



Curso de Pós Graduação Latu Sensu em Direito Constitucional

DANIELLE MARIA PANTOJA CASEMIRO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONCEITO DE NORMAS
E PRINCÍPIOS NO DEBATE ENTRE HABERMAS E ALEXY**

BRASÍLIA-DF

2016

DANIELLE MARIA PANTOJA CASEMIRO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONCEITO DE NORMAS E
PRINCÍPIOS NO DEBATE DE ENTRE HABERMAS E ALEXY**

Monografia apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasília,
Distrito Federal, como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em Direito
Constitucional.

BRASÍLIA-DF

2016

DANIELLE MARIA PANTOJA CASEMIRO

DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONCEITO DE NORMAS E PRINCÍPIOS NO DEBATE ENTRE HABERMAS E ALEXY

Monografia apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasília,
Distrito Federal, como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em Direito
Constitucional.

Aprovado pelos membros da Banca Examinadora em ____/____/____, com menção
_____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

BRASÍLIA-DF

2016

*“O teu dever é lutar pelo Direito.
Porém, quando encontrares o Direito
em conflito com a Justiça,
luta pela Justiça”*

Eduardo Couture

RESUMO

A presente digressão teórica tem por base a obra de Fernando Ferreira dos Santos e por fim estudar na Teoria Constitucional Brasileira mais especificamente na teoria dos direitos fundamentais, o tema dos princípios, sobretudo a concepção de Robert Alexy, segundo a qual estes seriam mandados de otimização e, portanto, passíveis de ponderação. Embora se anote das críticas formuladas por Jürgen Habermas, nem sempre se apercebe, no entanto, que estas censuras ocorrem dentro da teoria discursiva do Direito, que é, de um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito. Neste sentido, as admoestações habermasianas à visão de Robert Alexy não de ser entendidas não apenas quanto ao conceito de princípios, e sua vinculação aos valores, mas, essencialmente, referentes à própria concepção da teoria discursiva do Direito e, dentro dela, à caracterização dos direitos fundamentais e o papel destes no Estado Democrático do Direito. Daí a profunda divergência entre os dois quanto à adequada função, e lugar, da jurisdição constitucional em uma democracia. Em tempos de questionamentos como ativismo judicial ou apelo ao legislador, o presente trabalho oferece subsídios relevantes para a compreensão do atual momento do Direito Constitucional Brasileiro.

Palavras-chave: Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy, Jürgen Habermas, Teoria do Discurso Prático Habermasiana, Direito Constitucional Brasileiro.

ABSTRACT

This theoretical digression is based on the work of Fernando Ferreira dos Santos and finally study the Brazilian Constitutional Theory, specifically the theory of fundamental rights, the issue of principles, especially the design of Robert Alexy, according to which they would be optimization warrants and therefore subject to consideration. Although one note of criticism by Jürgen Habermas, if not always realize, however, that these censures occur within the discursive theory of law, that is, on the one hand, a systematization and reinterpretation of practical Habermas' discourse theory and, on the other hand, an extension of this thesis for the specific field of law. In this sense, habermasian admonitions to Robert Alexy vision are to be understood not just as the concept of principles, and their relationship to values, but essentially related to the very conception of discourse theory of law and, within it, the characterization of fundamental rights and their role in the democratic rule of law. Hence the profound difference between the two as the appropriate role and place of the constitutional jurisdiction in a democracy. In questioning times as judicial activism or appeal to the legislature, this study offers important benefits to understanding the current situation of the Brazilian Constitutional Law.

Keywords: Theory of Fundamental Rights, Robert Alexy, Jürgen Habermas, Discourse Theory Habermasian Practical, Brazilian Constitutional Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS: UM MAPA CONCEITUAL	10
1.1 A Tese da Separação Débil	10
1.1.1 Configuração das Normas: uma Atividade Interpretativa e Discricionária	10
1.1.2 Uma Diferença Relacional ou Comparativa	122
1.1.3 Os Princípios como Técnicas de Interpretação	12
1.1.4 Ceticismo Interpretativo e o Positivismo Metodológico.....	14
1.2 A Tese da Separação Forte	15
1.2.1 Contra o Ceticismo Interpretativo.....	15
1.2.2 Resolução da Colisão entre Princípios: a Ponderação	16
1.2.3 Regras e Princípios segundo Habermas	17
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	19
2.1 A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy	19
2.1.1 O Contato dos Espíritos	21
2.1.2 O Orador e seu Auditório.....	23
2.1.3 O Auditório Como Construção do Orador.....	25
2.2 A Teoria da Argumentação Jurídica	31
2.2.1 Fundamentos da tese do caso especial	34
2.3 Teoria do Discurso	34
2.3.1 Discurso prático geral e unidade da razão prática.....	37
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS – PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE	40
3.1 Duas construções de direitos fundamentais	40
3.1.1 A estrutura da ponderação.....	42
3.2 A Teoria dos Princípios	43
3.2.1 Pretensão de correção	48
4 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA – SISTEMA E COERÊNCIA	51
4.1 Propriedades da estrutura da fundamentação	52
4.2 Extensão da corrente de fundamentação	53
4.3 Enlace das correntes de fundamentação	54
4.4 Ponderação dos fundamentos	55
4.5 Fundamentação mútua	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

Jurgen Habermas tem dito que a sua discussão com Robert Alexy é uma "disputa em família", uma tentativa de colocar ordem na própria casa, o que não deixa de ser verdadeiro, na medida em que ambos compartilham da mesma matriz filosófica, qual seja, a teoria do discurso, e também podem ser considerados como partidários da teoria dos princípios, na sua versão forte, que advoga a possibilidade da configuração das normas como princípios ou como regras, ou seja, que existem características estruturais ou morfológicas que diferenciam umas espécies de outras: há, em síntese, uma distinção qualitativa ou lógica entre elas.

As divergências jurídico-filosóficas entre Habermas e Alexy são mais do que meros detalhes, pois apontam uma bifurcação no caminho de ambos, provocando uma cisão na teoria discursiva do Direito. São discordâncias que vão desde a natureza da teoria do discurso, passando pelo próprio conceito de princípios, o seu status deontológico e a sua compatibilidade ou não com os imperativos de otimização, até à ponderação como instrumento metodológico para resolver colisões de princípios e de direitos fundamentais.

O problema desta pesquisa justifica-se por tratar de dois autores, cuja teoria está no centro do debate constitucional e da teoria dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a pergunta-problema que se pretende responder ao final desta pesquisa é: No tocante ao debate promovido por Habermas e Alexy, qual a importância do conceito de normas e princípios dentro dos direitos fundamentais?

Dessa maneira, subjaz ao trabalho a hipótese de que uma teoria discursiva do direito contém elementos que permitem iluminar, direcionar e nortear importantes questões do debate constitucional brasileiro, sobretudo quanto a uma adequada interpretação da Constituição de 1988.

Por fim, pretende-se, partindo destas concepções de relacionamento entre direitos fundamentais e democracia, reconstruir como um e outro compreendem o papel da jurisdição constitucional e, mais especificamente, do controle de constitucionalidade, na defesa e garantia dos direitos fundamentais.

A metodologia a ser utilizada na pesquisa basear-se-á no método indutivo de análise qualitativa, apresentado por Marconi e Lakatos¹ e teve por meta buscar por meio desta,

¹ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**, 5. ed., São Paulo, Atlas, 2003.

elementos que subsidiassem de forma qualitativa os pressupostos básicos e essenciais, a interpretação e reflexão do problema da pesquisa.

A pesquisa é qualitativa, pois considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito. A interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados são básicas no processo de pesquisa qualitativa. A pesquisa é exploratória, pois visa proporcionar maior familiaridade com o problema com vistas a torná-lo explícito, constrói hipóteses, envolve levantamento bibliográfico, com pessoas que tiveram experiências práticas².

O método para o desenvolvimento do trabalho é o indutivo, uma vez que, considera que o conhecimento é fundamental na experiência, não levando em conta princípios preestabelecidos. No raciocínio indutivo a generalização deriva de observações de casos da realidade concreta. As constatações particulares levam à elaboração de generalizações, conforme Lakatos e Marconi³.

Além desta Introdução, este estudo está composto dos seguintes capítulos:

O primeiro vale-se da terminologia proposta por Luis Prieto Sanchis, entre Teoria da Separação Débil e Teoria da Separação Forte, para traçar um panorama da Teoria dos Princípios, de modo a mostrar as diferentes questões postas em jogo, assim como as soluções propostas ainda no campo da teoria das normas;

O segundo pretende reconstruir como Alexy e Habermas entendem o caráter da argumentação jurídica, isto é, se ela é um caso especial do discurso prático ou algo totalmente distinto; segundo, como se caracterizam o status deontológico dos princípios e sua compatibilidade ou não com a conceituação de Robert Alexy dos princípios enquanto mandados de otimização;

No terceiro Habermas e Alexy, intentam reconstruir a autocompreensão das ordens jurídicas modernas, redefinindo os direitos fundamentais, democracia e Constituição, visando defender que os direitos e as garantias se complementam.

No quarto tratou-se do relacionamento entre direitos fundamentais e democracia, bem assim reconstruir como um e outros compreendem o papel da jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, na garantia dos direitos fundamentais. Por fim, as Considerações Finais na conclusão do trabalho.

² MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**, 5. ed., São Paulo, Atlas, 2003.

³ *Ibidem*.

1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS: UM MAPA CONCEITUAL

Este capítulo propõe-se a oferecer um mapa conceitual que possibilite a identificação dos diversos caminhos trilhados, dos meios utilizados, de onde se parte e aonde se pretende chegar quando da distinção entre normas e princípios.

1.1 A Tese da Separação Débil

Alexy, Dworkin e Comanducci, são partidários da tese da separação débil e negam, fundamentalmente, que haja uma diferença qualitativa ou lógica entre regras e princípios, isto é, que existam características tais, presentes em uns e ausentes em outras, que permitam distinguir, de antemão, entre dois tipos de normas. Advogam, assim, quatro teses, intimamente relacionadas: a) a configuração das normas como regras ou como princípios é uma atividade interpretativa; b) é uma atividade discricionária; c) a diferença é relacional e d) gradual⁴.

1.1.1 Configuração das Normas: uma Atividade Interpretativa e Discricionária

A configuração de uma norma como princípio (e não como regra) ou como regra (e não como princípio) é sempre dependente da interpretação. Essa afirmação funda-se na distinção entre enunciado e norma. Isto, desde o início, tinha como alvo o formalismo jurídico, para quem o significado era pré-constituído à atividade do intérprete, como se fosse independente dos diversos modos de utilizar e de entender as próprias palavras.

Nery Júnior⁵ entende que a norma constitucional somente veda as provas obtidas por meios ilícitos e sendo esta decorrente de uma lei que autoriza a sua obtenção, não restará óbice a se emprestar a prova obtida na esfera penal para ser utilizada no processo civil.

Adverte, ainda, Nery Júnior, aludindo à aplicação do “princípio da proporcionalidade” à interceptação autorizada pela lei que a regula, que há que se observar “que a interceptação somente deve ser autorizada se for necessária”, pois se a prova puder ser colhida de outra forma, preserva-se a intimidade e não se quebra a inviolabilidade.

⁴ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Direitos Fundamentais e Democracia: o debate Habermas – Alexy**. Curitiba: Juruá, 2010.

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Robert Alexy⁶, por exemplo, defende um "conceito semântico da norma" cujo ponto de partida é justamente a distinção entre norma e enunciado normativo, no qual "uma norma é pois, o significado de um enunciado normativo". Ronald Dworkin⁷, por sua vez, assevera que as proposições jurídicas não são meras descrições da história jurídica, "são interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferentes de ambas". Vale dizer, que não são nem meramente descritivas, como pressupõem as teorias positivistas, presas ao que Ronald Dworkin denomina "agulhão semântico", nem simplesmente valorativas, alheias à história.

Para Paolo Comanducci⁸, como de resto para os partidários da teoria da separação débil, a questão cinge-se a se a atividade de configuração das normas como princípios ou como regras é cognoscitiva ou discricionária.

De acordo com Santos⁹, para os partidários da tese da separação débil, a atividade de configuração das normas como princípios ou como regras é, fundamentalmente, dependente do intérprete, porque é um ato de vontade e não de conhecimento¹⁰. É que inexitem características estruturais ou funcionais de modo tal que a atividade de configuração pudesse ser concebida como cognoscitiva, e, assim, se dissesse que uma é verdadeira e outra é falsa ou que uma é correta e outra, incorreta, tanto que, dizem eles, inexistindo tais características, a configuração resulta dependente do sujeito que a realiza. O decisivo, por enquanto, é saber que a qualificação de determinadas normas como princípios ou como regras depende da colaboração constitutiva do intérprete.

Nesta perspectiva, a distinção entre princípios e regras é meramente contingente e não necessária, de modo que, mesmo sob um acordo generalizado, ainda assim qualquer configuração, ainda que firme e compartilhada, pode ser modificada por algum sujeito institucional ou por todos. Isto equivale dizer que a atividade configurativa é variável das

⁶ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 219.

⁸ Cf. COMANDUCCI, Paolo. **Princípios Jurídicos y indeterminación del derecho**. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 21, 1998, p.91.

⁹ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Direitos Fundamentais e Democracia: o debate Habermas – Alexy**. Curitiba: Juruá, 2010.

¹⁰ Ato de conhecimento há de ser entendido, aqui, como sendo "descobrir um significado preexistente num certo texto" (GUASTINI, Riccardo. *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*. Isto implica o abandono de uma concepção da verdade como correspondência, o qual também está presente na teoria da separação forte. Mas daí não segue para esta última corrente que se esteja privado de critérios de verdade, ou, no mínimo, da possibilidade de fundamentação racional, pois, como veremos, sobretudo Jürgen Habermas e Robert Alexy se valerão de um "conceito teórico-discursivo da verdade".

valorações e decisões do intérprete, mesmo porque a configuração será sempre relativa com respeito a outras normas.

1.1.2 Uma Diferença Relacional ou Comparativa

Ademais, a diferença entre princípios e regras é apenas relacional ou comparativa. Isto é, um enunciado não é, em si, nem um princípio nem uma regra; um enunciado é um princípio na medida em que se compare com outro enunciado. Em consequência, um mesmo enunciado pode ser tido como um princípio no confronto com outro, mas, em face de um terceiro, pode ser considerado como regra.

Se levar em consideração a generalidade e a fundamentalidade, duas características comumente atribuídas aos princípios, ambas são noções graduais e não existe nenhuma regra ou convenção que indique quanta generalidade ou fundamentalidade se precisa para dar vida a um princípio. Assim, uma norma é um princípio quando, comparada com outra, resulta mais geral ou mais fundamental, porque os princípios têm certos característicos que não se configuram à maneira tudo ou nada, mas que podem ter determinada medida.

1.1.3 Os Princípios como Técnicas de Interpretação

Na linha de raciocínio de Santos¹¹, aquelas características que os partidários da teoria da separação forte consideram como específicas dos princípios são também encontradas nas normas entendidas como regras, porquanto, o modo de aplicação decorre das conexões axiológicas construídas pelo intérprete e não do enunciado normativo, pelo que aquele pode inverter o modo de aplicação considerado inicialmente como elementar.

Se é verdade que a aplicação de um princípio não implica necessariamente a perda de validade do outro, não o é, porém, que nunca possa ocorrer, pois parece perfeitamente imaginável uma antinomia total entre dois princípios, de maneira que ambos não podem coexistir no mesmo ordenamento, bastando que se pense, por exemplo, no reconhecimento simultâneo dos princípios da dignidade da pessoa humana e do apartheid. De outro lado, nem sempre num conflito de regras uma delas há de necessariamente ser considerada inválida.

¹¹ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Direitos Fundamentais e Democracia: o debate Habermas – Alexy.** Curitiba: Juruá, 2010.

Entre nós, Humberto Ávila sustenta esta tese, citando alguns exemplos extraídos da jurisprudência nacional. É o caso da decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal, proferida no HC 73.662-9, Relator o Ministro Marco Aurélio, na qual se decidiu que "o estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos é relativa. Nesse caso, diz Humberto Ávila, "a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias não previstas pela própria ou outra regra"; a ponderação ocorreu internamente¹².

A referida decisão não pode, em nosso entender, servir de parâmetro para demonstrar que também entre as regras ocorre ponderação. A uma, porquanto o Supremo Tribunal Federal, se não desconhece totalmente a distinção entre regras e princípios, dela também não faz uso sistemático. A duas, trata-se de uma decisão de uma turma, e não da totalidade de seus integrantes, que, ademais, foi decidida pela maioria de seus membros (dois ministros votaram contra a decisão). De qualquer forma, e já adiantando o que poderia ser uma resposta dos partidários da tese da separação forte, e ainda que se admita a correção da decisão supracitada, ainda assim não implica que as regras também se submetem à ponderação.

Com efeito, contestando a conceituação de regras de Ronald Dworkin¹³, consoante a qual aquelas se aplicam à maneira tudo-ou-nada, Robert Alexy¹⁴ asseverou que ela - a tese do tudo- ou-nada - dependeria da tese da enumerabilidade das exceções, entendida tanto como uma lista de todas as exceções feitas até uma determinada data por expressa determinação das leis ou pela jurisprudência, quanto como uma lista que, além disso, conteria todas as exceções futuras. Tais hipóteses são, como veremos, inimagináveis.

O que de fato ocorre, diz Robert Alexy¹⁵, é que as regras não possuem um mesmo caráter definitivo, pois é possível, como motivo da decisão de um caso, a introdução nelas de uma cláusula de exceção, quando perde a sua definitividade sem que, por isto, se torne um princípio. É o que se dá, para citar um outro exemplo de Humberto Ávila, com a regra que estabelece a velocidade máxima de 60 km no perímetro urbano, sendo perfeitamente possível que, em algumas situações, como a do motorista de táxi que conduz um passageiro gravemente ferido, deixe de a aplicar. Entender diferentemente é emprestar à tese da

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73.662-9, 2ª Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 11 jun. 1996. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 05.01.2016.

¹³DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 219.

¹⁴ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais**, ponderação e racionalidade. Porto Alegre: Liv. Advogado, 2005.

¹⁵Ibidem

separação forte um formalismo frio e uma insensibilidade humana em face de circunstâncias do caso concreto que ela veio combater.

Daí porque Robert Alexy¹⁶ defende um modelo de regras e princípios, evitando, assim, de um lado, num modelo puro de princípios que não se tome a sério a Constituição escrita, por descurar das regulamentações das restrições formuladas diferenciadamente, e, de outro lado, numa modelo puro de regras, que não se realize ponderações.

De igual forma, sustenta-se que entre a regra e suas exceções o aplicador deverá mediante ponderações de razões, decidir se há mais razões para a aplicação da hipótese normativa da regra, ou, ao contrário, para a sua exceção.

Os partidários da tese da separação débil, a configuração pelo intérprete de uma norma como princípio se dá geralmente em função da utilização de técnicas interpretativas ou argumentativas que se consideram justamente persuasivas se empregadas sobre os princípios e não sobre as regras, que, assim, favorece interpretações adequadoras do direito.

1.1.4 Ceticismo Interpretativo e o Positivismo Metodológico

Em suma, para os partidários da teoria da separação débil inexitem características, estruturais ou funcionais, de algumas normas que diferenciam de outras, de modo que a configuração como princípio ou como regra é dependente da atividade do sujeito. Nesta óptica, princípios e regras são enunciados que são produto ou resultado linguístico de uma previa interpretação. A identificação de um princípio é necessariamente fruto da discricionariedade interpretativa.

Ora, se o significado não é algo pré-constituído em relação a atividade interpretativa, já que é uma variável das valorações e decisões do intérprete, os enunciados interpretativos não são aptos nem para a verdade nem para a falsidade, porque não são produtos do conhecimento, mas da vontade. É o chamado ceticismo interpretativo, consoante o qual se defende, pelo menos, três teses:

- a) os enunciados interpretativos são iguais a definições estipulativas;
- b) a atividade interpretativa não possui caráter cognoscitivo;
- c) mais do que teorizar sobre o significado, é mais importante uma sociologia da interpretação, que reconstrói conceitualmente a prática dos operadores jurídicos.

¹⁶ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais**, ponderação e racionalidade. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2005.

Para a corrente do Positivismo Metodológico, o caráter fundamental da ciência consiste na distinção entre juízo de fato e juízo de valor e na rigorosa exclusão dos juízos de valor do horizonte do cientista, ao qual cabe formular somente juízos de fato.

Assim, para o positivismo metodológico, o direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade social; é o direito real, sem perguntar-se se, além deste, existe, também, um direito ideal, sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal.

Em síntese, a descrição do direito é algo distinto de sua valoração e da proposta de sua modificação e não tem necessariamente porque estar afetada por juízos de valor, morais ou políticos, ou ainda por um sentimento de adesão frente ao direito do qual se defende.

1.2 A Tese da Separação Forte

Foi Ronald Dworkin¹⁷ que, por primeiro, sustentou a tese da separação forte, consoante a qual a configuração das normas como princípios ou como regras é uma atividade cognoscitiva, em que existem características estruturais ou morfológicas que diferenciam umas espécies das outras. Há, em síntese, uma distinção qualitativa ou lógica entre elas, sem dizer que a diversidade na tipologia das normas entre regras e princípios é condição necessária e suficiente para a variedade na sua interpretação, aplicação e na argumentação a partir de um ou outro tipo e para diferentes soluções dos conflitos e colisões.

1.2.1 Contra o Ceticismo Interpretativo

Embora sob fundamentações distintas, os principais partidários da tese da separação forte - Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jürgen Habermas - sempre refutaram o ceticismo interpretativo, no qual se apoiam os defensores da tese da separação débil. Como visto os enunciados interpretativos não são aptos nem para a verdade nem para a falsidade, porque não são produtos do conhecimento, mas da vontade.

Ronald Dworkin¹⁸, por exemplo, entende que as proposições jurídicas, isto é, os vários enunciados que os juristas fazem ao descrever o que é o Direito com relação a uma questão,

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 219.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 219.

não são nem meras descrições da história jurídica nem simplesmente valorativas, dissociadas da história. Pelo contrário, são interpretativas da história jurídica e combinam elementos tanto da descrição quanto da valoração, de sorte que a interpretação há de ser concebida como construtiva, a qual consiste em atribuir à Constituição um propósito determinado, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível daquela categoria.

Nesta linha de raciocínio, o direito torna-se interpretação e, por consequência, o intérprete, na sua tarefa de interpretação das normas jurídicas, deve-se imaginar como participante de uma prática social, assim o intérprete não fica preso ao passado, escravo da tradição, mas o obriga a se aproximar criticamente da história jurídico-constitucional, o que implica, por outro lado, que não pode fazer tábua rasa da tradição, olhando unicamente, para o futuro.

Numa palavra, o direito não pode deixar de apresentar uma pretensão de correção. Se renunciássemos a ela, as Constituições seriam entendidas simplesmente como meios de poder, vontade e força e as regulações jurídicas e as decisões judiciais explicadas por uma mistura de emoções e comandos. É pretensão que permite, enfim, distinguir entre direito e força bruta, adquirindo, assim o direito uma dimensão ideal necessária que o exclui do âmbito da pura contingência.

1.2.2 Resolução da Colisão entre Princípios: a Ponderação

O fato de os princípios encontrarem-se em uma situação de tensão conduz a necessidade de estabelecimento de procedimentos metodológicos que resolvam a colisão entre os princípios. Robert Alexy¹⁹ denomina este procedimento metodológico de ponderação,

cuja solução consiste em que, considerando as circunstâncias do caso concreto, se estabelece entre princípios uma relação de precedência condicionada, na qual se indicam as condições sob as quais um princípio precede o outro. O resultado será a lei de colisão: as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressas a consequência jurídica do princípio precedente.

Em um caso concreto, cada uma das partes pode sustentar em seu favor um determinado direito fundamental sem que o julgador possa, *prima facie*, decidir em favor de um ou de outro.

Robert Alexy²⁰ acredita ser possível determinar, racionalmente, tanto a intensidade da interferência, o grau de importância do princípio contrário e o juízo comparativo quanto o

¹⁹ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Porto Alegre: Liv. Advogado, 2005.

relacionamento entre os dois. Como instrumento metodológico a fim de solucionar as colisões entre princípios, a ponderação tem sido objeto de uma série de questionamentos, desde a sua exclusiva aplicação aos princípios, passando pelas suas características e possibilidade de seu controle, até a própria necessidade para a solução da colisão entre princípios.

1.2.3 Regras e Princípios segundo Habermas

Jürgen Habermas classifica as regras e princípios como duas espécies de normas, pois "quer as regras quer os princípios servem como argumentos para motivar as sentenças, porém com um diferente estatuto lógico na argumentação"²¹. No entanto, diz Jürgen Habermas, enquanto as regras possuem sempre uma prótese que especifica como devem ser aplicadas nas várias situações, os princípios ou avançam uma pretensão indeterminada de validade ou são limitados em seu âmbito aplicativo somente por condições muito gerais e, em todo caso, necessitadas de interpretação. Porém, nem as regras nem os princípios possuem estrutura teleológica, sendo que aqueles, ao contrário do que defende Robert Alexy, não devem ser entendidos como mandados de otimização, porquanto, deste modo, diminuiria o sentido deontológico de sua validade.

Eis, aqui, uma distinção capital entre Habermas e Alexy: o caráter deontológico dos princípios. Enquanto Alexy considera que entre princípios e valores existe uma ampla coincidência estrutural, de modo que toda colisão de valores pode ser apresentada como uma colisão de princípios e toda colisão de princípios uma colisão de valores, Habermas entende, com Ronald Dworkin, que os princípios devem ser considerados como imperativos, cuja validade deontológica exprime um caráter de obrigação e, portanto, uma pretensão binária de validade: são válidos ou inválidos. Em consequência, obrigam os seus destinatários sem exceção e em igual medida, nem mais nem menos.

Central assim, a distinção entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação, que Jürgen Habermas se apropria de Klaus Gunther. Este se utiliza da concepção dualista dos discursos práticos a fim de negar a distinção morfológica entre regras e princípios. Tal como os partidários da tese da separação débil, Klaus Gunther entende que a dessemelhança entre regras e princípios tem muito mais a ver com a

²⁰ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Porto Alegre: Liv. Advogado, 2005.

²¹ HABERMAS, **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

aplicação das normas em situações concretas do que, como quer Ronald Dworkin²², com a estrutura das próprias normas. Com efeito, a exigência de que uma norma deve ser aplicada a uma situação dependendo das possibilidades reais e jurídicas deve ser, em nome do princípio da aplicação imparcial, dirigida a todas as normas e não apenas os princípios.

Jürgen Habermas²³ sustenta, ainda, que, com a concepção dos princípios enquanto mandados de otimização e com a ponderação como técnica de resolução de conflitos, Robert Alexy²⁴ termina por não atribuir suficiente importância ao ideal da certeza jurídica - à facticidade das decisões. Ao contrário, sua teoria não apenas se limita a levar em conta do seu caráter indeterminado, mas a agrava, pois as decisões dos casos concretos tornam-se, em última instância, dependentes das valorações dos juízes.

²² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 219.

²³ HABERMAS, **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 118

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Este capítulo busca mostrar como Jürgen Habermas e Robert Alexy reconstruem duas questões fundamentais, tanto para uma ética ou teoria do discurso quanto para uma teoria discursiva do direito. A primeira refere-se ao caráter da argumentação jurídica: seria ela um caso especial do discurso prático ou algo totalmente distinto, que com ele não se confunde e nem se mistura? A segunda concerne ao caráter deontológico dos princípios: o seu caráter de otimização é compatível com o seu sentido deontológico?

2.1 A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy

A teoria da argumentação de Robert Alexy se fundamenta na ideia de que a lógica formal é insuficiente para a justificação de enunciados jurídicos. Segundo Larenz: “ninguém mais pode afirmar com seriedade que a aplicação de normas jurídicas não passa de uma subsunção lógica a partir de premissas maiores formadas abstratamente”²⁵.

Segundo Bustamante, Alexy elenca quatro motivos para isso: a imprecisão da linguagem, a possibilidade de conflito entre normas, a existência de lacunas e, menos frequentemente, a possibilidade de decisões que contrariem um dispositivo legal²⁶. Além disso, o aplicador do direito é, a todo momento, chamado a realizar juízos de valor, seja porque a própria lei o exige por meio de conceitos indeterminados, conceitos normativos ou espaços de discricionariedade, seja para dar vazão a uma colisão de valores juridicamente protegidos²⁷.

O autor da Teoria da Argumentação Jurídica considera a exigência de valor ações por parte do jurista como sendo algo incontroverso, citando juristas como Larenz, Müller, Kriele e Engisch para fundamentar essa constatação. No entanto, dizer que tais juízos de valor acontecem é muito pouco, pois é preciso estabelecer critérios para justificar decisões-não inferíveis apenas logicamente. Esse é, de acordo com a teoria ora apresentada, o problema fundamental de dogmática jurídica. Para tentar estabelecer uma solução, são formuladas três perguntas²⁸ que constituem o objeto central da sua investigação: "(1 e 2) onde e em que

²⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra Legem: A Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos casos mais Difíceis**. São Paulo: Renovar, 2005.

²⁶ *Ibidem*

²⁷ *Ibidem*

²⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 118

medida são necessárias valorações?"; "(3) como atuam essas valorações nos argumentos qualificados.

É notório que, para se estabelecer um discurso e uma argumentação, é necessário que o parlamentar tenha, ao mínimo, o dom da oratória, de modo que agrade ao menos o público que pretende atingir.

Segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca, na intenção de expor as características particulares da argumentação e os problemas inerentes a seu estudo, deve-se contrapô-la à concepção clássica da demonstração e, mais especialmente, à lógica formal que se limita ao exame dos meios de prova demonstrativos²⁹.

Na observação dos autores, na lógica moderna, oriunda de uma reflexão sobre o raciocínio matemático, os sistemas formais já não são correlacionados com uma evidência racional qualquer. O lógico é livre para elaborar como lhe aprouver a linguagem artificial do sistema que constrói, para determinar os signos e combinações de signos que poderão ser utilizados, ou seja:

Cabe a ele decidir quais são os axiomas, ou seja, as expressões sem prova consideradas válidas em seu sistema, e dizer quais são as regras de transformação por ele introduzidas e que permitem deduzir, das expressões válidas, outras expressões igualmente válidas no sistema. A única obrigação que se impõe ao construtor de sistemas axiomáticos formalizados e que torna as demonstrações coercivas é a de escolher signos e regras que evitem dúvidas e ambigüidades³⁰.

Para os autores, é assim que se pode estabelecer se uma seqüência de signos é admitida no sistema, se ela tem forma igual a outra seqüência de signos, se é considerada válida, por ser um axioma ou uma expressão deglutível, a partir dos axiomas, de um modo conforme as regras de dedução. Qualquer consideração relativa à origem dos axiomas ou das regras de dedução, ao papel que se presume que o sistema axiomático represente na elaboração do pensamento, é alheia à lógica assim concebida, na medida em que ela sai do âmbito do formalismo em questão.

Quando se trata de demonstrar uma proposição, basta indicar mediante quais procedimentos ela pode ser obtida como última expressão de uma seqüência dedutiva, cujos primeiros elementos são fornecidos por quem construiu o sistema axiomático dentro do qual se efetua a demonstração. De onde vêm esses elementos, sejam eles verdades impessoais,

²⁹ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – a Nova Retórica, São Paulo : Martins Fontes, 1996

³⁰ Ibidem, p. 15

pensamentos divinos, resultados de experiência ou postulados peculiares ao autor, eis questões que o lógico formalista considera alheias à sua disciplina³¹.

Entretanto, quando se trata de argumentar, de influenciar, por meio do discurso, a intensidade de adesão de um auditório a certas teses, já não é possível menosprezar completamente, considerando-as irrelevantes, as condições psíquicas e sociais sem as quais a argumentação ficaria sem objeto ou sem efeito. Pois toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual e social.

Para que haja argumentação, é mister que, num dado momento, realize-se uma comunidade efetiva dos espíritos. É importante estar de acordo, antes de mais nada e em princípio, sobre a formação dessa comunidade intelectual e, depois, sobre o fato de se debater uma questão determinada. Ora, isso não é de modo algum evidente.

Mesmo no plano da deliberação íntima, existem condições prévias para a argumentação: a pessoa deve, notadamente, conceber-se como dividida em pelo menos dois interlocutores que participam da deliberação. Para Perelman:

E nada nos autoriza a considerar essa divisão necessária. Ela parece constituída com base no modelo da deliberação com outrem. Por conseguinte, é de se prever que encontraremos, transpostos para a deliberação consigo mesmo, a maioria dos problemas relativos às condições prévias para a discussão com outrem³².

Muitas expressões o comprovam e são limitadas a frases como: "Não ouças teu anjo mau", "Não tornes a pôr isso em discussão", que são relativas, uma a condições prévias atinentes às pessoas, a outra, a condições prévias atinentes ao objeto da argumentação.

2.1.1 O Contato dos Espíritos

A formação de uma comunidade efetiva dos espíritos exige um conjunto de condições. O mínimo indispensável à argumentação parece ser a existência de uma linguagem em comum, de uma técnica que possibilite a comunicação. E dizem Perelman e Obrechts-Tyteca que isto não basta, ou seja:

Ninguém o mostra melhor do que o autor de *Alice no País das Maravilhas*. Com efeito, os seres desse país compreendem um pouco a linguagem de Alice. Mas o problema dela é entrar em contato, entabular uma discussão, pois no País das Maravilhas não há razão alguma para as discussões começarem. Não se sabe por que um se dirigiria ao outro. Às vezes Alice toma a iniciativa e utiliza singelamente o

³¹ Ibidem

³² PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – a Nova Retórica, São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 17

vocativo: "Ó camundongo". Ela considera um sucesso ter conseguido trocar algumas palavras indiferentes com a duquesa. Em compensação, ao encetar um assunto com a lagarta, chegam imediatamente a um ponto morto: "Acho que você deveria dizer-me, primeiro, quem é". - "Por quê? pergunta a lagarta". Em nosso mundo hierarquizado, ordenado, existem geralmente regras que estabelecem como a conversa pode iniciar-se, um acordo prévio resultante das próprias normas da vida social. Entre Alice e os habitantes do País das Maravilhas, não há nem hierarquia, nem direito de precedência, nem funções que façam com que um deva responder em vez do outro. Mesmo as conversas entabuladas costumam gorar, como a conversa com o papagaio. Este se prevalece de sua idade³³.

Entendem Perelman e Olbrechts-Tyteca que Alice não podia admitir isso, sem antes saber qual a idade dele e, como o papagaio se recusasse a dizê-la, não havia mais nada a falar. A única das condições prévias aqui realizadas é o desejo de Alice de entabular conversa com os seres desse novo universo³⁴.

O conjunto daqueles aos quais se deseja dirigir é muito variável. Está longe de abranger todos os seres humanos. Em contrapartida, o universo ao qual a criança quer dirigir-se, precisamente na medida em que o mundo dos adultos lhe é fechado, se amplia mediante a associação dos animais e de todos os objetos inanimados por ela considerados seus interlocutores naturais. E complementa:

"Há seres com os quais qualquer contato pode parecer supérfluo ou pouco desejável. Há seres aos quais não nos preocupamos em dirigir a palavra; há outros também com quem não queremos discutir, mas aos quais nos contentamos em ordenar"³⁵.

Para Perelman e Olbrechts-Tyteca, querer convencer alguém implica sempre certa modéstia da parte de quem argumenta, o que ele diz não constitui uma "palavra do Evangelho", ele não dispõe dessa autoridade que faz com que o que diz seja indiscutível e obtém imediatamente a convicção. Ele admite que deve persuadir, pensar nos argumentos que podem influenciar seu interlocutor, preocupar-se com ele, interessar-se por seu estado de espírito³⁶.

Entende-se que os seres que querem ser importantes para outrem, adultos ou crianças, desejam que não lhes ordenem mais, mas que lhes ponderem, que se preocupem com suas reações, que os considerem membros de uma sociedade mais ou menos igualitária.

Por outro lado, quem não se incomoda com um contato assim com os outros será julgado arrogante, pouco simpático, ao contrário daqueles que, seja qual for a importância de

³³ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – a Nova Retórica, São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 17

³⁴ Ibidem

³⁵ Ibidem

³⁶ Ibidem

suas funções, não hesitam em assinalar por seus discursos ao público o valor que dão à sua apreciação.

Para Aristóteles o perigo de discutir com certas pessoas é que, com elas, se perde a qualidade de sua própria argumentação:

Não se deve discutir com todos, nem praticar a Dialética *com o* primeiro que aparecer, pois, com respeito a certas pessoas, os raciocínios sempre se envenenam. Com efeito, contra um adversário que tenta por todos os meios parecer esquivar-se, é legítimo tentar por todos os meios chegar à conclusão; mas falta elegância a tal procedimento³⁷.

Não basta falar ou escrever. Segundo o autor, é importante ser ouvido, ser lido. Não é pouco ter a atenção de alguém, ter uma larga audiência, ser admitido a tomar a palavra em certas circunstâncias, em certas assembléias, em certos meios. É importante não esquecer que ouvir alguém é mostrar-se disposto a aceitar-lhe eventualmente o ponto de vista.

Quando Churchill proibiu os diplomatas ingleses até de ouvirem as propostas de paz que os emissários alemães poderiam transmitir-lhes, ou quando um partido político avisa estar disposto a escutar as propostas que lhe poderia apresentar um formador de ministério, essas duas atitudes são significativas, porque impedem o estabelecimento ou reconhecem a existência das condições prévias para uma eventual argumentação.

Fazer parte de um mesmo meio, conviver, manter relações sociais, tudo isso facilita a realização das condições prévias para o contato dos espíritos. As discussões frívolas e sem interesse aparente nem sempre são desprovidas de importância, por contribuírem para o bom funcionamento de um mecanismo social indispensável.

2.1.2 O Orador e seu Auditório

Os autores de comunicações ou de memórias científicas costumam pensar que lhes basta relatar certas experiências, mencionar certos fatos, enunciar certo número de verdades, para suscitar infalivelmente o interesse de seus eventuais ouvintes ou leitores. Tal atitude resulta da ilusão, muito difundida em certos meios racionalistas e científicos, de que os fatos falam por si sós e imprimem uma marca indelével em todo espírito humano, cuja adesão forcem, sejam quais forem suas disposições.

³⁷ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – a Nova Retórica, São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 19

Perelman e Olbrechts-Tyteca apresentam o exemplo de K. F. Bruner, secretário de redação de uma revista psicológica, compara esses autores, pouco preocupados com seu auditório, com um visitante descortês:

Eles se jogam numa cadeira, fixando enfadonhamente os sapatos e anunciam bruscamente, a si mesmos ou aos outros, nunca se sabe: "Fulano e beltrano mostraram [...] que a fêmea do rato branco responde negativamente ao choque elétrico [...]". Muito bem, meu senhor, digo-lhes, e daí? Diga-me primeiro por que devo incomodar-me com isso, *então* ouvirei³⁸.

É verdade que esses autores, na medida em que tomam a palavra numa sociedade científica ou publicam um artigo numa revista especializada, podem descuidar dos meios de entrar em contato com seu público, porque uma instituição científica, sociedade ou revista, fornece o vínculo indispensável entre o orador e seu auditório. O papel do autor é apenas manter, entre ele e o público, o contato que a instituição científica possibilitou estabelecer.

Mas nem todos se encontram numa situação tão privilegiada. Para que uma argumentação se desenvolva, é preciso, de fato, que aqueles a quem ela se destina lhe prestem alguma atenção. A maior parte das formas de publicidade e de propaganda se preocupa, acima de tudo, em prender o interesse de um público indiferente, condição indispensável para o andamento de qualquer argumentação. Não é porque, em grande número de áreas — trate-se de educação, de política, de ciência ou de administração da justiça —, toda sociedade possui instituições que facilitam e organizam esse contato dos espíritos que se deve ignorar a importância desse problema prévio.

Normalmente, é preciso alguma qualidade para tomar a palavra e ser ouvido. Em nossa civilização, em que o impresso, tornado mercadoria, aproveita-se da organização econômica para impor-se à atenção, tal condição só aparece claramente nos casos em que o contato entre o orador e seu auditório não pode estabelecer-se graças às técnicas de distribuição. Portanto, percebemos melhor a argumentação quando é desenvolvida por um orador que se dirige verbalmente a um determinado auditório, do que quando está contida num livro posto à venda em livraria³⁹.

Ratificam Perelman e Olbrechts-Tyteca que essa qualidade do orador, sem a qual não será ouvido, nem, muitas vezes, será autorizado a tomar a palavra, pode variar conforme as circunstâncias. Às vezes bastará apresentar-se como ser humano, decentemente vestido, às vezes cumprirá ser adulto, às vezes, simples membro de um grupo constituído, às vezes, porta-voz desse grupo⁴⁰.

³⁸ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – a Nova Retórica, São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 20

³⁹ Ibidem, p. 21

⁴⁰ Ibidem, p. 20

Esse contato entre orador e auditório não refere unicamente às condições prévias da argumentação: é essencial também para todo o desenvolvimento dela. Assim, como a argumentação visa obter a adesão daqueles a quem se dirige, ela é, por inteiro, relativa ao auditório que procura influenciar, para o que Perelman e Olbrechts-Tyteca questionam:

Como definir semelhante auditório? Será a pessoa que o orador interpela pelo nome? Nem sempre: o deputado que, no Parlamento inglês, deve dirigir-se ao presidente pode estar procurando convencer não só os que o ouvem, mas ainda a opinião pública de seu país. Será o conjunto de pessoas que o orador vê à sua frente quando toma a palavra?⁴¹

Não necessariamente. Ele pode perfeitamente deixar de lado uma parte delas: um chefe de governo, num discurso ao Parlamento, pode renunciar de antemão a convencer os membros da oposição e contentar-se com a adesão de sua maioria. Por outro lado, quem concede uma entrevista a um jornalista considera que seu auditório é constituído mais pelos leitores do jornal do que pela pessoa que está à sua frente. O segredo das deliberações, modificando a idéia que o orador tem de seu auditório, pode transformar os termos de seu discurso. Vê-se imediatamente, por esses exemplos, quão difícil é determinar, com a ajuda de critérios puramente materiais, o auditório de quem fala; essa dificuldade é muito maior ainda quando se trata do auditório do escritor, pois, na maioria dos casos, os leitores não podem ser determinados com exatidão.

É por essa razão que, em matéria de retórica, parece-nos preferível definir o auditório como o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação. Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procura persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos.

2.1.3 O Auditório Como Construção do Orador

O auditório presumido é sempre, para quem argumenta, uma construção mais ou menos sistematizada. Pode-se tentar determinar-lhe as origens psicológicas ou sociológicas. O importante, para quem se propõe a persuadir efetivamente indivíduos concretos, é que a construção do auditório não seja inadequada à experiência. O parlamentar constrói seu discurso na certeza de que o faz para colegas seus, também parlamentares, mas procura usar linguagem e eloquência como se o fizesse para seus eleitores, que estão em casa, vendo-o na televisão.

⁴¹ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – a Nova Retórica, São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 20

Não se dá o mesmo com quem se dedica a ensaios sem alcance real. A retórica, tornada exercício escolar, dirige-se a auditórios convencionais e pode, sem inconvenientes, ater-se a visões estereotipadas deles, o que contribuiu, tanto quanto a artificialidade dos temas, para fazê-la degenerar.

A argumentação efetiva tem de conceber o auditório presumido tão próximo quanto o possível da realidade. Uma imagem inadequada do auditório, resultante da ignorância ou de um concurso imprevisível de circunstâncias, pode ter as mais desagradáveis conseqüências. Uma argumentação considerada persuasiva pode vir a ter um efeito repulsivo sobre um auditório para o qual as razões pró são, de fato, razões contra. O que se disser a favor de uma medida, alegando que ela é capaz de diminuir a tensão social, levantará contra tal medida todos os que desejam que ocorram distúrbios.

O conhecimento daqueles que se pretende conquistar é, pois, uma condição prévia de qualquer argumentação eficaz. O cuidado com o auditório transforma certos capítulos dos antigos tratados de retórica em verdadeiros estudos de psicologia e que, conforme Perelman e Olbrechts-Tyteca:

Foi em sua *Retórica* que Aristóteles, ao falar de auditórios classificados conforme a idade e a fortuna, inseriu muitas descrições argutas e sempre válidas de psicologia diferencial. Cícero demonstra que convém falar de modo diferente à espécie de homens "ignorante e grosseira, que sempre prefere o útil ao honesto" e à "outra, esclarecida e culta, que põe a dignidade moral acima de tudo". Quintiliano, depois dele, dedica-se às diferenças de caráter, importantes para o orador⁴².

O estudo dos auditórios poderia igualmente constituir um capítulo de sociologia, pois, mais que do seu caráter pessoal, as opiniões de um homem dependem de seu meio social, de seu círculo, das pessoas que frequenta e com quem convive: "Você quer", dizia M. Millioud, "que o homem inculto mude de opinião? Transplante-o". Cada meio poderia ser caracterizado por suas opiniões dominantes, por suas convicções indiscutidas, pelas premissas que aceita sem hesitar; tais concepções fazem parte da sua cultura e todo orador que quer persuadir um auditório particular tem de se adaptar a ele. Por isso, a cultura própria de cada auditório transparece através dos discursos que lhe são destinados, de tal maneira que é, em larga medida, desses próprios discursos que nos julgamos autorizados a tirar alguma informação a respeito das civilizações passadas⁴³.

⁴² PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – a Nova Retórica, São Paulo : Martins Fontes, 1996

⁴³ Ibidem, p. 17

As considerações sociológicas úteis ao orador podem versar sobre um objeto particularmente preciso, a saber, as funções sociais cumpridas pelos ouvintes. Com efeito, estes costumam adotar atitudes ligadas ao papel que lhes é confiado em certas instituições sociais. Enfatizam Perelman e Olbrechts-Tyteca que esse fato foi salientado pelo criador da psicologia da forma:

Podem-se observar, escreve ele, “maravilhosas mudanças nos indivíduos, como quando uma pessoa apaixonadamente sectária torna-se membro de um júri, ou árbitro, ou juiz, e suas ações mostram então a delicada passagem da atitude sectária a um honesto esforço para tratar o problema em questão de uma maneira justa e objetiva⁴⁴.

Ocorre o mesmo com a mentalidade de um político cuja visão muda quando, após anos passados na oposição, torna-se membro responsável do governo.

O ouvinte, em suas novas funções, assumiu uma personalidade nova, que o orador não pode ignorar. E o que vale para cada ouvinte particular não é menos válido para os auditórios, em seu conjunto, a tal ponto que os teóricos da retórica acreditaram poder distinguir gêneros oratórios pelo papel cumprido pelo auditório a que se dirige o discurso. Os gêneros oratórios, tais como os definiam os antigos – gênero deliberativo, judiciário, epidíctico – correspondiam respectivamente, segundo eles, a auditórios que estavam deliberando, julgando ou, simplesmente, usufruindo como espectadores o desenvolvimento oratório, sem dever pronunciar-se sobre o âmago do caso.

Trata-se, nesse caso, de uma distinção puramente prática, cujas falhas e insuficiências estão manifestas, sobretudo na concepção que ela apresenta do gênero epidíctico. Mas, embora essa classificação dos discursos não possa ser aceita tal qual por quem estuda a técnica da argumentação, ainda assim tem o mérito de salientar a importância que o orador deve atribuir às funções de seu auditório⁴⁵.

É muito comum acontecer que o orador tenha de persuadir um auditório heterogêneo, reunindo pessoas diferenciadas pelo caráter, vínculos ou funções. Ele deverá utilizar argumentos múltiplos para conquistar os diversos elementos de seu auditório. É a arte de levar em conta, na argumentação, esse auditório heterogêneo que caracteriza o grande orador. Dizem Perelman e Olbrechts-Tyteca que “Poderíamos encontrar amostras dessa arte ao

⁴⁴ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – a Nova Retórica, São Paulo : Martins Fontes, 1996

⁴⁵ Idem, p. 24

analisar os discursos proferidos perante os Parlamentos, onde os elementos do auditório heterogêneo são facilmente discerníveis”⁴⁶.

Não é necessário encontrar-se perante várias facções organizadas para pensar no caráter heterogêneo do auditório. Com efeito, pode-se considerar cada um de seus ouvintes como integrante, em diversos pontos de vista, mas simultaneamente, de grupos múltiplos. Mesmo quando o orador está diante de um número limitado de ouvintes, até mesmo de um ouvinte único, é possível que ele hesite em reconhecer os argumentos que parecerão mais convincentes ao seu auditório; insere-o então, ficticiamente, por assim dizer, numa série de auditórios diferentes.

Ora, atenção, não é somente o orador que muda assim de cara, é muito mais ainda o auditório a que se dirige – a pobre esposa no caso – que ele transforma assim, ao sabor de sua fantasia, para apreender-lhe aspectos mais vulneráveis. Mas, competindo a iniciativa dessa decomposição do auditório ao orador, é a ele que se aplicam os termos "como cristão", "como pagão", "como marido", "como pai" [...] ⁴⁷.

Perante uma assembléia, o orador pode tentar situar o auditório em seus marcos sociais. Perguntar-se-á se o auditório está incluído por inteiro num único grupo social ou se deve repartir seus ouvintes em grupos múltiplos ou mesmo opostos. Nesse caso, vários pontos de partida sempre são possíveis. De fato, pode-se dividir igualmente o auditório de acordo com grupos sociais – políticos, profissionais, religiosos – aos quais pertencem os indivíduos ou de acordo com valores aos quais aderem certos ouvintes. Essas divisões ideais não são independentes uma da outra; não obstante, podem levar à constituição de auditórios parciais muito diferentes⁴⁸.

A subdivisão de uma assistência em subgrupos dependerá, aliás, da posição pessoal do orador: se este mantém, sobre uma questão, opiniões extremistas, nada se oporá a que ele encare todos os seus interlocutores como partes de um único auditório. Em contrapartida, se é de opinião moderada, será levado a encará-los como partes de pelo menos dois auditórios distintos.

Não se concebe o conhecimento do auditório independentemente do conhecimento dos meios suscetíveis de influenciá-lo. Isso porque o problema da natureza do auditório é ligado

⁴⁶ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – a Nova Retórica, São Paulo : Martins Fontes, 1996

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ Ibidem

ao de seu condicionamento. Esse termo implica, acima de tudo, que se trata de fatores extrínsecos ao auditório. E qualquer estudo desse condicionamento pressupõe que este é considerado como que se aplicando a uma entidade que, por sua vez, seria o auditório tomado em si mesmo. Mas, examinando melhor o caso, conhecer o auditório é também saber, de um lado, como é possível assegurar seu condicionamento; do outro, qual é, a cada instante do discurso, o condicionamento que foi realizado.

Para poder influenciar mais o auditório, pode-se condicioná-lo por meios diversos: música, iluminação, jogos de massas humanas, paisagem, direção teatral. Tais meios foram conhecidos em todos os tempos, foram empregados tanto pelos primitivos como pelos gregos, pelos romanos, pelos homens da Idade Média; os aperfeiçoamentos técnicos possibilitaram, em nossos dias, desenvolvê-los poderosamente; de modo que se viu nesses meios o essencial da ação sobre as mentes.

Ao lado desse condicionamento, cujo estudo não pode ser abordado, existe um condicionamento através do próprio discurso; de sorte que o auditório já não é, no final do discurso, exatamente o mesmo do início. Este último condicionamento só pode ser realizado pela adaptação contínua do orador ao auditório.

"Todo o objeto da eloquência", escreve Vico, "é relativo aos nossos ouvintes, e é consoante suas opiniões que devemos ajustar os nossos discursos". As considerações sociológicas úteis ao orador podem versar sobre um objeto particularmente preciso, a saber, as funções sociais cumpridas pelos ouvintes. Com efeito, estes costumam adotar atitudes ligadas ao papel que lhes é confiado em certas instituições sociais. Sucede com um discurso, para citar uma comparação de Gracián, "o mesmo que com um festim, em que as carnes não são preparadas para o paladar dos cozinheiros, mas para o dos convivas".

Para Perelman:

O grande orador, aquele que tem ascendência sobre outrem, parece animado pelo próprio espírito de seu auditório. Esse não é o caso do homem apaixonado que só se preocupa com o que ele mesmo sente. Se bem que este último possa exercer certa influência sobre as pessoas sugestionáveis, seu discurso o mais das vezes parecerá desarrazado aos ouvintes⁴⁹.

O discurso do apaixonado, afirma M. Pradines, embora possa tocar, não produz um som "verdadeiro", sempre a verdadeira figura "rebenta a máscara lógica", pois, diz ele, "a paixão é incomensurável para as razões". O que parece explicar esse ponto de vista é que o

⁴⁹ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – a Nova Retórica, São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 21

homem apaixonado, enquanto argumenta, o faz sem levar suficientemente em conta o auditório a que se dirige: empolgado por seu entusiasmo, imagina o auditório sensível aos mesmos argumentos que o persuadiram a ele próprio. O que a paixão provoca é, portanto, por esse esquecimento do auditório, menos uma ausência de razões do que uma má escolha das razões.

Como os chefes da democracia ateniense adotavam a técnica do hábil orador, um filósofo como Platão lhes censurava "adular" a multidão que deveriam dirigir. Mas nenhum orador, nem sequer o orador sacro, pode descuidar desse esforço de adaptação ao auditório. Cabe aos ouvintes, diz Bossuet⁵⁰, fazer os pregadores. Em sua luta contra os demagogos, Demóstenes⁵¹ pede ao povo ateniense que se aprimore, para aprimorar o estilo dos oradores:

Jamais vossos oradores, diz ele, vos tornam bons ou maus; sois vós que fazeis deles o que quiserdes. Com efeito, não vos propondes conformar-vos à sua vontade, ao passo que eles se pautam pelos desejos que vos atribuem. Tende, pois, vontades sadias e tudo irá bem. Pois, de duas, uma: ou ninguém dirá nada de mal, ou aquele que o disser não se aproveitará disso, por falta de ouvintes dispostos a se deixarem persuadir.

É, de fato, ao auditório que cabe o papel principal para determinar a qualidade da argumentação e o comportamento dos oradores.

Embora os oradores possam ter sido comparados, em suas relações com o auditório, não só com cozinheiros, mas até com parasitas que, "para terem um lugar nas boas mesas, empregam quase sempre uma linguagem contrária aos seus sentimentos", não se deve esquecer que quase sempre o orador tem toda a liberdade de renunciar a persuadir um determinado auditório, se só o pudesse fazer eficazmente de um modo que lhe repugnassem.

Não se deve acreditar que seja sempre honroso, a esse respeito, nem ser bem-sucedido nem sequer se propor a sê-lo. O problema de conciliar os escrúpulos do homem de bem com a submissão ao auditório é um dos elementos que mais preocuparam Quintiliano. Para ele, a retórica *scientia bene dicendi* implica que o orador perfeito persuade bem, mas também que diga o bem. Ora, se admitirmos que há auditórios de pessoas depravadas, que não se quer renunciar a convencer, e quando se vê, do ponto de vista da qualidade moral do orador, surge um estímulo para resolver a dificuldade, a estabelecer dissociações e distinções não-evidentes.

A obrigação, para o orador, de adaptar-se ao seu auditório e a limitação deste à multidão incompetente, incapaz de compreender um raciocínio ordenado e cuja atenção está à

⁵⁰ Apud PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, op. Cit.

⁵¹ Idem, p. 25

mercê da menor distração, levaram não só ao descrédito da retórica, mas introduziram na teoria do discurso regras gerais cuja validade parece, entretanto, limitada a casos específicos. Não se vê, por exemplo, por que, em princípio, a utilização de uma argumentação técnica se afastaria da retórica e da dialética.

Há apenas uma regra a esse respeito, que é a adaptação do discurso ao auditório, seja ele qual for: o fundo e a forma de certos argumentos, apropriados a certas circunstâncias, podem parecer ridículos noutras".

A realidade dos mesmos acontecimentos descritos numa obra que se pretende científica ou num romance histórico não deve ser provada da mesma forma. Aquele que teria achado despropositadas, se publicadas numa revista médica, as provas fornecidas por J. Romain de suspensão voluntária dos movimentos cardíacos, poderá considerá-las uma hipótese interessante, se a encontrar desenvolvida num romance.

2.2 A Teoria da Argumentação Jurídica

Foi possível verificar que o discurso prático se entende um “procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos”⁵².

O discurso jurídico é um *caso especial* do discurso prático geral, que se caracteriza pela vinculação ao direito vigente⁵³. Nas disputas jurídicas nem tudo/está exposto à discussão: há uma série de limitações que tornam a argumentação jurídica um tipo de discurso que exige a adoção de certas regras próprias.

Assim, a tese do caso especial (*Sonderfallthese*), para Alexy, poderia ser entendida em três sentidos diferentes:

- no primeiro deles, poderíamos entender que a fundamentação jurídica só serviria para a legitimação secundária do resultado obtido por meio do discurso (tese da *secundariedade*);
- no segundo deles (tese da *adição*), "a argumentação jurídica chega até um certo ponto em que já não são possíveis outros argumentos especificamente jurídicos", onde entra em jogo a argumentação prática geral;

⁵² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007

⁵³ *Ibidem*

- o terceiro sentido é o de que "o uso de argumentos especificamente jurídicos deve se unir, em todos os níveis) o dos argumentos práticos gerais" (tese da *integração*). É dessa acepção que deve ser entendida a teoria de Alexy⁵⁴.

De acordo com esta última perspectiva, o discurso jurídico não expressa "somente uma variante especial do discurso prático que é necessária para colmatar racionalmente as lacunas do sistema jurídico". Melhor entendido, ele é, em sua estrutura global, um elemento necessário da racionalidade discursiva realizada. O fundamento da especialidade da argumentação jurídica em relação ao discurso prático é a seguinte cadeia de argumentos:

[...] as discussões jurídicas se referem a *questões práticas*, quer dizer, a questões sobre o que se deve fazer ou omitir, ou o que pode ser feito ou omitido, e (2) estas questões são discutidas desde o ponto de vista da *pretensão de correção*. Trata-se de um caso especial porque a discussão jurídica (3) tem lugar sob [certas] condições de *limitação*.⁵⁵

Não é problemática a aceitação da primeira premissa, isto é, de que as questões jurídicas são questões práticas, que orientam uma ação humana, ou seja, que dizem o que está proibido, permitido ou obrigatório.

Mais difícil de aceitar é a *pretensão de correção* dos enunciados sustentados por meio de argumentos - típica do agir comunicativo, na perspectiva da teoria do discurso de Habermas. Para Alexy⁵⁶, ela também está presente nos discursos jurídicos, com a diferença de que nele não se exige que as preposições normativas sejam apenas racionais, mas que possam ser racionalmente justificadas *no marco do ordenamento jurídico vigente*. A ausência desta pretensão de correção nas asserções e afirmações normativas (quaisquer delas) é algo inconcebível para a teoria do discurso, pois implicaria uma "contradição performativa" por parte do falante. Alexy⁵⁷ dá como exemplo dessa hipótese a seguinte decisão judicial: "em nome do povo, se condena o Sr. X a dez anos de pena privativa de liberdade, embora para isso não haja boas razões".

Tanto as decisões judiciais (e também todas as normas jurídicas individuais) quanto o "sistema jurídico em sua totalidade" possuem necessariamente uma pretensão de correção. Não seriam "sistemas jurídicos" se não a tivessem, e serão defeituosos quando, embora a tenham, não a satisfaçam. Uma decisão judicial pretende, então, sempre aplicar corretamente o direito.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007

⁵⁵ Ibidem

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ Ibidem

[...] A *tese do caso especial* decorre especificamente da terceira consideração, i. e., do fato de que com as afirmações e decisões jurídicas não se pretende que estas sejam tão-somente corretas, mas que sejam corretas à luz do ordenamento jurídico vigente [Alexy, 1997 -d: 314]. O que é considerado correto num sistema jurídico "depende do que é autoritária ou institucionalmente fixado", de modo que uma decisão não pode contradizer o autoritariamente estabelecido e deve ter uma coerência com todo o sistema: a argumentação jurídica está limitada pelos *statutes* (leis) e precedentes, devendo também observar o sistema elaborado pela dogmática⁵⁸

A pretensão de correção que se sustenta nas decisões judiciais abarca, conseqüentemente, dois aspectos:

- a) que a decisão se fundamente corretamente à luz do *Direito válido*, independentemente de como este tenha sido criado; e
- b) que o *Direito válido* seja *racional* ou *justo*.

Assim, uma decisão que aplica uma lei injusta ou irracional não satisfaz a pretensão de correção em todos os aspectos, e padece, portanto, de um defeito jurídico; não deixa de ser uma decisão jurídica válida, mas é uma decisão defeituosa porque não atende à pretensão de correção presente (implícita ou explicitamente) em todo discurso jurídico.

É pela via da pretensão de correção que Alexy pretende superar o positivismo jurídico, inaugurando-se uma instância crítica para os juristas práticos, eis que uma decisão só pode ser considerada correta em sentido amplo se, além de levantar a pretensão de correção (*raise a claim to correctness*) também a atender (*comply the claim to correctness*):

[...] se o direito está necessariamente conectado a uma pretensão de correção, ele consiste em mais do que pura facticidade do poder, ordens protegidas por tratados, hábitos ou coerção organizada. O direito compreende não somente um dado factual ou real, mas também uma dimensão crítica ou ideal⁵⁹.

Saliente-se, porém, que dizer que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático não significa que o direito seja um caso especial do discurso moral, o que tornaria a *Sonderfallthese* equivocada. Os discursos morais, de acordo com Habermas, dizem respeito à universalidade e tão-somente a ela. Uma questão moral estará em jogo se houver uma norma que possa ser justificada "se e somente se houver uma igual consideração dos interesses de todos que possam eventualmente estar envolvidos". Não há, assim, uma sinonímia entre a tese do caso especial e a tese de uma relação necessária entre o direito e a moral, embora as duas sejam defendidas pelo mesmo autor e tenham, ambas, a mesma origem. Para Alexy, a adoção

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007

⁵⁹ *Ibidem*

das regras da argumentação jurídica que compõem o código da razão prática tem por fim permitir um juízo sobre a racionalidade de uma decisão jurídica.

2.2.1 Fundamentos da tese do caso especial

Alexy recolheu influências de diversas origens a fim de sustentar seu projeto discursivo do Direito. No entanto, embora Hare, Baier, a Escola de Erlangen, Perelman, entre outros, tenham importância nesse projeto, é inegável que a maior contribuição surgiu da teoria do discurso. Na primeira parte do capítulo serão expostos, em linhas gerais, os seus principais conceitos, a fim de tornar mais compreensível a própria teoria de Alexy, que faz uso desses termos constantemente. A abordagem dos princípios e regras do discurso prático geral é imprescindível para se entender satisfatoriamente o discurso jurídico e verificar se a tese do caso especial está correta e se este é um caso especial daquele⁶⁰.

Na segunda parte serão abordados alguns aspectos distintivos da teoria de Alexy com relação à teoria do discurso, como os conceitos de "discurso prático geral" e "unidade da razão prática", que servem para fundamentar a tese do caso especial, que será o principal objeto de análise desse artigo⁶¹.

Já na terceira parte, o foco será naquele que é o cerne da tese do caso especial, e o principal elemento que liga o discurso jurídico ao discurso prático geral, qual seja, a pretensão de correção. Com estes três alicerces, a tese do caso especial se estrutura não só como uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana, mas também como uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito⁶².

2.3 Teoria do Discurso

A teoria do discurso é uma teoria kantiana da racionalidade prática. A ética kantiana possui um caráter deontológico, cognitivista, formalista e universalista. A teoria do discurso compartilha da maior parte dessas características, embora entre ambas haja algumas diferenças. Uma das principais é que a ética do discurso faz derivar os conteúdos de uma

⁶⁰ ALEXY, Robert, apud POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

⁶¹ Ibidem

⁶² Ibidem

moral universalista a partir dos pressupostos gerais da argumentação, pois quem empreende a tentativa de participar numa argumentação, "admite implicitamente pressupostos pragmáticos gerais de teor normativo; é, então, possível abstrair o princípio moral a partir do teor destes pressupostos argumentativos." Assim, segundo Habermas:

Na ética do discurso, o método da argumentação moral substitui o imperativo categórico. É ela que formula o princípio 'D':

- as únicas normas que têm o direito a reclamar validade são aquelas que podem obter a anuência de todos os participantes envolvidos num discurso prático.

O imperativo categórico desce ao mesmo tempo na escala, transformando-se num princípio de universalização 'U', que nos discursos práticos assume o papel de uma regra de argumentação:

- no caso das normas em vigor, os resultados e as consequências secundárias, provavelmente decorrentes de um cumprimento geral dessas mesmas normas e a favor da satisfação dos interesses de cada um, terão de poder ser aceites voluntariamente por todos.

O princípio da ética do discurso, portanto, assenta neste fato pragmático-universal: apenas as regras morais que podem obter a anuência de todos os indivíduos em causa, na qualidade de participantes num discurso prático, podem reclamar validade⁶³.

E muito embora, no dia-a-dia, as pretensões de validade que se ligam a cada ato de fala são aceites de modo mais ou menos ingênuo, essas pretensões podem ser problematizadas. Quando o que se problematiza são as pretensões de verdade ou de correção, ocorre a passagem da ação comunicativa para o discurso. Um discurso é uma série de ações interligadas devotadas a testar a verdade de asserções (caso se trate de um discurso teórico) ou a correção de afirmações normativas (caso se trate de um discurso prático).

Feita essa distinção, deve-se analisar agora de que forma Alexy procura fundamentar racionalmente os juízos práticos ou morais em geral com a teoria do discurso. Para isso, ele procura fugir de dois extremos: de um lado, as posições subjetivistas, relativistas, decisionistas ou irracionalistas; de outro, as objetivistas, absolutistas ou racionalistas.

⁶³ ALEXY, Robert, apud POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 10 out. 2015.

Segundo todas as teorias procedimentais, a adequação de uma norma ou a verdade de uma proposição depende de se a norma ou a proposição é ou pode ser o resultado de um procedimento determinado. Dito de outra forma, uma norma ou diretriz isolada que satisfaça os critérios determinados pelas regras do discurso pode ser considerada justa ou correta⁶⁴.

Obviamente, o fato de uma norma ter passado por um teste discursivo não lhe garante algo como um selo de racionalidade absoluta. No entanto, a investigação discursiva, ainda que não leve à certeza, leva pelo menos a sair do campo da mera opinião e da crença subjetiva⁶⁵, já que mais do que isso não é possível em questões práticas⁶⁶. Uma das tarefas da teoria do discurso é precisamente a de criar normas que, por um lado, sejam suficientemente fracas, portanto, de pouco conteúdo normativo, o que permite que indivíduos com opiniões normativas muito diferentes possam concordar com elas – e, por outro lado, sejam tão fortes, que qualquer discussão feita com base nelas seja designada como ‘racional’⁶⁷.

Embora as regras de racionalidade deixem um amplo espaço para diversas normas contraditórias serem consideradas racionais (discursivamente possíveis), igualmente elas definem algumas como discursivamente necessárias e outras como discursivamente impossíveis. "As regras de racionalidade já excluem certos resultados. Com elas, não é compatível que um indivíduo, mesmo um que consinta, aceite um estado duradouro sem direitos, ou seja, o estado de escravo."⁶⁸ Apesar do espaço do discursivamente possível ser muito grande e o do discursivamente impossível muito pequeno, essas regras não são inúteis nem triviais. Sua principal função seria a de formular o que Alexy chama de um código de razão prática, que *“no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto”*.⁶⁹

Agora, se uma norma, segundo uma teoria procedimental como o é a teoria do discurso, pode ser considerada correta ao passar por um determinado procedimento, ou seja, obedecer a certas regras, como, por sua vez, fundamentar essas regras? Pois uma coisa é fundamentar uma norma aludindo a sua capacidade de passar por um teste discursivo, outra é

⁶⁴ ALEXY, Robert, apud POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁶⁵ Ibidem

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem

⁶⁹ Ibidem.

fundamentar as regras que devem formar esse teste. A fim de fazer isso, deve-se entrar num outro nível: o do discurso sobre as regras do discurso⁷⁰.

Segundo a ética do discurso, as regras do discurso não podem ser questionadas porque subjazem à estrutura da linguagem e expressam a existência de uma moral correta enraizada nela. Quem negar validade a essas regras incorrerá necessariamente em uma contradição performativa. Vale dizer que essas regras estão implícitas em todo processo de argumentação, já que todo falante une a suas manifestações pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade. E quem emite um juízo de valor ou de dever necessariamente erige uma pretensão de correção. Essas condições são constitutivas de toda prática argumentativa. Essa maneira de fundamentar as regras do discurso é denominada fundamentação pragmática universal (ou pragmática transcendental, para Alexy). A pragmática universal tem por objeto a reconstrução da base universal de validade da fala, e como tarefa identificar e reconstruir as condições universais do entendimento possível⁷¹.

Alexy não aceita totalmente tal método, e procura fundamentar a validade universal das regras do discurso com um argumento constituído de três partes. A primeira consiste em uma versão muito fraca de um argumento pragmático-transcendental. O segundo elemento parcial aponta para a maximização individual de utilidades. E esta vinculação pressupõe, como terceiro elemento, uma premissa empírica.

Esses fundamentos, no entanto, não são suficientes para sustentar a tese do caso especial. A fim de fazer isso, Alexy precisa diferenciar-se da visão de Habermas em alguns pontos, principalmente no conceito de discurso prático geral.

2.3.1 Discurso prático geral e unidade da razão prática

Embora Alexy nunca tenha sido suficientemente claro na explicitação do conceito de discurso prático geral, é esse conceito uma das principais linhas diferenciadoras entre ele e Habermas, se constituindo num dos principais fundamentos da tese do caso especial⁷².

⁷⁰ ALEXY, Robert, apud POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁷¹ Idem

⁷² ALEXY, Robert, apud POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

A idéia de discurso prático geral ganhou importância na tese de Alexy ao surgir como resposta à crítica de Habermas, que afirmava não ser possível o discurso jurídico ser um caso especial do discurso prático moral, já que o discurso moral, no sentido de Habermas,⁷³ se refere à universalização e somente à universalização de normas, enquanto o discurso jurídico "precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais."⁷⁴

No entanto, como esclarece Alexy, o *genus proximum* do discurso jurídico não é o discurso moral, mas o discurso prático geral. Por discurso prático geral Alexy entende exatamente um discurso em que participam argumentos relativos a questões pragmáticas, éticas e morais. A distinção entre esses três tipos de argumentos ele extrai igualmente de Habermas. Segundo esse: "somos assaltados por vários problemas práticos em diferentes situações. Estes 'têm' de ser dominados, caso contrário podem surgir conseqüências, no mínimo, importunas." Dessa forma a questão "O que devo fazer?" ganha um significado pragmático, ético ou moral, consoante a forma como o problema é apresentado. Em todos os casos se está perante a fundamentação de decisões tomadas entre possibilidades alternativas de conduta, mas cada tarefa reclama um tipo de conduta e cada questão correspondente reclama um tipo de resposta⁷⁵.

Assim, o discurso prático geral é mais complexo do que o discurso moral, e enfeixa argumentos de diversos tipos, os quais têm peso igualmente na argumentação especificamente jurídica.

Embora Alexy ofereça argumentos para defender princípios formais como a separação de poderes⁷⁶, sua visão de discurso prático geral como fundamento do discurso jurídico não afeta tal separação substancialmente. A sua preocupação, diferentemente de Habermas, é não insular os argumentos morais dos argumentos jurídicos no raciocínio dos juízes, já que um dos pontos de partida mais importantes da argumentação jurídica são as leis que resultam do processo legislativo, e

⁷³ ALEXY, Robert, apud POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

⁷⁴ Idem

⁷⁵ ALEXY, Robert, apud POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁷⁶ Idem

[...] si la argumentación jurídica debe someterse a lo que ha sido decidido en el proceso democrático tiene que tomar en consideración los tres tipos de razones presupuestas por, o conectadas con, sus resultados.⁷⁷

Uma última questão deve ser vista. Foi abordado anteriormente que o discurso prático geral combina questões pragmáticas, éticas e morais num único discurso, e que os argumentos práticos gerais, portanto, podem ser definidos no mesmo sentido. Porém, de que forma tais elementos se harmonizam? Segundo Alexy há uma relação de prioridade e permeabilidade entre o adequado (discurso pragmático), o bom (discurso ético) e o justo (discurso moral).

Há uma prioridade do justo sobre o bom nas questões mais elementares concernentes aos direitos humanos como, por exemplo, a escravidão, tortura e tratamento degradante. Tais questões de justiça, que podem ser deduzidas da argumentação pragmático-transcendental, são objetivas e independentes de qualquer concepção de bem. Embora essa prioridade seja algo simples quando o que se ordena está claramente deslindado entre si, como quando falamos de direitos humanos elementares, não o é se se concebe a justiça como um compromisso entre todas as questões de distribuição e retribuição.

⁷⁷ ALEXY, Robert, apud POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 10 out. 2015.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS – PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE

Ao longo da história, a positivação dos direitos fundamentais se deu em ondas. De fato, muito embora detentor de direitos que são iminentes à condição humana, o reconhecimento constitucional desses valores a favor do homem se deu apenas lentamente, a reboque de pesados confrontamentos no campo da faticidade histórica e de tormentosos debates na seara das idéias, querelas essa regra geral suscitadas no fito de conter algum poder arbitrário e/ou opressivo que exasperadamente se impunha.

De início, foram formalmente consolidados os direitos de liberdade, passando em seguida aos direitos de *igualdade*, e, logo após, os direitos ligados à noção de solidariedade, seqüência essa que reflete a verve profética incrustada no lema dos idealistas franceses que viveram no século XVIII: liberdade, igualdade e fraternidade!

Sendo assim, importa traçar as considerações de Alexy e Habermas acerca da positivação jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, dentro daquilo que se convencionou chamar, na doutrina, de "gerações" ou "dimensões" desses direitos.

3.1 Duas construções de direitos fundamentais

Segundo Alexy, constituições democráticas modernas apresentam dois tipos ou categorias de normas: a primeira categoria inclui aquelas normas que constituem e organizam a dação de leis, o poder executivo e a jurisdição, portanto, o Estado; a segunda categoria compreende aquelas normas que limitam e conduzem o poder estatal, incluindo, em primeiro lugar, os direitos fundamentais.⁷⁸

Embora essa dicotomia pareça ter validade universal, tal universalidade deve-se à abstratividade, sob a qual entram em jogo possibilidades distintas. Tal fato diz respeito tanto às competências estatais como ao dos direitos individuais.

Nesse sentido, há duas correntes distintas de direitos fundamentais: uma estreita e rigorosa, denominada “construção de regras”; e outra larga e ampla, chamada “construção de princípios”.

⁷⁸ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Na “construção de regras” as normas que concedem direitos fundamentais não se distinguem, essencialmente, das outras normas do sistema jurídico. Assim,

Elas têm, naturalmente, como normas constitucionais, seu lugar no grau extremo do sistema jurídico e seus objetos são direitos, extremamente abstratos de maior importância, mas tudo isso – segundo a “construção de regras” – não é fundamento para alguma diferença fundamental de tipo estrutural. Elas são normas jurídicas e, como tais, elas são aplicáveis do mesmo modo como todas as outras normas jurídicas. Sua particularidade consiste somente nisto, que elas protegem determinadas posições do cidadão, descritas abstratamente, contra o estado.⁷⁹

De acordo com a “construção de princípios”, as normas de direitos fundamentais não se esgotam na proteção de determinadas posições do cidadão, descritas abstratamente, contra o estado. Essa função dos direitos fundamentais é inserida em um quadro mais amplo.

Na Alemanha, o tribunal constitucional federal desenvolveu completamente esse quadro amplo, pela primeira vez, no ano de 1958, na sentença de Lüth. Lüth havia chamado o público alemão, assim como os proprietários de cinemas e distribuidores de filmes para boicotarem filmes de Veit Harlan, que ele produziu depois de 1945. Lüth fundamentou seu chamamento ao boicote com isto, que Harlan era o diretor artístico-filmes nazistas mais proeminente, em que ele referiu-se, especialmente, ao filme “Judeu Doce”, o filme principal da propaganda de cinema nacional-socialista anti-semita. O tribunal de segunda instância de Hamburg condenou Lüth a isto, de omitir cada chamamento para o boicote do novo filme de Harlan, “Amante Imortal”. Ele fundamentou sua sentença com isto, que um tal chamamento ao boicote viola o § 826 do Código Civil, que proíbe ocasionar “em um modo que infringe os bons costumes um dano doloso a outro”. Lüth promoveu recurso constitucional contra essa sentença.⁸⁰

O tribunal constitucional federal considera o chamamento de Lüth ao boicote como *prima facie* protegido pela liberdade de manifestação de opinião (artigo 5, alínea 1, da lei fundamental). Por outro lado, o artigo 5, alínea 2, da lei fundamental, contém três cláusulas que limitam a liberdade de manifestação de opinião, garantida pela primeira alínea desse artigo constitucional.⁸¹

Dessa forma, o tribunal constitucional federal comprova que o § 826 do Código Civil, no qual o tribunal de segunda instância de Hamburg apoiou a sua decisão, é uma lei geral no sentido da primeira cláusula. Para Alexy, nesse fato pode-se entender o significado da dicotomia entre a estreita e rigorosa – a “construção de regras”; e a larga e ampla – a “construção de princípios”.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁸⁰ Idem

⁸¹ Ibidem

3.1.1 A estrutura da ponderação

Segundo o direito constitucional alemão, ponderação é “uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo”. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade, que é composto de três princípios parciais: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito, os quais expressam a idéia da otimização. Os direitos fundamentais são mandamentos de otimização e, enquanto tais, os princípios são normas que ordenam que algo “seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”.⁸²

Nos princípios da idoneidade e da necessidade, a otimização trata das possibilidades fáticas. Dessa forma,

O princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir. Se um meio *M*, que é empregado para fomentar a realização do princípio *P1*, para isso não é idôneo, certamente, porém, prejudica a realização do princípio *P2*, então não nascem custos nem para *P1* nem para *P2*, se *M* é deixado cair, certamente, porém, custos para *P2* se *M* é empregado. *P1* e *P2* podem, então, juntados, relativamente às possibilidades fáticas, ser realizados em uma medida superior, se *M* é deixado cair. *P1* e *P2*, juntados, proíbem, com isso, o emprego de *M*. Isso mostra que o princípio da idoneidade é nada mais que a expressão da idéia da otimidade-Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras.⁸³

Já o princípio da necessidade:

[...] pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem *P1*, escolher aquele que menos intensamente intervém em *P2*. Se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. A aplicabilidade do princípio da necessidade pressupõe, todavia, que não existe um terceiro princípio *P3* que, pelo emprego do meio menos intensivamente interveniente em *P2*, é afetado negativamente.⁸⁴

Nesse sentido, o caso não mais pode ser solucionado em virtude de reflexões, que se apoiam na ideia da otimidade-Pareto. Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária uma ponderação, que é “objeto do terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, do princípio da proporcionalidade em sentido restrito”. Esse princípio diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas, o qual pode-se

⁸² ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁸³ Idem

⁸⁴ Ibidem

denominar “lei da ponderação”⁸⁵: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

A lei da ponderação, portanto, se decompõe em três passos: a) deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio; b) a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; c) comprovação se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.⁸⁶

3.2 A Teoria dos Princípios

Uma filiação à ideia de Kelsen pela existência da norma fundamental, ou à regra de reconhecimento de Hart; com o *plus* das ideias de Alexy - sobre a incoerência de uma hierarquia formal e abstrata entre os princípios e da possibilidade de prevalência de um princípio sobre o outro, quando verificado o caso concreto a ser decidido – será o apropriado, por agora⁸⁷.

Explica Letícia Balsamão ser a teoria de Dworkin uma teoria de natureza material, a de Alexy, de natureza procedimental. Alexy apresenta regras ou condições próprias para uma argumentação racional, com vista a atingir uma decisão mais razoável possível ao caso concreto. No procedimento de Dworkin e, neste ponto, é onde se tem a crítica de Alexy, não existiria um procedimento próprio a se obter uma única resposta correta⁸⁸.

Ensina Antônio Scarance Fernandes ser bastante relevante a "relação de precedência condicionada" idealizada por Alexy. Por mais, ressalta Scarance, com a evolução dos julgados, "ser possível aos tribunais criarem uma pauta de valores, com regras de precedência de bens"⁸⁹.

O princípio da legalidade traduz, para o dia-a-dia social, ser a lei uma fonte legítima à criação de obrigação para o indivíduo, quando oriunda de um ato aprovado pelo Parlamento,

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁸⁶ Idem

⁸⁷ AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.42 n.165 jan/mar.2005. Disponível em: www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_165/R165-11.pdf, Acesso 10 ago. 2015

⁸⁸ AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.42 n.165 jan/mar.2005. Disponível em: www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_165/R165-11.pdf, Acesso 10 ago. 2015

⁸⁹ Idem

assim, considerada uma verdadeira "expressão da vontade geral, que a tudo e a todos governa, na democracia"⁹⁰.

Para se ter uma ideia da extensão do que hoje se propugna como violação ao princípio da legalidade, para a esfera penal do direito, vale esta explicação de Rogério Lauria Tucci: "Pressupõe, pois, esse princípio a exigência de lei penal, escrita (*lex scripta*), anterior (*lex praevia*), certa (*lex certa*) e estrita (*lex stricta*)".

Nesse diapasão, desatendido algum desses pressupostos, intui-se estar o princípio da legalidade estrita maculado.

O Meio Ambiente afirma à dignidade da pessoa humana, este um valor mais que supremo – é o que se verifica nas leituras do artigo 5º, parágrafos 2 e 3, da Constituição Brasileira de 1988, e do artigo 11 do "Protocolo de San Salvador", este já ratificado pelo Brasil.

Por isso, também, uma conclusão sem reflexão da precedência absoluta do princípio da legalidade sobre qualquer outro princípio, independente do caso concreto a ser trazido à questão, pode, sim, inviabilizar princípios que, de alguma forma, estão ligados a valores supremos de uma coletividade, postos nessa norma Fundamental.

Decerto ser a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental e tão quanto importante e superior que qualquer outro princípio encontrado no sistema jurídico informativo do nosso país. O Meio Ambiente afirma à dignidade da pessoa humana; os princípios da precaução e da prevenção são princípios diretamente ligados ao Meio Ambiente e, portanto, imediatamente relacionados à dignidade da pessoa humana.

O artigo 225, da Constituição Federal de 1988, dispõe que:

"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Destarte, o parágrafo 1º, desse mesmo artigo, traz, com o propósito de assegurar a efetividade desse direito, ou seja: a efetividade do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, deveres ao Poder Público, tais como:

⁹⁰ AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.42 n.165 jan/mar.2005. Disponível em: www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ri/Pdf/pdf_165/R165-11.pdf, Acesso 10 ago. 2015

I – o de *preservar e restaurar* processos ecológicos essenciais e *provero* manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – o de *preservar* diversidade e integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;]

[...]

Assim, é o certo se atribuir maior peso e importância a esses princípios em relação ao da legalidade, em favor da aplicação do elenco de crimes previstos no capítulo V da Lei 9.605/98 à pessoa jurídica, mesmo quando o tipo deixe de especificar, no preceito secundário, uma pena em conformidade com os artigos 21 a 24 desta Lei.

Um exemplo disso seria o do crime de poluição qualificado, do § 2º, do artigo 54 da Lei 9605/98, que contempla cinco hipóteses de crimes, cuja pena será de reclusão, de um a cinco anos. Nesse caso, há de ser a importância do princípio da legalidade diminuída, pois o grau de prejuízo desse princípio será sem dúvida menor.

Veja bem, o resultado da ponderação será o da própria decisão, e o argumento utilizado para essa decisão seguirá a do critério "de que, quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do princípio que prevalece".

Assim, encerram-se essas breves anotações com as seguintes conclusões: a) Antes do início do processo de ponderação, o princípio da legalidade não tem precedência absoluta sobre qualquer outro princípio imediatamente ligado à dignidade da pessoa humana; b) Há possibilidade do princípio da precaução ou da prevenção prevalecerem numa colisão com o princípio da legalidade, diante o caso concreto apresentado.

Segundo a concepção de Alexy, os princípios considerados espécie - juntamente com as regras – do gênero norma, possuem o caráter de "mandatos de otimização", porque determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes⁹¹.

Portanto, os princípios são mandatos de otimização caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos ou não, em graus diferentes, sendo a medida do seu cumprimento dependente não somente das possibilidades fáticas (determinadas no caso concreto a partir do qual são invocados princípios opostos pelas partes), mas também jurídicas, relacionadas com os princípios mesmos que se encontram em colisão e necessitam ser ponderados⁹².

⁹¹ ALEXY, Robert, apud MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁹² Idem

Para Martins e Cademartori, abordando os aspectos específicos dos princípios, entendem que:

Visando apontar a especificidade jurídica dos princípios, Alexy os diferencia das regras através da análise das formas de solução, dentro do ordenamento jurídico, do conflito interno entre regras e entre princípios. O conflito entre regras pode ser solucionado, segundo o ordenamento normativo do direito, de duas maneiras: ou através de uma cláusula de exceção que uma das regras teria, a qual eliminaria o conflito ao estabelecer uma solução específica para o caso, ou então, uma delas estaria a lesar o ordenamento jurídico o que a tornaria inválida e, portanto, deveria tal regra ser expelida do mesmo ordenamento⁹³.

Segundo Martins e Cademartori, no caso do conflito entre princípios (ou colisão entre princípios, nos termos de Alexy), diversamente das regras, este se dá no plano do seu "peso" valorativo que entre eles – os princípios colidentes - deverá ser ponderado e não no plano da validade, como no caso do conflito entre regras⁹⁴. Portanto, a consequência mais evidente da identificação entre princípios e valores é o tratamento dado aos primeiros em caso de colisão. Alexy formula uma regra ou máxima para a resolução dos conflitos entre princípios, baseada na sua ponderação ou sopesamento.

Ainda segundo os autores, Alexy denomina tal critério hermenêutico de regra da proporcionalidade, uma espécie de meta-princípio estruturado em três passos ou estágios subsequentes: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade, em sentido estrito⁹⁵.

O primeiro passo diz respeito à verificação da adequabilidade dos meios jurídicos empregados para a obtenção de um certo fim. Ou seja, uma determinada norma restringe, por exemplo, o direito de propriedade em razão da tutela do meio ambiente. Caberia verificar se a restrição legal atinge o fim proposto ou não. O segundo passo questiona a existência de outro meio, menos gravoso para a propriedade privada, que tutelasse o meio ambiente com a mesma eficácia.

Por fim, no estágio da razoabilidade em sentido estrito, procede-se a um cálculo de custo-benefício entre os princípios colidentes de modo a verificar seu maior ou menor grau de eficácia. Em outros termos, com o mesmo exemplo, se o grau de restrição da propriedade

⁹³ ALEXY, Robert, apud MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁹⁴ Idem

⁹⁵ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>>. Acesso em: 10 out. 2015.

privada seria compatível com o grau de realização da proteção ao meio ambiente. Como salienta Alexy, os estágios da necessidade e o da adequação dizem respeito à otimização de princípios frente a aspectos fáticos, já o estágio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à otimização de princípios em face de "possibilidades jurídicas"⁹⁶.

Em síntese, considerados *prima facie*, os princípios, considerados espécie de normas, junto com as regras, apresentam-se no ordenamento constitucional sob o mesmo peso hierárquico, sendo que a sua colisão somente ocorre nos casos concretos, quando um princípio limita a irradiação de efeitos do outro. Quando se depara com a colisão de princípios, o intérprete deverá valer-se de um critério hermenêutico de ponderação dos valores jus fundamentais que Alexy denomina de "máxima da proporcionalidade" a qual é composta pelas três máximas parciais acima mencionadas.

Os membros da Suprema Corte da Alemanha encontram na noção de dignidade da pessoa humana uma espécie de meta-valor a orientar a interpretação dos demais direitos fundamentais. Embora em Alexy a sua interpretação seja diversa, pois é ancorada na análise de dois princípios colidentes, sejam quais forem, de igual hierarquia e tendo como critério de opção, em última instância, as decorrências sociais do caso concreto face aos dois critérios de adequação e necessidade, antes observados, que influirão na escolha do princípio que deva prevalecer naquela situação⁹⁷. Dessa maneira, o resultado é que:

Isso tudo resulta em que os sub-critérios de adequação e de necessidade consideram as possibilidades fáticas advindas do caso concreto, enquanto que a proporcionalidade, em sentido estrito, considera as possibilidades jurídicas. A relação de ponderação atribui a cada princípio um peso por serem eles exigências de otimização diferentemente das regras que são rígidas na sua aplicação a um caso concreto⁹⁸.

Ou seja, neste último caso, as regras se aplicam de forma integral dentro do código binário válido/inválido; tudo ou nada, fazendo-se valer, quando cabíveis, em caráter definitivo e excludente, o que vale dizer que os princípios, por seu lado, podem ter diferentes graus de concretização, dependendo das circunstâncias específicas (possibilidades fáticas) e dos demais princípios que se confrontam (possibilidades jurídicas). Somente após a realização do processo de ponderação é que o princípio considerado prevalente torna-se uma regra a estabelecer um direito definitivo para aquele caso.

⁹⁶ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁹⁷ ALEXY, Robert, apud MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

⁹⁸ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart., op. Cit.

3.2.1 Pretensão de correção

O terceiro fundamento da tese do caso especial poderia ser rastreado a partir de perguntas cotidianas que frequentemente surgem quando se discute sobre o valor das sentenças e a legitimidade do juiz em proferi-las. Assim, indaga-se se serão as sentenças (ou proposições jurídicas em geral) arbitrárias, subjetivas ou refletindo somente emoções do juiz ou do falante; se pode o juiz dar uma sentença sem afirmar, mesmo que implicitamente, que ela é correta; se teriam as discussões em torno de controvérsias jurídicas algum significado se elas fossem consideradas como somente uma opinião subjetiva, sem fundamentos que poderiam ser aceitos por todos, entre outras. Segundo Alexy, a resposta para as três indagações seria a mesma: não. Isso porque toda proposição jurídica erige necessariamente uma pretensão de correção. Correção significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos⁹⁹. Uma proposição que se pretende correta nada mais é do que uma proposição que pode ser justificada racionalmente através de uma argumentação racional, e não arbitrária e despojada de valor, ou seja, meramente subjetiva.

Implícita na afirmação de que toda proposição jurídica necessariamente erige uma pretensão de correção está algo mais além de uma disputa acerca do caráter científico da jurisprudência. É a própria legitimidade do judiciário como instância de julgamento que está em jogo. Se a sentença deve ser vista como refletindo valores subjetivos do juiz ou ela é consequência, como afirmava um dos grandes realistas americanos, "do que o juiz tomou no café da manhã", por que haver um corpo constituído de juízes para tomar decisões? Em que sentido a legitimidade deles seria maior do que a de qualquer outro cidadão? E por que a argumentação jurídica (que, por essa visão, não seria nada além de uma retórica para disfarçar a verdadeira intenção do julgador) não poderia ser substituída por um método mais rápido e barato de decisão como, por exemplo, jogar uma moeda?¹⁰⁰

Evidentemente, Alexy não acredita que o juiz possa se despojar de toda a carga pessoal na fundamentação. Há, por certo, na tomada de decisão, uma mistura entre a sua impressão inicial com a necessidade de justificar a decisão. Mas essa justificação não se reduz a um esclarecimento da psique do juiz. Ela deve ser feita à luz do ordenamento jurídico

⁹⁹ ALEXY, Robert, apud POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

¹⁰⁰ Idem

vigente, e vista como uma tentativa de ser a resposta mais adequada ao caso¹⁰¹. Num outro sentido, a pretensão de correção que necessariamente todo ato de fala normativo erige visa mais criar um critério ideal de verdade prática que, embora não possa ser alcançado, deve ser incessantemente buscado a fim de que os atos dos participantes tenham sentido.

Mas nenhum desses argumentos prova a existência de uma pretensão de correção enraizada nas proposições jurídicas. Pode-se vislumbrá-la como um elemento necessário do Direito pelo método da contradição performativa. Seu argumento pode ser reconstruído sinteticamente por dois exemplos: imagine-se a redação do artigo primeiro de uma nova Constituição para o Estado X, no qual a minoria oprime a maioria. A minoria deseja seguir desfrutando das vantagens da opressão, mas também ser honesta. Sua assembléia constituinte, então, aprova como artigo primeiro da Constituição o seguinte:

X é uma república federal, soberana e injusta

Esse artigo evidentemente é falho, mas em que sentido reside sua falha? Não se trata somente de uma falha técnica, moral ou convencional: [44] a falha nesse artigo é, mais do que tudo, uma falha conceitual. No ato de fazer uma constituição, uma pretensão de correção está necessariamente conectada, nesse caso uma pretensão de justiça. O autor de uma constituição comete uma contradição performativa se o conteúdo de seu ato constitucional nega essa pretensão, enquanto ele a erige com a execução desse ato.¹⁰²

Da mesma forma, um juiz que sentenciasse o réu da seguinte maneira:

- *O acusado é condenado, em virtude de uma falsa interpretação do direito vigente, à prisão perpétua.*

O que se tem aqui é mais do que uma irregularidade social ou jurídica. O juiz comete uma contradição performativa e, nesse sentido, um erro conceitual. Uma decisão judicial sempre pretende que se esteja aplicando o Direito corretamente. O conteúdo do veredicto contradiz a pretensão feita pelo ato institucional de anunciar a sentença.

A pretensão de correção, entretanto, possui características diferentes numa norma individual ou no sistema jurídico como um todo. Embora tanto um como outro

¹⁰¹ ALEXY, Robert, apud POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

¹⁰² Idem.

necessariamente levantem uma pretensão de correção, a ausência dessa terá consequências diversas caso se trate de um sistema jurídico ou uma norma jurídica¹⁰³

O fato de uma sentença explicitamente não possuir uma pretensão de correção, como uma sentença de morte que fosse pronunciada somente para satisfazer um tirano, não refuta a tese de que o Direito necessariamente erige uma pretensão de correção. Da mesma forma que anteriormente, é necessário distinguir entre uma pretensão de correção erigida subjetivamente e outra objetivamente. Pois embora o tirano possa subjetivamente não ter levantado a pretensão na sua sentença, devido a ele agir como uma autoridade jurídica tal pretensão está objetivamente ligada a seu cargo. Em segundo lugar, deve-se ater ao fato de que decisões individuais, bem como normas, estão imersas num sistema jurídico. Esse necessariamente erige uma pretensão de correção, caso contrário, não pode ser considerado um sistema jurídico. Sistemas jurídicos só perdem seu caráter jurídico no caso de uma grande quantidade de decisões e normas seguirem esse padrão de injustiça, quando então poderia se dizer que o sistema como um todo abandonou a pretensão de correção.

A pretensão de correção, portanto, é uma necessidade resultante da própria estrutura dos atos jurídicos e do raciocínio jurídico. Como afirma Alexy, "this claim necessarily connects the correctness as an ideal dimension and milestone of criticism with the law. The faultiness is therefore more than a merely deplorable negative property. It is something that according to the concept of law should not be there."¹⁰⁴ E se o Direito está necessariamente conectado com uma pretensão de correção, ele consiste em mais do que puro poder, ordens fundadas em ameaças ou uma espécie de "coerção organizada". Sua natureza compreende não só um lado real, mas também um crítico, ou ideal. Esta conexão, além do mais, é o principal fundamento tanto para um ataque àquele que é o principal alicerce do positivismo, a separação conceitual entre Direito e moral, como também é o principal argumento de Alexy para estabelecer uma ligação entre discurso jurídico e discurso prático geral.

¹⁰³ ALEXY, Robert, apud POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

¹⁰⁴ Idem.

4 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA – SISTEMA E COERÊNCIA

O postulado da coerência tem como condição fundamental a intencionalidade do decidir e fundamentar jurídico, os quais, geralmente, podem valer como indícios para o caráter fundamental de um conceito.

Já quanto à integridade da lei, Ronald Dworkin afirma que:

Lei como integridade requer um juiz para testar sua interpretação de qualquer parte da grande rede de estruturas políticas e decisões de sua comunidade perguntando se poderia fazer parte de uma teoria coerente que justifique a rede como um todo¹⁰⁵.

Assim sendo, há sempre uma combinação singular de aprovação e desconforto geral, o que faz com que não se saiba a que se deve aderir.

Nesse sentido, vale a pena entender o conceito de coerência, o qual deve ser distinguido de consistência. Segundo Alexy¹⁰⁶:

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

Deve-se chamar a atenção para o fato de a determinação do conceito geral de coerência ser um assunto de grau, uma vez que:

- “A qualidade da estrutura da fundamentação, da qual depende a medida de coerência, determina-se segundo a medida na qual os critérios de coerência são cumpridos”¹⁰⁷.

Assim sendo, tem-se que a formulação do conceito de coerência pode incluir o de consistência como “o lado negativo da coerência”, ou pode relacionar-se somente à conexões positivas, as quais serão determinadas de acordo com o tipo de relação estabelecido. Dessa forma, o conceito de fundamentação surge como essencial para análise do conceito de coerência, pois entre eles existe uma relação conceitual necessária.

Tem-se, portanto, duas propriedades essenciais do conceito de coerência:

Ele não diz respeito ao procedimento pragmático da fundamentação, mas a um sistema de declarações como equidades semântico-sintáticas. Com isso, fica possível

¹⁰⁵ Apud ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 117

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 118

¹⁰⁷ Ibidem, p. 118

contrapor ao par conceitual sistema e coerência o par conceitual procedimento e consenso. Seu objeto não é, ademais, a qualidade quanto ao conteúdo das relações de fundamentação existentes no interior de uma classe de declarações, mas suas qualidades formais¹⁰⁸.

Assim, os critérios de coerência são caracterizados por serem cumpridos em graus diferentes e também por poderem colidir:

Uma colisão de critérios de coerência existe, quando segundo o critério K1, o sistema S1, segundo K2, porém, S2 é mais coerente e pode decidir-se somente ou a favor de S1 ou de S2. Com isso, está claro que os critérios de coerência deixam formular-se como princípios no sentido de mandamentos de otimização. Uma explicação essencial para as dificuldades que o conceito de coerência causa poderia ser que coerência é não só um assunto de grau, mas também uma questão de ponderação¹⁰⁹.

De acordo com Alexy¹¹⁰, os critérios de coerência se dividem em três grupos:

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

Tais critérios passam a ser esclarecidos.

4.1 Propriedades da estrutura da fundamentação

A existência de relações de fundamentação entre as declarações de um sistema é uma exigência mínima de coerência. Assim, uma classe de declarações em que não haja uma relação de fundamentação pode ser consistente, mas não será coerente, uma vez que ela é mais coerente quanto mais relações de fundamentação existirem¹¹¹. Nesse sentido, vale o critério:

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 119

¹⁰⁹ Idem, p. 119

¹¹⁰ Ibidem, p. 120

¹¹¹ Ibidem, p. 120

- “*Ceteris paribus*: quanto mais declarações de um sistema são fundamentadas por uma outra declaração desse sistema, tanto mais coerente é o sistema”¹¹².

De tal cláusula infere-se que um critério de coerência pode colidir com outros critérios. Assim:

pode S1 ser mais coerente que S2, embora em S1 menos declarações sejam fundamentadas que em S2, porque S1 cumpre outros critérios de coerência, em medida superior que S2. Esse resultado justifica relacionar o primeiro critério simplesmente com o número das declarações fundamentadas e não com a sua parte sob as declarações do sistema. Todo o resto fica a cargo dos critérios restantes da coerência¹¹³.

Esse critério pode servir como mandamento para aquele que busca um sistema coerente de declarações e ser designado como princípio da coerência, em que:

- “Devem ser justificadas tantas declarações quanto possível de um sistema por outras declarações desse sistema”¹¹⁴.

4.2 Extensão da corrente de fundamentação

As propriedades das relações fundamentais também fazem parte do critério. Dessa forma:

Uma primeira propriedade, essencial para a coerência, consiste na extensão das correntes de fundamentação. Um exemplo pode aclarar isso. Já serve à coerência, quando o princípio da primazia da lei é fundamentado pelo princípio da juridicidade da administração. Mais em coerência, porém, deixa obter-se, quando o princípio juridicidade da administração também ainda é justificado pelo princípio do estado de direito¹¹⁵.

Desse modo, vale o critério:

- *Ceteris paribus*: “quanto mais extensas são as correntes de fundamentação, que pertencem a um sistema, tanto mais coerente é o sistema”¹¹⁶.

Assim sendo, a coerência de um sistema depende tanto da extensão, quanto do número de correntes de fundamentação. Da união de 1 e 2, é criado o postulado de criar correntes de fundamentação tantas quanto possível, tão extensas quanto possível.

¹¹² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 120

¹¹³ Idem, p. 121

¹¹⁴ Ibidem, p. 121

¹¹⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.122

¹¹⁶ Ibidem, p. 122

4.3 Enlace das correntes de fundamentação

Quanto mais extensas são as correntes de fundamentação, mais há a necessidade de declarações sempre mais gerais. Isso se refere ao postulado da generalidade, segundo o qual: “o interesse que a fundamentação de declarações sempre mais gerais cria a possibilidade do enlace de correntes de fundamentação”. Nesse sentido:

A forma de enlace mais importante para sistemas normativos existe quando declarações distintas, relativamente especiais, são fundamentadas pelas mesmas declarações, relativamente gerais. Assim, pode o já mencionado princípio do direito ser empregado para a fundamentação de numerosos princípios que, outra vez, deixam citar-se como fundamentos para outros princípios e para as decisões de casos particulares. Ao exemplo, já mencionado, seja somente acrescentada a fundamentação do princípio da proteção à confiança pelo princípio da certeza jurídica e a fundamentação deste princípio pelo princípio do estado de direito¹¹⁷.

A partir disso, formula-se o seguinte critério:

- *Ceteris paribus*: quanto mais correntes de fundamentação têm uma premissa de partida comum, tanto mais coerente é o sistema¹¹⁸.

Tal critério exige que tantas declarações quanto possível deixem apoiar-se em princípios tão poucos quanto possível. Assim, ele seria em um sistema normativo perfeitamente cumprido, se todas as declarações normativas desse sistema, menos uma, deixassem fundamentar-se por essa uma declaração normativa e todas as outras premissas fossem exclusivamente de tipo analítico ou empírico. Um sistema arbitrário iria cumpri-lo perfeitamente, se todas as declarações desse sistema, menos uma, deixassem fundamentar-se por essa uma declaração.

Um enlace pode ser produzido não só por uma premissa de partida comum, mas também por uma conclusão comum de várias correntes de fundamentação.

Um exemplo forma a reserva da lei em forma da teoria da essencialidade, que pode ser fundamentada não só do princípio do estado de direito pelo princípio da legalidade da administração como também do princípio democrático pela sua cunhagem parlamentar-representativa, como também dos direitos fundamentais¹¹⁹.

A isso corresponde o seguinte critério:

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 123

¹¹⁸ Idem, p.124

¹¹⁹ Ibidem, p. 124

- *Ceteris paribus*: quanto mais correntes de fundamentação têm uma conclusão comum, tanto mais coerente é o sistema¹²⁰.

Deve-se reconhecer que este critério está para com o primeiro critério de enlace em sentido contrário. Um sistema iria cumpri-lo perfeitamente se todas as declarações, que fazem parte dele, menos uma, fossem fundamentos para essa uma declaração. Tais exigências em sentido contrário são uma das várias explicações para os problemas do conceito de coerência.

4.4 Ponderação dos fundamentos

O fato de correntes de fundamentação distintas poderem conduzir a resultados incompatíveis, pode ter causas bem diferentes. Se isso depende disto, que duas normas, que se contradizem, são escolhidas como premissas de partida, então se trata de um problema de consistência.

De outro modo, são as coisas, quando se trata de uma colisão de princípios:

Princípios são normas, que ordenam que algo, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, seja realizado em medida tão alta quanto possível. Princípios são, segundo isso, mandamentos de otimização, que são caracterizados pelo fato de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado, essencialmente, por princípios em sentido contrário. Em colisões de princípios, por exemplo, na entre o direito individual à fruição da natureza e o bem coletivo da proteção ambiental, não se trata disto, de despedir um de ambos os princípios do sistema, mas disto, de otimizar ambos os princípios no sistema. Isso é um problema da produção de coerência¹²¹.

Somente dessa forma pode conter-se o perigo de que o sistema seja empregado para a fundamentação de decisões, os quais: “não se contradizem, mas em sua relação uma com a outra são arbitrárias e, nesse sentido, incoerentes”. Por isso, formula-se o seguinte critério:

- “*Ceteris paribus*: quanto mais relações de primazia são determinadas entre os princípios de um sistema, tanto mais coerente é o sistema”¹²².

Assim: “Os problemas desse critério são manifestos. Ele não diz não só quais relações de primazia devem ser determinadas, mas nem sequer exige que essas relações de primazia sejam coerentes”. Sem dúvida, este critério pode ser relacionado aos outros¹²³.

¹²⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 123

¹²¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.125

¹²² Ibidem, p. 125

¹²³ Ibidem, p. 126

4.5 Fundamentação mútua

Outra idéia ligada ao conceito de coerência é aquela de um sistema no qual cada declaração apóia cada, na qual:

Se p é suficiente para fundamentar q , o que, segundo o conceito de fundamentação aqui empregado, pressupõe que q resulta logicamente de p , então pode q somente então ser suficiente para fundamentar p , se p e q são equivalentes. Em um sistema, no qual cada declaração apóia cada, termina, portanto, em um sistema que contém somente declarações logicamente equivalentes e, esse sentido, somente uma declaração¹²⁴.

Entretanto, para que possa ser entendida a idéia de que a fundamentação mútua tem um núcleo correto, é preciso identificar três tipos de fundamentação mútua, dos tipos: empírico, analítico e normativo.

Um exemplo da existência de fundamentação mútua é:

é demonstrado que a institucionalização duradoura dos direitos fundamentais é um pressuposto fático da institucionalização duradoura da democracia e às avessas. Isso pressupõe a premissa empírica, que direitos fundamentais são pressupostos da democracia e a democracia é um pressuposto dos direitos fundamentais. Tais efeitos mútuos empíricos são normativamente relevantes. Uma teoria normativa, que também os contém, é mais abundante e enlaça seus elementos melhor.

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

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

Nesse sentido, a relação entre os direitos fundamentais eo estado de direito pode servir como exemplo para fundamentação analítica mútua:

Alguma coisa fala em favor da tese que a validez de direitos fundamentais é um pressuposto, conceitualmente necessário, da existência, em todo o caso, de um estado de direito plenamente desenvolvido e que, se não existe um estado de direito desenvolvido, pelo menos, minimamente, já por fundamentos conceituais não se pode falar da validez de direitos fundamentais. Sobre tal relação conceitual pode apoiar-se uma fundamentação mútua. Um sistema que contém tais fundamentações enlaça seus elementos mais estreitamente que um sistema que não as contém¹²⁵.

Vale, por isso, o seguinte critério:

¹²⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 127

¹²⁵ Ibidem, p. 128

- “*Ceteris paribus*: quanto mais fundamentações analíticas mútuas um sistema contém, tanto mais coerente ele é”¹²⁶.

Uma fundamentação normativa mútua, por sua vez, ocorre quando dois modos da fundamentação são unidos um com o outro, pois a fundamentação de várias declarações relativamente especiais por uma relativamente geral e a fundamentação dessa declaração relativamente geral pelo feixe das relativamente especiais:

O primeiro modo de fundamentação corresponde àquilo que o critério 3.1 exige. Ele é, muitas vezes, designado como "dedutivo". O segundo modo de fundamentação é, pelo contrário, freqüentemente denominado "indutivo". Agora, devem, segundo o conceito de fundamentação aqui pressuposto, fundamentações, se elas devem ser aceitáveis, poder ser completadas dedutivamente sempre por premissas adicionais aceitáveis e, nesse sentido, transformadas em fundamentações dedutivas. Contudo, não há nada de prejudicial nesse modo de designação se ele é relacionado a isto, que ambos os modos de fundamentação distinguem-se pelo fato de em um, declaração relativamente especial ser fundamentada por uma relativamente geral e, no outro, uma declaração relativamente geral fundamentada por um feixe de declarações relativamente especiais¹²⁷.

A união dos dois modos de fundamentação leva a um “equilíbrio reflexivo”, como é chamado por Rawls¹²⁸.

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.129

¹²⁷ Ibidem, p. 129

¹²⁸ RAWLS. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass. 1971, p. 48

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, as divergências entre Jürgen Habermas e Robert Alexy são tais que se pode questionar se, de fato, a querela entre eles ainda se configura como uma "disputa em família". São dissensos que se iniciam já na concepção da teoria do discurso. A fim de integrar a mais generalizada forma de vida dos seres humanos, diz Robert Alexy, não é necessário fazer afirmações e oferecer razões a quem lhe exige, bastando realizar isto em algum contexto e a alguém.

Ademais, entende que a formação prática do juízo visa não somente a constatação do interesse compartilhado por todos, como sustenta Jürgen Habermas, mas também propende a juízos sobre um equilíbrio justo de interesses comuns, objeto da ponderação. É que, mesmo num discurso ideal, não há garantia de que o consenso em cada questão prática possa ser excluído ou assumido.

Segue daí que Robert Alexy entenderá o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, porquanto, não obstante apresentem aspectos comuns, diferenciam-se em razão de a argumentação jurídica vincular-se à lei, aos precedentes e à dogmática. Além disto, os argumentos práticos gerais são necessários no marco de uma argumentação jurídica, o que implica uma integração entre o uso dos argumentos especificamente jurídicos com os argumentos práticos gerais. Ora, dirá Jürgen Habermas, o discurso jurídico, como produto de um processo democrático, possui uma especificidade própria, não podendo, em consequência, ser considerado um subconjunto da argumentação moral.

Divergem ainda, quanto ao status deontológico do direito e à consequente concepção dos princípios. Robert Alexy entende haver uma ampla coincidência estrutural entre princípios e valores, diferenciando-se apenas por aqueles apresentarem um caráter deontológico e estes, teleológico, de modo que uma colisão de valores por ser tomada por uma colisão de princípios e vice-versa. Já Jürgen Habermas compreende que esta equivalência entre princípios e valores termina por minar a validade deontológica dos direitos fundamentais, que perdem, assim, o caráter de "trunfos".

De outra sorte, para Jürgen Habermas, é em razão desta identidade que leva Robert Alexy a considerar os princípios como mandados de otimização e a defender a ponderação como instrumento metodológico para resolver a colisão de princípios. Em verdade, diz Jürgen Habermas, os princípios caracterizam-se por apresentarem uma abertura nas condições de aplicação, de modo que, num conflito, há de se determinar qual a norma adequada a ser

aplicada, utilizando-se para tanto, de um discurso de aplicação, nunca, porém, através de uma ponderação.

E é justamente por fazer esta confusão entre princípios e valores que Jürgen Habermas critica a autocompreensão metodológica desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão. Segundo ele, ao deixar-se guiar pela ideia de realizar valores materiais já constitucionalmente preestabelecidos, o Tribunal Constitucional transforma-se numa "instância autoritária". Com efeito, a Constituição, em condições de pluralismo social e cultural, não pode ser entendida como uma ordem jurídica que impõe a priori à sociedade uma determinada forma de vida, sem mencionar que cresce o perigo de juízos irracionais, na medida em que argumentos funcionalistas passam a prevalecer sobre normativos e aumenta, também, o uso da análise de custos e benefícios que seriam excluídos se se tomassem os direitos fundamentais em seu sentido deontológico.

Por isto, o controle de constitucionalidade, que parte do caso concreto, deve sempre limitar-se à aplicação de normas constitucionais presumidamente válidas. Em consequência, a distinção entre discursos de fundamentação de normas e discursos de aplicação de normas pode representar um critério que permite delimitar, em termos de lógica argumentativa, as legítimas tarefas da jurisdição e legislação, pelo que o papel do Tribunal Constitucional se baseia numa concepção procedimental da Constituição que aposta sempre no caráter intrinsecamente razoável dos procedimentos democráticos, os quais apoiam a presunção de produção de resultados razoáveis.

Robert Alexy – mesmo reconhecendo várias imprecisões terminológicas e desvios em sua metodologia – acredita que tais erros são superáveis a partir de algumas retificações do ponto de vista analítico e, fundamentalmente, a partir de uma teoria dos princípios, daí que sua teoria estrutural dos direitos fundamentais, partindo do material empírico formulado pelo Tribunal Constitucional, pretende ser uma teoria reconstrutiva por via da teoria dos princípios.

Isto se explica porque, para Robert Alexy, já a própria definição de direitos fundamentais implica, de um lado, a limitação das competências do legislador e, de outro, a intervenção do Tribunal Constitucional. Vale dizer, os direitos fundamentais limitam a soberania popular, porquanto a maioria simples do parlamento não-pode ser juiz da própria causa.

Em consequência, quando o Tribunal Constitucional, ao constatar a violação de deveres e da competência do legislador, intervém no âmbito da legislação a fim de garantir os

direitos fundamentais, o faz não somente porque lhe é permitido, mas também porque está ordenado pela Constituição. Admite, no entanto, Robert Alexy que se alguém argumentava a favor dos Tribunais Constitucionais tem que responder à pergunta como discursos sobre direitos fundamentais, de forte conteúdo ideal, podem ser institucionalizados num Tribunal Constitucional, sem uma compreensão da Constituição que se tome inadmissivelmente paternalista, é que, para ele, o discurso em vários níveis entre o Tribunal Constitucional, o legislador, a opinião pública e a ciência jurídica toma-se a solução mais adequada para o problema que a decisão de uma maioria no parlamento, posto que este decidiria como juiz da própria causa.

Por fim, Jürgen Habermas e Robert Alexy possuem concepções divergentes quanto à tensão (ou harmonia) entre direitos fundamentais e democracia. Enquanto Habermas defende que direitos fundamentais e democracia são cooriginários e se complementam, um não existe sem o outro e um não limita o outro, Robert Alexy adota uma posição mais realista, consoante a qual os direitos fundamentais têm uma dupla face: são profundamente democráticos e também profundamente antidemocráticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.42 n.165 jan/mar.2005. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_165/R165-11.pdf , Acesso 10 ago. 2015

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra Legem: A Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos casos mais Difíceis**. São Paulo: Renovar, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. *Princípios Jurídicos y indeterminación del derecho*. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 21, 1998, p.91.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 219.

HABERMAS, **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**, 5. ed., São Paulo, Atlas, 2003.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>>. Acesso: 10 out. 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – a Nova Retórica**, São Paulo : Martins Fontes, 1996.

POHLMANN, Eduardo Augusto. *O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10723>>. Acesso em: 10 out. 2015.

RAWLS. **A Theory of Justice**. Cambridge, Mass. 1971, p. 48

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Direitos Fundamentais e Democracia: o debate Habermas – Alexy**. Curitiba: Juruá, 2010.