terceira tese diz respeito a inexistência de distinção qualitativa e metodológica relevante entre decisões constitucionais e decisões de casos de legislação ordinária.

É necessário estabelecer que ponderação é o método de aplicação de princípios, ao passo que subsunção é o método de aplicação de regras. A Constituição Federal ao estabelecer enunciados normativos que deverão ser observados por todos os Poderes, em maior medida que outras legislações de hierarquia inferior (com matérias determinadas) possui número mais elevado de enunciados mais abstratos, dos quais podem ser extraídos regras e princípios. Entretanto, a Constituição Federal não é o conjunto normativo exclusivo e originário das normas-princípios, que poderão ser encontradas em toda e qualquer legislação. Além disso, como nos explica Bustamante o processo legislativo ordinário decorre do próprio sopesamento pelo legislador infraconstitucional dos princípios constitucionais a que todos estão vinculados.

Assim:

[...] a ponderação de princípios é realizada tanto para se estabelecer qual é a regra adscrita que resulta da colisão de dois ou mais princípios (quando essa regra ainda não tiver sido estabelecida pelo legislador), quanto para se determinar o significado concreto de uma regra já conhecida, quando este for duvidoso; b) esse processo de ponderação é feito tanto pelo juiz quanto, em medida ainda maior, pelo legislador, ao concretizar normas jusfundamentais.⁶³⁴

Logo, o método de aplicação das normas jurídicas não depende do sistema normativo a que se depara o aplicar da norma, mas sim da espécie normativa que terá que aplicar. Sendo princípio, decorrente da análise interpretativa de enunciados constitucionais ou infraconstitucionais, o método será o da ponderação, sendo regra será o subsuntivo.

⁶³² Ibid., p. 90.

⁶³³ Ibid., p. 91.

⁶³⁴ Ibid., p. 92.

Entretanto, é importante destacar a distinção entre a jurisdição constitucional e a ordinária quanto à função do órgão jurisdicional:

Mesmo assim, *permanecem sensíveis diferenças entre a jurisdição constitucional e a ordinária, pois somente na primeira pode o tribunal examinar (ainda que em sede de revisão) a correção das ponderações de princípios realizadas pelo legislador*, que diferem daquelas feitas pelos juízes ordinários nos seguintes aspectos: 1) a ponderação judicial necessita ser explicitamente justificada, o que não acontece na legislativa; 2) existe uma margem de ação para o legislador ordinário (a qual se manifesta quando não se conseguir comprovar clara e inequivocadamente que está havendo uma interferência indevida em um dos princípios colidentes), dentro da qual ele pode optar livremente pelo princípio P¹ ou pelo princípio P²; 3) em decorrência de “2”, existe uma carga de argumentação para quem quiser demonstrar a incorreção de uma ponderação realizada pelo legislador; 4) em favor da manutenção da regra adscrita pelo legislador, militam não apenas os princípios privilegiados por tal regra, mas também os denominados *princípios formais*, como o da segurança jurídica e o princípio democrático. Existe, portanto, uma *prioridade “prima facie”* das ponderações legislativas sobre aquelas que podem ser feitas pelo judiciário.

Ficam, assim, rejeitadas as subteses apresentadas em 4, uma vez que interpretação da norma jurídica não se confunde com aplicação do direito (embora, aquela esteja contida nesta), e o método de ponderação também não se confunde com o subsuntivo, conforme já demonstrado.

Resta agora apresentar os contra-argumentos de Thomas da Rosa de Bustamante à crítica de Juan García Amado ao denominado princípio da proporcionalidade.

Quanto ao subprincípio da adequação (idoneidade) conclui o professor de Leon que “[...] o princípio da idoneidade somente opera, e opera bem, quando se tenha decidido previamente entre quais dos direitos ou princípios tem lugar o conflito que no caso se dirime. E tal pré-decisão é que predetermina o resultado final da aplicação do princípio da idoneidade”⁶³⁵.

Para Bustamante o argumento de García Amado corre bem enquanto sustenta a necessidade de prévias atividades interpretativas para posterior juízo de adequação e necessidade. Entretanto, isso não implica tornar o subprincípio da adequação prescindível para a argumentação jurídica, uma vez que “[...] o fato de ele não bastar para fornecer, sozinho, uma justificação suficiente da decisão jurídica não implica que ele não possua qualquer valor para a análise do raciocínio jurídico empreendido pelos tribunais [...]”⁶³⁶.

⁶³⁵ Ibid., p. 96.

⁶³⁶ Ibid., p. 97-98.

Importante destacar que o princípio da proporcionalidade opera no nível do discurso de justificação interna, logo “[...] [e]stá mais preocupado com a correção formal do procedimento de justificação do direito do que com a correção material das premissas utilizadas pelo tribunal [...]”⁶³⁷

Dessa forma, a preocupação do princípio da proporcionalidade (e de seus subprincípios) não estará ligada à construção das premissas a serem utilizadas na aplicação da norma jurídica, sendo esta função preocupação do discurso de justificação externa. Portanto, “[...] a função da máxima da proporcionalidade, no modelo da *ponderação* de princípios, é semelhante à do silogismo, na *subsunção* de regras. Ambos são instrumentos para ordenação das premissas na argumentação jurídica, estando a serviço da *justificação interna* da decisão”⁶³⁸.

Daí outro equívoco analítico metodológico de Juan García Amado, já que critica a máxima da proporcionalidade (modelo de justificação interna da restrição dos princípios) levando em consideração a tematização das próprias premissas do discurso (discurso de justificação externa)⁶³⁹.

Ademais, os equívocos apresentados pelo professor de Leon no tocante ao Tribunal Constitucional Alemão não decorre da aplicação do subprincípio da adequação, mas na violação à regra n. J.6 do Código da Razão Prática (“deve resultar saturada toda forma de argumento que se deva incluir entre os cânones da interpretação”), conforme assegura Bustamante⁶⁴⁰. Logo, o equívoco da decisão decorreu da violação a uma das regras do Código da Razão Prática e não da aplicação do princípio da adequação, como sugere García Amado.

No tocante ao princípio da necessidade afirma Amado que “[...] o subprincípio da necessidade está condicionado pela *vontade ou capacidade do julgador* para introduzir alternativas de análise comparativa entre direitos positivo ou negativamente afetados pela ação normativa *sub judice*”⁶⁴¹, como se a identificação dos princípios colidentes dependesse da escolha do tribunal. Além disso, o subprincípio da necessidade, dependente das escolhas e argumentações dos tribunais, deveria ser substituído (junto com os demais subprincípios) por uma das seguintes estratégias:

- i. Resignar-se de que não há um método racional para dotar de uma mínima objetividade a decisão nesses casos, decisão eminentemente valorativa. Ante

⁶³⁷ Ibid., p. 98.

⁶³⁸ Ibid., p. 99.

⁶³⁹ Ibid.

⁶⁴⁰ Ibid., p. 101.

⁶⁴¹ Ibid., p. 102.

tal ausência de método que garanta um resultado minimamente racional e objetivo, somente restariam certas pautas formais, como as seguintes:

- as únicas evidências e, portanto, as únicas coisas que não podem ser negadas são as evidências científicas, as lógicas ou matemáticas e as de perfeito sentido comum;

- entre as anteriores estão as evidências semânticas, de modo que é ‘evidente’ (...) que uma disposição jurídica viola a Constituição quando de nenhuma maneira semântica (e nenhuma forma admissível de semântica) se permite fazê-la compatível com os enunciados constitucionais;

- quando houver argumentos bons, capazes e suscetíveis de um amplo consenso tanto para uma como para outra das alternativas de decisão, o Tribunal deve aplicar a regra do *self-restraint*, ou, o que é o mesmo, o princípio da prioridade do legislador.

ii. Enfocar a decisão como raciocínio interpretativo/subsuntivo. Quer dizer: apresentar a recíproca acomodação dos direitos em conflito como resultado da interpretação do conteúdo de (os enunciados em que se formula) cada um deles, em lugar de como resultado de ponderações evanescentes e supostamente objetivas.⁶⁴²

Para Bustamante a primeira alternativa não pode ser aceita, já que faria com a Filosofia do Direito retrocedesse mais de cinquenta anos, desprezando os trabalhos dos jusfilósofos, tais como Robert Alexy, Aulis Aarnio, Neil MacCormick, Klaus Günther, Manuel Atienza entre outros que auxiliaram na construção da Teoria da Argumentação⁶⁴³.

Portanto, nos casos mais difíceis, em que valorações são imprescindíveis para se alcançar uma possível resposta correta, o método da ponderação somente poderia ser substituído por outro que promovesse maior racionalidade do discurso. A extirpação de atividades valorativas do ato de julgar representaria retrocessos e a não promoção da racionalidade das decisões dos tribunais.

Quanto ao denominado princípio do *judicial self restraint*, segundo Bustamante, pode ser incorporado à Teoria da Argumentação Jurídico e ao método da ponderação. Referido princípio guarda estreita relação com os princípios formais ou procedimentais desenvolvidos por Alexy, ou seja, aqueles “[...] que dizem que o legislador democrático deve tomar as decisões mais importantes para a comunidade, de modo que não se deve afastar sem fundamento de uma prática transmitida ou uma decisão do legislador”⁶⁴⁴.

Além disso, como já apresentamos acima, “interpretação” não se confunde com “subsunção”, e esta não é meio alternativo da “ponderação” que se diferenciam quanto à

⁶⁴² Ibid., p. 105-106.

⁶⁴³ Ibid., p. 106.

⁶⁴⁴ Ibid., p. 108.

espécie de norma que o julgador deverá aplicar. Quanto a este ponto, concluí Bustamante: “Em suma: mesmo na ponderação não se exige o aplicador da necessidade de interpretar e justificar a interpretação realizada [...]. Adotar um raciocínio do tipo “interpretativo” não é, portanto, uma “alternativa” ao método da ponderação”⁶⁴⁵.

A saída contra as críticas ao princípio da necessidade esta na “[...] *procedimentalização do método da ponderação e do princípio da proporcionalidade* [...]”⁶⁴⁶. Ou seja, para se alcançar uma decisão correta é necessário que haja uma conexão entre o método da ponderação e a Teoria da Argumentação, de modo que os resultados alcançados sejam fruto de um esforço argumentativo e estruturalmente controlável. A decisão não decorre automaticamente da utilização de um método pré-estabelecido, é necessário que o aplicador da norma esgote argumentativamente as razões que justifiquem a decisão, pautado em todo o Código da Razão Prática e nas premissas prática e normativa. Logo, o subprincípio da necessidade não abre caminho para a discricionariedade jurisdicional, haja vista que:

[...] de um lado, há normas de *direito positivo* (no caso do Brasil, o artigo 93, n° IX, da Constituição da República) que exigem que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, e, de outro, a Teoria da Argumentação Jurídica (à qual a teoria dos princípios está vinculada) exige que todos os argumentos sejam considerados, tendo em vista a denominada *exigência de saturação* [...].⁶⁴⁷

Por tais razões os argumentos apresentados por Juan Antonio García Amado não são suficientes para retirar a utilidade do princípio da necessidade, mas ficou demonstrado o contrário, ou seja, “[...] tal norma metodológica, se permanecer vinculada a uma teoria da argumentação jurídica racional, é ferramenta significativamente útil para a aplicação de normas constitucionais com caráter de princípio”⁶⁴⁸.

No tocante ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito o professor de Leon defendeu que “[...] i – o juízo de proporcionalidade tem seu conteúdo determinado pelas decisões interpretativas prévias, motivo pelo qual a relevância prática ou real de dita ponderação última é escassa e claramente subordinada [...]”, sustenta, ainda, que: “[...] ii – as diferenças entre o procedimento ou método da ponderação e o de subsunção são somente aparentes ou superficiais e todos ou a maioria dos casos judiciais (ou ao menos todos os casos difíceis) podem ser reconstruídos e tratados das duas maneiras [...]” e, finalmente, “iii – uma

⁶⁴⁵ Ibid.

⁶⁴⁶ Ibid., p. 108-109.

⁶⁴⁷ Ibid., p. 111.

⁶⁴⁸ Ibid., p. 113.

sentença é mais compreensível e aparenta maior racionalidade (por serem mais tangíveis e mais abertamente analisáveis e argumentáveis os parâmetros utilizados) se for reconstruída segundo um procedimento interpretativo/subsuntivo do que se for apresentada, tal como faz Alexy, como exemplo de aplicação do método da ponderação”⁶⁴⁹.

Em relação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito Juan García Amado apresenta suas críticas ao apreciar a decisão Titanic do Tribunal Constitucional Alemão, aqui já apresentada. García afirma ser possível reconstruir referida decisão pelo método “interpretativo/subsuntivo”, o que tornaria prescindível o método da ponderação de princípios. O raciocínio de referida reconstrução já fora apresentado aqui.

Bustamante ataca referido argumento afirmando que é necessário demonstrar que não são verdadeiras as premissas iniciais do raciocínio do professor de Leon, uma vez que a ponderação dos princípios permanece⁶⁵⁰.

García e o Tribunal Constitucional Alemão partem dos enunciados normativos que garantem a “liberdade de expressão” e a “proteção à honra individual”, de onde é possível alcançar por refinamento a uma terceira regra: “está permitida toda expressão que não atente contra a honra das pessoas”, mas não é possível alcançar “é proibida toda expressão que, de alguma maneira, interfira na honra das pessoas”.

As duas primeiras normas, por não determinarem comportamentos definitivos, ou seja, não sendo possível identificar de antemão hipóteses de incidência e consequências jurídicas, são reconhecidas como princípios normativos. Ocorre que para se alcançar que uma sátira não representará uma ofensa grave à personalidade da pessoa, não ensejando indenização, e que o insulto sim, são necessárias ponderações. Dos enunciados normativos que garantem a liberdade de expressão e a honra individual não decorrem automaticamente que o insulto fere gravemente a honra e a sátira não. Portanto:

[...] o esquema desenvolvido por García Amado prova exatamente o contrário do que ele afirma, ou seja: a imprescindibilidade da ponderação de princípios, pois *as regras adscritas (2) e (3)* [2: sátira não é atentatória à honra; 3: insulto é atentatório à honra] *são, na verdade, regras de prioridade condicionada que aparecem como o resultado de uma ponderação entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à honra individual. São regras adscritas porque têm um conteúdo normativo adicional àquelas duas normas, haja vista que o legislador constituinte, ao prevê-las, não decidiu expressamente como seriam resolvidas as colisões entre essas duas liberdades.*⁶⁵¹

⁶⁴⁹ Ibid., p. 114.

⁶⁵⁰ Ibid., p. 119.

⁶⁵¹ Ibid., p. 120-121.

Portanto, para se alcançar a norma que determinar que as manifestações que se enquadram como sátira atingem a honra das pessoas e os insultos não a violam é de fundamental importância realizar a ponderação de princípios. O que ocorre é uma ponderação de princípios para se alcançar essas duas regras e, posteriormente, a subsunção dos fatos a essas regras. Logo, os modelos subsuntivo e ponderativo são complementares e inter-relacionados. O tribunal teve que ponderar os princípios constitucionais para, posteriormente, subsumir os fatos às regras que tratam diferentemente a sátira do insulto (regra ausente na legislação vigente)⁶⁵².

Conclui Bustamante quanto a este ponto:

- i. *As diferenças entre o método da ponderação e o da subsunção são genuínas, pois quando o legislador não decide quais determinações se seguem de um direito, estabelece um princípio, não uma regra;*
- ii. Como ambos os procedimentos, ponderação e subsunção, fazem parte do raciocínio jurídico, ambos devem ser explicitados e justificados, sob pena de se obscurecer os passos argumentativos adotados pelo tribunal e aumentar a dose de irracionalidade;
- iii. O juízo de proporcionalidade, como já adiante antes, necessita tanto de uma argumentação adequada sobre o conteúdo de suas premissas (justificação externa) quanto de uma relação adequada entre as premissas e as conclusões (justificação interna), sendo que, para essa última, o princípio da proporcionalidade constitui uma importante ferramenta metodológica. Daí pode-se afirmar que apesar de o juízo de proporcionalidade estar condicionado pelas decisões acerca do conteúdo de suas premissas, ele permanece necessário para garantir a racionalidade da justificação jurídica no caso concreto, ainda que não seja suficiente para tanto.⁶⁵³

Diante dos argumentos ora apresentados podemos afirmar que as teses apresentadas pelo professor Juan Antonio García Amado não foram suficientes retirar a importância e utilidade do princípio da proporcionalidade desenvolvido por Robert Alexy, sendo referida construção de fundamental importância para a promoção da racionalidade jurídica das decisões judiciais e para o Direito em um sentido amplo.

⁶⁵² Ibid., p. 121.

⁶⁵³ Ibid., p. 124.

CAPITULO 4 – Decisão Judicial e Racionalidade Discursiva: o Supremo Tribunal Federal e a legitimidade discursiva de suas decisões

1. O Supremo Tribunal Federal e a racionalidade discursiva: a reconstrução da decisão que declarou a constitucionalidade do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil – Recurso Extraordinário 603.583/Decisão-OAB

Será a racionalidade discursiva que promoverá a legitimidade da decisão judicial. Portanto, apresentadas as construções teóricas nos três primeiros capítulos do presente trabalho que tendem a demonstrar isso, se buscou trilhar o caminho, primeiro, da realidade linguisticamente mediada, para utilizar de uma expressão cunhada pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em que os discursos são colocados em evidência nas interações humanas. E, para se desenvolver uma racionalidade argumentativa, passamos a apresentar, então, o Código da Razão Prática desenvolvido por Robert Alexy, e todos seus desdobramentos.

Em seguida, nos preocupamos com a apresentação das relações existentes entre Direito e Moral sob o prisma das teorias positivistas de Hans Kelsen e Herbert Hart, para, após, realizar um incursão na concepção da conexão necessária entre aqueles e a pretensão de correção do Direito desenvolvidos por Robert Alexy. Como consequência dessas apresentações de construções teóricas, considerarmos por bem demonstrar a possibilidade de superação do enunciado normativo absolutamente injusto, a partir de um argumento substancialmente moral.

Direcionando nossa pesquisa ao problema central da presente dissertação, que diz respeito à racionalidade discursiva das decisões judiciais, portanto, já não mais no discurso prático geral, mas, sim, no discurso jurídico (província do geral), passamos a abordar a Teoria dos Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, a Teoria dos Princípios desenvolvidas pelo professor de Kiel, bem como, seus desdobramentos, para, então, chegar ao presente momento, em que propomos uma análise reconstrutiva da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 603.583, interposto por João Vicente Volante, procedente do Rio Grande do Sul, em face do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da União.

Inicialmente, vale consignar as razões pelas quais se escolheu o presente acórdão para, aqui analisar. A decisão que declarou a constitucionalidade do Exame da Ordem em várias passagens menciona o princípio da proporcionalidade, dos subprincípios da adequação,

da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Além de mencionar ditos princípios, tanto os ministros, quanto às partes envolvidas afirmam que, no presente caso, há colisão de princípios, entre eles o princípio da dignidade humana, o princípio da proteção da vida, o princípio da proteção do interesse público, o princípio da liberdade da profissão e ofício, princípio da legalidade, princípio da presunção de inocência, princípio do contraditório, princípio do devido processo legal, princípio da ampla defesa, princípio da igualdade, princípio do valor social do trabalho, princípio da liberdade de iniciativa, subprincípio da vedação do excesso, princípio geral da inércia da jurisdição, princípio da liberdade, princípio da separação de poderes ou funções, princípio do núcleo essencial do direito fundamental à liberdade profissional, princípio democrático e republicano e princípio geral de reserva legal. Portanto, somente nesta decisão, são mencionados vinte e quatro princípios que se apresentam como pontos de partida normativos para o decidir ou razões/argumentos da decisão.

Portanto, caminhamos no sentido de desenvolver a pesquisa no âmbito da colisão das normas de direitos fundamentais, principalmente mediante a apresentação das construções desenvolvidas por Robert Alexy e alguns de seus interlocutores. Ademais, Robert Alexy analisa, também, a decisão do Tribunal Constitucional alemão que declara inconstitucional a medida administrativa que multou um barbeiro que instalou, em sua barbearia, uma máquina automática de vendas de cigarros, uma vez que não possuía a qualificação técnica exigida por lei para a exploração do comércio, otimizando, assim, o princípio da liberdade profissional e de ofício, que, aqui, também será enfrentado.

Assim, pontuaremos os argumentos apresentados pelas partes e aqueles trazidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, principalmente aqueles do Ministro Marco Aurélio de Mello, relator do processo.

1.1 Os argumentos apresentados pelo recorrente, João Antonio Volante

O recorrente, João Antonio Volante, graduou-se em Direito em 6 de outubro de 2007, pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, na cidade de Canoas, Rio Grande do Sul. Afirmou que esperava exercer a profissão de advogado, mas, pela exigência, inconstitucional, de aprovação do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, encontra-se impedido de exercê-la, sendo-lhe tolhido seu direito fundamental à liberdade profissional e ao ofício.

Em seus argumentos, afirmou que:

- Com a obtenção do diploma, o bacharel em Direito deve ser presumidamente considerado apto ao exercício da advocacia até prova em contrário;

- A obstaculização, decorrente da exigência da aprovação no Exame, afronta os princípios constitucionais da presunção da inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa;

- Além da afronta aos princípios mencionados, há ofensa, também, ao direito à vida e à dignidade;

- O Exame torna-se desnecessário, haja vista que, no exercício profissional, a entidade de classe terá condições de avaliar as capacidades técnicas do profissional, mediante fiscalização e aplicação de sanções, nos termos da Lei nº 8.906/94;

- A existência do Exame da Ordem somente para aqueles que pretendem exercer a profissão de advogado fere o princípio da igualdade, já que outros ramos não o exigem, tais como o ramo da medicina;

- O Exame da Ordem dos Advogados não pode se sobrepor à avaliação já realizada pelas Universidades que formam os bacharéis, sem que, para tanto, apresente prova de ineficácia ou inferioridade das Instituições de Ensino Superior;

- Em decorrência da previsão constitucional do valor social do trabalho como fundamento da República, do reconhecimento do direito fundamental ao livre exercício de qualquer profissão, e da existência dos artigos 2º, 43, inciso II, e 48 da Lei nº 9.394/96 (que preveem ter a educação superior o fim de formar profissionais qualificados para o trabalho), caberá, assim, ao poder público autorizar e avaliar o ensino, e não à Ordem dos Advogados do Brasil, já que esta não integra a Administração Pública;

- A reserva legal, prevista no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, é de natureza qualificada, sendo vedado ao legislador ordinário impor restrição ao exercício da profissão;

- Fez referência à necessidade de lei para criação do Exame, o qual foi previsto apenas em regulamento, havendo, portanto, vício de inconstitucionalidade formal, já que afronta o art. 22, inciso XVI da Constituição Federal;

- A Ordem dos Advogados do Brasil não poderia realizar o Exame já que possui interesse em diminuir a concorrência. Isso, porém, já não ocorreria com as Universidades, que são isentas, impessoais e imparciais para avaliar os estudantes;

- O Exame da Ordem não é transparente, sendo que não há participação de qualquer outra entidade em de sua elaboração, como ocorre nos casos de concursos de carreira pública;

- Afirmou que há incongruência nas perguntas presentes nas provas, que exigem conhecimentos desnecessários ao pleno exercício da advocacia;

- Sustentou que o Exame foi derogado, tacitamente, pela Lei nº 8.906/94 e que é incompatível com a Lei nº 8.884/94, uma vez que cria reserva de mercado de trabalho em favor dos atuais inscritos, além da incompatibilidade em relação à autonomia universitária prevista no art. 207 da Constituição Federal;

- Demonstrou a inexistência de exame semelhante na Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile, Equador, Venezuela e Portugal;

- Requereu a concessão de tutela antecipada para permitir sua inscrição nos quadros da Ordem. No mérito, requereu a declaração da ausência de relação jurídica obrigacional de prestar o Exame da Ordem, bem como a nulidade do Provimento nº 109/2005 do Conselho Federal da OAB.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido pelo magistrado de primeira instância sob o argumento de que a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região era no sentido de que haveria compatibilidade entre o inciso IV do art. 8º da Lei nº 8.906/94 e a Constituição Federal de 1988.

Contra a decisão monocrática de primeira instância foi interposto agravo ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que foi desprovido pelos mesmos argumentos.

Citada a União, esta sustentou a nulidade da citação, já que o autor a incluiu como litisconsorte passiva. Por não haver interesse no processo, uma vez que contra ela nenhum pedido foi postulado, apontou a ilegitimidade passiva.

1.2 Os argumentos apresentados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados expôs os seguintes argumentos:

- Levantou a inépcia da inicial;

- Diante do reconhecimento da individualização da personalidade jurídica de cada seccional, caberia à seccional do Rio Grande do Sul responder ao processo;

- A Constituição Federal autorizou à União legislar sobre condições para o exercício de profissões (art. 5º, XIII, e art. 170, § único, Constituição Federal), o que autoriza a inclusão da aprovação no Exame da Ordem como um dos requisitos para a inscrição na Ordem dos Advogados e exercício da atividade profissional;

- Não há que se falar em lesão ao princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa;
- Não fere o princípio da isonomia, pois o Exame é exigido de todos os bacharéis em Direito, sem qualquer distinção. Aqui, não há que se equiparar outras atividades profissionais com a advocacia, possuindo tratamento distinto conferido pelo legislador;
- A Lei de Diretrizes e Bases da Educação são normas gerais; o Estatuto da Advocacia, por sua vez, é norma especial, o que não permitirá falar em derrogação entre elas;
- As universidades não são as únicas entidades capazes de aferir a qualificação do pretendente ao exercício da advocacia; ademais, o ensino é falho e generalista, o que torna imprescindível o Exame;
- O Provimento nº 109 do Conselho Federal possui status hierárquico de portaria, veiculando apenas instruções gerais para o Exame, o que promove sua unicidade;
- Há cursos jurídicos notoriamente ineptos, que formam profissionais que nada sabem, e que os bens e a liberdade das pessoas não podem ser administrados por tais profissionais;
- Postulou a improcedência do pedido.

1.3 Das decisões de primeira e segunda instância e de seus argumentos

O julgador de primeira instância julgou improcedência o pedido, com base na jurisprudência do Tribunal Regional da 4ª Região. Contra esta decisão, foi interposta apelação, que foi desprovida pela 4ª Turma, já que o exame não padece de vícios, além de ser autorizado pela Constituição e previsto em lei federal.

O recorrente interpôs embargos declaratórios para prequestionar a matéria constitucional, também desprovido pela 4ª Turma. Finalmente, interpôs recurso especial e extraordinário, sendo somente o último admitido pelo Vice-Presidente do Tribunal Regional.

1.3.1 Do recebimento do Recurso Extraordinário e da manifestação do representante do Ministério Público

Já, no Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a repercussão geral da matéria, sendo remetido o recurso ao Ministério Público Federal que apresentou os seguintes argumentos em seu parecer:

- A consagração da liberdade de trabalho ou profissão implicou a ruptura com o modelo de corporações de ofícios e, assim, com os “privilégios de profissão” e das próprias corporações;

- O direito à liberdade de trabalho, ofício ou profissão, previsto na Constituição Federal, compreende um direito fundamental de personalidade, derivação da dignidade da pessoa humana;

- O inciso XIII, do art. 5º, da Constituição, contempla reserva legal qualificada, já que sua limitação se restringirá às “qualificações que a lei estabelecer”;

- A expressão “qualificações profissionais” deve ser compreendida como: “(i) pressupostos subjetivos relacionados à capacitação técnica, científica, moral ou física; (ii) pertinentes com a função a ser desempenhada; (iii) amparadas no interesse público ou social e (iv) que atendam a critérios racionais e proporcionais”⁶⁵⁴;

- O sentido da expressão “qualificações profissionais” decorre de entendimento do STF (RE 591.511, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje de 13.11.09), “[...] com a expressa ressalva de que ‘as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais’, e que ‘a restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade de ser declarada inconstitucional”⁶⁵⁵;

- O Exame da Ordem não se insere no conceito de qualificação profissional, ele não qualifica, mas tão somente poderá atestar a qualificação;

- As qualificações profissionais (meio) somente podem ser exigidas quando a exploração da atividade possa gerar prejuízos à coletividade ou a direitos de terceiros;

- A exigência da aprovação no Exame da Ordem representa uma inobservância do meio constitucionalmente eleito (condições especiais dadas pelo constituinte), representado inconstitucionalidade por expressa violação dos limites da autorização constitucional;

- O livre acesso à profissão exige tanto uma perspectiva negativa (menor grau de interferência na escolha da profissão), quanto uma positiva (concessão dos meios necessários à formação profissional);

- Constitui “[...] elemento nuclear de mínima concretização do preceito inscrito no art. 5º, XIII, da CF [...]” a concessão dos meios necessários à formação profissional exigida, sendo certo que qualificação exigida não deve restringir o acesso à profissão por aqueles que obtiveram um título público que atesta a qualificação;

⁶⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583/RS**. Relator: Marco Aurélio de Mello. Brasília 26 de outubro de 2011. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 17 de janeiro de 2014. p. 9.

⁶⁵⁵ Ibid., p. 9.

- O Exame da Ordem não se apresenta como meio adequado ou necessário para o fim almejado. O diploma de bacharel, diante das novas diretrizes curriculares, já é suficiente para presumir a qualificação profissional exigida;

- A possibilidade de fiscalização do exercício da atividade profissional, com possibilidade de aplicação de sanções, pela OAB, já é suficiente como medida restritiva e que garantirá, por si só, a proteção dos direitos dos afetados pela má formação profissional;

- Não há obstáculo à OAB para, junto ao MEC e às Instituições de Ensino Superior, estabelecer outros elementos para a melhora da qualificação do profissional na formação do advogado;

- A exigência de aprovação no Exame da Ordem atinge, frontalmente, o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade de trabalho, ofício ou profissão;

- Portanto, foi pelo parcial provimento do recurso extraordinário.

Após a apresentação das razões pelo Ministério Público Federal, foi admitido o ingresso da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP como terceira interessada no processo.

Enumeradas as razões apresentadas tanto pelo recorrente, quanto pelo representante do Ministério Público Federal, passaremos a indicar os fundamentos de cada um dos votos que compuseram o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

1.4 Dos argumentos apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal

1.4.1 Dos argumentos apresentados pelo ministro relator Marco Aurélio de Mello

Como já mencionado, o relator do recurso extraordinário ora em análise foi o ministro Marcos Aurélio de Mello, que apresentou os seguintes argumentos:

- É objeto do recurso a análise da constitucionalidade dos artigos 8º, inciso IV e § 1º⁶⁵⁶, e 44, inciso II, da Lei nº 8.906/94⁶⁵⁷. Tais dispositivos condicionam o exercício da

⁶⁵⁶ Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

[...]

IV – aprovação em Exame de Ordem;

[...]

§1º O Exame da Ordem é regulamento em provimento do Conselho Federal da OAB.

⁶⁵⁷ Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotado de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

[...]

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

advocacia à aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil e atribui à OAB a competência para regulamentar e promover a seleção dos advogados em território nacional;

- A exigência do exame é relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, que está em vigor há quinze anos;

- Há um crescimento exponencial do número de bacharéis em direito, que “[...] revela patologia denominada bacharelismo, assentado na crença de que o diploma de Direito dará um atentado de “pedigree social” ao respectivo portador [...]”⁶⁵⁸. Contudo, os argumentos relacionados às constatações da falibilidade das Instituições de Ensino na formação dos bacharéis não se apresenta como questão jurídica que deve influenciar no julgamento;

- Quanto à alegação da violação à liberdade de profissão, Marco Aurélio de Mello sustentou que:

i) A liberdade de profissão é um direito fundamental de elevada significância no contexto constitucional;

ii) Esta garantia está intimamente ligada à construção da personalidade, apresentando-se como pressuposto ao projeto de vida do cidadão, que se converterá em seu esteio econômico, de tal modo que a interposição pelo Estado de bloqueio à liberdade de escolha profissional afrontará a própria razão de existir;

iii) A vedação às condições para o exercício da atividade profissional ou ser compelido ao exercício da atividade atinge frontalmente a liberdade de escolha profissional;

iv) Deve o Estado estabelecer condições equitativas a todos os cidadãos de acesso às condições necessárias para o exercício de atividade profissional, levando em consideração o que dispõe o art. 205 da Constituição Federal⁶⁵⁹;

v) Sendo lícita a atividade profissional, é vedado ao Estado estabelecer embaraços desproporcionais e irrazoáveis para a exploração da atividade;

vi) O direito à liberdade de acesso e exercício de profissão não se esgota na perspectiva individual, principalmente levando em consideração que a Constituição Federal estabelece com fundamento da República o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da Constituição Federal⁶⁶⁰);

⁶⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 9.

⁶⁵⁹ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁶⁶⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

vii) Diante desse fundamento, o constituinte originário limitou as restrições da liberdade de ofício às exigências de qualificação profissional;

viii) Quando a atividade profissional promove riscos somente àquele que a exerce, para tentar compensar danos à saúde, há atribuição de vantagens pecuniárias (insalubridade e periculosidade, por exemplo) ou regimes especiais para a aposentadoria;

ix) Em contrapartida, quando há riscos à coletividade, caberá ao poder público limitar o exercício da atividade profissional, daí a exigência da qualificação profissional prevista na parte final do inciso XIII, artigo 5º da Carta Federal;

x) O Exame de suficiência é compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançou o núcleo essencial da garantia constitucional da liberdade de ofício;

xi) O Exame não atribui a qualificação ao candidato, mas tanto somente “avalia a qualificação” previamente obtida;

xii) A restrição prevista no art. 5º, XIII, da Constituição Federal compreende uma reserva legal qualificada, isto é, a restrição ao direito fundamental fica vinculada ao cumprimento de certa finalidade, sendo que, uma vez ausente no caso concreto, a limitação será inconstitucional;

xiii) O Exame serve perfeitamente para a finalidade de avaliar as condições mínimas para o exercício correto da advocacia, visando a proteção da coletividade;

xiv) Somente quando o meio for evidentemente incapaz de atingir a finalidade para o qual foi implementado deve ser declarado inconstitucional, como ocorre no Tribunal Constitucional alemão;

xv) Em relação ao subprincípio da necessidade, que busca verificar a existência de outros meios menos danosos aos princípios em análise, a fiscalização posterior da atividade profissional pela Ordem dos Advogados do Brasil, posterior, inclusive, ao dano causado, mostra-se, inequivocadamente, menos efetiva do que o Exame, realizado previamente ao exercício da atividade, portanto, sem possibilidade de gerar danos a terceiros antes da sua realização;

xvi) O poder de polícia exercido pela OAB poderá ser prévio, concomitante ou posterior ao dano provocado pelo profissional. De tal modo que não há que se falar que a fiscalização prévia, representada pelo Exame, seja inconstitucional, até porque um dos objetivos da ordem jurídica é prevenir lesões ao patrimônio econômico e moral dos indivíduos;

xvii) Não se deve invocar o princípio da presunção de inocência, já que não se discute direito penal e não há, aqui, pretensão punitiva estatal;

xviii) Em relação ao exame da proporcionalidade em sentido estrito requer o sopesamento entre a importância de realização do fim objetivado pela medida e a intensidade da restrição ao direito fundamental. “[...] É dizer: o perigo de dano decorrente da prática de advocacia sem o exame de conhecimentos serve a justificar a restrição ao direito fundamental e geral à liberdade do exercício de profissão? Os benefícios provenientes da medida restritiva são superiores à ofensa à garantia do inciso XIII do art. 5º da Carta? [...]”⁶⁶¹;

xix) O vetor a ser utilizado para restringir a liberdade de escolha profissional deve ser o risco trazido à coletividade, como fora na apreciação dos limites impostos à profissão de jornalista (exigência de diploma de nível superior; RE nº 511.961, Rel. Gilmar Mendes); à profissão de músico (imposição de registro no órgão de classe; RE nº 414.426, Rel. Ellen Gracie); e profissão de corretor de imóveis (Representação nº 930, Rel. Cordeiro Guerra) pelo Supremo Tribunal Federal;

xx) Inexistindo risco à coletividade, será inadmissível qualquer restrição;

xxi) O exercício da advocacia sem a capacidade técnica necessária pode gerar danos ao próprio cliente⁶⁶² e também à própria coletividade, “[...] pois denega Justiça, pressuposta da paz social [...]”⁶⁶³, por isso, o constituinte, no art. 133 da Constituição, precisou ser o advogado indispensável à administração da Justiça;

xxii) A declaração de inconstitucionalidade do Exame da Ordem teria, como consequência, o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, que exige uma classe de advogados capaz de exercer livre e plenamente a profissão;

xxiii) O advogado tem uma grande importância social, uma vez que: a) estão presentes em todos os Tribunais, exceto o STF, nos termos dos artigos 94, 111-A, inciso I, 119 e 103, inciso II; b) integram os colegiados do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 103-B, XIII e art. 130-A, V, CF); c) participam das atividades censórias aos membros da magistratura e dos membros do Ministério Público;

xxiv) Não há ofensa ao princípio da isonomia, ao se exigir, para o exercício da advocacia, o Exame da OAB e não se exigir exame semelhante para o exercício da medicina, sendo que este lida com o direito à vida, uma vez que cada profissão exige conhecimentos e técnicas próprios;

⁶⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 22.

⁶⁶² Quanto aos possíveis danos gerados aos clientes Marco Aurélio de Mello afirmou que “[...] Em cada ação penal, *habeas corpus* e inquérito policial, põe-se em risco o direito à liberdade do cidadão. Nas ações civis e nos processos administrativos, por vezes, a honra fica em xeque. Sem embargos da dimensão extrapatrimonial, hoje em evidência, o patrono inepto poderá causar prejuízos à esfera patrimonial do cliente, bastando que emita opiniões teratológicas, formule pedidos absurdos, perca prazos, etc.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 25).

⁶⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 24.

xxv) Sugere ao legislador que passe a exigir exame semelhante ao Exame da OAB para o exercício da medicina e qualquer outra carreira cujo exercício implique risco para a coletividade;

xxvi) Não há reserva de mercado, o que ocorre é o acúmulo de bacharéis em Direito que, sucessivamente, repetem-no em cada nova oportunidade. Não há limitador de quantidade de vezes que o candidato poderá realizar o Exame; não há limite de aprovados por Exame; para ser aprovado, basta perfazer 50% de acertos na primeira fase, e 60% na segunda fase discursiva;

xxvii) Há que se presumir a lisura e seriedade da elaboração do Exame da Ordem organizada e aplicada pela Fundação Getúlio Vargas, embora fosse saudável que membros de outras instituições públicas participassem também da comissão examinadora, mas isso, por si só, não implica a inconstitucionalidade do teste;

xxviii) Havendo irregularidades do Exame em casos particulares, será possível ser realizado o controle judicial de legalidade do Exame, via mandado de segurança, como já vem ocorrendo;

xxix) “Enfim, com essas ponderações e na esteira de pronunciamentos do Supremo, chego à conclusão de que o inciso IV do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 é compatível com o princípio consubstanciado na proteção da sociedade contra o exercício de profissão capaz de gerar danos à coletividade”.

- Em relação ao apontamento da incompatibilidade entre as regras constitucionais atinentes ao ensino superior e à previsão legal da seleção dos advogados, Marco Aurélio de Mello argumentou que:

i) As funções e competências das Instituições de Ensino Superior e as organizações de classe são relacionadas e complementares, entretanto, inconfundíveis;

ii) Às Instituições de Ensino cabe ministrar o conteúdo necessário à profissionalização de seus alunos e atribuir o grau respectivo ao final do curso. Entretanto, não há proibição constitucional de que outras exigências sejam realizadas para o exercício da profissão;

iii) Há previsão na própria Constituição Federal (art. 5º, XIII, parte final) de que possa haver limitação ao exercício da profissão, desde que previsto em lei;

iv) O grau conferido pelas Instituições de Ensino não é suficiente para presumir em absoluto a qualificação para o exercício da atividade profissional, e as atividades censórias das organizações profissionais corrobora esta ideia. A formação universitária compreende

uma parcela das exigências para o exercício do ofício ou profissão, sendo esta a finalidade daquela;

v) Embora a finalidade da formação universitária seja o exercício da profissão, o bacharel em Direito não aprovado no Exame da Ordem não fica impedido de exercer outras atividades;

vi) A atividade censória das organizações profissionais não se confunde com o ensino ou com a atribuição de credenciar Instituições de Ensino Superior. A atividade censória decorre do poder de polícia atribuído à Ordem dos Advogados do Brasil, que exerce função pública; logo, não constitui uma instituição privada. Em contrapartida, as Instituições de Ensino privadas, por serem privadas, não possuem competência para o exercício de poder de polícia administrativo;

Como último ponto, Marco Aurélio de Mello passou a tecer as razões que fundamentarão seu voto no tocante à (in)existência de delegação legislativa à OAB e da usurpação da competência privativa do Presidente da República, no seguinte sentido:

i) “[...] poderia o legislador atribuir à Ordem a prerrogativa de disciplinar a realização do exame para ingresso na advocacia de maneira tão sucinta?”

ii) Não há plena liberdade concedida ao Conselho Nacional da OAB para que, mediante regulamento, insira qualquer matéria no Exame. Antes disso, deve o Exame não discrepar das matérias previstas nas diretrizes curriculares do curso de graduação em Direito (disciplinado no art. 5º, cabeça e incisos, da Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004, editada com fundamento no art. 9º, § 2º, alínea “c”, da Lei nº 4.024/61, com redação dada pela Lei nº 9.131/95), podendo, ainda, contar com regras pertinentes ao exercício profissional (Lei nº 8.906/94);

iii) Pelos argumentos apresentados no item anterior, fica demonstrado que não há, de fato, atribuição ou delegação de poderes à OAB, ou seja, o § 1º do art. 8º da Lei nº 8.906/94⁶⁶⁴ não representa delegação de poderes, não incidindo em inconstitucionalidade formal (art. 84, IV, da Constituição Federal⁶⁶⁵)⁶⁶⁶. O regulamento da OAB não cria obrigação nova, somente materializa o que já está previsto de forma abstrata na legislação;

⁶⁶⁴ Art. 8º Para inscrição como advogado, é necessário:

[...]

§ 1º O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.

⁶⁶⁵ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

⁶⁶⁶ A favor desse argumento Marco Aurélio de Mello traz em seu voto a distinção feita por José Afonso da Silva entre lei e regulamento de execução: “A distinção fundamental, hoje aceita pela generalidade dos autores, está

iv) O princípio da legalidade não exige absolutamente que todas as atividades do poder público sejam, exaustivamente, previstas em lei; no sentido formal e material, basta previsão abstrata para o cumprimento do princípio da legalidade;

v) A Constituição Federal não exigiu a reserva absoluta da lei para a restrição à liberdade de profissão. Há que se reconhecer certo espaço normativo, embora limitado, entre a previsão abstrata e a concretização pelo regulamento;

vi) A atribuição de competência ao Conselho Nacional da OAB para elaboração de regulamento que materialize o Exame não afronta o art. 84, IV, da Constituição Federal, já referido regulamento se submete ao controle da autoridade presidencial (art. 84, II, CF⁶⁶⁷);

vii) Embora a Ordem dos Advogados do Brasil, por exercer uma função pública, mas não se inserir na administração pública (direta ou indiretamente), não se submete ao controle direto da Presidência da República ou de qualquer órgão público;

viii) “Por essas razões, sob o ângulo ora examinado, tenho como constitucional o § 1º do artigo 8º da Lei nº 8.906/94, seja porque não corresponde à autêntica delegação legislativa, a ponto de violar a parte final do inciso XIII do artigo 5º da Lei Maior, seja porque não representa usurpação de competência do Presidente da República versada no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal. A pretensão de exaurimento da matéria na lei não encontra respaldo no texto constitucional e tampouco parece medida de prudência”.

Com tais argumentos e pontos apresentados, o relator, ministro Marco Aurélio de Mello, conheceu do recurso extraordinário, porém o julgo desprovido.

1.4.2 Dos argumentos apresentados pelo ministro Luiz Fux

Passaremos, agora, a analisar os argumentos expostos pelo ministro Luiz Fux. A pretensão é de apresentar os argumentos dos ministros e, ao final, organizá-los em blocos ou em arranjos de argumentos que permitirão uma análise sistematizada, que autorize a reconstrução da decisão a partir do ponto de vista interno e ponto de vista externo, mas, somente com relação à matéria que diga respeito à eventual colisão de princípios, o que permitirá reduzir o campo de análise.

em que a lei inova a ordem jurídico-formal, seja modificando normas preexistentes, seja regulando matéria ainda não regulada normativamente. Ao passo que o regulamento não contém, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal; limita-se a precisar, pormenorizar, o conteúdo da lei. É, pois, norma jurídica subordinada (*Comentário contextual à Constituição*, 2010, p. 490)” *In.*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 33.

⁶⁶⁷ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal.

Luiz Fux apresentou os seguintes argumentos:

- Entende-se *qualificação profissional* como fundamento constitucionalmente admissível de restrição do direito fundamental ao livre exercício das profissões. Apresenta-se como limite dos limites à liberdade de escolha profissional;

- Para a limitação ao direito fundamental, é necessário levar em consideração “[...] (i) *reserva da lei*, (ii) a observância da *proporcionalidade* e (iii) a *proibição de afronta ao núcleo essencial do direito fundamental*”⁶⁶⁸;

- A reserva legal, aqui é compreendida como reserva legal qualificada: “[...] a liberdade profissional somente poderá ser restringida por lei formal, e, mesmo assim, exclusivamente com vistas a exigir que o exercício de determinadas atividades seja admitido apenas aos indivíduos profissionalmente qualificados para tanto”⁶⁶⁹;

- Diante da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, que não se enquadra nem como pessoa jurídica de direito público (não se sujeitando ao controle administrativo), nem como agência reguladora, tão pouco como “autarquias especiais”, mas, sim, como categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas no direito brasileiro, realizando serviço público independente, poderá, observando os limites legais previamente estabelecidos, regulamentar o exercício profissional da categoria, inclusive regulamentando o Exame da Ordem;

- A reserva legal é satisfeita com a previsão abstrata e genérica dos pontos regulamentados, que permitem aos regulamentos tratar das matérias de forma pormenorizada, sem, com isso, ferir o princípio da legalidade;

- A análise da proporcionalidade e da preservação do conteúdo essencial da liberdade profissional confunde-se com a questão de se a exigência de prévia aprovação no Exame se enquadra na previsão constitucional de *qualificação profissional* (art. 5º, XIII, CF);

- O exercício da advocacia exige formação técnica específica;

- O exercício da atividade profissional por indivíduo de formação técnica deficiente poderá causar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao seu constituinte⁶⁷⁰;

⁶⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 40.

⁶⁶⁹ Ibid.

⁶⁷⁰ Nas palavras do ministro Fux, “[...] A representação judicial despreparada pode custar a um indivíduo a sua liberdade, o imóvel em que reside, a guarda de seus filhos; a consultoria jurídica prestada por profissional desprovido da necessária habilitação técnica pode submeter o seu cliente a sanções gravosas, ocasionando prejuízos capazes de fechar empresas. Por essas razões, existe justificativa plausível para a prévia verificação da qualificação profissional do bacharel em Direito para que possa exercer a advocacia. Sobreleva, *in casu*, interesse coletivo relevante na aferição da capacidade técnica do indivíduo que tenciona ingressar no exercício profissional das atividades privativas do advogado”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 45).

- A impossibilidade de controle apriorístico da qualificação profissional não resiste à análise do art. 5º, XIII, conjugado com o art. 22, XVI, ambos da Constituição Federal, que confere à União a competência legislativa privativa para estabelecer *condições para o exercício de profissões*;

- O Exame é exigência prévia, condição específica, para o exercício da atividade, que se insere na condição do art. 5º, XIII da Constituição Federal, não havendo que se falar em afronta à proibição de excesso;

- Não é *razoável* restringir à OAB a fiscalização *a posteriori* da inépcia profissional;

- O Exame é medida *adequada* à finalidade a que se destina, uma vez que afere a qualificação profissional em caráter preventivo, de modo a evitar eventuais danos à coletividade;

- Aqui o juízo é de *adequação* e não de *perfeição*, logo o Exame pode não ser o *único* nem o *melhor* meio de atingir sua finalidade, mas apresenta-se apto para tanto;

- No Direito estrangeiro, existem exames semelhantes (como o *Bar Exam*, nos Estados Unidos da América);

- O Exame também cumpre o subprincípio da *necessidade* ou *exigibilidade*, já que é o meio menos gravoso para atingir o fim pretendido. Há, aproximadamente, três oportunidades de submissão ao Exame por ano; é objetivo e impessoal; não existe hipótese de jubilação; há previsão de isenção de taxa para hipossuficientes;

- A aferição da qualificação profissional por meio do Exame da Ordem atende ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, já que os benefícios decorrentes da sua exigência superam as restrições impostas ao princípio da liberdade profissional⁶⁷¹;

- Não há violação ao núcleo essencial da liberdade profissional, já que qualquer bacharel em Direito poderá prestar o Exame da Ordem sem qualquer limitação numérica de tentativas. Uma vez aprovado no Exame, será possível se inscrever na OAB;

- O fato de não haver exame semelhante para o exercício da medicina não implica obstáculo para sua existência para o exercício da advocacia;

- Poderá se impugnar a forma na qual o Exame é elaborado, mas aqui não mais se estaria discutindo a constitucionalidade do Exame, mas, sim, eventual afronta à própria legislação de regência;

⁶⁷¹ Ainda nas palavras do ministro Fux, “[...] De fato, uma limitação ao exercício de atividade profissional que será superável em qualquer tempo pelo indivíduo que lograr aprovação no Exame de Ordem é muito reduzida diante do evidente ganho da sociedade com o licenciamento profissional de advogados que tenham demonstrado, à luz de critérios públicos, objetivos e impessoais, serem detentores da qualificação técnica minimamente necessária ao exercício profissional adequado da advocacia”. *In.*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 48.

- Não há reserva de mercado, haja vista que “[...] (i) a cada quatro meses, realiza-se novo Exame, aberto a quaisquer bacharéis, ainda que reprovados em edições anteriores, sem nenhuma restrição; (ii) não há limite do número de aprovados para posterior inscrição na OAB; e (iii) há regime próprio de isenção de custas para os hipossuficientes [...]”⁶⁷²

- Com o Exame o OAB, não se realiza avaliação dos cursos de Direito, até porque não tem poder sancionatório sobre as universidades. Na verdade, o Exame certifica que o bacharel está apto para o exercício da atividade e não analisa a Instituição de sua origem;

- Outras atividades profissionais também exigem certificação para o exercício da atividade (Conselho Monetário Nacional – CMN – exame de certificação organizado por entidade de reconhecida capacidade técnica – ANBIMA –, por exemplo);

- Há participação da OAB nos concursos públicos e em várias entidades do poder público, sendo esta inserção uma preocupação do constituinte com o estabelecimento de ferramentas de fiscalização social do exercício do poder público. A não participação de membros externos na elaboração do Exame suscita questionamentos quanto à observância dos princípios democrático e republicano;

- Será uma exigência constitucional de legitimidade democrática da atuação da OAB a abertura de seus procedimentos à participação de outros segmentos da sociedade, que permitirá o aperfeiçoamento do Exame e a promoção de uma visão mais pluralista da práxis jurídica;

- Por estes últimos argumentos, a não participação de outras entidades na elaboração do Exame representa uma *constitucionalidade imperfeita*, sendo que as normas que disciplinam o Exame da Ordem estão *em trânsito para a inconstitucionalidade (quase-inconstitucionalidade)*;

- Diante de todos os argumentos apresentados, votou pelo desprovimento do recurso extraordinário.

1.4.3 Da decisão do ministro Dias Toffoli

O ministro Dias Toffoli acompanhou o voto do ministro relator Marco Aurélio de Mello, sem reparos.

⁶⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 49.

1.4.4 Dos argumentos apresentados pela ministra Cármen Lúcia

A ministra Cármen Lúcia também negou provimento ao recurso, apresentando os seguintes argumentos:

- As faculdades de Direito formam bacharéis e não advogados, sendo que o bacharelado em Direito permite o exercício de várias atividades profissionais, tanto no setor público, quanto no privado;
- A OAB por meio do Exame, que atesta o profissional, garante uma atuação profissional coerente com o Direito e para a Sociedade;
- A OAB exerce serviço público por disposição legal (art. 44 da Lei 8.906⁶⁷³);
- A exigência do Exame nada mais é do que o cumprimento à disposição do art. 5º, XIII, parte final da Constituição Federal;
- Enquanto bacharel tem a ética da cidadania; enquanto advogado, tem a ética profissional para regular suas atividades;
- O Direito é técnico e será necessária uma comunidade de técnicos com ética e conhecimento jurídico bastante para o fazer valer;
- O Exame da Ordem dos Advogados garante a qualificação dos profissionais e, assim, o núcleo da Constituição, sendo certo que a atuação de profissionais despreparados poderia destruir o modelo constitucional democrático que vivemos.

1.4.5 Dos argumentos apresentados pelo ministro Ricardo Lewandowski

O quarto a votar foi o ministro Ricardo Lewandowski, que apresentou as seguintes razões:

- Pela clássica Teoria dos Poderes Implícitos, desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que estabelece que, quando se confere a um determinado órgão estatal certas competências, implicitamente, se delega a esses mesmos órgãos os meios para executá-las;
- O art. 22, XVI, da Constituição Federal⁶⁷⁴ permitiu ao Conselho Nacional da OAB que regulamentasse a profissão do advogado, exatamente mediante provimento, justamente

⁶⁷³ Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotado de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, [portanto, é preciso que seja um profissional que tenha sido qualificado tecnicamente para conhecer da lei e saber da sua aplicação] pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados [...]

⁶⁷⁴ Art. 22 Compete, privativamente, à União legislar sobre:

porque no art. 44, I, da Carta Política, assinala que compete à OAB promover, com exclusividade, a seleção e a disciplina dos advogados. Assim, pela Teoria dos Poderes Implícitos, além de outorgar a competência para o Conselho Nacional, também lhe outorgou os meios para tal (como o Exame, por exemplo);

- O Exame é público, e permite ao candidato o contraditório e a ampla defesa em caso de inconformismo com o resultado;

- Por tais motivos, o ministro Lewandowski, acompanhando, ainda, os argumentos apresentados anteriormente, negou provimento ao recurso.

1.4.6 Dos argumentos apresentados pelo ministro Ayres Britto

O quinto ministro a votar foi Ayres Britto, que teceu os seguintes argumentos:

- Na Constituição há quarenta e duas referências a advogado, advocacia, OAB e Conselho Federal da OAB;

- A previsão do art. 5º, XIII, da Constituição mescla liberdade de direito individual e de preocupação social;

- O livre exercício de qualquer trabalho diz respeito a uma escolha, a uma preferência, a uma opção por qualquer ofício, profissão ou trabalho;

- Para se obter o *plus*, em relação ao bacharelado, do exercício profissional é preciso fazer o exame da Ordem, que serve como um anteparo, um salvaguarda social;

- Por ser a atividade profissional do advogado uma atividade essencial à Justiça, percebe-se que esta não é um atributo, um apanágio do bacharel em Direito e, sim, um reconhecimento mediante a aprovação do Exame; portanto, não é uma consequência automática do bacharel;

- Como a profissão do advogado é essencial à Justiça, para aplicá-la, o profissional deve estar preparado, tecnicamente, para tanto; a exigência do Exame é uma exigência de qualificação técnica é “[...] preciso que a ordem jurídica seja tecnicamente, eficazmente, eficientemente interpretada e aplicada [...]”⁶⁷⁵;

- A exigência do Exame corresponde, neste nível de raciocínio, a um conceito substantivo de devido processo legal ou de acesso à jurisdição, compreendendo este último como um eficaz acesso à jurisdição;

[...]

XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

[...]

⁶⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 67.

- Assim, votou pelo improvinimento do recurso apreciado.

1.4.7 Dos argumentos apresentados pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes

O último ministro a votar foi Gilmar Mendes, com as seguintes razões:

- O tema envolve a delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5º, XIII, da Constituição, além da identificação de restrições;

- O exercício de direitos individuais pode implicar uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos, daí a necessidade de delimitação do seu núcleo de proteção (abrange diferentes pressupostos fáticos contemplados na norma jurídica e a consequência comum, ou ainda, *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*⁶⁷⁶);

- Aqui, caberá ao legislador ordinário definir a amplitude e a conformação desses direitos individuais, e não impor restrições. É necessário identificar o objeto da proteção e contra que tipo de agressão ou restrição se outorga proteção “[...] *âmbito de proteção* não se confunde com *proteção efetiva e definitiva*, garantindo-se apenas a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional”⁶⁷⁷;

- Para se determinar o âmbito de proteção, é necessário analisar a norma constitucional, tendo em vista: a) a identificação do bem jurídico protegido e a amplitude dessa proteção, b) possíveis restrições previstas na Constituição e a identificação das *reservas legais de índole restritiva*⁶⁷⁸;

- A parte final do art. 5º, XIII, da Constituição Federal apresenta uma inequívoca *reserva legal qualificada*. A limitação ou restrição a direitos fundamentais poderá ocorrer tanto mediante a inserção do tipo “nos termos da lei”, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” etc., bem como fazendo referência a um conceito jurídico indeterminado, como “função social”;

- A garantia e a restrição ao direito possuem existência concomitante na ordem constitucional, como ocorre no art. 5º, XIII, da CF;

- Assim, é preciso questionar a razoabilidade e a proporcionalidade das leis restritivas da liberdade de escolha profissional, de modo que a restrição não possa atingir o núcleo essencial deste direito (as restrições são sempre limitadas);

⁶⁷⁶ Ibid., p. 70.

⁶⁷⁷ Ibid., p. 71.

⁶⁷⁸ Ibid., p. 72.

- Será necessário verificar não somente a existência de previsão legal da restrição, mas também a proporcionalidade desta (daí o *princípio da reserva legal proporcional*);
- É necessário que o meio adotado seja *adequado* (medidas interventivas mostram-se aptas para se atingir os objetivos), *necessário* (nenhum outro meio menos gravoso revela-se igualmente eficaz) e *proporcional em sentido estrito* (equilíbrio entre a intervenção e os objetivos perseguidos);
- Toda limitação à liberdade profissional, mesmo que legal, deve ser justificada, se (com ela) não há proveito para a coletividade, deve ser eliminada, portanto, deve ser proporcional e razoável para não se ferir o núcleo essencial do direito fundamental;
- Nestes termos, o legislador infraconstitucional, ao estabelecer limitações à liberdade profissional, deverá levar em consideração todas as características da profissão, sua repercussão sobre terceiro, a lesividade dessa repercussão, a possibilidade ou não de reparação etc. Essas características não foram observadas quanto ao exercício da profissão de jornalista, logo, entendeu-se inconstitucional a exigência de capacidades técnicas para o seu exercício;
- A advocacia é meio de acesso à própria prestação jurisdicional; logo, exige uma qualificação adequada, sendo que sua imperícia poderá gerar efeitos desastrosos à comunidade;
- Não se sustenta o argumento da reserva de mercado, uma vez que não se seleciona os melhores advogados, mas apenas avaliam os bacharéis quanto suas qualificações mínimas;
- A possibilidade de um controle repressivo da atividade profissional não impede uma fiscalização preventiva, a ser exercida paralelamente;
- Os exames semelhantes existentes em outros países são mais exigentes que o aplicado pela Ordem dos Advogados do Brasil⁶⁷⁹;

⁶⁷⁹ Nas palavras do ministro Gilmar Ferreira Mendes: “Na Alemanha, após a conclusão da graduação e a aprovação em um primeiro exame estatal, o interessado no exercício da advocacia deverá se submeter a um estágio supervisionado pelo período de dois anos. Depois, deverá realizar um segundo exame estatal (zweites Staatsexam) para, somente então, estar apto a se inscrever em algum dos conselhos profissionais organizados em cada Estado-Membro e, finalmente, exercer a profissão. Na França, os interessados em exercer a advocacia submetem-se a um exame de admissão para ingressar em alguma das escolas mantidas pelos conselhos de advogados, as quais fornecem formação teórica e prática adicional pelo período de 18 meses. A conclusão do curso confere ao graduado um certificado de aptidão para o exercício da advocacia (*Certificat d’aptitude à la profession d’avocat – CAPA*). Na Itália, após a realização de um estágio de, no mínimo, dois anos, com exigência de participação em mais de 20 audiências, há uma avaliação, similar ao Exame de Ordem, que deve ser feita pelos bacharéis em Direito. Nos Estados Unidos, todos os Estados-Membros condicionam o exercício da advocacia à aprovação em uma prova de conhecimentos, denominada *Bar Exam*. O exame não é nacionalmente unificado, mas existe uma instituição responsável pela coordenação nacional – *National Conference of Bar Examiners* -, cuja finalidade é manter padrões uniformes e razoáveis no país.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 85).

- Por tais razões, o ministro Gilmar Ferreira Mendes também negou provimento ao recurso extraordinário.

Apresentados os argumentos do autor da demanda, do representante do Ministério Público e dos ministros do Supremo Tribunal Federal que julgaram o Recurso Extraordinário, passaremos a analisar a estrutura utilizada nos argumentos quando da análise da colisão das normas de direitos fundamentais. As questões relacionadas à inconstitucionalidade formal, decorrente da usurpação de competência legislativa, os argumentos relacionados à reserva de mercado entre outros que, embora possam ter influenciado a decisão do STF, não serão aqui analisados por questão de delimitação do objeto do presente estudo. Assim, passaremos a aglutinar os argumentos semelhantes dos julgadores para posterior análise, levando em consideração as construções alexyianas, bem como o método interpretativo/subsuntivo apresentado por Juan García Amado.

1.4.8 Dos arranjos de argumentos do plenário do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal quando exerce controle de constitucionalidade, seja pela via concentrada, seja pela difusa, deverá manifestar sua decisão mediante a composição do plenário do Tribunal. A decisão será composta pelos votos de cada ministro e não pela prolação de um único voto que se corresponde à decisão de todo o Tribunal. Para o presente caso, pode-se observar que cada ministro que apresenta seu voto adere ao voto anterior, apresentando, no mais das vezes, outros argumentos para sustentar o mesmo ponto abordado pelo ministro antecessor. Por tais razões, ao analisarmos os votos na presente sessão, faremos referência somente ao voto do Tribunal, sem indicação do ministro que a proferiu, haja vista essa cadeia de aderência que culminou na prolação da decisão final.

Acompanhando o voto do ministro relator Marco Aurélio de Mello que serviu de balizamento para os demais votos do plenário do Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar que foram três os pontos de partida argumentativos que estruturaram a decisão do recurso extraordinário interposto por João Antônio Volante:

- a) (não)violação à liberdade de profissão (art. 5º, XIII, da Constituição Federal);
- b) (in)compatibilidade entre as regras constitucionais atinentes ao ensino superior e à previsão legal de seleção dos advogados atribuída à Ordem; e
- c) (des)respeito ao princípio da legalidade, consistente na delegação, à Ordem, da prerrogativa de regulamentar o exame.

Como desdobramento desses três pontos medulares também foi ventilado no Supremo:

- d) (in)existência de lesão aos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa;
- e) (in)existência de lesão ao direito à vida e à dignidade humana;
- f) (in)existência de lesão ao princípio da igualdade;
- g) (in)adequação e (des)necessidade da exigência do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil;
- h) que a limitação prevista no final do art. 5º, XIII, da Constituição constitui uma reserva legal qualificada;
- i) há que se fazer o sopesamento entre a importância de realização do fim objetivado pela medida e a intensidade da restrição ao direito fundamental (perigo de dano à coletividade x liberdade profissional);
- j) há possibilidade de se realizar o controle de legalidade dos Exames em cada caso concreto;
- k) inexistência de delegação legislativa à OAB e não há usurpação da competência privativa do Presidente da República;
- l) a OAB é categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas;
- m) a reserva legal resta cumprida com a previsão abstrata;
- n) a elaboração exclusiva da OAB na elaboração do Exame implica numa constitucionalidade imperfeita da norma, ou norma em trânsito para a inconstitucionalidade (quase inconstitucionalidade);
- o) a exigência do Exame é cumprimento do art. 5º, XIII, da Constituição Federal;
- p) o art. 5º, XIII, da Constituição compreende uma mescla de liberdade de direito individual e preocupação social;
- q) o Exame representa um anteparo/salvaguarda social, conceito substantivo do devido processo legal e acesso à justiça.

Como se pretende analisar, a Teoria dos Princípios, Tese do Peso e outras construções desenvolvidas por Robert Alexy, além da comparação com o método interpretativo/subsuntivo de Juan Garcia Amado, iremos nos fixar na tensão existente entre o princípio da liberdade de escolha profissional ou de ofício e o eventual princípio da proteção do risco à sociedade.

Embora seja importante frisar que, como o fez Juan Garcia Amado, é de fundamental importância visualizar o esforço argumentativo do Supremo Tribunal Federal (ou de qualquer outro Tribunal que tenha competência para analisar questões constitucionais) para afastar a incidência de outros princípios no caso em análise. É justamente este esforço argumentativo

do Tribunal para afastar a incidência de outros princípios constitucionais legitimadores da delimitação da matéria, imputadores de racionalidade à decisão que afirma ser o princípio da liberdade de escolha profissional (que está sendo tensionado) e não o princípio da isonomia, o da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa, por exemplo, como o fez o STF.

Com isso, passamos a realizar a reconstrução da decisão, a partir do que Robert Alexy denominou de discurso de justificação interna.

2. Justificação Interna do Discurso aplicada: reconstrução lógica da Decisão-OAB

Quando estamos diante da justificação interno do discurso jurídico, é preciso lembrar que, aqui, as premissas não são discutidas, mas pressupostas. A possibilidade de tematização das premissas, sejam elas normativas, empíricas ou de outra natureza, se dará no discurso de justificação externa, campo principal, mas não exclusivo, da Teoria da Argumentação Jurídica, à qual dedicaremos nosso próximo item.

Os argumentos apresentados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal se dedicaram a realizar ponderações de bens entre o direito de escolher livremente a profissão ou ofício (art. 5º, XIII) e o direito de proteção de risco de dano à coletividade, representado pela exigência de aprovação no Exame da OAB (art. 8º, IV, da Lei 8.906/94), além de outros anteriormente indicados.

Portanto, é preciso, inicialmente, determinar quais as premissas normativas e empíricas a serem levadas em consideração para se precisar, no caso em análise, se a exigência da aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil é medida constitucional.

Levando em consideração que os argumentos orbitam o art. 5º, XIII, da Constituição Federal e art. 8º, IV, da Lei 8.906/94, serão estas as nossas premissas normativas que darão o ponto de partida na justificação interna da decisão. Quanto ao art. 5º, XIII, o relator aduziu que “[...] o constituinte originário limitou as restrições à liberdade de ofício às exigências de qualificação profissional. Cabe indagar: por que assim o fez?”⁶⁸⁰.

A análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que auxiliarão na problematização dos pontos de partida normativos e empíricos (qual a extensão do art. 5º, XIII, da Constituição? a exigência da avaliação da qualificação técnica é

⁶⁸⁰ ALEXY, Robert. A análise lógica ... Op. Cit., p. 31.

constitucional? existem outras medidas que poderiam ser menos lesivas à liberdade de escolha profissional e que promovem uma maior proteção à coletividade e aos particulares? entre outras questões), são objetos de análise da justificação externa. Aqui, há uma pressuposição das premissas, e a partir de então, há o estabelecimento da estrutura dos argumentos apresentados na decisão judicial, portanto sem juízos inerentes ao princípio da proporcionalidade.

Nos arranjos de argumentos presentes na decisão ora em análise é possível vislumbrar a abertura semântica das duas expressões fundamentais para o julgamento do Recurso Extraordinário: “qualificação profissional” e “risco suportado pela coletividade”. O tribunal afirma que, sendo o “risco suportado pela coletividade”, então “[...] cabe limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício, exatamente em função do interesse coletivo”⁶⁸¹; ou seja, o risco à sociedade é pressuposto da exigência da “qualificação profissional”, que, conseqüentemente, limitará o exercício da profissão.

A compreensão de “risco suportado pela coletividade” pelo Tribunal é de que a atividade do advogado não qualificado causa “[...] prejuízos, à primeira vista, ao próprio cliente, fazendo-lhe parecer o direito ou deixando-lhe desguarnecido, mas também lesa a coletividade, pois denega Justiça, pressuposto da paz social. Atrapalha o bom andamento dos trabalhos judiciários, formulando pretensões equivocadas, ineptas e, por vezes, inúteis. Enquanto o bom advogado contribui para a realização da Justiça, o mau advogado traz embaraços para toda a sociedade, não apenas para o cliente”⁶⁸².

A expressão “qualificação profissional” é entendida como “[...] não apenas de submeter (o candidato) a sessões de ensino de teorias e técnicas de determinado ramo do conhecimento, mas sujeitar-se ao teste relativamente à ciência adquirida [...]”⁶⁸³, sendo que “o exame da Ordem serve perfeitamente ao propósito de avaliar se estão presentes as condições mínimas para o exercício escorreito da advocacia [...]”⁶⁸⁴.

A decisão, seguindo entendimento do Tribunal Constitucional alemão, e do próprio STF (Representação n° 930, em que se discutia a limitação à profissão de corretor de imóveis), afirma que a medida somente pode ser declarada inconstitucional por se inadequada ao fim pretendido, quando “[...] apresenta-se evidentemente incapaz de atingir a finalidade para a qual foi implementada e não for, de qualquer maneira, plausível ou justificável [...]”⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 18.

⁶⁸² Ibid., p. 24.

⁶⁸³ Ibid., p. 20.

⁶⁸⁴ Ibid.

⁶⁸⁵ Ibid.

Ademais, levando-se em consideração a possibilidade de outros meios razoavelmente equivalentes, tal como a fiscalização posterior da atividade pela OAB, esta se mostra “inequivocamente menos efetiva do que o escrutínio prévio [...]”⁶⁸⁶.

Nesse sentido, diante do juízo da proporcionalidade em sentido estrito, o “perigo de dano decorrente da prática da advocacia sem o exame de conhecimentos serve a justificar a restrição ao direito fundamental e geral à liberdade do exercício de profissão”, além de que os “benefícios provenientes da medida restritiva são superiores à ofensa à garantia do inciso XIII do art. 5º da Carta”⁶⁸⁷.

Determinadas as premissas como pontos de partida para a justificação interna, tal como fez Alexy, introduziremos algumas “[...] letras-esquema para predicados”, a partir dos fundamentos apresentados pelo tribunal brasileiro:

- *CP*...: .. é a coletividade ou o particular, cujo acesso à justiça, patrimônio ou qualquer direito de sua titularidade são postos em risco diante do exercício da advocacia por profissional que não possui qualificação técnica;
- *E*...: ... é a exigência da aprovação no exame de verificação da qualificação técnica para o exercício da advocacia;
- *A*...: ... é a autorização para o exercício da advocacia sem a aprovação no exame de verificação de qualificação profissional;
- *Fs*...: ... é alguém que já obteve o título de bacharel em Direito, não aprovado no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, mas que exerce a profissão de advogado.

Diante dessas construções, pode a decisão do Supremo Tribunal Federal seguir a seguinte fórmula, nos termos do que explica Alexy:

$$(I') (x) (CPx) \longrightarrow (Ex \wedge \neg Ax \longrightarrow O \neg Fsx)$$

É possível estabelecer a seguinte equivalência:

$$O \neg p \longleftrightarrow Fp$$

⁶⁸⁶ Ibid., p. 21.

⁶⁸⁷ Ibid., p. 22.

Nessa última fórmula apresentada, pode-se compreender que: rigorosamente, então, quando é ordenado que algo (p) é proibido, pode, em vez de (I'), com o operador de proibição F :

$$(I'') (x) (CPx) \rightarrow (Ex \wedge \neg Ax \rightarrow F Fsx)$$

Com (I') e (I''), é possível determinar que: tendo em vista que a ‘coletividade ou particular tem o acesso à justiça, patrimônio ou qualquer direito que lhe pertença colocado em risco diante do exercício da advocacia por profissional não qualificado tecnicamente’ (CPx), este fato implica (\rightarrow) a ‘exigência da aprovação no exame de verificação da qualificação técnica para o exercício da advocacia’ (Ex), na proibição (\neg) da concessão de ‘autorização para o exercício sem prévia verificação da qualificação técnica’ e no dever de proibição (F) do ‘exercício da advocacia por bacharel em Direito não avaliado’ (Fsx).

Em relação à extensão das expressões “risco da coletividade e do particular” contida em (CP) e “qualificação técnica” contida em (CP), (E), (A) que sustentarão as fórmulas (I') e (I''), o STF apresenta os seguintes predicados, representados, também, pelas letras-esquema:

- Rcp – o exercício da advocacia por profissional não tecnicamente qualificado gera prejuízos ao próprio cliente, fazendo-lhe parecer o direito ou deixando-lhe desguarnecido, lesa também lesa a coletividade, pois denega Justiça, pressuposto da paz social.
- Qt – a qualificação técnica representa não apenas submeter o candidato a sessões de ensino de teorias e técnicas de determinado ramo do conhecimento, mas sujeitá-lo ao teste relativo à ciência adquirida.

Portanto, tais predicados que delimitam as expressões que compõe as primeiras letras-esquemas de predicados permitem construir a estrutura da justificação interna da argumentação, de tal modo que os predicados apresentados sejam suficientes para justificar racionalmente a estrutura da decisão e, assim, legitimá-la. Outras estruturas de argumentação, a partir da apresentação de novos predicados, são possíveis, e sua racionalidade se dará pela demonstração das correntes de argumentação existentes entre o objeto que se predica e o próprio predicado, de tal forma que seja possível sustentar que:

$$.(CPx) \rightarrow Rcp$$

$$.(Ex) \rightarrow Qt$$

Tais relações de implicação demonstram a estrutura da argumentação apresentada pelo Tribunal e contribui para sua racionalidade. É preciso determinar, contudo, também, em que medida a finalidade almejada pela exigência da aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 8º, IV, da Lei 8.906/94) contribui para impedir (ou atenuar) o risco de lesão à coletividade e aos particulares, seja no âmbito patrimonial, seja no âmbito do acesso à justiça.

Aqui, é importante trabalhar com o que Alexy chama de “legalidade empírica”, que se apresentará sempre “[...] quando um ser exato de um predicado em uma norma ou uma regra precisadora é incerto, portanto, é incerto se A_1a vale, para isso, porém, é certo, suficientemente, que A_1a sempre ou com uma probabilidade suficientemente acontece, quando A_2a está dado [...]”⁶⁸⁸.

Assim, é possível determinar que há uma probabilidade suficientemente alta para determinar que a “ausência de qualificação profissional” gerará “dano à coletividade e aos particulares” decorrente do exercício inadequado da profissão. E que há uma probabilidade baixa de que um “profissional inabilitado para o exercício da profissão de advogado” não gerará “dano à coletividade e aos particulares”, tudo isso porque a profissão do advogado exige conhecimentos técnicos e específicos de tal modo a promover o efetivo acesso à justiça e que o patrimônio das partes seja devidamente protegido.

Podemos estabelecer, hipoteticamente, que um advogado tenha perdido o prazo recursal, por desconhecê-lo, no interior de uma demanda penal e que esteja em questão a liberdade do representado. O julgador, com fundamento na indisponibilidade do direito à liberdade e da ideia de efetividade da prestação da tutela jurisdicional, recebe e dá provimento ao recurso. Nesse caso, embora não haja qualificação técnica suficiente do advogado, não houve prejuízo à liberdade do assistido, nem ao acesso efetivo à justiça; tal hipótese, entretanto, apresenta-se de pouca probabilidade de ocorrência.

A alta probabilidade de que a ausência de “qualificação técnica” ($\neg Qt$) que implicará o risco de lesão à “coletividade e aos particulares” (Rcp) poderá ser representada, enquanto legalidade empírica, pela proposição de forma (x) ($\neg Qt \rightarrow Rcp$). Aqui, há um juízo empírico do STF de que a ausência de qualificação técnica gera um risco à coletividade e aos particulares assistidos. Não se pode precisar com exatidão absoluta essa relação, haja vista que os fatos do mundo existencial não se submetem a regras absolutas de previsibilidade,

⁶⁸⁸ ALEXY, Robert. A análise lógica Op. Cit. p. 34.

mas, para que se tenha parâmetros empíricos suficientes para julgar, tal relação deve ser pressuposta. Aqui, entram em ação as regras da argumentação prática, de tal forma que essa relação é válida até que sejam apresentados argumentos contrários suficientes para superá-lo. O argumento ingressa num movimento de inércia que somente é rompido pela apresentação de um novo (melhor) argumento, segundo o princípio da inércia desenvolvido por Perelman.

Diante de todas estas construções, a justificação interna do acórdão do Supremo Tribunal Federal pode ser apresentada da seguinte forma:

$$.(1) (x) (CPx) \longrightarrow (Ex \wedge \neg Ax \longrightarrow F Fsx)$$

$$.(2) (x) ((Rcp \wedge Qt) \longrightarrow (CPx))$$

$$.(3) Rcp$$

$$.(4) Qt$$

$$.(5) Ea$$

$$.(6) \neg Ax$$

$$(7) F Fsa$$

3. Justificação Externa do Discurso aplicada: a tematização das premissas a partir do princípio (máxima) da proporcionalidade

3.1 Análise do subprincípio da adequação (idoneidade)

A justificação externa do discurso se dedicará a reconstruir a decisão judicial a partir dos juízos de ponderações dos valores e interesses colidentes, portanto, representará a tematização das premissas empíricas e normativas, ou outras premissas de qualquer natureza, mas que tenham sido levadas em conta no discurso. Nesse sentido, analisaremos os argumentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal no tocante aos dois subprincípios da proporcionalidade que colocam em evidência as premissas empíricas que circulam a decisão, ou seja, os subprincípios da adequação (idoneidade)⁶⁸⁹ e da necessidade.

Conforme já tratamos neste trabalho, quando tratamos da otimização relativa às possibilidades fáticas, estamos tratando dos princípios da idoneidade (adequação) e da necessidade. O primeiro exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo

⁶⁸⁹⁻⁶⁸⁹ Percebe-se da bibliografia utilizada para elaboração do presente trabalho que o primeiro subprincípio relacionado aos elementos empíricos da decisão (*greeingnetheit*) é traduzido para o português tanto como subprincípio da adequação, como da idoneidade. Nas obras traduzidas para o espanhol, encontra-se como tradução a expressão “idoneidad”.

menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos. Assim, uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras⁶⁹⁰.

Portanto, é necessário verificar em que medida o meio utilizado (aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil), embora prejudicial ao princípio da liberdade de escolha e exercício profissional (5º, XIII, primeira parte⁶⁹¹, em união com o art. 1º, IV, e Art. 6º, caput, todos da Constituição Federal) promova (o que justifica o prejuízo do primeiro), com certa intensidade, o princípio da proteção do acesso à justiça, do patrimônio ou de qualquer direito que seja de titularidade da coletividade e dos particulares (art. 8º, § 1º, da Lei 8.906/1994⁶⁹² e os Provimentos nº 81/1996⁶⁹³ e 109/2005 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil).

Em relação ao subprincípio da adequação, o Supremo Tribunal Federal acentua que:

- “[...] o que o verdadeiramente contesta o recorrente é a adequação do exame à finalidade prevista na norma maior – assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos à coletividade”⁶⁹⁴;

- “Observe-se que a *adequação* não se confunde com a *perfeição*: não seria necessário que o Exame de Ordem fosse o *único* e nem mesmo *o melhor* meio de atingir o fim colimado, mas que seja apto, numa relação de causa e efeito, a ocasionar a consecução de seu propósito”⁶⁹⁵;

- “O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos”⁶⁹⁶;

- “[...] verifico a adequação da exigência do exame da ordem como requisito para o exercício da advocacia, por entender que a medida atesta a qualificação mínima necessária para o exercício profissional”⁶⁹⁷.

Em contrapartida, a Procuradoria Geral da República atestou que:

- “O exame de ordem não se revela o meio adequado ou necessário para o fim almejado. Presume-se pelo diploma de Bacharel em Direito – notadamente pelas novas

⁶⁹⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo...** Op. Cit., p. 110.

⁶⁹¹ Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão [...];

⁶⁹² Art. 8º. Para inscrição como advogado é necessário: [...] IV – aprovação em Exame de Ordem; [...]

⁶⁹³ O Provimento 81/1996 estabelece normas e diretrizes do Exame da Ordem, prevendo em seu art. 1º: “É obrigatório aos bacharéis de Direito a aprovação no Exame de Ordem para admissão no quadro de advogados [...]”, com o mesmo texto o Provimento 109/2005.

⁶⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 20.

⁶⁹⁵ Ibid., p. 47.

⁶⁹⁶ Ibid., p. 75.

⁶⁹⁷ Ibid., p. 84.

diretrizes curriculares que dá ao curso de graduação não mais uma feição puramente informativa (teórica), mas também formativa (prática e profissional) – que o acadêmico obteve a habilitação necessária para o exercício da advocacia. A sujeição à fiscalização da OAB, com a possibilidade de interdição do exercício da profissão por inépcia (Lei nº 8.906/94, art. 34, XXIV c/c art. 37, § 3º), se mostra, dentro da conformação constitucional da liberdade de profissão, como uma medida restritiva suficiente para a salvaguarda dos direitos daqueles pelos quais se postula em juízo, até mesmo porque tal limitação se circunscreve ao exercício, sem qualquer reflexo sobre o direito de escolha da profissão. De qualquer modo, nada impede que a OAB atue em parceria com o MEC e com as IES, definindo uma modalidade mais direcionada de qualificação profissional que venha a ser atestada pelo diploma⁶⁹⁸.

Em relação aos argumentos apresentados pela Procuradoria Geral da República é possível verificar a indicação de outro meio, supostamente, menos ofensivo. Quando se analisa outros meios que, embora promovem (na mesma medida) os princípios em análise, mas prejudica menos o afetado, estaremos diante do juízo do subprincípio da necessidade, a que nos dedicaremos no próximo item. Cabe, aqui, analisar o princípio da adequação.

Apresentados os argumentos e feitas as considerações iniciais, é necessário identificar a finalidade das normas em conflito. Em relação ao primeiro princípio (princípio da liberdade de escolha e exercício profissional, representado pelos artigos 5º, XIII, primeira parte⁶⁹⁹, em união com o art. 1º, IV, e Art. 6º, caput, todos da Constituição Federal), é possível determinar que sua finalidade é a maximização da proteção da liberdade plena para a escolha e exercício de profissão ou ofício, que, analisada isoladamente, implica a proibição de lhe ser atribuída qualquer limitação.

Em contrapartida, podemos afirmar que o segundo princípio em análise (princípio da proteção do acesso à justiça, do patrimônio ou de qualquer direito que seja de titularidade da coletividade e dos particulares, representado pelos art. 8º, § 1º, da Lei 8.906/1994⁷⁰⁰ e os Provimentos nº 81/1996⁷⁰¹ e 109/2005 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) terá como finalidade a máxima proteção da coletividade e dos particulares no tocante ao acesso à justiça e aos seus direitos em sentido amplo.

⁶⁹⁸ Ibid., p. 11.

⁶⁹⁹ Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão [...];

⁷⁰⁰ Art. 8º. Para inscrição como advogado é necessário: [...] IV – aprovação em Exame de Ordem; [...]

⁷⁰¹ O Provimento 81/1996 estabelece normas e diretrizes do Exame da Ordem, prevendo em seu art. 1º: “É obrigatório aos bacharéis de Direito a aprovação no Exame de Ordem para admissão no quadro de advogados [...]”, com o mesmo texto o Provimento 109/2005.

Resta analisar, agora, de que maneira se comporta o meio utilizado (exigência de aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil) diante das finalidades ora apresentadas.

É certo que a plena liberdade de escolha e exercício profissional é afetada pela exigência da aprovação no exame de verificação de qualificação técnica, afinal de contas a plenitude de um direito somente é alcançada quando nenhuma restrição, de qualquer espécie, lhe é imposta⁷⁰². Nesse sentido, há prejuízo ao princípio da plena liberdade de escolha e exercício profissional. O que resta identificar, agora, é a intensidade dessa afetação.

O Exame da Ordem exige, para sua aprovação, que o candidato perfaça na prova objetiva: “[...] 50% de acerto e, na discursiva, facultada a escolha da área do Direito [...] o percentual de 60%, podendo o exame, sem o risco de jubilação [...] ser repetido indefinidamente, realizando-se cerca de três vezes ao ano [...]”⁷⁰³. Diante dessa informação, é possível determinar que o exame de verificação de qualificação técnica, embora afete a plena liberdade de escolha, esse prejuízo apresenta-se de menos intensidade, caso fosse limitado o número de realizações, o número de vagas e aumentasse significativamente o percentual de acertos. Conforme assegura o Supremo Tribunal Federal: “[...] a Ordem dos Advogados do Brasil não seleciona os melhores advogados nem limita o acesso à profissão, mas apenas avalia os bacharéis para saber se têm as qualificações mínimas necessárias para serem advogados”⁷⁰⁴.

Agora é necessário verificar em que medida o Exame da Ordem (meio) promove o segundo princípio colidente (proteção da coletividade e dos particulares), sendo necessário que dita promoção seja de tal forma que justifique o prejuízo do primeiro.

O exercício da advocacia implica riscos à coletividade, haja vista que a atuação do advogado é “[...] decisiva em muitas questões importantes, que envolvem a proteção do direito à liberdade, à vida e a propriedade, a prestação de alimentos, a guarda e a tutela de incapazes etc [...]”⁷⁰⁵. Assim, “[...] a advocacia deve ser exercida por profissionais que detêm uma qualificação adequada”⁷⁰⁶.

Levando em consideração que o Direito é, em grande parte, técnico, é necessário que os profissionais da área tenham qualificação técnica para não produzir resultados danosos à

⁷⁰² É, nesse sentido, a presente passagem do voto: “Inimaginável pensar liberdade em plenitude quando se é compelido ao exercício de determinada profissão ou são completamente vedadas as condições de acesso à desejada” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 16).

⁷⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 27.

⁷⁰⁴ Ibid., p. 83.

⁷⁰⁵ Ibid.

⁷⁰⁶ Ibid.

coletividade e aos particulares representados. Por outro lado, embora o exame não atribua a qualificação técnica ao candidato, ele se destina a aferir, verificar, a presença ou não da qualificação técnica mínima necessária para o exercício da atividade profissional⁷⁰⁷, promovendo, assim, o princípio da proteção da coletividade e dos particulares. A promoção deste último princípio ocorre, justamente, com a exigência da aprovação do exame da ordem que ateste a habilitação técnica, de tal maneira que justifique o prejuízo à plena liberdade de escolha e exercício da atividade profissional.

Os benefícios promovidos pela exigência do exame são muito superiores à declaração de sua inconstitucionalidade, haja vista que “[...] uma limitação ao exercício de atividade profissional que será superável em qualquer tempo pelo indivíduo que lograr aprovação no Exame de Ordem é muito reduzida diante do evidente ganho da sociedade com o licenciamento profissional de advogados que tenham demonstrado, à luz de critérios públicos, objetivos e impessoais, serem detentores da qualificação técnica minimamente necessária ao exercício profissional adequado da advocacia”⁷⁰⁸. Resta cumprido, portanto, o princípio da adequação.

3.2 Análise do subprincípio da necessidade

Vale lembrar que o princípio da necessidade pede que, havendo dois meios, que, em geral, fomentem, igualmente, um determinado bem, escolha-se aquele que, menos intensamente, afete um segundo bem colidente. Existindo meio(s) menos interveniente(s) e igualmente idôneo(s), então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. Caso custos ou sacrifícios não possam ser evitados, torna-se necessária uma ponderação⁷⁰⁹.

O Supremo Tribunal Federal apresentou os seguintes argumentos em relação ao princípio da necessidade:

- “Prosseguindo-se no teste de proporcionalidade, o Exame de Ordem também atende ao subprincípio da *necessidade* ou da *exigibilidade*, traduzindo-se no meio menos gravoso de atingir o resultado pretendido [...] cuida-se de exame realizado com periodicidade

⁷⁰⁷ Ibid., p. 20.

⁷⁰⁸ Ibid., p. 48.

⁷⁰⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo ...* Op. Cit., p. 110.

quadrimestral [...] objetivo e impessoal, padronizado, e não existe nenhum tipo de previsão de jubilação [...]”⁷¹⁰;

- “[...] Não se consegue imaginar alguma forma menos gravosas de condicionar o exercício da profissão à prévia demonstração de qualificação técnica”⁷¹¹;

- “O subprincípio da *necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)* significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos”⁷¹²;

- “No que diz respeito à necessidade, constato que a existência de controle repressivo por parte dos órgãos de fiscalização não elide a existência de um controle preventivo, a ser exercido paralelamente”⁷¹³.

Apresentados os argumentos, é necessário identificar quais meios foram ventilados na decisão de tal maneira que haja uma redução de prejuízo ao princípio da liberdade de escolha e exercício profissional e promova, de forma mais intensa, o princípio da proteção da coletividade e dos particulares, que justifique a limitação do primeiro.

O meio que se busca a declaração da inconstitucionalidade é, justamente, o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, realizados nos seguintes termos: possui periodicidade quadrimestral, é objetivo e impessoal, exige na fase objetiva 50% de acerto e 60% na fase escrita e não há possibilidade de jubilação (M_1).

O meio invocado pelo autor da demanda e pela Procuradoria Geral da República diz respeito à sujeição à fiscalização da atividade pela OAB, com a possibilidade de interdição do exercício da profissão por inépcia (Lei n° 8.906/94, art. 34, XXIV c/c art. 37, § 3°) (M_2).

Resta, agora, determinar quais dos meios apresentados afetam menos o princípio laboral e promove mais o princípio protecionista.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a “[...] alegada fiscalização posterior à ocorrência do fato danoso, mostra-se inequivocadamente menos efetiva do que o escrutínio prévio. Com parâmetros de comparação díspares, impossível é a declaração de inconstitucionalidade por violação à proibição do excesso”⁷¹⁴. Além disso, um dos “[...] propósitos da ordem jurídica é precisamente impedir lesões ao patrimônio econômico e moral

⁷¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 47.

⁷¹¹ Ibid.

⁷¹² Ibid., p. 75.

⁷¹³ Ibid., p. 84.

⁷¹⁴ Ibid., p. 21.

dos indivíduos, razão pela qual o raciocínio empregado pelo recorrente não subsiste nesse ponto [...]”⁷¹⁵.

Argumentou, ainda, que:

[...] trata-se de questão de razoabilidade. Fere o bom senso, *data maxima vênia*, que se reconheça à OAB a existência de autorização constitucional unicamente para o controle *a posteriori* da inépcia profissional, restringindo sua atribuição, nesse ponto, à mera atividade sancionatória. Não se pode admitir que, para que seja deflagrada a fiscalização da capacidade técnica do advogado pela OAB, a atuação desqualificada desse profissional já tenha sido capaz de ocasionar lesão – cuja gravidade pode ser imensurável – ao seu cliente ou a terceiros. Evidentemente, o profissional que, reiteradamente, incide em erros que revelam manifesta inépcia merecerá a sanção da respectiva entidade de classe (observadas, naturalmente, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa), mas isso não pode significar a impossibilidade de serem adotadas as medidas preventivas. Não é razoável, repita-se, que se espere o arrombamento da fechadura para que só depois se lhe ponha o cadeado; é salutar, ao revés, que se possa estabelecer providência de verificação *a priori* da qualificação técnica do profissional, como se faz por intermédio do Exame de Ordem.⁷¹⁶

Assim, verifica-se que o meio indicado pela Procuradoria Geral de Justiça, embora afete menos o princípio da liberdade de escolha profissional, haja vista que não haveria impedimento para o exercício da advocacia pelo bacharel, não consegue promover, com a mesma intensidade que M_1 , a proteção da coletividade e dos particulares diante do exercício da advocacia por profissional inabilitado. Nesse sentido, como a fiscalização posterior não conseguirá impedir a ocorrência de danos à coletividade e ao particular⁷¹⁷, mostrando-se menos eficaz em relação à proteção da coletividade e dos particulares, M_1 cumpre o princípio da necessidade.

Por tais razões, permite-se afirmar que, em relação aos subprincípios da proporcionalidade atrelados aos elementos empíricos, restam cumpridos pelo meio utilizado para proteger a coletividade e os particulares, apresentando prejuízo justificável do princípio da liberdade de escolha e exercício profissional. Tematizadas as premissas empíricas (justificação externa) a partir dos subprincípios da adequação e necessidade, passaremos, agora, a analisar as possibilidades jurídicas (tematização, também, das premissas normativas).

⁷¹⁵ Ibid.

⁷¹⁶ Ibid., p. 46.

⁷¹⁷ Podemos imaginar a hipótese em que haja inépcia do profissional e que tenha ocorrido prejuízo ao patrimônio do seu representado, inclusive com sentença transitada em julgado. Seu efetivo acesso à justiça e seu patrimônio foram afetados. Mesmo a sanção máxima prevista no Estatuto do Advogado que é a expulsão, para hipóteses restritas, não será suficiente ou mesmo adequada para ressarcir o dano causado.

3.3. Análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Até agora, se argumentou quanto à reestruturação da decisão judicial, a partir de premissas normativas e empíricas já estabelecidas de forma a desaguar na fórmula: $(x) (CPx) \rightarrow (Ex \wedge \neg Ax \rightarrow F Fsx)$. Na justificação externa do discurso, o ônus argumentativo se destinará à tematização dos pontos de partidas (premissas) a serem utilizados no discurso de justificação interna. Como estamos a tratar do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o que se coloca em evidência são as possibilidades jurídicas.

Conforme já apresentada no capítulo inicial, a ponderação, que permitirá delimitar a extensão do ponto de partida normativo, se dividirá em três âmbitos: a) o ponto de partida e a regra fundamental da ponderação de bens; b) a ponderação geral; c) a ponderação no caso concreto⁷¹⁸.

Em relação ao ponto de partida e à regra fundamental da ponderação de bens, o Supremo Tribunal Federal fundamenta que é necessário realizar a ponderação já que se está diante de direitos fundamentais, que possuem a mesma hierarquia abstrata, via de regra, implicam soluções conflitantes⁷¹⁹.

⁷¹⁸ ALEXY, Robert. A análise lógica ... Op. Cit., p. 37.

⁷¹⁹ Em relação ao direito de liberdade de escolha profissional, o relator do recurso extraordinário aduz que: “A liberdade de exercício de profissão é um direito fundamental de elevada significância no contexto constitucional”, entretanto, quando a atividade gera riscos à coletividade “[q]uando, por outro lado, o risco é suportado pela coletividade, então cabe limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício, exatamente em função do interesse coletivo. Daí a cláusula constante da parte final do inciso XIII do art. 5º da Carta Federal, de ressalva das qualificações legais exigidas pela lei. Ela é a salvaguarda de que as profissões que representam riscos à coletividade serão limitadas, serão exercidas somente por aqueles indivíduos conhecedores da técnica”. Em outra oportunidade: “[...] O primeiro dos argumentos expostos no recurso extraordinário em apreço a eventual violação da liberdade de ofício ou liberdade profissional, consagrado no art. 5º, XIII, da Constituição da República [...] impugna-se a restrição legal ao direito consagrado no mencionado dispositivo da Constituição, consubstanciada no art. 8º, inciso IV, e em seu §1º, da Lei 8.906/94”. Também tocam nos subprincípios da proporcionalidade, adequação e necessidade, quando afirmam que, prosseguindo “no teste de proporcionalidade, o Exame de Ordem também atende ao subprincípio da *necessidade* ou *exigibilidade*, traduzindo-se no meio menos gravoso de atingir o resultado pretendido [...]” (p. 47), em outra oportunidade; o “[...] subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos” (p. 75), bem como o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito quando afirmam que “[...] será o atendimento do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que os benefícios gerados superam as restrições impostas [...]” (p. 48) e, em outra oportunidade: um “[...] juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)” (p. 75). O Tribunal volta a assegurar a tensão existente entre a liberdade de escolha profissional e a exigência de qualificação técnica como salvaguarda da coletividade ao afirmar que o tema “[...] envolve, em uma primeira linha de análise, a delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5º, inciso XIII, da Constituição, assim como a identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas”, bem como ao dissertar sobre o âmbito de proteção dos direitos individuais: “Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (*O que é efetivamente protegido?: Was ist (eventuell) geschützt?*), mas

No presente caso que se questiona a constitucionalidade da exigência da aprovação no Exame para o exercício da atividade profissional de advogado, são aplicáveis o 5º, XIII, primeira parte⁷²⁰, em união com o art. 1º, IV, e Art. 6º, caput, todos da Constituição Federal (ora denominado N_1), por um lado, e art. 5, XIII, parte final⁷²¹, da Constituição Federal, em conjunto com o art. 8º, § 1º, da Lei 8.906/1994⁷²² e os Provimentos nº 81/1996⁷²³ e 109/2005 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ora denominado N_2), da lei fundamental, por outro. Analisando de forma isolada N_1 , seria proibida qualquer limitação ao exercício da profissão, conseqüentemente ficaria proibida a permissão do exercício da advocacia somente com a aprovação no exame ($\neg FFsa$); por outro lado, analisando de forma isolada N_2 , seria proibido o exercício da advocacia sem a aprovação no exame de verificação da qualificação profissional ($FFsa$). Com isso, é possível se determinar que o resultado das duas normas implicam resultados cuja relação é de tensão: ($FFsa$) e ($\neg FFsa$).⁷²⁴

Nesse sentido, é necessário que se estabeleça uma relação de preferência entre N_1 e N_2 no que diz respeito à sua aplicabilidade. O estabelecimento de uma regra de preferência será representado por **P**. Já determinamos que, aqui, nenhuma das normas em conflito deve ser classificada como inválida, então será possível quatro relações: a) $N_1 \mathbf{P} N_2$; b) $N_2 \mathbf{P} N_1$; c) $N_1 \mathbf{P} N_2 (C)$; e $N_2 \mathbf{P} N_1 (C)$.

(C) representa que em determinadas circunstância N_2 terá preferência sobre N_1 ou o inverso. De início, poderemos afirmar que, de forma abstrata, nem N_2 prevalecerá sobre N_1 , nem o inverso, uma vez que, segundo o Supremo Tribunal Federal, a “[...] liberdade de exercício de profissão é um direito fundamental de elevada significância no contexto constitucional”, entretanto, “[q]uando, por outro lado”, o risco é suportado pela coletividade, então cabe limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício, exatamente em função do interesse coletivo. Daí a cláusula constante da parte final do inciso XIII do art. 5º da Carta Federal, de ressalva das qualificações legais exigidas pela lei. Ela é a salvaguarda de que as

também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção (*Wogegen ist (eventuell) geschützt?*). Não integra o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 70-71).

⁷²⁰ Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão [...];

⁷²¹ Art. 5º, XIII - [...] atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

⁷²² Art. 8º. Para inscrição como advogado é necessário: [...] IV - aprovação em Exame de Ordem; [...]

⁷²³ O Provimento 81/1996 estabelece normas e diretrizes do Exame da Ordem, prevendo em seu art. 1º: “É obrigatório aos bacharéis de Direito a aprovação no Exame de Ordem para admissão no quadro de advogados [...]”, com o mesmo texto o Provimento 109/2005.

⁷²⁴ ALEXY, Robert. A análise lógica ... Op. Cit., p. 37.

profissões que representam riscos à coletividade serão limitadas, serão exercidas somente por aqueles indivíduos conhecedores da técnica”⁷²⁵.

Logo, as duas possibilidades de relação apresentadas em (a) e (b) ficam excluídas, a partir dessas considerações. Agora, caberá realizar a devida ponderação de valores (representados por N_1 e N_2), levando em consideração as circunstâncias do caso concreto (C) de modo a determinar \mathbf{P} . Nesse sentido, Alexy, levando em conta o princípio da proporcionalidade, conclui que⁷²⁶:

I) Quanto mais fortemente um interesse (I_1) é limitado, tanto maior deve ser a justificação do outro interesse (I_2)⁷²⁷.

Logo, pela união de I_1 e I_2 e das normas N_1 e N_2 , Alexy conclui pela regra:

II) Quando N_1 protege I_1 e N_2 protege I_2 e, no caso C , a justificação de I_2 , no sentido da regra (I), é grande o suficiente para preferir a proteção de I_2 à de I_1 , prevalece, no caso C , N_2 sobre N_1 , logo $((N_2 \mathbf{P} N_1) C)$ ⁷²⁸.

Nesse sentido, por representar conflito de interesses e de bens, a regra que determinará a prevalência não se submeterá a um procedimento da lógica jurídica (semelhante aos testes de dedutibilidade da justificação interna já demonstrados), mas sim a todo o caminho apresentado pela argumentação jurídica geral. Sendo certo que “[...] a medida da justificação de um interesse é a medida da limitação do outro”⁷²⁹.

Com isso, terminamos o primeiro grau da fundamentação.

No segundo e terceiro graus da fundamentação, o Supremo Tribunal Federal se dedica a realizar uma ponderação geral de bens, segundo suas regras. Para se determinar se N_1 deve ponderar sobre N_2 ou N_2 deve prevalecer sobre N_1 , é necessário estabelecer, com base na regra de justificação de prevalência desenvolvida por Alexy e já apresentada neste trabalho, quais são os interesses em que devem ser ponderados.

Assim, teremos que determinar I_1 , portanto, interesses que promovem N_1 , bem como os interesses I_2 que promovem N_2 , levando em consideração as investigações empíricas e normativas do caso. A colisão é estabelecida entre a liberdade de exercício da atividade profissional de advogado (5º, XIII, primeira parte⁷³⁰, em união com o art. 1º, IV, e Art. 6º, caput, todos da Constituição Federal - ora denominado N_1), por um lado, e a proteção da coletividade e dos particulares pela exigência de aprovação no Exame da Ordem (art. 5, XIII,

⁷²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 16.

⁷²⁶ ALEXY, Robert. A análise lógica ... Op. Cit., p. 39.

⁷²⁷ Ibid.

⁷²⁸ Ibid.

⁷²⁹ Ibid.

⁷³⁰ Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão [...];

parte final⁷³¹, da Constituição Federal, em conjunto com o art. 8º, § 1º, da Lei 8.906/1994⁷³² e os Provimentos nº 81/1996⁷³³ e 109/2005 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – ora denominado *N*₂), por outro.

Nesse sentido, é preciso determinar em que medida a exigência da aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil afeta o princípio da liberdade de escolha profissional do advogado e, ao mesmo tempo, justifica essa afetação pela promoção da proteção da coletividade e dos particulares em relação ao acesso à Justiça e à proteção de seus patrimônios e outros direitos que sejam titulares.

Em relação à lesão da coletividade e aos particulares, por advogado não qualificado, o Tribunal reconhece que certas “[...] profissões, como as de médico, engenheiro, arquiteto, se exercidas por pessoas despidas das qualificações técnicas necessárias, podem resultar em graves danos à coletividade. Foi essa lógica que conduziu à imposição de pena privativa de liberdade para o exercício ilegal de profissão, conforme o art. 47 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941”⁷³⁴.

Em contrapartida, em relação à limitação ao exercício da profissão, levando em consideração que a exigência da parte final do art. 5º, XIII, da Constituição configura uma reserva qualificada, ou seja, que somente pode ser exigida por lei formal, que diga necessariamente, a respeito à “qualificação profissional” e que esta exigência seja proporcional à finalidade do enunciado, ou seja, “[...] assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos á coletividade”⁷³⁵, o Tribunal assegura que o exame “[...] serve perfeitamente ao propósito de avaliar se estão presentes as condições mínimas para o exercício escorreito da advocacia, almejando-se sempre oferecer à coletividade profissionais razoavelmente capacitados”⁷³⁶. Além disso,

[...] Sem número predeterminado de vagas, na prova objetiva, o candidato à inscrição deve perfazer 50% de acerto e, na discursiva, facultada a escolha da área do Direito – Penal, Civil, Trabalho, Administrativo, Tributário, etc – o percentual de 60%, podendo o exame, sem o risco de jubilação – este sim, se existente, inconstitucional, tal como a delimitação de vagas –, ser repetido indefinidamente, realizando-se cerca de três vezes ao ano. Mostram-se

⁷³¹ Art. 5º, XIII – [...] atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

⁷³² Art. 8º. Para inscrição como advogado é necessário: [...] IV – aprovação em Exame de Ordem; [...]

⁷³³ O Provimento 81/1996 estabelece normas e diretrizes do Exame da Ordem, prevendo em seu art. 1º: “É obrigatório aos bacharéis de Direito a aprovação no Exame de Ordem para admissão no quadro de advogados [...]”, com o mesmo texto o Provimento 109/2005.

⁷³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583 ...** Op. Cit. p. 19.

⁷³⁵ Ibid., p. 20.

⁷³⁶ Ibid.

grande as chances de aprovação. Estarrece que apenas aproximadamente 15% dos candidatos sejam aprovados.⁷³⁷

Nessa medida, a exigência da aprovação no exame não representa medida desproporcional para o exercício de uma atividade que coloque em risco a coletividade e os particulares.

Quando a atividade profissional não implicar resultados lesivos à coletividade não há que se falar em limitação à liberdade de ofício promovida por exigências estabelecidas pelo Estado, tal como ocorreu na declaração da inconstitucionalidade de exigência de diploma para o exercício da atividade de jornalista, e no caso de exigência de qualificação técnica para a exploração da atividade de corretor de imóveis. É, nesse sentido, o voto:

Nesse contexto, relembro que, no julgamento do Recurso Extraordinário 511.961, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 17.6.2009, esta Corte declarou a inconstitucionalidade da exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista. Naquela oportunidade, entendeu-se que o jornalista, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício.⁷³⁸

Em contrapartida, o exercício da advocacia implica riscos à coletividade:

A situação da advocacia, como função essencial à justiça, é diversa (em relação a do jornalista). A atuação do advogado é decisiva em muitas questões importantes, que envolvem a proteção do direito à liberdade, à vida e à propriedade, a prestação de alimentos, a guarda e a tutela de incapazes etc. Enfim, o advogado é, em regra, meio de acesso à própria prestação jurisdicional, independentemente do direito material em discussão. A propósito, o art. 133 da Constituição trata o advogado como indispensável à administração da justiça.

Assim, a advocacia deve ser exercida por profissionais que detêm uma qualificação adequada, pois a imperícia de determinado advogado pode gerar efeitos desastrosos para terceiros e para a sociedade como um todo, sobretudo porque as decisões judiciais revestem-se com o manto da coisa julgada, tornando-se imutáveis.⁷³⁹

Então, somente se justificará a limitação ao exercício profissional quando esta representar risco à coletividade, sendo que foi exatamente isto que se determinou aqui pelos argumentos apresentados; é necessário verificar em que medida o meio utilizado para tal promove a finalidade almejada, ou seja, a proteção da coletividade.

⁷³⁷ Ibid., p. 27.

⁷³⁸ Ibid., p. 83.

⁷³⁹ Ibid.

Levando em consideração que o Direito é, em grande parte, técnico, é necessário que os profissionais da área tenham qualificação técnica para não produzir resultados danosos à coletividade e aos particulares representados. Nesse sentido, nos argumentos apresentados pelo Tribunal Federal:

[...] era imprescindível que a nova lei da Ordem dos Advogados tivesse exatamente a dimensão desta Constituição, porque o advogado foi pensado nessa Constituição, posto e enfatizado como profissional que garantiria o Estado Democrático de Direito, porque o Direito é técnico e seria necessária uma comunidade de técnicos com ética e conhecimento jurídico bastante para fazer valer.⁷⁴⁰

Importa ressaltar que o Exame da Ordem não atribui a qualificação técnica ao candidato, mas tão somente afere, verifica, a presença ou não da qualificação técnica mínima necessária para o exercício da atividade profissional⁷⁴¹, se enquadrando na exigência da parte final do art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

Podemos, então, formular que:

I_1 promove N_1 , ou seja, a liberdade profissional (N_1) deve ser promovida sem restrições, desde que não promova riscos à coletividade e aos particulares; I_2 promove N_2 , ou seja, a proteção à coletividade e aos particulares (N_2) deve ser promovida pela exigência da aprovação em exame de verificação da qualificação técnica para o exercício da advocacia. Portanto, observa-se, no presente caso, que o exercício da advocacia gera riscos à coletividade e aos particulares (Q') e que o exame de verificação da qualificação profissional promove a proteção da coletividade e dos particulares (B'), onde teremos:

$(N_2 \mathbf{P} N_1) Q', B'$.

Portanto, a proteção da coletividade e dos particulares mediante a exigência da aprovação do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (N_2) pondera (\mathbf{P}) sobre a plena liberdade de escolha profissional (N_1), toda vez que a atividade profissional implicar risco à coletividade e aos particulares (Q'), além da promoção desta proteção pela aplicação do Exame que afere a qualificação para o exercício de uma atividade técnica, que é a advocacia, em grande medida.

Retornando às construções desenvolvidas no discurso de justificação interna, temos que:

$(I') (x) (CPx) \rightarrow (Ex \wedge \neg Ax \rightarrow F Fsx)$ ⁷⁴²

⁷⁴⁰ Ibid., p. 61.

⁷⁴¹ Ibid., p. 20.

⁷⁴² Onde já fixamos que: “Com (I') e (I'') é possível determinar que: tendo em vista que a ‘coletividade ou particular tem o acesso à justiça, patrimônio ou qualquer direito que lhe pertença colocado em risco diante do exercício da advocacia por profissional não qualificado tecnicamente’ (CPx), este fato implica (\rightarrow) na

Esta fórmula (I'') corresponde à relação de preferência

$$(I'') (x) (N_2 \mathbf{P} N_1) CP, Ex, \neg A$$

onde teremos que a prevalência (**P**) da proteção da coletividade e dos particulares, mediante a exigência da aprovação do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (N_2), em detrimento da liberdade do exercício da advocacia (N_1), toda vez que a “coletividade ou particular tenham o acesso à justiça, patrimônio ou qualquer direito que lhes pertençam colocado em risco diante do exercício da advocacia por profissional não qualificado tecnicamente” (CP), junto com a ‘exigência da aprovação no exame de verificação da qualificação técnica para o exercício da advocacia’ (E), além da proibição (\neg) da concessão de “autorização para o exercício sem prévia verificação da qualificação técnica” (A).

A prevalência de N_2 sobre N_1 implica, necessariamente, a proibição (F) do “exercício da advocacia por bacharel em Direito não avaliado” (Fsx), como resultado alcançado pelo discurso de justificação interna.

4. A Fórmula do Peso

Será no campo da ponderação, apresentado anteriormente, que se observará a estrutura da fórmula do peso, que leva em consideração como a escala triádica, que permitirá alcançar uma estrutura geral de verificação da racionalidade das decisões judiciais.

Os graus de não cumprimento ou prejuízo de um princípio e o grau de importância de cumprimento em relação a outro princípio colidente, segundo a escala triádica, podem ser representados pelas expressões “leve”, “médio” e “grave”, que serão simuladas pelas letras “l”, “m” e “s”⁷⁴³.

Aqui, deve-se levar em consideração qual o grau de intervenção da medida tomada em relação ao princípio colidente, ou seja, determinar, em que medida a proibição do exercício da advocacia sem aprovação no Exame da Ordem intervém na liberdade de escolha e no exercício profissional e, em que medida, a exigência da aprovação promove a proteção ao princípio da proteção da coletividade e dos particulares. Assim, a importância da proteção

‘exigência da aprovação no exame de verificação da qualificação técnica para o exercício da advocacia’ (Ex), na proibição (\neg) da concessão de ‘autorização para o exercício sem prévia verificação da qualificação técnica’ e no dever de proibição (F) do ‘exercício da advocacia por bacharel em Direito não avaliado’ (Fsx).

⁷⁴³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo...** Op. Cit., p. 138.

do princípio da proteção da coletividade e dos particulares resulta de quanto intensamente a não proteção por não intervenção no princípio da liberdade de escolha e exercício profissional iria lhe afetar. Relembrando que isso “[...] deixa-se generalizar e formular na proposição seguinte: a importância concreta de P_j é calculada segundo isto, quão intensivamente a não intervenção em P_i intervém em P_j ”⁷⁴⁴.

Assim, tanto a intervenção em P_1 quanto a intervenção em P_2 poderão ser avaliadas, a partir do modelo triádico, como l , m e s . A partir da existência do grau de satisfação e intervenção em P_1 e P_2 , é possível estabelecer três conjuntos de resultados das relações:

- (1) $I_1: s, I_2: l$
- (2) $I_1: s, I_2: m$
- (3) $I_1: m, I_2: l$ ⁷⁴⁵

Para essas relações, P_1 tem preferência sobre P_2 , fazendo valer a fórmula $(P_1PP_2)C$. Haverá também as relações de preferência de P_j sobre P_i ⁷⁴⁶:

- (4) $I_1: l, I_2: s$
- (5) $I_1: m, I_2: s$
- (6) $I_1: l, I_2: m$ ⁷⁴⁷

Entretanto, haverá, ainda, a possibilidade de estabelecimento de relações de empate:

- (7) $I_1: l, I_2: l$
- (8) $I_1: m, I_2: m$
- (9) $I_1: s, I_2: s$ ⁷⁴⁸

Havendo empate entre o grau de (não) satisfação de um princípio e a importância de intervenção no colidente, a razão entre eles não permitirá se alcançar uma relação de preferência; logo, a ponderação não determinará resultado algum.

Torna-se necessário estabelecer agora a fórmula de análise da relação de I_1 e I_2 , que se representará pela “fórmula peso”. Tal fórmula irá se apropriar da progressão geométrica 2^0 , 2^1 e 2^2 (1, 2 e 4), que apresenta mais fielmente a intensidade crescente e decrescente das intervenções (lei da taxa marginal de substituição minguante).⁷⁴⁹

$$G_{1,2} = \frac{I_1}{I_2} \quad 750$$

⁷⁴⁴ Ibid., p. 141.

⁷⁴⁵ Ibid., p. 143.

⁷⁴⁶ Ibid.

⁷⁴⁷ Ibid.

⁷⁴⁸ Ibid.

⁷⁴⁹ Ibid., p. 146.

⁷⁵⁰ Ibid.

Para que a fórmula peso seja útil para o ponderar, portanto, é necessário que haja distinção entre os pares de fatores. Logo, partindo dos dois princípios colidentes, da fórmula triádica e da progressão geométrica, teremos as seguintes relações de preferência, a partir da “fórmula peso” reduzida:

IV) $(P_1PP_2)C$

$$(10) \quad s, l = 4/1 = 4$$

$$(11) \quad s, m = 4/2 = 2$$

$$(12) \quad m, l = 2/1 = 2$$

V) $(P_2PP_1)C$

$$(13) \quad \frac{l, s = 1/4 = 1}{4}$$

$$(14) \quad \frac{m, s = 2/4 = 1}{2}$$

$$(15) \quad \frac{l, m = 1/2 = 1}{2}$$

VI) $(P_1 = P_2)C$

$$(16) \quad l, l = 1/1 = 1$$

$$(17) \quad m, m = 1/1 = 1$$

$$(18) \quad s, s = 4/4 = 1^{751-752}$$

⁷⁵¹ Ibid., p. 147.

⁷⁵² Alexy, ainda em relação à preferência pela “fórmula peso” em relação à “fórmula diferença” aduz que: “Essa imagem (s,l ; s,m ; ...; m,m ; s,s), contudo, modifica-se quando se amplia o modelo triádico para um triádico duplo. A consequência aritmética cresce, então, para a consequência 1-9, a geométrica, para consequência 2^0 - 2^8 . Essas consequências expressam, cada vez, os valores ll , lm , ls , ml , mm , ms , sl , sm e ss , em que, por exemplo, ll representa uma intervenção leve leve, portanto, uma muito leve, ss uma grave grave, portanto, uma muito grave, ml uma leve mediana, portanto, para uma justamente antes já mediana. A diferença entre a fórmula diferença e a cociente torna-se clara quando se compara a justificação minimíssima e a extrema de uma intervenção em um direito fundamental. A intervenção menos justificada é representada no modelo triádico duplo pela combinação ss , ll . Suponha-se uma intervenção muito grave (s,s), por exemplo, uma pena privativa de liberdade de sete anos, e justificada por um fundamento de, em comparação com isso, um peso muito mínimo (ll), por exemplo, o deixar cair em resto de cigarro no passeio. A fórmula diferença conduz, sobre a base dos valores 9 (ss) e 1 (ll), a um peso concreto do direito fundamental do art. 2, alínea 1, e artigo 2, alínea 2, proposição 2, da lei fundamental, de 8. A fórmula cociente deixa, pelo contrário, o peso concreto, sobre a base dos valores 2^8 (ss) e 2^0 (ll), nessa conjuntura, mais extrema no modelo triádico duplo, de uma intervenção nos direitos fundamentais injustificada inchar a 256 [...]” (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo ...** Op. Cit., p. 148).

Aqui, é importante observar que, sendo o resultado da expressão superior a 1, P_1 terá preferência em relação à P_2 , entretanto, sendo o resultado da expressão cociente inferior a 1, P_1 que terá preferência em relação à P_2 .

Para o presente caso, teremos que atribuir, a partir dos fundamentos apresentados, os valores tanto para o grau de intensidade de afetação (I_1) ao princípio da liberdade de escolha e exercício profissional (P_1), bem como os valores para a intensidade de afetação (I_2) do princípio da proteção da coletividade e dos particulares (P_2).

Pelos argumentos já apresentados quando da análise do princípio da proporcionalidade, é possível sustentar que, sendo o Exame da Ordem meio que poderá, a qualquer momento, ser superado pelo candidato, possui periodicidade quadrimestral, não há hipótese de jubilação, e que a porcentagem de acertos para a aprovação - é razoável (50% na primeira fase; e 60% na segunda) - podemos concluir que a intensidade de afetação é *leve*.

Em contrapartida, o princípio da proteção da coletividade e dos particulares, levando em consideração que o Direito é uma ciência técnica que exige conhecimentos específicos para o seu exercício, sem os quais haverá prejuízos para toda a sociedade, a exigência da aprovação no Exame da Ordem representa um grau de intervenção (promoção) *alto*.

Como os princípios ora em análise (proteção da liberdade de escolha profissional e proteção da coletividade e dos particulares) representam princípios constitucionais de mesma hierarquia, não há que se atribuir pesos diferentes a cada um deles de forma abstrata. Como o peso abstrato de ambos os princípios são idênticos, sua não inclusão não afetará o resultado da fórmula. Já em relação à lei de ponderação epistêmica (S_i e S_j), que levará em consideração os juízos de certeza apresentados pelo Tribunal, apreciando que as prognoses empíricas não permitirão juízos exatos, não se é possível estabelecer valores distintos para S_1 e S_2 , razão pela qual a sua não inclusão também não afetará o resultado da fórmula.

Por I_1 representar uma *leve* afetação de P_1 , o valor a ser atribuído a ele será 2^0 . Em contrapartida, como I_2 representa uma *alta* afetação (promoção) de P_2 , o valor a ser atribuído será a ele 2^2 . Aplicando os valores na fórmula, teremos então:

$$G_{1,2} = \frac{1}{4}$$

Porque o resultado representa valor inferior a 1, P_2 deve ponderar sobre P_1 , o que resultará a proibição do exercício profissional por profissional não aprovado no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Fica demonstrada, assim, a estrutura da justificação externa do discurso, a partir da fórmula do peso desenvolvida por Robert Alexy.

5. Uma reflexão sobre as críticas apresentadas por Juan Garcia Amado sobre o princípio da proporcionalidade de Robert Alexy: *Hermenêutica Jurídica na Teoria da Argumentação e Teoria da Argumentação na Hermenêutica*

A partir das construções desenvolvidas neste último capítulo, pode-se observar que, em grande medida, o juízo decisório que envolve a proporcionalidade exigirá que se faça interpretações dos pontos normativos, seja no discurso de justificação interna, em que estes são pressupostos, seja no discurso de justificação externa, onde se problematizará os enunciados normativos, a partir das possibilidades fáticas.

Portanto, podemos perceber que a relação existente entre hermenêutica e teorias da argumentação se apresenta de forma tão estreita que resta um trabalho árduo na identificação, delimitação e separação entre essas duas grandes áreas do saber humano, como pudemos observar na crítica apresentada por Thomas da Rosa de Bustamante às construções desenvolvidas por Juan García Amado. Podemos, de plano, identificar duas possibilidades de comunicação: (a) uma *Hermenêutica Jurídica na Teoria da Argumentação*; e (b) *Uma Teoria da Argumentação na Hermenêutica Jurídica*, o que mostra que as duas áreas dialogam numa relação de complementaridade.

Todo ato interpretativo, seja de enunciados normativos, seja de qualquer expressão do mundo objetivo, se sustentará mediante a apresentação discursiva de razões que justifiquem referida interpretação; ou seja, é necessário justificar, discursivamente, a atribuição, por exemplo, de um predicado *F* a um enunciado *a* de modo a gerar um entendimento e consenso entre os participantes do debate. Nesse sentido, observa-se que a *Teoria da Argumentação* se apresentará *na Hermenêutica Jurídica*, auxiliando a atividade criativa de atribuição de sentidos àquilo que é observado e construído.

Em contrapartida, é possível observar que, dentro das relações dialógicas, o interlocutor falante, que apresenta seus motivos, busca, entre outras coisas, ofertar um entendimento sobre algo do mundo objetivo, na sociedade ou em si mesmo. Portanto, na dinâmica de entendimento intersubjetivo da comunidade falante, aquele que debate, realiza um ato interpretativo, em tais condições, percebe-se que a *Hermenêutica* se apresentará no interior da *Teoria Argumentativa*, havendo inversão do ponto de partida.

Referida constatação apresenta-se de fundamental importância para que seja possível reconhecer com maior clareza metodológica os objetos de pesquisa em análise, afinal de contas, somente a partir do momento em que tenhamos clareza sobre o objetivo a ser investigado, é possível realizar construções mais objetivas.

Ao final do capítulo anterior, nos dedicamos a apresentar o que Alexy denomina “discursos de justificação interna” e “discursos de justificação externa”. Na justificação interna as premissas normativas e empíricas são pressupostas; então, caberá ao julgador justificar a relação de dedutibilidade das premissas com a decisão alcançada, seguindo todos os passos já indicados outrora. Já na justificação externa, o que se irão tematizar são justamente as premissas. Logo, conforme já ressaltado quando da sua apresentação, como não será possível determinar um raciocínio lógico puro da delimitação das premissas, o que exigirá em alguns casos juízos de ponderação; Alexy afirma que é, no discurso de justificação externa, que a Teoria da Argumentação se apresenta com maior evidência.

Tanto no processo de justificação interno, quanto no de justificação externo, as interações hermenêuticas e a necessidade de apresentação de fundamentações racionais sempre se apresentarão. Ocorre que a relação Hermenêutica e Teoria da Argumentação, em cada uma dessas esferas da justificação da decisão, se colocará, a princípio, em diferentes níveis de evidência. Quando possuímos pontos de partida linguísticos, como no caso da premissa normativa (que também poderá ser empírico) para o discurso de justificação interna, percebe-se que a atividade de fundamentação da decisão inicia-se com a interpretação do símbolo normativo, o que implica dizer que, embora seja um processo inicialmente interpretativo, não significa que será exclusivamente interpretativo, sendo que a racionalidade do discurso se mostrará nessa dinâmica de atribuição racional de sentido ao símbolo interpretado (atribuição argumentativa). Nesse sentido, verifica-se o que chamamos de relação Teoria da Argumentação *na* Hermenêutica Jurídica.

De outro lado, quando não possuímos proposições linguísticas já pressupostas, mas tematizamos elementos para sua fixação, percebe-se que a Teoria da Argumentação ganha evidência frente à Hermenêutica Jurídica, já que não haverá, a princípio, nenhum ponto de partido linguístico-normativo pressuposto que determinará o resultado. Nesse sentido, a argumentação será, ela própria, o gatilho para se alcançar um consenso sobre a proposição normativa a ser utilizada no discurso de justificação interna. Aqui, a Hermenêutica Jurídica auxiliará a Argumentação Jurídica, daí a relação Hermenêutica Jurídica *na* Teoria da Argumentação.

Resta, portanto, identificar, com maior clareza, o que se pode compreender por Hermenêutica Jurídica, o que se deverá realizar em outra oportunidade, e como esta área do saber poderá auxiliar na racionalidade das decisões judiciais, principalmente quando se fala na possibilidade do controle do jurídico pela moral e as situações de injustiças extremas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de se promover a proteção dos direitos humanos, a irradiação dos valores constitucionalmente previstos em todo o ordenamento jurídico⁷⁵³, a consequente extirpação de todo movimento de retrocesso e reducionismo dos direitos fundamentais (cláusula de proibição de retrocesso que vincula inclusive o Poder Constituinte, visto até pouco tempo como o detentor da absoluta liberdade) apresenta-se como o brado dos constitucionalistas e estudiosos do direito contemporâneo.

Percebe-se com a elaboração da presente pesquisa que houve uma grande preocupação dos juristas em realizar uma (re)aproximação do direito à moral, institucionalizando no ordenamento jurídico direitos fundamentais de conteúdo moral e normativo (como, por exemplo, o art. 5º da Constituição Federal), permitindo, inclusive, controle do direito positivo a partir de um paradigma suprapositivo (externalizada na fórmula de Radbruch, aqui apresentada).

A grande preocupação que se apresenta diz respeito, portanto, a ausência de critérios racionais quando da (re)aproximação do direito e a moral, já que conforme salientado por Alexy, há uma tensão pela moralização do direito (posição de Radbruch, para qual o direito está inserido na moral, servindo este como braço armado daquele), cujas construções jurídicas ficam à deriva das deduções morais.

A moral deverá se apresentar quando da elaboração das normas jurídicas, impedindo assim que estas sejam carregadas de elementos injustos, imorais, que promovam a mitigação dos direitos humanos. Quando da aplicação do direito existente a partir de elementos morais não positivados, mesmo que represente uma grave injustiça, haverá uma grande instabilidade do sistema jurídico posto.

Tendo em vista que a realidade passa a ser compreendida como linguisticamente mediada, ou seja, o que existe são representações linguísticas estabelecidas a partir de relações intersubjetivas; quando tratamos do Direito, essa guinada filosófica lhe trouxe muitas consequências. Por sua vez, as relações dialógicas podem ser controladas ou direcionadas por um procedimento que lhe atribua racionalidade. Aqui podemos compreender que a Filosofia

⁷⁵³ Inclusive com preocupação de se abordar os mais diversos ramos do direito a partir de um viés constitucional, chegando a construções como a Constitucionalização do Direito Processual, tem sido esta uma das preocupações dos estudiosos do direito. O CoDiP – grupo de pesquisa Constitucionalização do Direito Processual do UNIVEM, vislumbrando essa necessária e, hoje, natural comunicação entre Direito Constitucional e Direito Processual vem desenvolvendo estudos nestes sentido, abandonando a tradicional cultura jurídica dogmática/tecnocrata avaliativa.

da Linguagem constitui o núcleo da Teoria da Argumentação, servindo esta para guiar a racionalidade dos discursos. O que buscamos demonstrar foi justamente que em casos em que os discursos jurídicos lidam com normas que determinam mandamentos de otimização, possuindo um conteúdo moral, o Código da Razão Prática será de fundamental importância para guiar essa racionalidade.

Mais do que responder como devemos agir nas ações do nosso cotidiano, a pergunta fundamental nos problemas jurídicos contemporâneos se oferecem quando se coloca em cheque a legitimidade das proposições normativas oriundas das decisões judiciais. Quais elementos conferem legitimidade às decisões judiciais? Essa parece ser a pergunta que se apresenta, principalmente, a partir do momento em que se reconhece que a mera textualidade dos enunciados normativos não resolve as contingências sociais que se apresentam no Poder Judiciário; e a existência prévia de soluções dos casos no mero texto normativo jamais foi possível. No limbo de indeterminações do discurso jurídico, “manifesta-se essa relação ‘como tensão entre o princípio da certeza jurídica e a pretensão de pronunciar decisões corretas, concisamente: como tensão entre ‘certeza jurídica e correção’”⁷⁵⁴. Assim, uma teoria discursiva deverá auxiliar a reflexão sobre como devemos agir e como demos justificar nossos discursos.

Consciente da imprescindibilidade dos discursos para se determinar a própria existência humana e de seus desenvolvimentos sociais e tecnológicos, apresentamos os elementos de força da Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Robert Alexy, que, uma vez seguidas, em princípio, atribuirá racionalidade ao discurso, seja ele prático geral, seja ele jurídico, como província daquele.

Tona-se importante frisar, justamente, a racionalidade discursiva, decorrente da razão prática, como pano de fundo do discurso jurídico, procedimento com o qual poderemos verificar a possibilidade de testar a justificação das decisões judiciais, mediante um agir discursivo previamente estabelecido, demonstrando a lógica jurídica como uma premissa de atribuição de racionalidade discursiva, expurgando os efeitos do voluntarismo e irracionalismo.

O estabelecimento das teorias racionais discursivas ou argumentativas, entretanto, jamais conseguirá frear, em sua totalidade, a possibilidade de argumentações estratégicas, cuja pretensão não seja de correção, mas qualquer outra, como o estabelecimento de uma premissa falsa, para se alcançar um resultado favorável ao emissor. Nesses casos, verificar-se-

⁷⁵⁴ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso** – Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 128.

á que o argumento exposto não se submete à racionalidade discursiva; logo, não poderá ser apresentado como argumento válido para produzir efeitos no mundo jurídico, quando estivermos no interior de um discurso jurídico.

Ao propor um Código da Razão prática, Alexy não reclama a coercitividade, a cortina de fogo, inerente ao direito que determinará um dever-ser pela sanção (sem que tenhamos que entrar no diálogo travado entre Hart e Austin sobre a autoridade do direito pela sanção), mas o apresenta como uma sugestão para se promover a racionalidade nos discursos jurídicos (dever-ser implicado pela Moral).

Mesmo não fornecendo um elemento institucional coercitivo em sua estrutura, que estabelecerá um dever-ser aos sujeitos do discurso, a racionalidade discursiva e a teoria da argumentação servirão, justamente, para determinar quais argumentos, dentro de todos aqueles externalizados, serão racionalmente válidos, a partir de elementos objetivos e pré-estabelecidos.

A razão se apresenta como uma tentativa discursiva de convencimento dos demais membros do auditório universal, para se utilizar da expressão cunhada por Perelman, levando em consideração aquilo que se julga o melhor argumento, que será fixado mediante a aceitação de todos os concernidos, de modo a representar um argumento válido a um só tempo para a comunidade em seu todo. Portanto, a razão deixa de ser monológica, e passa para um campo dialógico, estabelecido discursivamente entre os membros do auditório universal; nesse sentido, há uma estreita relação entre a concepção transcendental da razão universalista e a utilização das relações dialógicas localizadas no interior do auditório universal, que buscarão determinar qual o melhor argumento, visando à melhor ação ou ao melhor resultado. Somente os discursos reais poderão filtrar todos os argumentos, de modo a convergir sempre para se alcançar o melhor argumento, numa eterna pretensão à correção.

É certo que, mesmo diante das pretensões teóricas contemporâneas que buscam reaproximar Direito e Moral, foi necessário verificar em que medida o positivismo kelseniano e hartiano lidaram com essa relação. A pureza teórica está ligada à pretensão de retirar da Ciência Jurídica toda e qualquer quinquilharia metafísica ético-religiosa, provenientes dos antigos modelos de determinação do conhecimento e do saber que fundamentavam os Estados absolutos e teológicos. Quando se estabelece a confusão entre, por exemplo, Ética e Direito a pureza do método é posta em perigo “[...] não só pelo fato de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas – muito mais ainda – pelo fato de ela

não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral”⁷⁵⁵.

Observa-se que a solução dada ao caso concreto não vem estabelecida de forma absoluta e abstrata no enunciado normativo, permitindo tão somente uma análise descritiva do Direito, partindo do ponto de vista externo do Direito, como propõe Hart, mas constrói-se a norma de forma argumentativa, observando o caso concreto, as razões oriundas no texto legal e do caso individualizado, devendo o magistrado levar em consideração todo sistema normativo e a ordem constitucional. Assim, como afirma Barroso, “[...] [n]a medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito”⁷⁵⁶.

Aqui, percebemos a importância da Teoria da Argumentação Jurídica e a construção de uma teoria dogmática dos Direitos Fundamentais, pois com tais áreas do conhecimento é possível se alcançar uma racionalidade dos discursos jurídicos, que englobam, a um só tempo, questões jurídicas e morais e a necessidade de uma resposta limitada para um caso concreto.

A necessidade de se promover a proteção dos direitos humanos, contudo, não poderá ser fundamento único e político para justificar o controle indiscriminado dos enunciados normativos válidos, sendo uma preocupação a ausência de critérios racionais quando da (re)aproximação do direito e da moral, já que, conforme salientado por Alexy, há uma tensão pela moralização do direito (posição de Radbruch, para a qual o direito está inserido na moral, servindo esta como braço armado daquele), cujas construções jurídicas ficam à deriva das deduções morais.

A moral deverá se apresentar quando da elaboração das normas jurídicas, impedindo, assim, que estas sejam carregadas de elementos injustos, imorais, que promovam a mitigação dos direitos humanos. Quando da aplicação do direito existente, a partir de elementos morais não positivados, mesmo que represente uma grave injustiça, haverá uma grande instabilidade do sistema jurídico posto.

Os Direitos Fundamentais ficarão em uma posição central entre a Teoria da Argumentação Jurídica e a Teoria dos Princípios, já que os Direitos Fundamentais que podem ser externalizados como normas jurídicas da espécie, princípio ou regra, exigirá da Teoria da

⁷⁵⁵ Ibid.

⁷⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 17 de janeiro de 2013. p. 11.

Argumentação todas as construções necessárias para se alcançar uma racionalidade discursiva diante dos debates e das controvérsias que se apresentarão.

Apresentamos, ainda, as críticas formuladas por Juan Antonio García Amado à Teoria dos Princípios e o princípio (máxima) da proporcionalidade, onde afirmou que: a) a ponderação não é exclusiva da interpretação às normas constitucionais; b) o método da ponderação, quando aplicado pelos Tribunais, na verdade, expõem o método tradicional interpretativo/subsuntivo; c) não há diferença qualitativa e metodológica relevante entre regras e princípios, bem como entre decisões de casos que envolvam normas de direitos fundamentais e casos que envolva normas decorrentes da legislação ordinária; e d) todo caso que envolva normas decorrentes de legislação ordinária pode ser transformado em caso de conflito entre princípios, da mesma forma que todo caso que envolva normas de direitos fundamentais do tipo princípio pode ser reduzido a um problema de subsunção de regras, auxiliada pela atividade interpretativa (atribuição de significados)⁷⁵⁷.

A partir das críticas, o professor de Leon sugeriu dois meios alternativos de solução do caso: a) reconhecer que não há método racional para realizar juízos valorativos, já que não há uma objetividade mínima da decisão; b) adotar a argumentação interpretativa/subsuntiva, ou seja, interpretando o conteúdo dos enunciados normativos no lugar de ponderações supostamente objetivas⁷⁵⁸.

Em contrapartida a este argumentos, foram apresentados as considerações do professor da escola mineira de Filosofia do Direito, professor Thomas da Rosa de Bustamante, que demonstrou os equívocos apresentados por García Amado à Teoria dos Princípios e, conseqüentemente, ao método da ponderação, apresentando considerações sobre a concepção de interpretação, aplicação e ponderação de princípios⁷⁵⁹.

Para Bustamante o argumento de García Amado correu bem enquanto sustentou a necessidade de prévias atividades interpretativas para posterior juízo de adequação e necessidade. Entretanto, isso não implica tornar o subprincípio da adequação prescindível para a argumentação jurídica, uma vez que “[...] o fato de ele não bastar para fornecer, sozinho, uma justificação suficiente da decisão jurídica não implica que ele não possua qualquer valor para a análise do raciocínio jurídico empreendido pelos tribunais [...]”⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación y sus partes. Críticas de su escasa relevancia. *In.:* **Teoria do Direito e Decisão Racional** – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Org. Thomas da Rosa de Bustamante. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p.15-16.

⁷⁵⁸ Ibid., p. 42-43.

⁷⁵⁹ Ibid., p. 76.

⁷⁶⁰ Ibid., p. 97-98.

Diante dos argumentos ora apresentados afirmamos que as teses apresentadas pelo professor Juan Antonio García Amado não foram suficientes retirar a importância e utilidade do princípio da proporcionalidade desenvolvido por Robert Alexy, sendo referida construção de fundamental importância para a promoção da racionalidade jurídica das decisões judiciais e para o Direito em um sentido amplo.

Finalmente, a presente pesquisa se dedicou a reconstruir o Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação da constitucionalidade do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (Recurso Extraordinário 603.583/Decisão-OAB), baseado em todas as construções teóricas aqui apresentadas.

Do desenvolvido no derradeiro capítulo pode-se constatar que a decisão do STF apresentou argumentação suficiente para a declaração da constitucionalidade do Exame, promovendo, com a utilização da Teoria dos Princípios, a racionalidade da manifestação. É certo que, embora seja uma construção procedimental que oferece uma estrutura do *como decidir*, a Teoria dos Princípios e a Teoria da Argumentação Jurídica não permitirão resultados exatos e únicos, isso que exigirá um esforço do Tribunal na apresentação dos melhores argumentos para a fundamentação, lastreado no Código da Razão Prática, na Dogmática Jurídica, em todos os enunciados normativos válidos e em suas manifestações anteriores.

A apresentação de estruturas que visem auxiliar o ônus argumentativo do interprete, tal como a desenvolvida por Robert Alexy, terá sempre duas facetas: a primeira, destinada a contribuir para a legitimidade dos discursos jurídicos, levando em consideração seu aspecto ideal; a segunda, sendo uma construção que se inseri em um plano ideal jamais permitirá que se alcance uma racionalidade última, inquestionável e eterna, mas sempre deverá se apresentar com uma pretensão de correção, assim, teremos não *a* decisão racional, mas *uma* decisão racional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. A análise lógica de decisões jurídicas. *In.:* **Direito, Razão e Discurso** – Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução e Organização de Luís Afonso Heck. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

_____. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional *In.:* **Derecho y Razón Práctica**. México: Fontamara. Tradução de Pablo Larrañaga. 2010.

_____. **Direito, razão, discurso** – Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

_____. **DERECHO INJUSTO, RETROATIVIDAD Y PRINCIPIO DA LEGALIDADE PENAL**. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Disponível em [mail.ecdl2006.org/servlet/.../Doxa23_09.pdf](mailto:ecdl2006.org/servlet/.../Doxa23_09.pdf). Acessado em 17 de set. 2012.

_____. **La Construcción de los derechos fundamentales**. Tradução de Laura Clérico e Jan Sieckmann. Buenos Aires: Ad Hoc. 2012.

_____. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. Tradução de Pablo Larrañaga, *In.:* **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara. 2010.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica** – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy.

_____. **Teoría de la Argumentación Jurídica** – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionais. 1989.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

_____. Sobre o conceito do princípio de direito. *In.*: **Direito, Razão, Discurso** – Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación y sus partes. Críticas de su escasa relevancia. *In.*: **Teoria do Direito e Decisão Racional** – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Org. Thomas da Rosa de Bustamante. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría discursiva del derecho** – Sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo/Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf >. Acesso em 17 de janeiro de 2013.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariana Bueno Sudatti. 2008.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603.583/RS**. Relator: Marco Aurélio de Mello. Brasília 26 de outubro de 2013. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 de janeiro de 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra Legem** – A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos *mais* difíceis. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

_____. Pós-Positivismo: O argumento da injustiça além da Fórmula de Radbruch. *In.*: **Teoria do Direito e Decisão Racional** – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Org.: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Rio de Janeiro/Renovar. 2008.

_____. Ponderação de Princípios e Aplicação do Direito – Análise das críticas de Juan Antonio García Amado à teoria dos princípios de Robert Alexy. *In.*: **Teoria do Direito e Decisão Racional** - Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Org.: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. São Paulo: Renovar. 2008.

CAIANIELLO, Silvia; SIRTORI, Vittorio. **Dizionario dei termini filoso-fici**. Milão: Ed. Antonio Vallardi. 1999, p.115

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo/RT. 2001.

CUNHA, Mirlir; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O erro metodológico de Hart: Ensaio sobre a relevância e as implicações do ponto de vista interno na teoria jurídica contemporânea. *In.*: **Juridicidade, Fundamentação & Discurso**. Coord. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; SOARES, Fabiana de Menezes. Belo Horizonte: Initia Via. 2012.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas. 2013.

GRAU, Eros. **A interpretação no Direito**. Palestra realizada na Escola Superior Dom Helder Câmara. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=h5DEO3l59js>>. Acesso em 02 de Set. de 2013.

GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen (o caso dos atiradores do muto) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy**: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral. Disponível em bdtd.unisinos.br/tde_busca/processaArquivo.php?codArquivo=345. Acesso em 17 de set. 2012.

GÜNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de la argumentación jurídica**. Apresentação e tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Disponível em <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10502/1/doxa17-18_11.pdf>. Acesso em 26 de fev. de 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro/Tempo Brasileiro.

HACKER, P. M. S. **Wittgenstein**. Tradução de João Virgílio Gallenari Cuter. São Paulo/Editora Unesp. 2000.

KELSEN, Hans. Deus e o Estado. Tradução de Andityas Soares de Moura Costa Matos e Betânia Côrtes de Queiroz Caixeta *In.*: **Contra o Absoluto** – Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra Kelseniana. Org. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa Matos; NETO, Arnal Bastos Santos Neto. Curitiba: Juruá. 2012.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

MAIA, Antonio Cavalcante. Habermas, Alexy e o Discurso Prático *In.*: **Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional – VIRTÙ**. n° 02, ano 2008, Bahia: Brasil.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético**. In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: 2002.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; SOUZA, Tiago Clemente. **Sobre Hermenêutica, Direito e Literatura: Itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de Antígona**”, Revista *Reflexion Política* de la Universidad Autónoma de Bucaramanga – Colômbia. Disponível em: <<http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=reflexion>>.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras. 2009.

SÓFOCLES. Antígone. Tradução de J. B. de Mello e Souza. Fonte Digital: Digitalização do livro em papel Clássico Jackson, Vol. XXII. eBook. 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre/Livraria do Advogado. 2013.